



Munich Personal RePEc Archive

Environmental protection and international trade: Greening the investment arbitration?

katia Fach Gómez

Columbia University (visiting scholar)

1. February 2009

Online at <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/16288/>

MPRA Paper No. 16288, posted 16. July 2009 13:26 UTC

**La protección del medio ambiente y el
comercio internacional: ¿Hay que “*pensar
en verde*” el arbitraje de inversiones?**

Katia Fach Gómez
katiafachgomez@gmail.com

La protección del medio ambiente y el comercio internacional: ¿Hay que “pensar en verde” el arbitraje de inversiones? +

Katia Fach Gómez*

*“El planeta se vuelve dinero
el dinero se vuelve número
el número se come al tiempo
el tiempo se come al hombre”*

Entre la piedra y la flor
Calamidades y milagros
Octavio Paz

I. Introducción

“*El planeta se vuelve dinero*”. En esta frase se condensan los grandes problemas que van a ser objeto de análisis en el presente capítulo. La monetización del planeta es el reflejo de la lucha entre ecoprotección y competitividad, entre internalización de costos y libre comercio, entre medio ambiente y economía. Comenzado con este estudio, se constata que actualmente los Estados adoptan múltiples medidas para proteger el medio ambiente (medidas referidas al control de emisiones, sanción de vertidos, gestión de recursos naturales, evaluación ambiental de proyectos, conservación de espacios protegidos, planificación del suelo, etc). Estas decisiones medioambientales repercuten habitualmente en las operaciones empresariales que se están llevando a cabo en ese Estado y pueden generar reacciones de quienes consideran que el valor de sus inversiones se ha visto negativamente afectado a causa de tales.

Ha de tenerse en cuenta además que nos hallamos ante temas de perfiles globales, dado que las actividades comerciales afectadas por la protección medio ambiental suelen tener un carácter internacional, que se plasma en datos como la pertenencia de la sociedad local a un

* Esta investigación se ha llevado a cabo gracias a una Ayuda concedida en el año 2008 por el “Programa José Castillejo para estancias de movilidad en el extranjero de jóvenes doctores pertenecientes al personal docente o investigador de universidades y de centros de investigación” (Referencia JC2008-00116-Universidad de Columbia). El presente capítulo se concluyó en el mes de octubre de 2008 y en él se incluyen referencias bibliográficas aparecidas hasta esa fecha y a las que se ha tenido acceso directo desde Estados Unidos. La vigencia y accesibilidad de las páginas *web* que se citan se comprobó asimismo en esa fecha.

* La autora es Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, miembro del Proyecto de Investigación del *Ministerio de Educación y Cultura* SEJ2006-14516/JURI y *Visiting Scholar* de la Universidad de Columbia (Nueva York) durante los semestres de otoño 2007-2008 y 2008-2009. La autora agradece al Profesor Alejandro Garro su esmerada tutorización durante estos periodos y la confianza académica y personal que ha depositado en ella. Este trabajo forma parte del libro: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.): VIII. Comercio Exterior, Iustel, 944 Páginas, 2009

grupo multinacional. Tradicionalmente, para solucionar las controversias internacionales con implicaciones ecológicas, se había venido acudiendo a mecanismos de Derecho Internacional Público como la vía diplomática o la elaboración de Tratados bilaterales o multilaterales. Sin embargo, la importancia creciente en el plano económico de las corporaciones globales también ha tenido repercusiones en el ámbito jurídico¹. Así, actualmente estos sujetos privados cuentan con el arbitraje de inversiones², una poderosa herramienta que les permite accionar directamente contra un Estado reclamando una indemnización económica por decisiones que pueden tener una impronta medioambiental³.

Este tipo de supuestos es el que se va tomar como referente a la hora de desarrollar el presente estudio. Concretamente, se ha escogido una decena de casos reales de arbitraje de inversiones en los que el elemento ecológico es relevante para la resolución de la controversia⁴. Dichos supuestos van a aparecer, en calidad de *leading cases*, encabezando cada uno de los apartados de este trabajo. De ellos se partirá para exponer las características más destacadas del arbitraje de inversiones en el presente y para apuntar cómo van a interactuar en el futuro el componente ecológico y el medioambiental. El objetivo final de este análisis es que aporte nos datos suficientes para poder responder a la pregunta que lo encabeza: ¿Hay que “*pensar en verde*” el arbitraje de inversiones?

II. Actividades empresariales con repercusiones medioambientales: La respuesta pública es analizada por el arbitraje de inversiones

¹ Criticando este fenómeno, vid. entre otros S. LEUBUSCHER, “The Privatisation of Justice: International Commercial Arbitration and the Redefinition of the State”, <http://www.fern.org/pubs/reports/dispute%20resolution%20essay.pdf>.

² El uso de este mecanismo se ha incrementado en los últimos años. En el 2007 se plantearon 35 casos de arbitraje inversor-Estado, lo que hace que en la última década los arbitrajes en esta materia se acerquen a los 300. Vid. “Latest developments in investor-State dispute settlement”, IIA monitor 2008, http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf.

³ Esta protección en el ámbito del arbitraje de inversiones se sitúa fuera del ámbito de las negociaciones diplomáticas o del nivel interestatal (vid. por ejemplo, artículos 26 y 27 del Convenio Ciadi, http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf).

⁴ Aparte de todos los casos citados en texto principal, se ha tenido conocimiento de otros muchos conflictos de similares características: Chevron-Papua Nueva Guinea (http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6664/is_/ai_n26589004), Global Gold-Armenia (http://www.bilaterals.org/article-print.php?id_article=7562), Skye Resources Nickel-Guatemala (<http://homepage3.nifty.com/CADE/Espanol/EspanolMODI2005OCT/mineriaantes2005oct.html>), Meridian Gold-Argentina (<http://www.sospatagonia.netfirms.com/INFORMES/nocianuro.html>); Meliá-Xcacel México (<http://www.laneta.apc.org/emis/ong/cecodes/ivan/xcacel.htm>), Costco-México (<http://www.commondreams.org/views02/0824-03.htm>).

En este epígrafe se van a abordar distintos casos de arbitraje iniciados por una empresa en contra de un Estado. El sujeto privado acude a tales instancias alegando que la licencia revocada o la norma emitida por ese Estado ha provocado efectos adversos en su inversión. El análisis de estos supuestos nos va a permitir apreciar cómo valoran los tribunales arbitrales el factor medioambiental que impulsó la intervención pública.

1. Ethyl Corporation v. Gobierno de Canadá⁵: El poder de los lobbies en cuestiones económicas-medioambientales

A) Datos básicos de la controversia: Ethyl Corporation es una empresa registrada según las leyes del Estado de Virginia, que produce y distribuye *methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl* (MMT), aditivo usado para aumentar el octanaje de la gasolina sin plomo. En el mercado canadiense, Ethyl vendía el 95% del MMT que se añadía a la gasolina sin plomo utilizado en ese país. Sin embargo, en el año 1997 entró en vigor en Canadá la *Manganese-based Fuel Additives Act*, que impedía el comercio interprovincial y la importación de este producto⁶. Esta norma, que no prohibía la distribución y venta de MMT en Canadá, provocaba graves consecuencias en Ethyl. En el plano práctico, si ésta quería permanecer en el mercado canadiense, se veía obligada a establecer una planta productora y un punto de distribución en cada una de las provincias canadienses. Ethyl consideró que esta disposición vulneraba tres de las obligaciones contenidas en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN/NAFTA- (artículos 1102 –trato nacional-, 1106 –requisitos de desempeño- y 1110 –expropiación y compensación-) y por ello acudió a través del artículo 1120 de Nafta a un arbitraje gestionado según las reglas de Uncitral⁷, en el que se reclamaban más de 251 millones de dólares. Canadá defendió inicialmente la normativa aprobada alegando motivos medioambientales y de protección de la salud pública (el MMT

⁵ Vid. Award on Jurisdiction in the Nafta/Uncitral Case between Ethyl Corporation and the Government of Canada, 24 June 1998. Vid. http://www.naftalaw.org/disputes_canada_ethyl.htm, F. S. NOGALES, "The Nafta Environmental Framework, chapter 11, investment provisions and the environment", *Annual Survey of International and Comparative Law*, spring 2002.

⁶ La Sección 4 establecía que: "*no person shall engage in interprovincial trade in or import for commercial purpose a controlled substance except under an authorization referred in Section 5*" y la Sección 5 negaba la autorización del MMT.

⁷ Ha de tenerse en cuenta que ni México ni Canadá son Estados contratantes del Convenio Ciadi (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>). Ello implica que las controversias en las intervenga uno de estos Estados o sus nacionales, se van a regir por el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Este Reglamento hace intervenir al derecho del lugar de la sede del arbitraje y ello supone que se podrá realizar un control según dicho sistema jurídico. Ello ha permitido revisiones judiciales de algunos casos que se van a presentar en este estudio –United Mexican States v. Metalclad Corporation, Supreme Court of British Columbia; Canada v. S.D.Myers Inc, Federal Court of Ottawa; Bayview Irrigation v. México, Supreme Court of Justice of Ontario -). En relación con la aplicabilidad de estos textos Ciadi, vid. M. LEHMANN, "Options for dispute resolution under the Investment Chapters of Nafta and Cafta", *The American Review of International Arbitration*, 2005.

contiene manganeso, producto que puede ser nocivo para el ser humano) y solicitó al tribunal la desestimación de esta reclamación. No obstante, el panel arbitral no llegó a emitir un *final award* al respecto, ya que las partes llegaron a un acuerdo por el cual se abonó a la empresa 19,3 millones de dólares, se derogó la norma controvertida e incluso el Gobierno canadiense emitió una disculpa pública por haber acusado a la empresa estadounidense de que su producto era dañino⁸.

B) Reflexiones: Para quienes priorizan los intereses medioambientales, el caso Ethyl es el –triste- paradigma de cómo una norma medioambiental, válidamente aprobada siguiendo procedimientos democráticos, puede ser barrida del cuerpo normativo estatal. Ello es debido a la presión de un sujeto privado que no es nacional del país en cuestión y que además puede llegar a lucrarse con una reclamación arbitral que, por ende le está vedada a los empresarios patrios. En este sentido, se ha criticado muy duramente el capítulo XI de Nafta y por extensión normas similares que permiten que “*global corporate predators*” atenten contra los intereses públicos y el imperio de la ley⁹. Incluso se ha llegado a sugerir que algunas empresas con mala situación económica buscan ámbitos conflictivos de inversión (como aquellos que pueden dañar el medio ambiente local) y provocan una reacción del Estado receptor que les permita acudir a organismos como el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (Ciadi)¹⁰ y obtener una abultada indemnización¹¹.

Retomando el caso Ethyl, es indiscutible que hoy en día multinacionales como ésta tienen un poder que excede del ámbito estrictamente económico. Sin embargo, ampliando un poco más la perspectiva de esta reflexión, ha de tenerse en cuenta que la comprensión de conflictos empresariales-medioambientales como los que nos ocupan requieren que analicemos otros muchos focos de presión, aparte del generado por la empresa inversionista. Para el conflicto Ethyl, la expresión americana “*baptist-bootlegger coalition*” es muy adecuada

⁸ El Gobierno manifestó que: “*current scientific information fails to demonstrate that MMT impairs the proper functioning of automobile on-board diagnostic systems. Furthermore, there is no new scientific evidence to modify the conclusions drawn by the Health Canada in 1994 that MMT poses no health risk*”. http://www.canadians.org/trade/documents/NAFTA_big_brother.pdf.

⁹ L. WALLACH, NAFTA "Investor-to-State" Provision Creates Giant Loophole for Companies to Evade Justice”, <http://www.tradewatch.org/pressroom/release.cfm?ID=907>.

¹⁰ Al respecto, vid. por ejemplo, R HOFMANN C J TAMS, *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. Taking Stock after 40 years, Frankfurt 2007; v. LOWE, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007.

¹¹ Criticando este tipo de artimañas, vid. T. GUTIÉRREZ HACES: “La inversión extranjera directa en el Tcán”, *Economía UNAM*, número. 3, 2004, pags. 30-52. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1130650>. En el mismo sentido, analizando la conducta de la multinacional RSM Production, vid. S. ANDERSON Y S. GRUSKY, “Challenging Corporate Investor Rule”, www.ips-dc.org/getfile.php?id=146.

a la hora de explicar los motivos que impulsaron las decisiones del Estado canadiense a lo largo de esta controversia. De la misma forma que los baptistas y los contrabandistas defendieron en su momento la prohibición de la venta de alcohol por muy distintos motivos (morales y beneficio económico, respectivamente), en el caso Ethyl grupos tan dispares como las asociaciones medioambientales y de consumidores, los fabricantes de coches y los productores de etanol se aliaron para apoyar la iniciativa legislativa canadiense. Mientras que los dos primeros afirmaban defender el interés general (la salud de los canadienses y la protección de los recursos generales), los fabricantes de coches contaban con informes sobre los efectos adversos del MMT en la mecánica de sus vehículos y los productores de etanol querían beneficiarse del nicho de mercado previamente copado por el MMT. En cambio, en contra de la prohibición a la empresa extranjera afectada se posicionaron los refinadores nacionales, que se negaban a asumir el gasto de adaptar sus instalaciones para el uso de otro aditivo. Las características de este caso suscitan una serie de preguntas: primeramente, por qué motivo/s se dictó realmente la norma controvertida, en segundo lugar, si la transacción económica fue forzada por los sectores industriales implicados¹² y en tercer lugar, si realmente hemos de considerar que Ethyl “ganó la batalla”¹³. Ideas como las recién indicadas han de tenerse muy presentes a la hora de analizar reclamaciones arbitrales en el ámbito de las inversiones, ya que se verá en este estudio que los tribunales a la hora de decidir no van a ignorar la incidencia que tienen los grupos de presión en la génesis de la controversia.

2. Methanex Corporation versus Estados Unidos de América¹⁴: El efecto del arbitraje sobre las potestades estatales en materia medioambiental

A) Datos básicos de la controversia: La empresa canadiense Methanex Corporation fabrica metanol, un producto necesario para producir *éter metil terbutílico*, el cual a su vez es añadido a la gasolina para reducir la polución atmosférica. En 1997 el Estado de California dictó la MTBE *Public Health and Environment Protection Act*. Dicha disposición prohibió el uso de este aditivo en la gasolina, ya que varios estudios científicos indicaron que el MTBE estaba contaminando los acuíferos de la región y provocando, por tanto, graves daños en el medio ambiente y la salud pública. Methanex, que era la proveedora mayoritaria de metanol de los

¹² J. A. SOLOWAY, “Environmental Trade Barriers Under Nafta: The MMT Fuel Additives Controversy”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1999.

¹³ En este caso las organizaciones medioambientales presionaron a los refinadores para que dejaran de emplear MMT y finalmente en el año 2004 sólo el 5% de la gasolina vendida en Canadá seguía conteniendo este producto.

¹⁴ http://www.naftalaw.org/disputes_us_methanex.htm. Sobre este caso, vid. S E GAINES, “Methanex Corp. v. United States”, *American Journal of International Law*, July 2006; H MANN, “The Final Decision in Methanex v. United States: Some new Wine in some new Bottles”, http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf; R. RAO, “Facing Arbitration for Environmental Regulation”, *Sustainable Development Law and Policy*, Winter 2005.

productores californianos de MTBE, acudió a un arbitraje regido por las reglas de Uncitral. En su reclamación, la empresa exigió una compensación de 970 millones de dólares, por considerar que la disposición californiana suponía una violación de los artículos 1102, 1105 y 1110 de Nafta. En el año 2005, el tribunal arbitral declaró que, según el artículo 21 de las reglas de Uncitral y el artículo 1101 de Nafta, no era competente para conocer del caso, ya que la disposición de California no podía considerarse “*relativa a*” Methanex¹⁵. El tribunal añadió que, aún en el caso de haber sido competente, habría rechazado todas las pretensiones del inversionista.

B) Reflexiones: Pensando en las consecuencias que el arbitraje de inversiones puede tener sobre el medio ambiente, se han hallado varias de signo positivo. En primer lugar, la perspectiva de celebrar un *Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (APPRI)¹⁶ puede hacer que Estado menos desarrollado se esfuerce por mejorar su legislación medioambiental y para ello eleve los niveles de protección. De esta forma se logra que la cuestión ecológica no entorpezca o incluso favorezca la conclusión de un APPRI que, en términos económicos, va a beneficiar a dicho Estado¹⁷. En segundo lugar, una vez celebrado este Tratado, es posible que creen acuerdos medioambientales complementarios y/u instituciones supranacionales centradas en esta materia, que redunden en un beneficio ambiental para los Estados implicados. A modo de ejemplo, en el ámbito Nafta, se cuenta con el *North American Agreement on Environmental Cooperation*¹⁸ y con la *Commission for Environmental Cooperation*¹⁹.

¹⁵ El artículo 1101 de Nafta explicita de la siguiente forma el ámbito de aplicación del capítulo referido a inversiones: “*Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a los inversionistas de otra Parte o las inversiones de los inversionistas de otra Parte...*”. En este caso, el tribunal arbitral evita los “*bridges too far*”, declarando que: “*una regulación no-discriminatoria con fines públicos, que ha sido promulgada de acuerdo con el debido proceso, y que afecta, inter alia, a una inversión o un inversionista extranjero no es considerada compensatoria o expropiatoria*” (Parte IV, Capítulo D, párrafo 7 del laudo). Para llegar a esta conclusión de que en este caso no se da una “*legally significant connection*” entre el inversor y la medida, los árbitros apreciaron que la norma californiana no afectaba a la empresa canadiense en mayor medida que a otra empresa que vendiese sus productos a los fabricantes de MTBE y que Methanex podía seguir vendiendo su producto en otros mercados y/o para otras finalidades.

¹⁶ A lo largo de este estudio se va a utilizar este acrónimo español con fines armonizadores, aún a sabiendas de que esta figura recibe otras denominaciones (BITs, TPPIs, TBIs, etc) en alguno de los países a los que se va a aludir en el presente trabajo.

¹⁷ Así ha ocurrido por ejemplo en Chile, cuando este país comenzó a negociar con Estados Unidos el Tratado de Libre Comercio (http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa_s/Text2_s.asp), vid. J. A. SAGAR, “The Labor and Environment Chapters of the United States- Chile Free Trade Agreement: An Improvement over the weak Enforcement Provisions of the Nafta Side Agreements on Labor and the Environment”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, fall 2004, apartado 5.B.

¹⁸ Vid. H. MANN, “Nafta and the Environment: Lessons for the Future”, *Tulane Environmental Law Journal* 2000.

¹⁹ T. WHITEHOUSE, “Global Interdependence and International Commercial Law: International Trade and the Environment.”, *Pace International Law Review*, Spring 2006; E. ANTAL, “Lessons from Nafta: The Role of the North

En tercer lugar, tal vez una reclamación arbitral por parte del inversor extranjero no consiga amedrentar al Estado y éste opte por seguir adelante con su política. Esto ocurrió con la decisión californiana en torno al MTBE, que se tomó tras conocerse el acuerdo Ethyl y que fue secundada posteriormente por otros States, pese a la reclamación arbitral de Methanex²⁰. En cuarto lugar, es también posible que un laudo arbitral condenatorio incentive al Estado a introducir las reformas estructurales necesarias para que esa reprobación arbitral no pueda volver a producirse en el futuro. Ejemplo de ello es la evolución de la legislación mexicana tras laudos como Metaclad o Tecmed. Como se verá en estos supuestos²¹, la sanción arbitral se generó a raíz de la denegación de sendas autorizaciones administrativas en el sector del tratamiento de desechos. Tras estos laudos condenatorios, el legislativo mexicano emitió la *Ley general para la prevención y gestión general de residuos* y la *Ley de transparencia y acceso a la información pública gubernamental*, que supusieron un reseñable avance normativo en este país.

Pese a todos los efectos beneficios recién apuntados, la realidad es que mayoritariamente se estima que el acceso al arbitraje de inversiones por parte de las empresas genera un muy reprobable “*chilling effect*”. En primer lugar, es posible que se produzca un enfriamiento de la voluntad legislativa de los Estados, capaz de manifestarse de distintas formas. Por un lado, y como se vió en el caso Ethyl, los Estados en ocasiones llegan a retractarse de las normas emitidas²². Por otro lado, también sucede que los Estados, deseosos de contentar al inversionista, introducen en sus nuevas normas medioambientales la ventajosa posibilidad de incluir cláusulas de estabilización o de revisión en los contratos que celebren sobre recursos naturales o sobre actividades industriales con efectos medioambientales²³. Asimismo, es incluso posible que los Estados directamente decidan no

American Commission for Environmental Cooperation in Conciliating Trade and Environment”, *Michigan State Journal of International Law*, 2006.

²⁰ Vid. el caso presentado en este apartado.

²¹ Vid. infra epígrafe II, apartado 4.

²² Vid supra epígrafe II, apartado 4.

²³ En el borrador de la nueva Ley de minas de Ghana (Minerals and Mining Act 703, de 2006), se proclama que el inversor que sea titular de una licencia minera puede firmar un “stability agreement” con el Gobierno, que le asegura que “*for a period not exceeding fifteen years from the date of the agreement, will not be adversely affected by any new enactment orders, instruments or other actions made under a new enactment or changes to any enactment, orders, instruments that existed at the time of the stability agreement or other actions taken under these that have the effect or purports to have the effect of imposing obligations upon the holder or applicant of the mining lease*”. Vid. K. TIENHAARA, “Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana”, *International Environmental Agreements*, 2006, pp. 371-394.

actuar normativamente²⁴, ya que una elevación de los estándares medioambientales puede restarle atractivo internacional a un país que desea captar inversión extranjera²⁵.

En segundo lugar, los actos administrativos singulares también pueden verse afectados por este “*stifling effect*”. En el ámbito norteamericano²⁶, esta posibilidad se ha explicitado poniendo como ejemplo a una empresa estadounidense dedicada a la extracción de bitumen en Canadá y que cuenta con una licencia de uso de agua para poder desarrollar sus actividades. La cancelación de esta licencia está permitida en normas como el artículo 55.2 de la *Alberta’s Water Act* y se ha podido producir por cuestiones medioambientales “justificadas” -por ejemplo, una sequía persistente en la zona que haría que su mantenimiento afectase negativamente a los intereses colectivos-²⁷. No obstante, podría suceder que esa cancelación se considerase desde la perspectiva del arbitraje de inversiones como una *medida equivalente a la expropiación* y, por lo tanto, indemnizable. Una decisión en este sentido podría coartar la actividad administrativa futura de los Estados.

Un importante sector doctrinal, jurídico y económico, ha mostrado su miedo por que las empresas socaven la “soberanía medioambiental” de los Estados, planteando abultadas reivindicaciones económicas que potencien la retractación y la retracción de los poderes legislativo y ejecutivo nacionales²⁸. En su opinión, una serie de factores (como la falta de una definición homogénea de términos claves en este sector arbitral²⁹ o, en el ámbito Nafta, la escasa atención y/o la estrecha interpretación que del artículo 1114 NAFTA han realizado los

²⁴ El autor indica que este “*regulatory chill*” pasivo (los Gobiernos deciden no actuar) es más difícil de apreciar que los “*pollution havens*” (refugios para la contaminación), ya que en el primer caso nos movemos en el ámbito de las hipótesis mientras que el segundo es fácilmente detectable. S. E. GAINES, “Environmental policy implications of investor-state arbitration under Nafta Chapter 11”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2007, pp. 171-201.

²⁵ En torno a estas cuestiones, v. K. MILES, “International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World”, <http://papers.ssrn.com>.

²⁶ Si se piensa en la preocupante situación hidrográfica de muchas zonas de nuestro país y en las empresas extranjeras que en España gestionan instalaciones turísticas que requieren un suministro de agua elevado (hoteles, campos de golf, etc), parece claro que el ejemplo recién esbozado se puede “españolizar”. Asimismo, los razonamientos en torno al *chilling/stifling effect* que el arbitraje puede generar en el ámbito de la protección medioambiental son extrapolables a las hipótesis patrias.

²⁷ J. CUMMING Y R. FROELICH, “Investment Flows, Article 1110 and Alberta’s Water Act”, *University of Toronto Law Review*, Spring 2007.

²⁸ Vid. entre otros, J. E. STIGLITZ, “Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities”, *American University International Law Review*, 2008.

²⁹ Vid. infra epígrafe II, apartados 3, 4 y 5.

paneles arbitrales³⁰) han permitido que, aunque disposiciones como el capítulo 11 de Nafta se elaboraron pretendiendo que fuesen un “escudo” frente a actuaciones arbitrarias del Estado receptor, los inversionistas hayan podido utilizar éstas como una “espada” en contra de disposiciones medioambientales “adecuadas”³¹.

Por todo lo recién expuesto, la doctrina mayoritaria considera que con el laudo Methanex se ha producido un avance, ya que de él se deriva que una norma pública sobre protección medioambiental está “arbitralmente protegida” si se adoptó de buena fe, siguiendo un proceso transparente y teniendo una base científica suficiente³². Esta decisión arbitral ha generado un cierto estado de euforia entre quienes pueden ser convocados a este tipo de arbitrajes. Ejemplo de ello es el comunicado emitido por el Departamento de Estado norteamericano de 2005, en el que se ensalza el derecho legítimo de los Gobiernos a legislar en aras del interés público y asimismo se vaticina que las altos costes legales y arbitrales (más de cuatro millones de dólares) que la Methanex debe abonar a Estados Unidos va a frenar en el futuro el ejercicio de reclamaciones de esta naturaleza³³. Sin menospreciar las virtudes recién apuntadas del asunto Methanex y las que se indicarán en otro punto de este estudio (referidas a la intervención de terceros en el procedimiento arbitral)³⁴, no puede ignorarse que el artículo 1136 de Nafta indica claramente: “*el laudo dictado por el tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto*”. Por lo tanto, la falta de *stare decisis* puede hacer que una decisión posterior vuelva a aplicar

³⁰ Artículo 1114.1 NAFTA: “*Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental*”. En el caso Metalclad, el tribunal arbitral estimó que: “*el artículo 1114 TLCAN no afecta a esta conclusión* (referida a que la negación del permiso municipal de construcción fue inadecuada). *La celebración del Convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba satisfecho con el hecho de que el proyecto era acorde con y tomaba en cuenta inquietudes en materia ambiental*” (punto 98). Vid. http://www.naftalaw.org/disputes_mexico_metalclad.htm.

³¹ Vid. H. MANN Y K. VON MOLTKE, “Nafta’s Chapter 11 and the Environment. Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment”, www.iisd.org.

³² Desarrollando estos planteamientos, A ÁLVAREZ JIMÉNEZ “The Methanex Final Award. An Analysis from the Perspectives of Environmental Regulatory Authorities and Foreign Investors”, *Journal of International Arbitration*, 2006, pp. 427-434, esp. apartado IV.

³³ El Departamento de Estado ha declarado: “*The Tribunal’s decision demonstrates that U.S. trade agreements and investment treaties do not encroach on governments’ legitimate right to regulate in the public interest. It should reassure those who are concerned that investor-State dispute provisions in U.S. free trade agreements and investment treaties threaten state or federal prerogatives in regulating to protect public health and the environment. Moreover, the Tribunal’s award of costs to the United States should discourage similarly baseless claims from being brought in the future*”. <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2005/50964.htm>.

³⁴ Vid. epígrafe III, apartado 1.

planteamientos más beneficiosos para los inversionistas³⁵. Además, como se va a exponer en los dos casos siguientes, un laudo condenatorio no ha de valorarse necesariamente como algo negativo.

3. S. D Myers Inc. versus Gobierno de Canadá³⁶: El medio ambiente como excusa legislativa para no otorgar “trato nacional”

A) Datos básicos de la controversia: S. D. Myers es una empresa canadiense, propiedad de la estadounidense S.D. Myers Inc, que se encarga de recoger policlorobifenilos (PCB) en territorio canadiense y de trasladarlos a una planta de tratamiento situada en Ohio (USA). En 1995 el Ministro de Medio Ambiente canadiense dictó una norma que prohibía la exportación de PCB³⁷. Ésta se justificó alegando graves daños para el medio ambiente, la vida y la salud pública. Sin embargo, S. D. Myers acusó al Gobierno de querer favorecer a Chem-Security³⁸, que era la única empresa canadiense dedicada al tratamiento de PCB³⁹. Por ello, S. D Myers Inc instó en 1997 un arbitraje según las normas de Uncitral, alegando la violación de los artículos 1102, 1105, 1106 y 1110 de Nafta⁴⁰. En el año 2000, el tribunal declaró el quebrantamiento de los dos primeros preceptos (trato nacional y nivel mínimo de trato) y condenó a Canadá a indemnizar a S.D. Myers.

B) Reflexiones: Se considera que la decisión Myers aporta dos importantes reflexiones al análisis que se está llevando a cabo, en torno a la relación entre protección medioambiental y las actividades económicas internacionales. En primer lugar, el tribunal se basa el texto de Nafta y en otros Tratados internacionales como la Convención de Basilea para declarar que los Estados tienen derecho a establecer altos niveles de protección

³⁵ En torno al subsistente temor de que “el cielo se vuelva a caer”, J. C. LAWRENCE, “Chicken Little Revisited: Nafta Regulatory Expropriations after Methanex”, *Georgia Law Review*, Fall 2006.

³⁶ http://www.naftalaw.org/disputes_canada_sdmyers.htm. C H BROWER, “S.D.Myers Inc. v. Canadá”, *American Journal of International Law*, abril 2004.

³⁷ El movimiento transfronterizo de estos residuos era una cuestión controvertida entre los dos países. De hecho, antes de la prohibición canadiense, Estados Unidos ya había ordenado cerrar su frontera y esta decisión se repitió después de que Canadá reabriese la suya a la exportación de tales productos.

³⁸ En un cuestionable “arranque patriótico”, el Ministro de Medio Ambiente canadiense afirmó en el Parlamento que “*the handling of Canada’s PCB should be done in Canada by Canadians*”.

³⁹ Las instalaciones de esta empresa competidora estaban situadas en Alberta, es decir, en Canadá pero a mayor distancia que la instalación estadounidense S. D Myers Inc, lo que hacía que los costes del tratamiento llevado a cabo por la planta nacional fuesen más elevados que los derivados de la exportación.

⁴⁰ Sin embargo, el Tribunal hace una interpretación estricta del artículo 1110 según la cual los “*regulatory acts*” del gobierno canadiense no son medidas equivalentes a la expropiación.

medioambiental, por lo que no han de verse obligados a determinar sus estándares para satisfacer los intereses políticos o económicos de otros Estados. Sin embargo, el tribunal también estima que si un Estado puede alcanzar esos niveles deseados de protección medioambiental a través de diversas herramientas legítimas, es sancionable que adopte un mecanismo no respetuoso con el libre comercio y que supone una violación de la obligación Nafta de conceder al inversionista extranjero “*un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas*”⁴¹.

En segundo lugar, analizando las circunstancias de este caso se aprecia que el Gobierno ha esgrimido argumentos medioambientales para justificar la medida que afectó al inversionista. No obstante, si se asume el punto de vista del tribunal, éste cree probado que en la decisión canadiense lo que realmente subyacía era el espíritu proteccionista del Gobierno, dispuesto a priorizar a la industria nacional. En consecuencia con ello, cuando el tribunal resuelve la controversia a favor del inversionista, lo que está demostrando es que la mera alegación de argumentos ecológicos por parte de los poderes públicos no genera necesariamente una auténtica disyuntiva entre protección de las inversiones y protección del medio ambiente⁴². Desde esta perspectiva, en ocasiones ha de valorarse positivamente que a las empresas se les otorgue el recurso del arbitraje internacional⁴³. Veamos a continuación otro supuesto que ratifica esta afirmación.

4. Metalclad Corporation versus Estados Unidos Mexicanos⁴⁴: Derecho a un “trato justo y equitativo” en actividades con efectos ecológicos

A) Datos básicos de la controversia: La empresa mexicana Confinamiento Técnico de residuos industriales obtuvo en 1990 un permiso del Gobierno federal para operar una instalación de gestión de desechos tóxicos en La Pedrera (dentro del municipio de Guadalcázar, en el Estado de San Luis Potosí). En 1991 el Gobierno federal clausuró este

⁴¹ Punto 255 del laudo. <http://www.naftalaw.org/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyersMeritsAward.pdf>.

⁴² T. WEILER “A first Look at the Interim Merits Award in S. D. Myers Inc v. Canada: It is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Winter 2001.

⁴³ En el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía también se hallan ejemplos de estrategias públicas “*environment-unfriendly*” que han generado arbitrajes internacionales. Hablando de estas normas medioambientales que realmente encierran otros propósitos (al estilo de un Caballo de Troya), vid. J. R. MARLLES, “Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law”, *Journal of Transnational Law and Policy*, Spring 2007.

⁴⁴ http://www.naftalaw.org/disputes_mexico_metalclad.htm. Vid. C. ARRIAGA, “El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las controversias con México” <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2429/7.pdf>, W. S DODGE, “México v. Metalclad Corporation”, *American Journal of International Law*, octubre 2001.

centro, alegando que la compañía no le había dado el tratamiento debido a estos residuos. Entre 1991 y 1992, el gobierno municipal negó un permiso solicitado por la empresa mexicana para construir en ese terreno un centro de almacenaje de desechos tóxicos, alegando que Confinamiento no garantizaba la regeneración del suelo ya contaminado. Sin embargo, el mismo proyecto sí recibió las autorizaciones pertinentes por parte de la administración federal y estatal mexicana. En 1993, Confinamiento Técnico fue adquirido por Econsa (sociedad mexicana de que es accionista única la empresa estadounidense Metalclad Corporation). La nueva propietaria, a pesar de no contar con el permiso municipal correspondiente, terminó la construcción del citado centro en 1995. Mientras que la Secretaría de Medio Ambiente mexicana firmó un convenio con la sociedad por el que autorizaba a ésta a operar durante cinco años si durante dicho periodo cumplía con una serie de contraprestaciones medioambientales, el municipio continuó denegando el permiso de construcción e impidiendo de facto el funcionamiento del centro de residuos. Ante esta situación, Metalclad instó un arbitraje ante Ciadi, que se celebró en Vancouver aplicando las Reglas del Mecanismo Complementario. La empresa solicitó una indemnización de 120 millones de dólares, alegando la violación de los artículos 1105 (trato justo y equitativo) y 1110 (expropiación) de Nafta. Mientras se estaba celebrando este arbitraje, el gobierno de San Luís de Potosí emitió un Decreto en el que declaraba el terreno controvertido zona de reserva ecológica, por hallarse en ella un cactus endémico.

En su laudo, el tribunal arbitral consideró que se habían violado los dos artículos citados de Nafta. Por un lado, se considera que las actividades del Estado receptor han de regirse por el principio de transparencia, lo cual supone que *“todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, debería de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas”*. Sin embargo, en este caso, *“se dejó creer a Metalclad, y creyó, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento”*. Ello demuestra *“una falta de orden en el proceso y disposición en el tiempo en relación con un inversionista q actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo”*⁴⁵. Por otro lado, el tribunal realiza una interpretación del término expropiación que también incluye *“una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad”*. Ello le conduce a considerar que el Estado receptor adoptó una medida equivalente a la expropiación

⁴⁵ Complementariamente, el Tribunal también argumenta que el Municipio únicamente podría haber denegado el permiso de construcción alegando razones relacionadas con la construcción física o defectos del sitio, por lo que fue inadecuado que denegase el permiso amparándose en consideraciones de impacto ambiental.

“al tolerar la conducta de Guadalcázar ...la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el Gobierno federal”⁴⁶.

B) Reflexiones: La decisión Metalclad fue la primera en hacer que un Gobierno Nafta compensase económicamente a un inversor extranjero. Posteriormente, Ciadi ha vuelto a resolver a favor del inversionista otros casos que, como *Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. versus Estados Unidos Mexicano*⁴⁷, presentan un núcleo de similitudes con Metalclad⁴⁸. Siguiendo la terminología norteamericana, nos hallamos ante típicos casos “NIMBY” (*not in my back yard*)⁴⁹. Efectivamente, nadie quiere que este tipo de instalaciones se sitúen cerca de su domicilio y ello hace que en enclave elegido para la actividad controvertida se genere un activo movimiento ciudadano. Esta reacción cívica obliga a las autoridades locales a posicionarse en contra del proyecto y, para mantener su legitimidad política y tranquilizar a la ciudadanía, pueden llegar en ocasiones a boicotarlo utilizando mecanismos de poca “credibilidad jurídica” (como el Decreto *ex post* sobre cactus endémicos del asunto Metalclad que, curiosamente, fue dictado el día de la independencia mexicana).

En relación con estos casos que han tenido como demandado a México, ha de tenerse en cuenta que el país es una República federal, compuesta por entidades federativas, divididas a su vez en municipios. Esta división política trae consigo una estructura administrativa descentralizada, que cuenta con los niveles federal, estatal y municipal. A la

⁴⁶ Aunque la conducta recién indicada, por sí sola, supone una expropiación por parte del Estado mexicano, el tribunal arbitral indica adicionalmente que también *“la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí mismo y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación”*.

⁴⁷ Tecmed S.A. es una sociedad mercantil española que adquirió unas instalaciones para el confinamiento de residuos tóxicos situadas en el municipio de Hermosillo (Estado de Sonora, México). Estas instalaciones, que habían contado en el pasado con las preceptivas licencias de funcionamiento, fueron gestionadas por Cytrar (sociedad creada por Tecmed) hasta que en 1998 el Instituto de Ecología le denegó la renovación de la dicha autorización. Planteada una reclamación ante Ciadi, el tribunal arbitral consideró que el Estado había violado las obligaciones recogidas en los artículos 4.1 y 5.1. del APPRI España-México de 1996. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caseId=C186.

⁴⁸ También presenta similitudes en su supuesto de hecho el caso *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. versus República del Perú* (construcción de una fábrica en Lima, en la reserva ecológica de los Pantanos de Villa, que genera gran oposición social y a la que la municipalidad le niega una licencia). Sin embargo, el tribunal no entró a conocer del fondo de la controversia porque se declaró incompetente por cuestiones temporales. (el Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los gobiernos del Perú y Chile, en vigor desde el 3 de agosto del 2001, no es aplicable a este caso por estar expresamente excluidas *“todas las controversias -con inversionistas- que hubieren surgido con anterioridad a su vigencia”*). http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC686_Sp&caseId=C225.

⁴⁹ Vid. D. A. GANTZ, “Global Trade Issues in the New Millennium: Potential Conflicts between Investors Rights and Environmental Regulation under Nafta’s Chapter XI”, *George Washington International Law Review*, 2001.

hora de llevar a cabo actividades empresariales, máxime si éstas tienen repercusiones medioambientales, es muy probable que se requieran las decisiones positivas de más de una Administración. Como ha quedado expuesto en Metalclad y como ha sucedido también en arbitrajes respecto de Canada (Gallo)⁵⁰ y Estados Unidos (Glamis)⁵¹, puede ocurrir que las decisiones emanadas desde los distintos niveles administrativos del mismo Estado reflejen una valoración antitética de la inversión extranjera (simplificadamente, “buena” para el país, “mala” para los vecinos)⁵². El mismo problema de fondo lo puede generar también una inversión extranjera cuándo ésta ha de ser analizada por distintos órganos pertenecientes al mismo nivel gubernamental. Así ocurrió en el conflicto *MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S. A. versus República de Chile* (inversión “buena” para la economía, “mala” para el medio ambiente)⁵³

Con carácter general, se considera que incoherencias internas de este tipo han de valorarse negativamente desde la perspectiva del fomento de las actividades empresariales internacionales⁵⁴. En definitiva, los APPRI persiguen la creación de un “*investment-friendly climate*” y para ello los Estados soberanos admiten que, entre otras cosas, se realice un control externo de su sistema administrativo doméstico. En este sentido, en algunas decisiones arbitrales de Ciadi se ha proclamado que déficits en este ámbito suponen una

⁵⁰ El caso Vid. G. Gallo v. Canadá se está resolviendo a través de un arbitraje sometido a las reglas de Uncitral. El proyecto origen de la controversia es la creación de un vertedero de residuos en una mina abandonada. El gobierno provincial autorizó la iniciativa, pese a las quejas de los ciudadanos y ONGs, que alertaban de la contaminación de acuíferos subterráneos que iba a generar el depósito de los desechos. Posteriormente, el Gobierno canadiense emitió una norma que finalmente impidió la actividad empresarial (y que, para la empresa, supuso una violación de los artículos 1105 y 1110 de Nafta). http://www.naftalaw.org/disputes_canada_gallo.htm.

⁵¹ En Glamis Gold Ltd. v. United States, la aprobación por parte del Gobierno federal estadounidense de un controvertido proyecto minero hizo que el Estado de California reaccionase dictando una norma que, al aumentar los requerimientos medioambientales (cubrir los agujeros generados), hacía que la inversión fuese menos rentable. Esta norma contó con el respaldo de la *Quechan Indian Nation* (que practicaba sus rituales en esa zona) y de los grupos medioambientales, que querían proteger las características del paisaje en esa área y un importante acuífero allí localizado. Sin embargo, la empresa minera consideró que la disposición estatal suponía una violación por parte de Estados Unidos de los artículos 1105 y 1110 de Nafta. http://www.naftalaw.org/disputes_us_glamis.htm.

⁵² Hay que tener en cuenta que en el esquema Nafta, únicamente el Estado (nivel federal) puede ser parte de un arbitraje de inversiones, pero que la mayoría de las decisiones rebatidas proceden de un nivel inferior (estado, municipio), que no ha podido ser parte en el arbitraje. Así, el gobierno federal se ve obligado a defender una disposición que él no ha creado y con la que tal vez no comulga y, es más, se puede ver obligado a abonar con fondos nacionales una indemnización derivada de un acto que él no generó.

⁵³ El Comité de Inversiones Extranjeras chileno aprobó una inversión de la empresa malasia MTD Equity, con el objeto de llevar a cabo un proyecto inmobiliario en una zona del municipio de Pirque dedicada a actividades agrícolas. Este proyecto no pudo concluirse ya que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y se negó a modificar Plano Regulador Metropolitano de Santiago. <http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award.pdf>. Al respecto, S LÓPEZ ESCÁRCENA, “La aplicación de la cláusula de nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MTD”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, pp. 79-88.

⁵⁴ R. DOLZER, “The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, summer 2005.

violación de la obligación de otorgarle al inversor un “trato justo y equitativo”. Éste es un concepto esencial en el ámbito del arbitraje de inversiones y naturalmente, su definición y aplicación casuística no está exenta de controversia⁵⁵. Por lo que respecta a casos con implicaciones medioambientales como los que se vienen citando en este apartado, en la práctica esta noción está requiriendo del Estado receptor que sus distintos entes actúen de buena fe, de forma consistente, coordinada⁵⁶, desprovista de ambigüedades y transparente⁵⁷. Para concluir el presente epígrafe se va a reflexionar a continuación sobre otra básica y polémica noción del arbitraje de inversiones: la expropiación.

5. Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. República de Costa Rica⁵⁸: La incidencia del factor medioambiental en el análisis expropiatorio

A) Datos básicos de la controversia: Un grupo de ciudadanos norteamericanos constituyeron en 1970 la sociedad costarricense Compañía de Desarrollo de Santa Elena con el objeto de crear un complejo turístico. La empresa adquirió en la zona de Santa Elena una superficie de 40.000 acres, que incluían un trozo de costa, varios ríos y un área de selva tropical. En 1978 el Gobierno de Costa Rica emitió un Decreto por el cual se expropiaba la propiedad citada, alegándose que el Parque Nacional de Santa Rosa iba a ampliarse con las tierras de Santa Elena, para que de esta forma se pudiese proteger adecuadamente tanto a la población de felinos que habitaban la zona como a la flora autóctona y las zonas de desove

⁵⁵ Vid. entre otros, T. WEILER, “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico”, en AA. VV., *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Usa 2004, pp. 701-744.

⁵⁶ En el caso MTD precitado el tribunal afirma: “*What the Tribunal emphasizes here is the inconsistency of action between two arms of the same Government vis-à-vis the same investor even when the legal framework of the country provides for a mechanism to coordinate (...) Chile is not a passive party and the coherent action of the various officials through which Chile acts is the responsibility of Chile, not of the investor (...) but Chile also has an obligation to act coherently and apply its policies consistently, independently of how diligent an investor is. Under international law, the State of Chile needs to be considered by the Tribunal as a unit (...) The Tribunal is satisfied, based on the evidence presented to it, that approval of an investment by the FIC for a project that is against the urban policy of the Government is a breach of the obligation to treat an investor fairly and equitably*” (puntos 163-166 del laudo MTD).

⁵⁷ En consecuencia con ello, en el caso Tecmed también se aprecia una violación del artículo 4.1 del Acuerdo precitado, a raíz de “*la falta de transparencia de la conducta e intenciones del INE a lo largo de los acontecimientos que condujeron de manera inmediata a la Resolución, la que tampoco refleja cabalmente las razones profundas que condujeron a la no renovación de la Autorización, en realidad encubre la consecuencia final y real de tal conducta y Resolución, que no es otra que la clausura definitiva de la operación del Confinamiento de Las Víboras sin indemnización, y sin haber importado para ello que Cytrar accediese o no, a pesar de las expectativas creadas, a la posibilidad de neutralizar o mitigar el impacto económico negativo de dicha clausura mediante la continuación de su actividad económica y comercial en un sitio distinto*” (punto 164 del texto).

⁵⁸ http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caseId=C152. Vid. C. N. BROWER Y J. WONG, “General Valuation Principles: The Case of Santa Elena”, AA. VV., *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Usa 2004, pp. 747-775.

de tortugas marinas. Compañía no aceptó la compensación económica que le propuso el Gobierno y se iniciaron diversas reclamaciones judiciales nacionales y negociaciones que concluyeron sin acuerdo. En 1996 se inició un arbitraje Ciadi, que concluyó cuatro años más tarde con un laudo que condenaba a Costa Rica a pagar 16 millones de dólares al inversor por la expropiación de 1978⁵⁹.

B) Reflexiones: En abundantes laudos arbitrales referidos a inversiones internacionales, el tribunal ha tenido que precisar si la conducta estatal denunciada debía considerarse expropiatoria. En varios de estos casos, la decisión que estaba siendo cuestionada poseía una finalidad ecológica. A continuación se van a exponer de forma esquemática tres diferentes posturas que los tribunales arbitrales vienen adoptado, respecto a si el fin de la actuación pública debía o no debía ser tenido en cuenta a la hora de realizar una calificación expropiatoria⁶⁰. El caso Santa Elena recién expuesto se cita frecuentemente como ejemplo de la “*sole effect doctrine*”. En él, el tribunal constata que en esta controversia confluyen los presupuestos establecidos en el artículo 1110 Nafta⁶¹ y proclama la existencia de una expropiación, siendo la motivación medioambiental del Decreto costarricense irrelevante tanto respecto de la naturaleza como de la cuantificación de la expropiación⁶².

⁵⁹ Los datos básicos de este conflicto se repiten en otros casos que se han planteado más recientemente ante Ciadi. Por ejemplo, en el caso Frank v. México se acudió a un arbitraje Uncitral ante la expropiación de una propiedad que era utilizada con fines turísticos (www.naftalaw.org). En Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica (ICSID Case ARB/08/1) el Gobierno costarricense decidió expropiar 46,6 hectáreas que eran propiedad de una nacional alemana y venían siendo destinadas a fines turísticos. El Gobierno justificó la expropiación alegando que era necesario ampliar el Parque Nacional Marino Las Baulas para proteger a este tipo de tortuga (http://www.soitu.es/soitu/2008/02/01/info/1201825706_822055.html, http://www.coldwellbankercr.com/news_events/view/international_arbitration_for_grande_owners). Véase que conflictos como los apuntados también pueden generarse en España en el futuro y hacer que se planteen arbitrajes internacionales, si los propietarios extranjeros se consideran expropiados por actuaciones del Estado respecto de propiedades situadas en zonas de dominio público. “Londres y Berlín presionan a España contra la Ley de Costas”, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Londres/Berlin/presionan/Espana/Ley/Costas/elpepisc/20081020elpepisc_2/Tes.

⁶⁰ B. CHOUDHURY, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 2008.

⁶¹ Artículo 1110: “Expropiación y compensación: Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”. http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP11_1.asp#A1110.

⁶² El tribunal afirma: “While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains”. (v. puntos 71 y 72 del laudo).

Frente a esta concepción restrictiva, que únicamente tiene en cuenta los efectos del acto estatal sobre los intereses del inversionista⁶³, otros laudos arbitrales sí que han sopesado las características de la decisión estatal antes de proclamar si ésta tenía o no carácter expropiatorio. En asuntos como Tecmed⁶⁴, el tribunal realiza un “análisis de proporcionalidad”, que implica “*considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad*”⁶⁵. Aplicando este test al caso citado, el tribunal considera que durante el periodo de funcionamiento de las instalaciones controvertidas, la empresa fue multada por las autoridades mexicanas dado que el transporte que realizaba de tierras contaminadas procedentes de Baja California “*provocan o pueden provocar riesgo al ambiente o la salud*”. No obstante, estas infracciones “*no comprometían la integridad del medio ambiente, el equilibrio ecológico ni la salud de la población*”⁶⁶, por lo que no era adecuado alegar tales argumentos para justificar la denegación de la renovación de la licencia⁶⁷. Así, se considera que la decisión administrativa mexicana supone una violación del artículo 5.1. (“*Nacionalización y expropiación*”) del entonces vigente APPRI firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 1996⁶⁸. La aplicación del “análisis de proporcionalidad” al caso Tecmed conduce a afirmar que se ha producido una expropiación indirecta, de la misma forma que en otros casos la aplicación de este test ha conducido a la

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caseId=C152.

⁶³ Esta concepción ha sido calificada de “anatema” por una parte de la doctrina que aboga por que se realice un análisis más amplio. J. R. MARLLES, “Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law”, *Journal of Transnational Law and Policy*, Spring 2007.

⁶⁴ Vid. infra, epígrafe II, apartado 4. J. COE Y N. RUBINS, “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions”, AA. VV., *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Usa 2004, pp. 597-667.

⁶⁵ Vid. punto 122 del laudo. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caseId=C186.

⁶⁶ Vid. los puntos 107 y 124 de este laudo.

⁶⁷ En el laudo se considera probado que la no renovación se decidió, en realidad, influida por circunstancias políticas referidas a la ubicación concreta del confinamiento (punto 145). Se entiende además que la oposición social a dicha actividad no es de envergadura tal como para estimar que se generó una situación de grave emergencia y crisis social que pueda justificar una expropiación sin indemnización (vid. puntos 146-147).

⁶⁸ Actualmente, entre ambos países rige un nuevo Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. <http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2007/04/26/1&documento=68>.

conclusión inversa⁶⁹. Ampliando el objeto de este análisis, se observa que en varios casos resueltos a través de Ciadi (Azinian v. Estados Unidos mexicanos⁷⁰, Klöckner v. Camerún⁷¹, Waste v. México⁷², Biwater v. Tanzania⁷³) la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el inversionista o la inverosimilitud de éstas, son un argumento tenido en cuenta por el tribunal para desestimar el argumento de la expropiación.

Una tercera perspectiva en esta materia es la recogida en el laudo Methanex⁷⁴. El tribunal en este caso prescinde de estudiar la proporcionalidad entre la medida estatal y la

⁶⁹ Ello sucede, por ejemplo, en el caso Azurix (vid. punto 322 en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseId=C5).

⁷⁰ Global Waste Industries Inc y Sunlaw Energy Inc. crearon la empresa mexicana Desona, la cual obtuvo en 1993 una concesión para encargarse de la gestión de los residuos sólidos del municipio mexicano de Naucalpan. Desona se comprometió a llevar a cabo un proceso de recolección altamente modernizado, centrado en la generación de beneficios medioambientales (como la producción de cartón a partir de los residuos o de electricidad a partir de los biogases de los rellenos). Esta concesión fue anulada posteriormente por el Ayuntamiento, apuntando que se habían producido una serie de irregularidades en el cumplimiento del contrato. Dicha decisión fue cuestionada por la empresa ante distintas instancias judiciales nacionales y finalmente se planteó una demanda de arbitraje ante Ciadi, alegando la violación de los artículos 1105 y 1110 de Nafta. En este caso, el tribunal rechazó las alegaciones del inversionista estadounidense. A lo largo del laudo se recalca que las declaraciones pro-ecológicas que realizaron los demandantes para obtener el contrato de concesión eran falsas (“*el programa de conversión de gases de rellenos parece haber sido una fantasía por diversas razones prácticas elementales... la capacidad de la planta eléctrica prevista en el contrato de concesión era asombrosa...*”) y que se emitieron fraudulentamente con el objetivo de engañar al Ayuntamiento con respecto a la capacidad de Desona para ejecutar la concesión. En este caso, la rescisión del contrato no constituyó una expropiación. http://www.naftalaw.org/disputes_mexico_robert.htm.

⁷¹ En este caso anterior de Ciadi, la empresa extranjera había invertido en Camerún para desarrollar una industria fertilizante que era esencial para el desarrollo agrícola del país. El Tribunal no aceptó las reclamaciones del inversionista, alegando que « *nous avons établi qu'au cours de la période critique avant et pendant la construction de l'usine, Klöckner a défailli à son obligation de traiter franchement avec son partenaire camerounais. Deuxièmement, bien que Klöckner se soit engagé à livrer une usine prête à fonctionner, la réception de l'usine n'a pas eu lieu en conformité avec les accords, et l'usine n'a jamais fonctionné comme Klöckner avait dit qu'elle le ferait, et comme les accords* ». http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=240800&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=941000.

⁷² En el caso Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos, el tribunal afirma que “*the reason Waste Management withdrew from Acapulco was not because the enterprise had been seized, or because its activity as a whole had been blocked, for example by the seizure of key items of its property, but because—as a result of contractual defaults, changes of circumstances and the fragility of the underlying business plan—the operation was persistently uneconomic*” (punto 157, <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Waste/WasteFinalAwardMerits.pdf>).

⁷³ En este supuesto (referido a la gestión de recursos naturales, v. infra epígrafe III), el Gobierno de Tanzania canceló un contrato de privatización del servicio de aguas, alegando que la empresa británica había incumplido su compromiso de abastecer a unas zonas especialmente subdesarrolladas. A la hora de exonerar de responsabilidad económica al Estado (y pese a considerar que el Estado ha violado algunos preceptos del APPRI entre Reino Unido y Tanzania), el tribunal arbitral tiene muy en cuenta que: “*As a result of the poor bid, coupled with numerous management and implementation difficulties, BGT (and City Water) did not generate the income which had been foreseen, and accordingly the project quickly encountered substantial difficulties. (...) In other words, the actual loss and damage for which BGT has claimed –however it is quantified – is attributable to other factors*” (puntos 789 y 805). Vid. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC770_En&caseId=C67.

⁷⁴ Vid. supra epígrafe II, apartado 2.

protección debida al inversor y centra su análisis en las características de la norma cuestionada. Dado que se trata de una regulación no discriminatoria, general, elaborada atendiendo al *due process* y teniendo en cuenta que el Gobierno no se había comprometido con la empresa a no emitir normas de esta naturaleza, el tribunal considera que la disposición estatal es lícita y no constituye una expropiación indemnizable⁷⁵. Esta última postura es la preferida por quienes dan primacía a los intereses ecológicos frente a los económicos, ya que supone un respaldo a la “soberanía medioambiental” de los Estados⁷⁶. Finalizando este apartado ha de recordarse que la falta de *stare decisis* en este ámbito arbitral impide asegurar cuál de estos tres planteamientos es el prevalente. A no ser que se realicen cambios sustanciales en el futuro⁷⁷, se estima que seguirá existiendo una “zona gris” entre expropiación y regulación, a la que se continuarán enfrentado los distintos tribunales arbitrales⁷⁸.

III. Los recursos naturales como objeto directo de la inversión: La influencia del medio ambiente en los nuevos perfiles del arbitraje de inversiones

Los casos estudiados hasta este momento tienen por objeto una reclamación interpuesta por una empresa extranjera, que lleva a cabo una actividad económica con repercusiones en el medio ambiente del país receptor. Este sujeto privado acude a un arbitraje internacional alegando que un acto administrativo o una nueva norma, dictada para proteger la ecología local, ha afectado de forma negativa a su inversión. En el epígrafe que ahora se inicia, se va a centrar la atención en otra sugerente y diferenciada tipología de supuestos. Aquí no es que el empresario incida de forma indirecta sobre el medio ambiente al desarrollar

⁷⁵ El tribunal afirma: “a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation (...) No such commitments were given to Methanex. Methanex entered a political economy in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, non-governmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons. Indeed, the very market for MTBE in the United States was the result of precisely this regulatory process. Methanex appreciated that the process of regulation in the United States involved wide participation of industry groups, non-governmental organizations, academics and other individuals, many of these actors deploying lobbyists. Methanex itself deployed lobbyists. Mr Wright, Methanex’s witness, described himself as the government relations officer of the company”. (vid. parte IV – capítulo D, página 4). <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>.

⁷⁶ Por ejemplo, M. WAGNER, “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate University Law Review*, 1999.

⁷⁷ Vid infra, epígrafe III.

⁷⁸ C. LÉVESQUE, “Distinguishing Expropriation and Regulation under Nafta Chapter 11: Making Explicit the Link to Property”, AA. VV, *The First Decade of Nafta*, Usa 2004, pp. 293-351; M. R. POIRIER, “The Nafta Chapter 11. Expropriation Debate through the Eyes of a Property Theorist”, *Environmental Law*, fall 2003.

sus tareas profesionales, sino que el objeto de su actividad son los mismos recursos naturales. Clarificando este término, se considera que un recurso natural es todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado en su estado natural por el ser humano. Una clase de recursos naturales son los denominados no renovables que, como el petróleo y los yacimientos de minerales, se agotan con su explotación. Como se verá en este epígrafe, muchos conflictos arbitrales recientes se han generado por la voluntad de los Estados de recuperar el control de recursos naturales como los recién indicados. Ello hace que en ocasiones el acto público cuestionado tenga como sujeto pasivo a un grupo amplio de inversores. En este epígrafe se van a analizar varios conflictos reales que presentan las características indicadas. Su estudio nos va a permitir detectar las falencias actuales que desde la perspectiva ecológica presenta el arbitraje de inversiones y apuntar asimismo qué modificaciones deberán incorporarse a este sistema para que sobreviva a varios focos críticos que han comenzado a manifestarse recientemente.

1. Aguas del Tunami S. A. versus República de Bolivia⁷⁹: La incorporación del interés medioambiental al procedimiento arbitral

A) Datos básicos de la controversia: Bajo la influencia del Banco Mundial, en el año 1999 se privatiza el servicio de aguas de la ciudad de Cochabamba (Bolivia). La concesión es otorgada a la empresa estadounidense Bechtel⁸⁰, que actúa a través de la subsidiaria local Aguas del Tunami. A las pocas semanas de asumir esta gestión, la empresa realiza un drástico incremento de las tarifas⁸¹. Ello genera una revuelta popular de gran magnitud (conocida como la “*Bolivian Water War*”), que se plasmó en violentas manifestaciones multitudinarias, cierre de comercios y centros públicos y en la celebración de un referéndum popular⁸². El Gobierno interviene imponiendo una ley marcial y finalmente, aguas del Tunami abandona el proyecto y acude a Ciadi alegando la violación del Tratado de inversiones Holanda-Bolivia. Tras un largo procedimiento arbitral en el que la política empresarial del inversor es fuertemente criticada por la sociedad civil internacional⁸³, Bechtel llega a un

⁷⁹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁸⁰ Como muestra del desequilibrio económico que existe entre las dos partes del conflicto, Riley Bechtel se encuentra en el puesto número 51 de los hombres más ricos de Estados Unidos, mientras que muchas familias bolivianas tienen unos ingresos inferiores a los mil dólares al año. “Bechtel Corp Suing for 25 million in Lost Profits After People Revolt”, <http://www.50years.org/cms/ejn/story/85>.

⁸¹ Las fuentes consultadas indican que quienes cobraban un salario mínimo de 60 dólares al mes, tenían que pagar una factura de agua de 15 dólares. <http://www.cadtm.org/IMG/pdf/avp34-2.pdf>.

⁸² <http://www.democracyctr.org/bolivia/investigations/water/righttowater.htm>.

⁸³ En torno a este movimiento, que se denominó “The People v. Bechtel”, vid. http://www.blueplanetproject.net/Alternatives/documents/Bechtel_vs._Bolivia_2006_Jan.doc.

acuerdo extra-arbitral en el año 2006. En él, la empresa abandona sus pretensiones a cambio del reconocimiento por parte de Bolivia de que la concesión se terminó prematuramente no por causas imputables a la empresa, sino por las circunstancias sociales y políticas que se vivieron en Cochabamba⁸⁴.

B) Reflexiones: Los arbitrajes de inversiones se han caracterizado tradicionalmente por su naturaleza secreta⁸⁵. Esta opacidad se ha podido poner de manifiesto en varios momentos arbitrales que van desde el conocimiento de la existencia de la disputa, al acceso al proceso o a la decisión arbitral⁸⁶. Dicha característica, junto con otras particularidades de este arbitraje como la imposibilidad de intervención de terceros, han sido muy criticadas. Se estima que éstas que no casan con una tipología de controversias que frecuentemente afecta a intereses públicos de la importancia de la protección medioambiental.

Pensando en la compleja relación entre esta protección medioambiental y las inversiones internacionales, se desea recalcar que en las últimas décadas se han desarrollado dos interesantes tendencias en el ámbito internacional. Por un lado, la noción de derechos humanos se ha consolidado, universalizado y ha hallado mecanismos coercitivos de defensa⁸⁷. Esta concepción contemporánea de derechos humanos contiene una vertiente medioambiental⁸⁸. A través de ella se defiende por ejemplo el derecho a un medio ambiente sano o el derecho al acceso a recursos naturales básicos de la importancia del agua⁸⁹ (del cual se han hecho eco organismos como el Consejo Económico y Social de Naciones

⁸⁴<http://www.bechtel.com/2006-01-19.html> y <http://www.countercurrents.org/gl-dc210106.htm>.

⁸⁵ Estas afirmaciones generales se hacen a sabiendas de que la incidencia de estos déficits dependerá en cada caso de las reglas que se apliquen al arbitraje (piénsese, por ejemplo, que suele ser más difícil saber de una controversia que se está decidiendo por un tribunal *ad hoc* según la reglas de Uncitral que de un conflicto gestionado por CIADI, el cual se da a conocer en la página web institucional).

⁸⁶ Al respecto, N. BLACKBY, "Public interest and Investment Treaty Arbitration", *Transnational Dispute Management*, february 2004.

⁸⁷ Así por ejemplo, el derecho a la transparencia en la información medioambiental ha hallado una importante respuesta favorable en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006. En el caso Claude Reyes y otros versus Chile, el Tribunal reconoce el derecho de un grupo de particulares a obtener "toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo –por inversionistas extranjeros- en la décimosegunda región de Chile y podría ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile". http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.doc.

⁸⁸ En esta materia, vid. entre otros, S. F. PUVIMANASINGHE, *Foreign Investment, Human Rights and the Environment*, Leiden 2007.

⁸⁹ T. O'NEILL, "Water and Freedom: The Privatization of Water and its Implications for Democracy and Human Rights in the Developing World", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2006.

Unidas)⁹⁰. Por otro lado, es también reseñable que las organizaciones medioambientales han asumido la representación y defensa de la sociedad civil transnacional, tanto participando activamente en la creación y seguimiento de Tratados y normas ecológicas como luchando contra violaciones medioambientales concretas⁹¹.

Realidades como las recién apuntadas no hallaron reflejo en el Convenio de Ciadi, que entró en vigor en el año 1966. Sin embargo, el afianzamiento de los fenómenos recién citados ha ido generando una creciente demanda de intervención de terceros en este mecanismo arbitral que actualmente goza de gran relevancia práctica⁹². Aunque en una fase inicial los tribunales se mostraron reticentes a darle un margen de actuación a este tipo de sujetos, el primer avance en este sentido se produjo con el ya comentado caso Methanex⁹³. En él, el tribunal arbitral consideró que el artículo 15.1 de las Reglas de Uncitral le permitía aceptar la intervención de *amicus curiae* y asimismo autorizó que las sesiones del tribunal fuesen públicas⁹⁴.

En el caso Aguas del Tunami que encabeza este apartado, un grupo de organizaciones y de particulares presentaron en el año 2002 un escrito al tribunal arbitral, solicitando ser admitidos como partes en la controversia y, en su defecto, poder intervenir como *amici curiae*, asistir a las audiencias y tener acceso a documentos⁹⁵. Aunque el tribunal denegó esta petición⁹⁶, se estima que este supuesto es el punto de inflexión en el tratamiento

⁹⁰ En este sentido, véase el “General Comment No. 15 (2002). The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”. <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/gc15.doc>. Es importante reseñar cómo estas declaraciones internacionales han hallado reflejo expreso en el ámbito del arbitraje de inversiones. Por ejemplo, en el caso Suez, el tribunal Ciadi afirma que: “*la diferencia relativa a inversiones gira en torno a dos sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana. Estos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público en internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos*”. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19.

⁹¹ Vid. por ejemplo, R. H. STEINBERG, “Understanding Trade and the Environment: Conceptual Frameworks”, en AA. VV., *The Greening of Trade Law*, Usa, 2002, pp. 1-20.

⁹² Vid. entre otros, FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 19, Nº. 1, 2007, págs. 1-14.

⁹³ Vid supra epígrafe II, apartado 2.

⁹⁴ <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexDecisionReAuthorityAmicus.pdf>.

⁹⁵ http://www.earthjustice.org/library/legal_docs/Bechtel.pdf.

⁹⁶ El tribunal adujo que, faltando la aprobación de las partes, él no podía autorizar dichas intervenciones. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC628&caseId=C210>.

otorgado a la participación pública en los arbitrajes de inversiones. El rechazo social a esta decisión arbitral fue tan contundente⁹⁷ que Ciadi, consciente de la insuficiencia de los arreglos *ad casum* en esta materia y siguiendo la estela de iniciativas como el artículo 10 del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias* de la OMC (referido a “terceros”)⁹⁸, introdujo una reforma en su Reglamento de Arbitraje. En la actual regla 32 de este texto que entró en vigor el 10 de abril de 2006 se admite la posibilidad de que, contando con el consenso de las partes, el tribunal permita “que otras personas, además de las partes (...) asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen”. Por su parte, la regla 37.2 autoriza a que, tras haber consultado a las partes, el tribunal arbitral permita que “una persona o entidad que no sea parte en la diferencia efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia”⁹⁹.

En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. versus República Argentina*, el tribunal arbitral emitió el 12 de febrero de 2007 una importante Resolución en estas materias. En diciembre de 2006, cinco organizaciones no gubernamentales (entre ellas, el Centro para el Derecho Internacional Ambiental) habían solicitado autorización para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*. El tribunal, aunque no las considera directamente aplicables por cuestiones cronológicas, hace referencia a las nuevas reglas de arbitraje Ciadi e indica que su esencia coincide con la de las pautas dictadas por el mismo órgano en la Resolución de 17 de marzo de 2006. En este caso, estima que “los peticionarios han demostrado su idoneidad para hacer presentaciones en calidad de *amicus* en este caso”¹⁰⁰. Por ello el tribunal decide permitir que estas cinco organizaciones presenten un escrito común, de no más de 30 folios, cuyo contenido podrá ser ampliado a petición del tribunal y que se transmitirá a las partes, permitiéndoles presentar alegaciones al respecto¹⁰¹.

⁹⁷ Por ejemplo, más de 300 ONGs de 40 países presentaron un escrito conjunto (<http://www.earthjustice.org/library/signon/citizensletter.pdf>) ante Ciadi, protestando contra la exclusión sufrida en el caso Bechtel. Vid. http://www.earthjustice.org/news/press/002/three_hundred_citizen_groups_call_on_secret_world_bank_court_to_open_up_bechtel_case_against_bolivia.html.

⁹⁸ http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu.pdf.

⁹⁹ http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

¹⁰⁰ Vid. punto 15 de la Resolución. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19.

¹⁰¹ Vid. punto 27 de la Resolución.

La intervención de partes no contendientes en este tipo de arbitrajes ha de valorarse positivamente, ya que supone la plasmación procedimental de la pluralidad de intereses que coexisten en nuestro mundo global (dándose cabida de esta forma al denominado “*Trade Stakeholder Model*”) ¹⁰². Es erróneo considerar que el *amicus curiae* va a reproducir los planteamientos defendidos por una de las partes contendientes. Al contrario, como se deriva de la regla 37.2 de Ciadi ¹⁰³, este tercero va a ser el defensor de otros importantes intereses que también confluyen en el caso ¹⁰⁴. Queda por determinar en qué medida se va a seguir potenciado en el futuro la intervención de sujetos no contendientes en este tipo de controversias empresariales-medioambientales que son remitidas a un tribunal arbitral. Desde algunos sectores se teme que conceder un rol excesivo a estos intereses traiga consigo una erosión del status de los tradicionales sujetos del Derecho Internacional ¹⁰⁵. En estos momentos, no parece que ello vaya a ocurrir, si se atiende al tenor de preceptos como los de Ciadi y a la forma estricta en que están siendo aplicados por los tribunales arbitrales. Así por ejemplo, en el caso Suez se denegó el acceso de los peticionarios al expediente del procedimiento, dado que las Reglas Ciadi no habían recogido expresamente dicha posibilidad ¹⁰⁶. Por su parte, en el caso Biwater el tribunal desautorizó el acceso de los terceros (entre ellos, tres organizaciones medioambientales) a una serie de documentos, recordándoles de forma tajante que no pueden pretender equiparse a los abogados de las partes ni asumir competencias propias del tribunal ¹⁰⁷. En este caso además, los no peticionarios tampoco pudieron asistir a las audiencias, ya que una de las partes se negó a ello.

¹⁰² Se trata de un modelo que: “*views trade dispute resolution as a part of a wide-ranging deliberative process by which an emerging global social system can set its priorities*”. G. R. SHELL, “Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization”, *Duke Law Journal* 1994, esp. p. 911.

¹⁰³ Según esta regla, a la hora de determinar si permite esa presentación, el tribunal arbitral deberá considerar, entre otras cosas, si el *amicus curiae* va a aportar “*una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia*”.

¹⁰⁴ I. T. ODUMOSU, “The Antinomies of the (continued) Relevance of Icsid to the Third World”, *San Diego International Law Journal*, Spring 2007.

¹⁰⁵ D. B. HOLLIS, “Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case of the Retention of State Sovereignty”, *Boston College International and Comparative Law Review*, spring 2002.

¹⁰⁶ Vid. puntos 23-25 de la Resolución precitada.

¹⁰⁷ Vid supra epígrafe II, apartado 5. Textualmente: “*What is not expected, however, is that the Petitioners (a) will consider themselves as simply in the same position as either party’s lawyers, or (b) that they will see their role as suggesting to the Arbitral Tribunal how issues of fact or law as presented by the parties ought to be determined (which is the sole mandate of the Arbitral Tribunal itself)*”. Vid. punto 64 de la Resolución. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC532_En&caseId=C67.

Se estima que sería bueno que en el futuro próximo las audiencias públicas o la intervención de terceros dejaran de depender de la voluntad de, respectivamente, las partes y/o los árbitros y que se convirtiesen en una obligación impuesta por el mecanismo arbitral. De esta forma, en este ámbito no se reproducirían las críticas que han generado por ejemplo los arbitrajes Nafta, en torno a la imprevisibilidad que trae consigo la inexistencia de *stare decisis*. Dando un paso adelante y defendiendo un planteamiento más arriesgado, podría abogarse por la admisión en el futuro de arbitrajes multipartes¹⁰⁸, en los que las ONG medioambientales o propios los ciudadanos desempeñasen un papel no secundario (desde muchos foros se cuestionó en su momento: ¿por qué no es posible que los ciudadanos de Cochabamba inicien un arbitraje contra Bechtel?). Ante ámbitos especialmente sensibles como el de la protección ecológica, tal vez mereciese la pena realizar las requeridas modificaciones procedimentales para alcanzar este objetivo. Siguiendo esta línea de las modificaciones normativas, en el siguiente apartado se van a presentar diversas iniciativas desarrolladas desde la esfera estadounidense, que también propician el respeto medioambiental en el ámbito del arbitraje de inversiones.

2. Harken Energy versus Costa Rica¹⁰⁹: La nueva generación de Tratados de Libre Comercio y su repercusión en la resolución de conflictos empresariales-medioambientales

A) Datos básicos de la controversia: Harken es una empresa registrada en Texas, a la que el Gobierno de Costa Rica había autorizado para realizar prospecciones petrolíferas cerca de la costa del país. La posibilidad de otorgar tales autorizaciones a empresas extranjeras venía prevista en la Ley de Hidrocarburos de 1994. Esta norma fue a su vez consecuencia de la asunción por parte de Costa Rica del *Programa de Ajuste Estructural* impuesto por el Banco Mundial como condición para otorgar un importante préstamo al país¹¹⁰. Sin embargo, unos años después el Gobierno decidió proclamar una moratoria respecto de este tipo de actividades, influido por la presión de la ciudadanía y las organizaciones medioambientales. Estos colectivos alegaban que las perforaciones *off shore* afectaban gravemente a los

¹⁰⁸ Con carácter general, M. P. DALY, "Come One, come all: The New and Developing World of Nonsignatory Arbitration in Class Arbitration", *University of Miami Law Review*, octubre 2007; I. M. TEN CATE, "Multi-Party and Multi-contract arbitrations: Procedural Mechanism and Interpretation of Arbitration Agreements under U.S. Law", *The American Review of International Arbitration*, 2004.

¹⁰⁹ M. ENGLER Y N. MARTINEZ, "Harken versus Costa Rica". <http://www.alternet.org/story/18258/>

¹¹⁰ <http://www.eumed.net/tesis/alhc/49.htm>.

arrecifes de coral, las poblaciones de tortugas y los manglares de Costa Rica¹¹¹, un país de una gran biodiversidad¹¹². Ante la solicitud de arbitraje presentada por el inversor extranjero en Ciadi, el Gobierno manifestó que casos de tales características debían ser resueltos por sus tribunales nacionales. La empresa retiró su reclamación de 57 millones de dólares (¡cantidad igual al PIB actual del país!) y las partes iniciaron unas complejas negociaciones *out-of-court*, que culminaron en el año 2005 con la rescisión del contrato por parte del Gobierno y la no indemnización a la empresa. Finalmente, éste admitió que se había producido un incumplimiento contractual, al no haber adoptado la compañía las medidas medioambientales necesarias para que autoridades costarricenses aprobasen su Estudio de Impacto Ambiental¹¹³.

B) Reflexiones: Previsiblemente¹¹⁴, el 1 de enero de 2009 entrará en vigor en Costa Rica el *Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana* (CAFTA). El proceso de elaboración e implementación de este texto ha sido muy conflictivo, entre otros motivos porque se teme que vaya a generar los mismos problemas que Nafta en materia de inversiones y protección del medio ambiente¹¹⁵. Para comprobar la verosimilitud de estos pronósticos, imaginemos que el conflicto Harken se produce en Costa Rica cuando ya es aplicable Cafta¹¹⁶. A primera vista, el articulado de Cafta recoge los mismos principios básicos que han sido analizados ya respecto de Nafta (trato nacional, nación más favorecida, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización, inversión y medioambiente, etc). Sin embargo, analizando el texto con algo más detalle, merece la pena

¹¹¹ http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=990 y <http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/92/tortu.htm>.

¹¹² Las peculiaridades medioambientales de Costa Rica favorecen la proliferación de este tipo de conflictos. Así, por ejemplo, la empresa minera canadiense Vanessa Ventures Ltd, también amenazó con acudir a Ciadi alegando la violación del Tratado Canadá-Costa Rica, en relación con su proyecto de explotación de oro a cielo abierto en Las Crucitas, cuya concesión fue anulada por la sala IV del Constitucional. ("Sepultan concesión minera de Crucitas", <http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2007/07/09/nacionales/53342>, "Costa Rica enfrenta millonarias demandas canadienses". http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=2816; <http://www.nuestraamerica.info/leer.hlvs/4406>). En este caso, finalmente la Secretaría Técnica Nacional Ambiental de Costa Rica otorgó la viabilidad ambiental para esta explotación, pese a la gran consternación popular por los daños ambientales que se iban a producir en esa zona (<http://fuera decrucitas.blogspot.com/>).

¹¹³ <http://insidecostarica.com/dailynews/2005/march/02/nac01.htm>.

¹¹⁴ Costa Rica sometió la ratificación de Cafta a un referendum, que tuvo lugar el 7 de octubre de 2007 y dio un resultado favorable a ésta. Sin embargo, se han producido problemas en el proceso parlamentario subsiguiente y Costa Rica ha pedido ya dos prórrogas respecto a la fecha de entrada en vigor del texto en este país. http://dinero.aol.com/articulos/_a/costa-rica-consigue-nueva-prorroga-para/n20080930201509990002.

¹¹⁵ B. E. JENKINS, "The next Generation of Chilling Uncertainty: Indirect Expropriation under Cafta and its Potential Impact on Environmental Protection", *Ocean and Coastal Law Journal*, 2007.

¹¹⁶ El texto del Tratado se puede hallar en: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/textofoliado/default.htm>.

hacer referencia a tres novedades que pueden dificultar la introducción de reclamaciones como la de Harken (que fue considerada por los costarricenses “*un intento de chantaje*”)¹¹⁷.

En primer lugar, el procedimiento arbitral se hace más plural, al admitirse en el artículo 10.20.3 las comunicaciones *amicus curiae*. El procedimiento es también más transparente, por instaurarse audiencias abiertas al público (artículo 10.21.2) y por determinarse que el demandando “*pondrá a disposición del público*” los documentos citados en el artículo 10.21.1. En el caso Harken, ello supone que los árbitros van a poder tener en cuenta informaciones aportadas por quienes, sin ser parte contendiente, sí tengan un interés en la controversia (interés que puede ser la defensa de los recursos naturales). Además, la publicidad incidirá positivamente en que el arbitraje de inversiones recupere parte de su legitimidad perdida ante la opinión pública. En segundo lugar, el anexo 10. c) de Cafta establece la siguiente presunción favorable a la ecosoberanía estatal: “*salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente*”¹¹⁸. El punto de partida es, por tanto, que la decisión del Gobierno de Costa Rica no sería una “*medida equivalente a la expropiación*”, por lo que ser requeriría la intervención del inversor para probar lo contrario. En tercer lugar, el Anexo 10 F de Cafta impulsa la creación de un órgano que revise los laudos arbitrales, figura cuya existencia puede provocar un *chilling effect* (esta vez no en el Estado, sino en el inversor, y por tanto, no referido a la capacidad legislativa del Estado, sino a la capacidad reclamante del empresario)¹¹⁹.

Estas innovaciones contenidas en Cafta – y que aparecen también en los recientes Tratados de Libre Comercio Estados Unidos-Chile¹²⁰ y Estados Unidos-Perú¹²¹ - han de valorarse positivamente por sus repercusiones en la protección ecológica. No obstante, se

¹¹⁷ http://tlcjamas.blogspot.com/2003_10_01_archive.html.

¹¹⁸ Este Anexo 10 c) se refiere a la expropiación y también aporta como novedad que “*la determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso...*”

¹¹⁹ En torno a estas materias, S. J. BYRNES, “Balancing Investor Rights and Environmental Protection in Investor-State Dispute Settlement under Cafta: Lessons from the Nafta Legitimacy Crisis”, *U. C. David Business Law Journal*, 2007; N. H. HUNT, “One Step Forward, two Steps back: the Central American Free Trade Agreement and the Environment”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2007; V. H. W. WANG, “Investor Protection or Environmental Protection? “Green” Development under Cafta”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2007.

¹²⁰ Vid. los artículos 10.19.3, 10.20 y los Anexos 10-D-b y H. http://www.direcon.cl/index.php?action=tlc_eeuu.

¹²¹ Vid., en el Capítulo 10, los artículos 10.20.3, 10.21 y los Anexos 10B y 10 D. http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10_Inversion_limpio.pdf.

duda de que tales cambios sean suficientes para evitar las ya comentadas consecuencias medioambientales nocivas que puede traer consigo el arbitraje de inversiones. Por ello procede analizar a continuación otras propuestas que presentan un ámbito de aplicación o un contenido más amplio.

3. Química e Industrial del Bórax Ltda. Versus República de Bolivia¹²²: Hacia una regulación más medioambientalmente equilibrada del arbitraje de inversiones

A) Datos básicos de la controversia: Quiborax, es una empresa chilena que operaba en Bolivia a través de Non Metallic Minerals S.A. Esta empresa poseía una licencia para explotar ulexita (un mineral muy utilizado en diversas industrias) en la zona del Salar de Uyuni. El Comité Cívico de Potosí presentó varias denuncias en torno a dicha actividad extractora, ya que se estimaba que estaba causando importantes daños medioambientales. Tras un largo periplo administrativo¹²³, se anula la concesión de Non Metallic y esta empresa acude a Ciadi, alegando la violación del APPRI entre Bolivia y Chile¹²⁴.

B) Reflexiones: Muchos países, extremadamente ricos en recursos naturales aparecen en el listado de los países más pobres del mundo¹²⁵. Esta aparente incongruencia se intenta explicar aludiendo a la denominada “*maldición de los recursos*”¹²⁶. Simplificadamente, esta expresión implica que la posesión de estos bienes no es correctamente gestionada por unos países sin raíces democráticas, lo que hace que en estos Estados se generen oligarquías, corrupción y hasta conflictos armados. Desde esta perspectiva, se considera que los inversores extranjeros son uno de los factores que inciden en la no maximización de los beneficios que podrían obtenerse de los recursos naturales¹²⁷.

¹²² <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹²³ “Apuntes jurídicos del caso Non Metallic SA contra el Estado Boliviano”, <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2006071101>.

¹²⁴ Desde el 13 de junio de 2008, el procedimiento está suspendido, ya que las partes prevén alcanzar un acuerdo extra-arbitral. <http://www.minesandcommunities.org/article.php?a=8753>.

¹²⁵ <http://www.infoplease.com/ipa/A0908763.html>.

¹²⁶ AA. VV, *Escaping the Resource Curse*, Universidad de Columbia, 2007.

¹²⁷ En este sentido, vid. Comisión de Recursos Naturales de Argentina “Los recursos naturales y el actual proceso de integración latinoamericana”, <http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=News&file=article&sid=1273>.

En este sentido se aprecia que en los últimos tiempos la inversión directa en estos países es un fenómeno en alza, que se ve magnificado por el descenso de los flujos de asistencia oficial para el desarrollo (AOD) que éstos están recibiendo¹²⁸. Como es sabido, de la inversión directa se han alabado sus efectos beneficiosos como la mejora del nivel tecnológico o la creación de empleo en el Estado receptor, pero también se critica duramente sus efectos negativos sobre el medio ambiente local. Así se denuncia la creación de refugios para la contaminación¹²⁹, que consiguen ser receptores de deslocalización pero a costa de rebajar el nivel¹³⁰ de los estándares ecológicos¹³¹. Por ello, si se quiere que en nuestro mundo global las actividades industriales y comerciales se concilien con la protección del medio ambiente de los países pobres, se estima que la actividad de las multinacionales ha de cumplir una serie de requerimientos.

En coherencia con ello, se han desarrollado diversas iniciativas internacionales que pretenden que las empresas extranjeras implementen conductas ecológicamente responsables respecto del Estado de acogida. Así, la OCDE ha presentado recientemente sus *Principios para la Participación del Sector Privado en Infraestructura*¹³². Este organismo también ha elaborado unas *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*¹³³ y unos *“Enfoques comunes en materia de crédito a la exportación con Apoyo Oficial y Medio Ambiente”*¹³⁴, en los que se recomienda que todos los mecanismos de apoyo público a la exportación realicen un análisis del impacto ambiental de los proyectos presentados. Actuaciones en este último sentido también han sido llevadas a cabo por la Corporación

¹²⁸ Aportando estadísticas al respecto, S. HSIA, “Foreign direct investment and the environment: Are voluntary Codes of Conduct and self-imposed Standards enough?”, *The Environmental Lawyer*, junio 2003.

¹²⁹ Un Estado genera un “refugio para la contaminación” (“*pollution haven*”) si coloca sus estándares medioambientales por debajo del nivel socialmente eficiente o si no ejecuta sus estándares con el fin de atraer inversión extranjera de países que cuentan con estándares más altos o que los ejecutan de una forma más adecuada. A. NEUMAYER, *Greening trade and investment: Environmental protection without protectionism*, Londres 2001, p. 148.

¹³⁰ En torno a conceptos como “*industrial flight*” y “*race to the bottom*”, vid. N. MABEY Y R. MC NALLY, *Foreign direct investment and the environment*, 1999, www.wwf.org.uk, p. 30.

¹³¹ Este tipo de empresas va redirigiendo sus inversiones a los países que le plantean menos dificultades normativas. Vid., por ejemplo, el periplo de Harken por Centroamérica: tras los problemas acaecidos en Costa Rica –vid. infra epígrafe III, apartado 2- ha firmado recientemente un contrato con Panamá para la exploración y eventual explotación de petróleo en el Golfo de San Miguel (otra zona medioambientalmente sensible). http://www.thepanamanews.com/pn/v_14/issue_07/opiniones_02.html.

¹³² <http://www.oecd.org/dataoecd/41/33/38309896.pdf>.

¹³³ Vid. especialmente el punto V dedicado a medio ambiente. <http://www.oecd.org/dataoecd/21/20/16975360.pdf>.

¹³⁴ [http://www.oilis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/linkto/tad-ecg\(2007\)9](http://www.oilis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/linkto/tad-ecg(2007)9).

Financiera Internacional¹³⁵. Por su parte, la Subcomisión de Naciones Unidas para la promoción y protección de los derechos humanos presentó en el año 2003 un *Proyecto de normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*¹³⁶, en el cual la protección del medio ambiente es tratada expresamente en el apartado G y también puede alcanzarse por la vía de la consideración de que el acceso a los recursos naturales es un derecho humano¹³⁷.

Pese a la bondad de iniciativas como las citadas, no ha de obviarse sin embargo que éstas únicamente aportan principios de cumplimiento voluntario. Por ello, en aras de la protección medioambiental, no pueden erigirse sino como un mero complemento de iniciativas realmente imperativas¹³⁸. Desde la perspectiva del Derecho Internacional se afirma que se necesita una “disciplina externa” que provenga concretamente de este sector jurídico, de forma que se respalden las normas internas que los Estados implementen y con ello se potencie el desarrollo sostenible. Esto es especialmente necesario en los casos en los que la posibilidad de explotar los recursos naturales sólo se concede a corto plazo, ya que ello impide llevar a cabo una gestión responsable de éstos. El inversor extranjero, apremiado por el tiempo y temeroso de las incertidumbres legales y los riesgos políticos del país receptor, esquilda el medio ambiente para maximizar sus beneficios¹³⁹.

Reflexionando sobre el papel que juega el arbitraje de inversiones en relación con la protección del medio ambiente de los países del tercer mundo, se constata que un altísimo porcentaje de los arbitrajes gestionados por organismos como Ciadi son iniciados por inversores de países desarrollados, que se enfrentan a Estados pobres. En muchas ocasiones, el sujeto privado tiene una capacidad económica muy superior a la del Estado demandado. Así por ejemplo, respecto del arbitraje *Shell versus Nicaragua*¹⁴⁰ se ha indicado que los

¹³⁵ <http://www.ifc.org/spanish>.

¹³⁶ <http://www.globalpolicy.org/globaliz/law/intllaw/2003/0814corpnorms.htm>.

¹³⁷ Centrada en el tema del agua, vid. V. PETROVA, “At the Frontiers of the Rush Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water”, *Brooklyn Journal of International Law* 2006.

¹³⁸ En este sentido, se propone que la OCDE cree una *Compliance Commission*, encargada de autorizar determinados proyectos empresariales, revisar la ejecución de éstos, investigar posibles incumplimientos, indemnizar a los perjudicados y ordenar operaciones de limpieza a cargo de unos fondos que previamente aportados por grandes empresas y patrocinadores. Vid. S. HSIA, “Foreign direct investment and the environment: Are voluntary Codes of Conduct and self-imposed Standards enough?”, *The Environmental Lawyer*, junio 2003.

¹³⁹ T. WÄLDE, “Investment arbitration and sustainable development: good intentions or effective results?”, *International Environmental Agreements* 2006, pp. 459-466.

¹⁴⁰ Este caso se refiere al embargo de estas marcas a petición de las víctimas del pesticida Nemagón (http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_oct13_2006.pdf) y concluyó en un acuerdo extrajudicial (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>)

beneficios de la empresa en 2005 fueron 62 veces superiores al PIB del país¹⁴¹ Igualmente, dentro del ámbito empresarial hispanoamericano y respecto al caso Quiborax que encabeza este apartado, Bolivia es uno de los países más pobres de Sudamérica¹⁴² mientras que el inversionista pertenece a uno de los Estados con mayor desarrollo de la zona.

Ha de tenerse en cuenta que cuando los APPRIs empezaron a generalizarse, muchos países habían implementando en el pasado políticas nacionalistas que implicaron nacionalizaciones de sectores productivos emblemáticos y ello justificó que estos Acuerdos persiguiesen fundamentalmente la protección económica de los inversores extranjeros¹⁴³. Sin embargo, en la actualidad esta perspectiva unilateral ya no se sostiene, por lo que se estima que es necesario cambiar el enfoque de fondo del arbitraje de inversiones (ya que si no se hace, pueden generalizarse tendencias como las que se van a exponer en los dos últimos apartados de este estudio). Igual que se indicó respecto del procedimiento arbitral¹⁴⁴, en los acuerdos de inversiones también tiene que implantarse una perspectiva más plural. Procede por tanto luchar contra una “asimetría de obligaciones” en el ámbito económico internacional. Para ello ha de incidirse en recalcar las obligaciones del inversor y en apoyar a los Estados pobres¹⁴⁵, con el objetivo último de crear “*win-win economy-environment links*”¹⁴⁶.

En este sentido, desea hacerse referencia a una interesante iniciativa impulsada por el *Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible* (IISD). Esta institución con sede en Canadá presentó en el año 2005 un “*Acuerdo Internacional Modelo sobre inversión para el*

¹⁴¹ Vid. S. ANDERSON Y S. GRUSKY, *Challenging Corporate Investor Rule*, www.ips-dc.org/getfile.php?id=146.

¹⁴² http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/country_profiles/1210487.stm.

¹⁴³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel 2008, esp. p. 178.

¹⁴⁴ Vid. supra, epígrafe III, apartado 1.

¹⁴⁵ Para subsanar este desequilibrio existente en los arbitrajes de inversiones y reforzar el papel de los Estados pobres, se han presentado propuestas concretas como la creación de un *Centro de Asistencia Legal para Países en vías de desarrollo*. Este organismo, a imagen del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (http://www.acwl.ch/e/index_e.aspx), les daría un apoyo especializado a estos países respecto de las reclamaciones que se planteen frente a ellos en Ciadi. Vid. E. GOTTWALD, “Leveling the Playing Field: It is Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?”, *American University International Law Review*, 2007.

¹⁴⁶ B. MARTIN, “An Environmental Remedy to Paralyzed Negotiations for a Multilateral Foreign Direct Investment Agreement”, *Golden Gate University Environmental Law Journal*, Summer 2007.

*desarrollo sostenible*¹⁴⁷. En relación con dicho Acuerdo, se va a aludir a continuación a varias propuestas que se consideran relevantes de cara a la protección medioambiental¹⁴⁸.

En la parte referida a las obligaciones y deberes de los inversores, el artículo 12 del Acuerdo establece que antes de establecerse en el país extranjero, el inversionista debe cumplir con los criterios de análisis de evaluación medioambiental tanto establecidos legalmente como acordados por las partes para esa inversión. Asimismo, los inversores extranjeros también han de satisfacer en la fase del post-establecimiento los estándares internacionalmente vigentes en el área medioambiental y de derechos humanos (artículo 14). La violación de estas obligaciones puede traer consigo importantes consecuencias: tanto hacer que el inversor pierda el derecho a acudir al mecanismo de solución de controversias (ya que el según el artículo 18. A del Acuerdo, el Estado anfitrión puede alegar dicha violación para objetar contra el inicio de estos procedimientos), como legitimar que el Estado anfitrión inicie una reclamación que conduzca a revocar los derechos del inversor (artículo 18 C).

En la parte dedicada a la prevención y solución de diferencias, el artículo 45. b del Acuerdo impone a los inversores extranjeros la obligación de agotar los procedimientos nacionales antes de iniciar un proceso internacional de solución de diferencias (salvo en los casos en que la solución nacional “*no esté disponible debido al tema de la diferencia o a una falta demostrable de independencia o plazos de los procesos judiciales o administrativos implicados en el asunto en el Estado anfitrión*”). El texto prevé mecanismos pre-arbitrales (artículo 42) y, caso de que éstos no permitan alcanzar una solución, insta un arbitraje (artículo 45). Estos procesos se administrarán a través de un órgano arbitral de solución de diferencias y una división de apelación (artículos 40), que tendrán muy en cuenta principios como el de transparencia (artículo 46) o la intervención de *amicus curiae* (artículo 8 del Anexo A).

Los futuros arbitrajes que tengan en cuenta este Acuerdo van a encontrar en él importantes precisiones respecto de conceptos especialmente controvertidos para la práctica arbitral. Así, el texto ofrece una definición más estricta de “inversión” que la tradicional, ya que requiere una presencia física significativa¹⁴⁹ de la inversión en el Estado anfitrión. Esta

¹⁴⁷ http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹⁴⁸ En torno a este texto, vid. V. R. SALGADO, “The Case against adopting Bit Law in the FTTA Framework”, *Wisconsin Law Review*, 2006.

¹⁴⁹ El mismo Acuerdo especifica que “*Una presencia física significativa no incluiría, por ejemplo, oficinas de ventas sin otras instalaciones operacionales, negocios operados desde casillas de correo o a través de la internet u otro tipo de negocios con una presencia física muy limitada en el estado anfitrión. Como ejemplo de una situación contrastante, una operación de llave en mano normalmente implicaría una importante inversión de capital, equipamiento de construcción, intereses de propiedad real y otras presencias físicas*”.

definición, junto con la concreción del término “Estado local”¹⁵⁰ y la incidencia del artículo 4.2¹⁵¹, permiten que no se reproduzcan “status dudosos” como los que han sido denunciados en diversos arbitrajes referidos a recursos naturales o actividades empresariales con efectos medioambientales¹⁵². Por su parte, el artículo 5 aborda la confrontación de un supuesto de hecho con el principio del “*tratamiento nacional*” desde una perspectiva más amplia que la derivada de la generalidad de los laudos citados en este estudio. La precisión de si se ha dado a los inversores extranjeros “*un tratamiento no menos favorable que aquel acordado, en circunstancias similares, a sus propios inversores*” requiere para IISD “*realizar una revisión global, caso por caso, de todas las circunstancias de una inversión, lo que incluye, inter alia sus efectos sobre terceros y la comunidad local y sus efectos –incluidos impactos acumulativos- sobre el medioambiente local, regional o nacional o el patrimonio mundial* “. Se estima que la pluralidad de factores que hay que tener en cuenta en este examen puede facilitar la conclusión de que una medida pro-medioambiente no quiebra este principio de tratamiento nacional. Por último y en relación con la expropiación, el artículo 8 del Acuerdo introduce una aclaración que redundante positivamente en la capacidad normativa de los Estados en materia medioambiental: “*las medidas regulatorias bona fide y no discriminatorias tomadas por una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger o mejorar objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, no constituyen una expropiación indirecta bajo este artículo*”.

¹⁵⁰ Artículo 2. I. 1: “*Un inversor extranjero deberá elegir su Estado local rápidamente en función de su lugar principal de negocio o un centro importante con enlaces eficaces y sustentados con la economía del Estado local y desde el cual se ejerza un control eficaz sobre la inversión y deberá notificar al Estado anfitrión sobre su estado local*”. En una nota a pie se insiste en esta idea, afirmándose que: “*Las corporaciones de “fachada,” los puertos e incorporaciones libres de impuestos y otras formas de incorporación o localidad no serán determinantes del lugar formal de ubicación del Estado local. El asunto central aquí es el control eficaz de la inversión, en proporción con la capacidad de la responsabilidad del estado local de ser demandado si corresponde, de acuerdo con el artículo 17*”.

¹⁵¹ El precepto establece que: “*Una Parte puede negar los beneficios de este Acuerdo a un inversor de otra Parte que es una empresa de tal otra Parte y a las inversiones de ese inversor si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte y si personas no pertenecientes a una Parte, o de la Parte rechazante, poseen o controlan la empresa*”.

¹⁵² Así, en el caso Tunami Bolivia se opuso sin éxito a la invocación del Tratado entre Holanda y Bolivia, ya que la subsidiaria boliviana era controlada de facto por la multinacional estadounidense y las “*netherlands companies used to hold bechtel’s shares were mere shells with no real control*”. Respecto a la nacionalidad del inversor, en Glamis Gold Ltd v. United States la empresa por un lado obtuvo unos derechos mineros que únicamente son otorgados a corporaciones estadounidenses, pero sin embargo alegó su naturaleza canadiense para acudir a arbitraje internacional. En el caso Methanex, la corporación se benefició de la normativa de Delaware registrando en este Estado a Methanex-Fortier, empresa cuyo único accionista es la canadiense Methanex. No obstante, al surgir el conflicto con la norma californiana, la empresa no acude a los tribunales domésticos estadounidenses, sino que se base en el registro de Methanex en Alberta para acudir al arbitraje internacional. En relación con estas cuestiones, vid. entre otros J. WALLACE, “Corporate Nationality, Investment Protection Agreements and Challenges to Domestic Natural Resources Law: The Implications of Glamis Gold’s Nafta Chapter 11 Claim”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Winter 2005.

Sería deseable que el patrón ofrecido por el *Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible* fuese tenido en cuenta a la hora de elaborar futuros APPRI. Sin embargo, contemplando las dificultades de negociación que están planteando algunas iniciativas como el *Área de Libre Comercio de las Américas*¹⁵³ y los pocos Tratados bilaterales concluidos últimamente por Estados de zonas como la hispanoamericana, se estima que es más realista asumir la, por lo menos, ralentización que va a sufrir en el futuro la implementación de estas figuras. Por ello, es muy interesante analizar cómo otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos están siendo cada vez más utilizados para solucionar controversias económico-medioambientales.

4. Chevron Corporation versus República de Venezuela¹⁵⁴: La importancia creciente de los mecanismos ADR en la solución de conflictos sobre recursos naturales

A) Datos básicos de la controversia: Esta empresa registrada en Estados Unidos estaba llevando a cabo diversos proyectos petrolíferos en la región del Orinoco. El Gobierno venezolano tomó el control de varias compañías petroleras el 1 de mayo de 2007¹⁵⁵ y dio un breve plazo a los inversionistas extranjeros para que decidiesen si aceptaban transformarse en socios minoritarios de unas actividades que iban a pasar a ser controladas por una sociedad estatal (Petróleos de Venezuela SA)¹⁵⁶.

B) Reflexiones: En la década pasada, varios conflictos con implicaciones medioambientales se remitieron a un arbitraje de inversiones, pero terminaron resolviéndose a través de un *settlement* entre el inversionista y el Estado (piénsese en Ethyl¹⁵⁷ o Sunbelt¹⁵⁸).

¹⁵³ http://www.ftaa-alca.org/alca_s.asp.

¹⁵⁴ <http://www.lukor.com/not-neg/empresas/0706/26215431.htm>.

¹⁵⁵ La decisión se toma con base en el *Decreto 5.200 del 27 de febrero de 2007- Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco*; así como de los *Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas*. Vid. Gaceta Oficial Extraordinaria: <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/febrero/260207/260207-38632-03.html>.

¹⁵⁶ "Venezuela takes on Exxon Mobil", <http://www.msnbc.msn.com/id/12085050/>

¹⁵⁷ Vid supra epígrafe II, apartado 1.

¹⁵⁸ Snowcap Waters Ltd. es una empresa canadiense que poseía una licencia para exportar agua "al por mayor". En 1991, esta empresa constituyó una *joint venture* con Sun Belt Water Inc, empresa registrada en California. Ambas sociedades decidieron exportar grandes cantidades de agua canadiense a California, lugar en el que el agua se utilizaría para cuestiones de desarrollo urbanístico. Cuatro días después de celebrarse este acuerdo, el gobierno de British Columbia impuso una moratoria temporal a estas exportaciones masivas de agua, alegando daños en los recursos piscícolas y en la calidad del agua. Posteriormente, otras provincias secundaron esta iniciativa y también el Parlamento canadiense dictó una norma al respecto. La empresa estadounidense recurrió al capítulo 11 de Nafta para plantear un arbitraje contra el gobierno canadiense. El caso no llegó a resolverse, ya que las partes llegaron a un acuerdo (del que no han trascendido detalles). Vid. J. CUMMING Y R. FROELICH, "Nafta Chapter XI and Canada's Environmental Sovereignty: Investment Flows, article 1110 and Alberta's Water Act",

Atendiendo al listado de los últimos casos planteados ante Ciadi, se aprecia también que, en un buen número de ellos, se ha optado por hacer uso de las opciones contenidas en los artículos 43 y 44 de las Reglas de Arbitraje Ciadi (“*avenencia y terminación*” y “*terminación a solicitud de una de las partes*”). De esta forma las controversias se han solventado finalmente por medio de un acuerdo extra-arbitral entre las partes (piénsese por ejemplo, en los conflictos entre Argentina y empresas como Pioneer, Pan América, BP, France Telecom, RGC, Camuzzi, etc)¹⁵⁹. Dando un paso más en esta tendencia, en los últimos tiempos muchos conflictos sobre recursos naturales no se han llevado ante Ciadi (aludiendo la empresa a este mecanismo, únicamente, como una mera amenaza)¹⁶⁰, sino que se han negociado directamente por el Estado y la empresa extranjera¹⁶¹. Junto al caso que encabeza este apartado, así ha ocurrido, por ejemplo, en Petrobras-Ecuador¹⁶², Andes Petroleum-Ecuador¹⁶³, Perenco-Ecuador¹⁶⁴, Glencore-Bolivia¹⁶⁵, Aguas del Illimani S.A - Bolivia¹⁶⁶, Total-Bolivia, Vintage-Bolivia, Petrobras-Bolivia, Repsol YPF-Bolivia¹⁶⁷, Pluspetrol-Bolivia, British Gas-

University of Toronto Faculty of Law Review 2007; G. F. SZYDLOWSKI, “The Commoditization of Water: A Look at Canadian Bulk Water Exports, the Texas Water Dispute and the Ongoing Battle under Nafta for Control of Water Resources”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2007; P. S. KIBEL, “Grasp on Water: A Natural Resource that eludes Nafta’s notion of Investment”, *Ecology Law Quarterly*, 2007.

¹⁵⁹ Vid., entre otros, ICSID Case No. ARB/07/11, ICSID Case No. ARB/07/7, ICSID Case No. ARB/06/21, ICSID Case No. ARB/06/20, ICSID Case No. ARB/06/14, ICSID Case No. ARB/06/12, ICSID Case No. ARB/06/6, etc. (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>). Apuntando que Argentina ha conseguido llegar a varios acuerdos de este tipo con empresas extranjeras: “Argentina in settlement talks over several BIT arbitrations”, vid. http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_feb17_2006.pdf.

¹⁶⁰ Esta realidad ratifica la afirmación de Wagner de que las amenazas arbitrales son actualmente un “*routine lobbying instrument*”. J. M. WAGNER, “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate University Law Review*, 1999. En torno a estas amenazas incumplidas, vid. <http://www.maippa.org/content/view/673/72/>

¹⁶¹ Aún así, siguen existiendo casos (como el de Exxon Mobil o ConocoPhillips) en los que dichas negociaciones no se concluyeron y finalmente las empresas han acudido a Ciadi pidiendo una indemnización por la expropiación sufrida. Vid. “Venezuela lista a arbitraje internacional con Conoco Phillips”. <http://noticias.terra.com/articulo/html/act1014713.htm>, http://www.rigzone.com/news/article.asp?a_id=44479 y http://www.conocophillips.com/newsroom/news_releases/2007news/06-26-2007.htm. Este caso Exxon también ha sido muy controvertido a razón de las medidas cautelares concedidas –y posteriormente revocadas– en el extranjero frente a la empresa petrolera venezolana. Vid. <http://www.alterinfos.org/spip.php?article2042> y http://www.minci.gov.ve/noticias/1/175981/rodriguez_araquejuez_britanico.html.

¹⁶² <http://www.eluniverso.com/2008/10/21/0001/9/FF9DD328FB6D4A9E924A43BB2A19573E.html>.

¹⁶³ http://www.rigzone.com/news/article.asp?a_id=64777.

¹⁶⁴ <http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/89030>.

¹⁶⁵ <http://www.erbol.com.bo/noticia.php?identificador=3991&id=1>.

¹⁶⁶ http://funsolon.civiblog.org/blog/_archives/2008/2/25/3544351.html.

¹⁶⁷ <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/93558/10/06/Economia-EmpresasAmp-Bolivia-firma-el-nuevo-contrato-con-Vintage-y-Total-Repsol-YPF-y-Pretrabras-lo-haran-hoy.html>.

Bolivia, Matpetrol-Bolivia¹⁶⁸, Total SA-Venezuela¹⁶⁹, Statoil-Venezuela¹⁷⁰, BP PLC-Venezuela¹⁷¹, Eni-Venezuela¹⁷², etc.

En estos países recién citados, la evolución político-legislativa en el sector de los recursos naturales ha sido muy similar. Analizando el caso de Bolivia, este país era consciente de que las nacionalizaciones en el sector de los hidrocarburos llevadas a cabo en épocas pasadas le habían reportado consecuencias negativas en el plano internacional. Por eso, en el año 1996 el Congreso aprobó la Ley número 1689, que pretendió atraer a la inversión extranjera permitiendo las actividades de extracción a través de contratos de *joint venture*. Dichos contratos concedían derechos a las empresas extranjeras por un periodo de cuarenta años e incluían una cláusula de sumisión a arbitraje internacional, que se llevaría a cabo incluso si una de las partes no compareciese y cuyo laudo sería final vinculante y ejecutivo¹⁷³. Con la llegada al poder de Evo Morales, se aprueba el Decreto de Nacionalización número 28701¹⁷⁴. En él se establece que el Estado asume el control de estos recursos y que si las empresas que venían realizando este tipo de actividades en Bolivia quieren continuarlas, tendrán que celebrar nuevos contratos con la empresa pública *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos*¹⁷⁵. La promulgación de este Decreto ha tenido un “impacto psicológico” en las empresas extranjeras, ya que les ha hecho avenirse a negociar nuevos contratos en los que sus beneficios disminuyen (han de pagar hasta un 82% al Estado en impuestos), el recurso al arbitraje Ciadi ha sido eliminado y se ha potenciado el papel de la negociación¹⁷⁶.

¹⁶⁸ http://www.lostiempos.com/noticias/24-11-06/24_11_06_eco3.php.

¹⁶⁹ <http://www.reuters.com/article/pressRelease/idUS157827+08-Feb-2008+BW20080208>.

¹⁷⁰ http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-8007566/Statoil-Total-agree-Venezuela-compensation.html#abstract.

¹⁷¹ <http://www.lukor.com/not-neg/empresas/0706/26215431.htm>.

¹⁷² http://www.eni.it/en_IT/media/press-releases/2008/02/2008-02-15-eni-reaches-settlement-agreement.shtml?menu2=media-archive&menu3=press-releases y “Venezuela signs contentious new contracts with foreign oil companies”, http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_april11_2006.pdf.

¹⁷³ L. SYKES PINTO, “Resolving the Bolivian Gas Crisis: Lessons from Bolivia’s Brush with International Arbitration”, *George Washington International Law Review*, 2007; K. B. BOTHAM, “Bolivia’s legal Gamble: Negotiating Nationalization”, *Wisconsin International Law Journal*, Summer 2008.

¹⁷⁴ http://www.elpais.com/articulo/internacional/elpprint/20060502elpepuint_6/Tes/

¹⁷⁵ D. J. A. CAIRNS Y A. DELGADO CAMPRUBI, “President Nationalises all aspects of Production and Sale of Hydrocarbons in Bolivia”, *International Arbitration Law Review*, 2006.

¹⁷⁶ M. IPIÑA NAGEL, “Bolivian Nationalization: Negotiation v. Arbitration”, *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 1, no. 2, 2007 (desarrollando la hipótesis, que no ha llegado a producirse, de que alguna empresa extranjera reclamase ante Ciadi por los efectos negativos del Decreto citado y apuntando por qué el gobierno boliviano podría no ser condenado).

La misma conclusión se extrae del *Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas*, aprobado en Venezuela en el año 2006¹⁷⁷. En el modelo de contrato que el Gobierno presenta para la conversión a la empresa mixta, se introduce una cláusula en la que se recalca que la “resolución amigable” es el método prioritario para solucionar los futuros conflictos y, cuando ésta no sea posible, únicamente podrá acudir a los tribunales venezolanos competentes¹⁷⁸. En un ámbito geográfico distinto, es también reseñable el Tratado de Libre Comercio entre Australia y Estados Unidos del año 2007¹⁷⁹. En él, Australia no admite que un inversor privado pueda reclamar directamente por la vía arbitral al Estado de acogida¹⁸⁰. Este rechazo, justificado en que ambos países tienen sistemas legales lo suficientemente desarrollados como para permitir que las empresas hagan valer sus derechos en ese foro¹⁸¹, es “objeto de deseo”¹⁸², por parte de otros países que poseen Tratados de libre comercio con Estados Unidos¹⁸³ y que querrían poder incorporar esta restricción en sus textos.

Todos estos datos conducen a conjeturar que tal vez alguna de las características del actual arbitraje de inversiones (como su elevado coste o el esfuerzo progresivo que viene

¹⁷⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de 31 de marzo de 2006. <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/Marzo/310306/310306-38410-00.html>. En estas materias, vid. J. G. TORREALBA, *Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en Venezuela*, Venezuela 2008.

¹⁷⁸ Textualmente: “*Ley aplicable y jurisdicción. Este contrato se registrará en interpretará de conformidad con las leyes de la República y cualquier disputa o controversia que pudiera surgir con relación al mismo y que no pueda ser resuelta amigablemente por las partes será sometida exclusivamente a la decisión de los tribunales competentes de la República. 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. Queda entendido que cualquier disputa importante, incluyendo por ejemplo, disputas 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 resolver las diferencias. En el caso de que dicha disputa no sea resuelta en el plazo de los 60 días siguientes a la reunión que lleven a cabo las Partes, estas deberán informar al Ministro los detalles relevantes de la misma*”.

¹⁷⁹ http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_11.html.

¹⁸⁰ A. CAPLING Y K. R. NOSSAL, “Blowback: Investor–State Dispute Mechanisms in International Trade Agreements”, *Governance*, 2006, pp. 151-172 y http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_feb16_2004.pdf.

¹⁸¹ <http://www.aph.gov.au/library/Pubs/RN/2003-04/04rn28.htm>.

¹⁸² Algunos autores apuntan que la victoria australiana es relativa, ya que el artículo 11.16 del Tratado prevé una futura inclusión de este tipo de arbitraje si se produce un cambio de las circunstancias. D. RICHARDSON, “*Foreign investment and the Australia United States Free Trade Agreement*”, <http://www.aph.gov.au/library/pubs/CIB/2003-04/04cib07.htm>.

¹⁸³ Dichos Estados se lamentan, sin embargo, de no tener la capacidad negociadora australiana dado que no pueden arriesgarse a perder un acceso privilegiado al mercado estadounidense (<http://www.grist.org/news/maindish/2004/03/26/engler/>).

realizando por introducir más “luz y taquígrafos” en la institución arbitral¹⁸⁴) hayan hecho que esta figura deje de ser tan atractiva para los Estados y las empresas que llevan a cabo actividades económicas en el exterior. Así, en la doctrina se apunta que acudir al arbitraje en caso de conflictos centrados en recursos naturales conduce a una “*unfriendly solution*”¹⁸⁵. Es reseñable que los inversores acepten este planteamiento y que estén prescindiendo de acudir a la opción del arbitraje Ciadi, máxime cuando este mecanismo les ha otorgado en diversas ocasiones un importante respaldo económico. Tal vez la clave en este cambio de táctica está en que las empresas han asumido que, pese a la reducción del margen de beneficios, les va a ser más favorable a largo plazo mantener una cooperación con el Estado que obtener una indemnización puntual en un procedimiento arbitral concreto¹⁸⁶. Por ello, se estima que en el futuro otras figuras que otorguen un mayor protagonismo a las partes y que permitan la subsistencia de la actividad empresarial van a seguir adquiriendo una importancia creciente. Junto con el ya apuntado uso de la negociación directa (renegociación de contratos), las *Normas facultativas para la conciliación de controversias relacionadas con los recursos naturales o el medio ambiente* emitidas en el año 2002 por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya¹⁸⁷ son también una iniciativa relevante en el sector medioambiental que nos ocupa. En definitiva, se considera positivo que una determinada tipología de conflictos empresariales-medioambientales pueda resolverse de una forma más óptima recurriendo a mecanismos autocompositivos. Para desarrollar estos mecanismos a nivel internacional, se propone tener en cuenta la relevante práctica estadounidense en estas materias¹⁸⁸.

Concluyendo este epígrafe, se presentan a continuación dos apartados específicamente centrados en diversos países de Latinoamérica. Como se verá, en los últimos años estos Estados han propiciado un movimiento que está atacando los cimientos del sistema arbitral de Ciadi. Esta reacción, generada en torno al control de los recursos naturales,

¹⁸⁴ Vid. supra epígrafe III, apartado 1.

¹⁸⁵ R. CHACÓN DE ALBUQUERQUE, “The Disappropriation of Foreign Companies Involved in the Exploration, Exploitation and Commercialization of Hydrocarbons in Bolivia”, *Law and Business Review of the Americas*, Winter 2008.

¹⁸⁶ G. K. FOSTER, “Recent Setbacks for Foreign Investors in Latin America and what they mean for the Future of Investment Treaty arbitration in the Region”, *Latin American Arbitration Review*, Vol. 1, No. 1, August 2006.

¹⁸⁷ [http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL\(1\).pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL(1).pdf). Complementando a estas reglas sobre conciliación, vid. las referidas de arbitraje. En torno a ellas, C. Q. WU, “A Unified Forum: The New Arbitration Rules for Environmental Disputes Under the Permanent court of Arbitration”, *Chicago Journal of International Law*, Spring 2002.

¹⁸⁸ Téngase en cuenta que existen leyes federales y estatales estadounidenses autorizando que una serie de “*trustees*” ejerciten reclamaciones para pagar los gastos de la limpieza de los recursos naturales dañados y también para desarrollar procedimientos de mediación en estas materias. Exponiendo el éxito de uno de estos casos, V. S. LACAMPAGNE, “Successful Multiparty Settlement on natural resource damage claims”, *Natural Resources and Environment*, winter 2007.

merece un análisis individualizado ya que de su evolución depende el futuro del arbitraje de inversiones.

5. **Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador**¹⁸⁹: ¿Los arbitrajes sobre recursos naturales han propiciado la crisis de Ciadi?

A) Datos básicos de la controversia: En el año 2006, el Gobierno ecuatoriano declaró la caducidad del contrato de participación con la petrolera estadounidense. Se argumentó que ésta, sin autorización, había cedido a una empresa canadiense parte de sus derechos de explotación y explotación de una zona de la amazonía ecuatoriana¹⁹⁰. En contra de estas actividades empresariales se venían manifestando diversas organizaciones ciudadanas y medioambientales, avisando de los grandes daños que se estaban causando en la región (vertidos tóxicos en el río, incursiones en áreas indígenas protegidas, etc)¹⁹¹. La empresa petrolera acudió a Ciadi¹⁹², alegando una violación del *Tratado Ecuador-USA sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* y exigiendo una cuantiosa indemnización económica¹⁹³. Este arbitraje, todavía en curso, es especialmente relevante por diversos motivos: ha dado pie a otras similares reclamaciones Ciadi contra Ecuador¹⁹⁴, ha hecho que el Gobierno estadounidense reaccionase suspendiendo las negociaciones para firmar un nuevo Tratado con Ecuador¹⁹⁵ y ha sido utilizado por el Gobierno de este último país¹⁹⁶ como ejemplo de por

¹⁸⁹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹⁹⁰ "Ecuador Cancels an Oil Deal with Occidental Petroleum", <http://www.nytimes.com/2006/05/17/business/worldbusiness/17oil.html>.

¹⁹¹ S. ANDERSON Y S. GRUSKY, "Challenging Corporate Investor Rule", pp. 16-17, www.ips-dc.org/getfile.php?id=146, <http://www.voltairenet.org/article127827.html>.

¹⁹² En torno a un arbitraje previo ganado por Occidental ante la *London Court of International Arbitration*, en cuestiones de impuestos abonados al Gobierno de Ecuador, v. L. GRANGER, "The Role of International Tribunals in Natural Resource Disputes in Latin America", *Ecology Law Quarterly* 2007 y J. W. BOSCARIOL, "Foreign Investment Protection Treaties: Opportunities in the Petroleum Industry", *Alberta Law Review*, julio 2006.

¹⁹³ "Occidental files BIT claim against Ecuador at ICSID", http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=4760, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹⁹⁴ Vid. casos como Burlington Resources, Inc. and others, Perenco Ecuador Limited, Repsol YPF Ecuador, S.A. and others (todos pendientes), y City Oriente Limited (solucionado finalmente por una vía extra-arbitral). <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹⁹⁵ <http://news.findlaw.com/wash/s/20060517/20060517140213.html>.

¹⁹⁶ Muestra de la asunción del control de los recursos naturales por parte del Estado ecuatoriano es el comienzo de los trabajos de la empresa estatal Petroamazonas en la zona anteriormente gestionada por Occidental (http://news.xinhuanet.com/english/2008-08/07/content_9015082.htm) y la renuncia de City Oriente a continuar con el arbitraje Ciadi, optando por acordar la terminación mutua del contrato de participación y entregar su zona amazónica a Petroproducción -a cambio de que el gobierno le devolviese 100 millones de dólares en impuestos- (<http://www.presidencia.gov.ec/noticias.asp?noid=15036> y <http://www.iht.com/articles/ap/2008/05/11/business/LA-FIN-Ecuador-Occidental.php>).

qué Latinoamérica no debe seguir estando sometida a instancias “*no sólo extra-nacionales sino extra-regionales*”¹⁹⁷.

B) Reflexiones: Varios países latinoamericanos que forman parte de la iniciativa Alba¹⁹⁸ se han manifestado claramente en contra del arbitraje de Ciadi. Hasta el momento, la reacción más clara en este sentido ha sido la protagonizada por Bolivia, quien presentó el 2 de mayo de 2007 una notificación por escrito en la que denunciaba el Convenio. Según el artículo 71 de este texto, la denuncia ha producido efecto seis meses después de la recepción de dicha notificación¹⁹⁹. Aunque esta denuncia no produce unas consecuencias tan automáticas como pudiese pensarse (ya que Bolivia sigue vinculada a Ciadi a través de la gran mayoría de los Tratados bilaterales vigentes en el país)²⁰⁰, sin duda la medida ha sido ha tenido gran repercusión político-mediática y ha incentivado las reacciones de otros Estados. Por ejemplo, Venezuela también ha amenazado con dejar Ciadi²⁰¹ y Ecuador ha manifestado su deseo de acudir al artículo 25.4 del Convenio para excluir del ámbito de Ciadi las diferencias sobre concesiones mineras y de hidrocarburos²⁰². La crisis económica argentina a la que se aludirá en el apartado siguiente también ha hecho que se propongan modificaciones del actual sistema Ciadi. Así, se defiende que se revise el Convenio para evitar que el mecanismo arbitral pueda verse colapsado ante la multiplicidad de reclamaciones que se planteen a raíz de otro supuesto de grave crisis económica nacional ²⁰³ (crisis económica que, desgraciadamente, no parece una hipótesis infundada)²⁰⁴.

¹⁹⁷ http://www.soitu.es/soitu/2007/11/28/info/1196289159_648364.html.

¹⁹⁸ Según su propia definición, la “Alternativa Bolivariana para las Américas” es “*un esquema de integración basado en los principios de cooperación, solidaridad y complementariedad, que surge como alternativa al modelo neoliberal, el cual no ha hecho más que profundizar las asimetrías estructurales y favorecer la acumulación de riquezas a minorías privilegiadas en detrimento del bienestar de los pueblos*”. <http://www.alternativabolivariana.org/index.php>.

¹⁹⁹ “Bolivia decide salir del CIADI”, <http://www.art-us.org/node/240>.

²⁰⁰ “Evo Morales inicia campaña internacional contra el CIADI: Bolivia renegociará 24 tratados de protección a las inversiones”, <http://www.quiendebeaqui.org/spip.php?article846>.

²⁰¹ “Venezuela and Bolivia threaten to leave ICSID”, http://www.milbank.com/NR/rdonlyres/D645C474-F564-48D5-9E0B-409EB4873184/0/0507_Venezuela_Exit_From_ICSID.pdf.

²⁰² “Ecuador reportedly wants oil and mining disputes barred from ICSID”, http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_oct15_2007.pdf.

²⁰³ C. L. GOODMAN, “Uncharted Waters: Financial Crisis and Enforcement of Icsid Awards in Argentina”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Summer 2007.

²⁰⁴ Desde la perspectiva (opuesta) del inversionista extranjero en Argentina, la modificación que desearía introducir en Ciadi es que al país condenado que solicita la anulación del laudo ante Ciadi se le exija que deposite una garantía financiera, para que de esta forma no se lleguen a producir impagos que resten legitimidad al sistema. “Argentina permitted to challenge ICSID award without posting security”, http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_sep20_2006.pdf.

En octubre de 2008, Ciadi tiene 122 asuntos pendientes y 65 de ellos cuentan con un Estado latinoamericano como demandado. Datos así justifican la ya apuntada voluntad de estos Estados hispanoamericanos de hacerle frente a un sistema con el que no comulgan. Asimismo, el mecanismo Ciadi también está siendo objeto de críticas desde otros ámbitos. A continuación se van a exponer alguno de los reproches y consiguientes propuestas de reforma que se han realizado en torno a Ciadi. Esta presentación permite seguir apuntando cuáles los nuevos rasgos que presumiblemente caracterizarán al arbitraje de inversiones en el futuro (arbitraje en el que las cuestiones ambientales continuarán desempeñando un papel destacado):

Con carácter general, se considera que es importante despolitizar Ciadi, adoptando medidas que desvinculen a este organismo del Banco Mundial. Se propone eliminar del Convenio Ciadi todas las potestades que se le conceden al presidente del Banco Mundial, ampliar la estructura orgánica y presupuestaria de la institución e incluso buscarle una nueva ubicación física. En el plano procedimental, se defiende la implantación de filtros que impidan que se lleven a cabo arbitrajes basados en reclamaciones infundadas o “frívolas”. Esta lucha contra la denominada en el ámbito anglosajón “*vexatious litigation*”²⁰⁵ puede instrumentalizarse a través de un control ejercitado por el propio tribunal arbitral²⁰⁶ o por una autoridad competente externa²⁰⁷. Desde un plano sustantivo se defiende la reducción del margen interpretativo de que disponen los árbitros. Para ello se aboga por que se definan (como se hizo por ejemplo en Nafta con la “*Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo XI*”)²⁰⁸, algunos conceptos claves del arbitraje de inversiones de una forma más

²⁰⁵ J. J. COE, “The State of Investor-State Arbitration. Some Reflections on Professor Brower’s Plea for Sensible Principles”, *American University International Law Review* 2005.

²⁰⁶ Se defiende que los árbitros puedan realizar un “*prescreening*” que conduzca a rechazar reclamaciones infundadas y, como medida disuasoria, puedan imponer el abono de todos los gastos a la parte reclamante. D. KRUEGER, “The Combat Zone: *Mondev International Ltd. v. United States and the Backlash against Nafta Chapter 11*”, *Boston University Law Journal*, fall 2003, R. C. JONES, “Nafta Chapter 11: Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared”, *Brigham Young University Law Review* 2002; K. DOUGHERTY, “*Methanex v. United States: The Realignment of Nafta Chapter 11 with Environmental Regulation*”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Spring 2007, epígrafe VI.

²⁰⁷ Proponiendo generalizar el “*gatekeeper model*” vigente en Nafta respecto de las cuestiones tributarias, vid. L. J. DHOOGHE, “The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of *Metalclad Corporation v. United Mexican States*”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Summer 2001.

²⁰⁸ Nota de 31 de julio de 2001, vid. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/dispatch/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en>. Al respecto, C. H. BROWER, “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of Nafta Article 1105”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 2006; J. FERGUSON, “California’s MTBE Contaminated Water: An Illustration of the Need for an Environmental Interpretive Note on Article 1110 of Nafta”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Summer 2000.

precisa (piénsese en los expuestos en el epígrafe anterior: expropiación, trato nacional, trato justo y equitativo)²⁰⁹. También se considera esencial que se adopten sistemas para fomentar la uniformidad de las decisiones. Así, se propone crear un mecanismo de apelación dentro del sistema Ciadi, al que se le conceda un ámbito de intervención superior al previsto para la anulación del artículo 52 del Convenio²¹⁰. Sobrepasando la esfera de Ciadi, la doctrina afirma que no se ha producido una “polinización cruzada”²¹¹, respecto de la esencia de las decisiones emitidas por los distintos organismos dedicados a la resolución de conflictos internacionales²¹². Para superar este déficit, diversos autores proponen crear un único órgano de apelación internacional, que centralice la revisión de todos los laudos dictados en materia de inversiones y que de coherencia al actual “*spaghetti bowl*”, conformado por miles de Tratados de inversiones de distinta magnitud y peculiaridades²¹³.

6. CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina²¹⁴: El control de los recursos naturales y el resurgimiento de la “doctrina Calvo”

A) Datos básicos de la controversia: CMS es una empresa constituida según la legislación del Estado de Michigan, que contaba desde 1995 con una licencia del Gobierno

²⁰⁹ V. supra, epígrafe II, apartados 3, 4 y 5.

²¹⁰ A. P. TUCK, “Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the Icsid and Uncitral Arbitration Rules”, *Law and Business Review of the Americas*, fall 2007; J. KALB, “Creating an Icsid Appellate Body”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, spring-summer 2005; C. G. GARCÍA, “All the other dirty little Secrets: Investment Treaties, Latin America and the necessary evil of investor-State arbitration”, *Florida Journal of International Law*, june 2004.

²¹¹ J DE PENCIER, “Investment, sovereignty and justice: arbitration under Nafta chapter eleven”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Spring-Summer 2000.

²¹² Así, analizando las resoluciones Nafta desde la perspectiva OMC, vid. A. AFILALO, “Towards a Common Law of International Investment: How Nafta Chapter 11 Panels should Solve their Legitimacy Crisis”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Fall 2004; examinando la distinta interpretación que las dos instancias citadas dan al principio de igualdad de trato, N. DI MASCIO Y J. PAUWELYN, “Non discrimination in trade and investment Treaties: Worlds Apart or two Sides of the same Coin”, *The American Society of International Law*, january 2008 y argumentando que el caso Metalclad podría haber sido resuelto de una forma diferente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, E. M. FREEMAN, “Regulatory Expropriation under Nafta Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law Association*, 2003.

²¹³ Existen divergencias entre los autores, respecto a las características que debería reunir este tribunal y a qué órgano preexistente tendría que tomar como referente (órgano de apelación de la OMC, Iran-US Claims Tribunal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc). Vid. S. D. FRANCK, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, march 2005; M. MANGAN, “With the Globalisation of Arbitral Disputes, is it time for a new Convention”, *International Arbitration Law Review*, 2008; A. K. BJORKLUND, “Private Rights and Public International Law. Why Competition Among International Economic Law Tribunals is not Working?”, *Hastings Law Journal*, december 2007; S. P. SUBEDI, “The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term Expropriation”, *International Lawyer*, spring 2006; G. VAN HARTEN, “A Case for an International Investment Court”, www.sielnet.org.

²¹⁴ http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_Sp&caseId=C4.

argentino para operar en dicho país en el ámbito del transporte de gas. En esta licencia se establecía que las tarifas debían calcularse en dólares, convertirse a pesos en la fecha de facturación y reajustarse cada seis meses en según el índice de precios al productor de Estados Unidos. A consecuencia de la crisis económica que eclosionó en Argentina en el año 2001, estas tarifas dejaron de actualizarse y la Ley de emergencia número 25.561 abolió el sistema de convertibilidad (paridad dólar-peso), devaluando esta última moneda. Respecto a las licencias de servicios públicos como el gas, la citada Ley de emergencia de 2002 hizo que las tarifas se estableciesen en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar (lo que se conoció como “pesificación” de las tarifas) e instauró un proceso de renegociación de licencias que no llegó a culminarse. Ante estas circunstancias, el inversionista acude a Ciadi, alegando la violación de varios preceptos del Tratado de inversiones Argentina-Estados Unidos.

B) Reflexiones: En este caso, el tribunal arbitral condenó económicamente a Argentina, por considerar que este Estado había incumplido sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo y de respetar los compromisos sobre inversiones expuestos en el Tratado bilateral. Este laudo, que fue el primero emitido por Ciadi en relación con esta recesión argentina, generó gran inquietud a este Gobierno y sus ciudadanos. Se afirma que si prosperase la gran cantidad de reclamaciones presentadas ante Ciadi, Argentina no sería capaz de asumir tal volumen de obligaciones económicas²¹⁵. Aunque muchos supuestos han terminado resolviéndose por la vía de la negociación²¹⁶ y pese a haberse emitido laudos más esperanzadores para Argentina (como el de Metalpar, en el que no se condena a este país)²¹⁷, lo cierto es que en Ciadi aún siguen pendientes más de una veintena de casos que recogen importantes reclamaciones monetarias en contra de Argentina.

Ante esta situación, Argentina se ha mostrado muy crítica en torno de los laudos Ciadi y el Gobierno ha desarrollado varias estrategias que confluyen en evitar –o al menos retrasar– el pago de las indemnizaciones²¹⁸. Por un lado y haciendo uso de las posibilidades que el

²¹⁵ Siendo crítica con el Gobierno argentino (ya que considera que la situación actual es consecuencia de su aceptación del mecanismo Ciadi a través de la conclusión de abundantes Tratados bilaterales), v. M. HERZ, “El Ciadi, los Tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y las demandas contra el Estado argentino. Propuestas para enfrentar la situación”, <http://www.ssrn.com>.

²¹⁶ Vid. epígrafe III, apartado 4.

²¹⁷ Eximiendo al Estado, vid. <http://www.investmenttreatynews.org/documents/p/22.aspx> y condenando al Estado, pero liberándolo de responsabilidad por el período durante el cual tuvo lugar este Estado de Necesidad, vid. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC786_Sp&caselD=C208. En torno a estos casos, v. J. ROSELL, “The CMS Case: A Lesson for the Future”, *Journal of International Arbitration*, 2008.

²¹⁸ También se quiere cercenar la importancia futura del arbitraje de inversiones introduciendo diversas reformas legislativas en el país. Vid. W. SHAN “From North-South Divide” to “Private-Public Debate”: Revival of the Calvo

sistema Ciadi ofrece, se han planteado distintas objeciones a lo largo del procedimiento arbitral²¹⁹, se ha acudido al artículo 52 del Convenio para solicitar la anulación de los laudos desfavorables²²⁰ y asimismo se ha requerido la suspensión de la ejecución del laudo con base en la Regla 54 de las Reglas de arbitraje²²¹. Por otro lado y atacando la esencia del sistema de Ciadi, el Ministro de Justicia argentino ha afirmado que esta organización internacional no tiene autoridad sobre las medidas tomadas por un Gobierno durante una crisis y que los laudos de Ciadi deben ser revisados por los tribunales nacionales²²². Pese al tenor del artículo 54 del Convenio Ciadi (*“Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”*), las autoridades argentinas defienden este control interno²²³ aludiendo a la supremacía jerárquica de la Constitución frente a los Tratados internacionales y a cierta jurisprudencia nacional analógicamente invocada²²⁴. Las manifestaciones del poder ejecutivo cada vez son más claras en este sentido, llegando a afirmarse recientemente que Argentina únicamente pagará si así se lo impone un tribunal nacional²²⁵. Respecto a esta cuestión, ha de tenerse en cuenta que Ciadi no posee mecanismos institucionales para obligar a los Estados a cumplir con lo estipulado en sus

Doctrine and The Changing Landscape in International Investment Law”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Spring 2007.

²¹⁹ P. DI ROSA, “The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Fall 2004.

²²⁰ Esta solicitud de anulación se ha planteado, entre otros, en los casos Siemens AG, LG&E, Sempra, Azurix. Ya se ha decidido respecto del caso CMS, en el cual se anula parcialmente pero se mantiene la condena económica, vid. el caso CMS (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_Sp&caseId=C4).

²²¹ Vid., por ejemplo, la decisión favorable a Argentina en el caso Enron (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_Sp&caseId=C3) y en Azurix (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC692_Sp&caseId=C5).

²²² <http://www.parlamentario.com/noticia-4068.html>.

²²³ El Ministro de Justicia argentino declaró que: *“los laudos arbitrales de jurisdicciones extranjeras pueden ser revisables por la Corte Suprema de Justicia argentina, debido a que la Constitución está por encima de los tratados. En tal sentido, la Corte podría determinar que los laudos son nulos, si encuentra alguna irregularidad, lo que tendrá que ser probado por el Estado en cada caso”*, Vid. B. M. TONDINI Y M. N. ROQUÉ, “CIADI, Inversiones y el “Factor Confianza” en la República Argentina”, <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/38.pdf>.

²²⁴ Así, en el caso interno “Jose Cartellone Construcciones contra. Hidroelectrica Norpatagonica S.A.”, el Tribunal Supremo argentino ha afirmado la capacidad de los tribunales locales de revisar laudos arbitrales, si su decisión es “inconstitucional, ilegal o irrazonable”, e incluso aún cuando las partes hubiesen renunciado previamente a tal posibilidad de control <http://www.lexaustralis.com/laudoarbitral.htm>.

²²⁵ <http://www.clarin.com/diario/2008/09/04/elpais/p-01752892.htm>.

laudos, así que la ejecución de estos depende de la voluntad de los países. Si Argentina confirma en el futuro que no va a pagar a los inversores extranjeros lo estipulado en los laudos Ciadi²²⁶, ello generará una desconcertante situación a la que tendrá que enfrentarse un Ciadi en crisis²²⁷.

El posicionamiento de Argentina en esta materia es un reflejo de la conocida como “doctrina Calvo”²²⁸. Expuesta de forma muy simplificada, esta teoría nacida a finales del siglo XIX pretendía impedir las interferencias extranjeras en Latinoamérica. Para ello, se defiende que los conflictos con no nacionales deben ser solucionados por tribunales locales. Se quiere evitar de esta forma la intervención diplomática del país al cual pertenecía el foráneo, ya que ello supondría darle un trato privilegiado al extranjero frente al nacional. En el ámbito del arbitraje, la “cláusula Calvo” significa que los extranjeros han de renunciar al recurso arbitral y aceptar acudir únicamente a los tribunales del Estado receptor. En la primera mitad del siglo XX, estos planteamientos se incorporaron a diversas Constituciones, normas nacionales e internacionales sobre inversiones y contratos en Hispanoamérica. Sin embargo, el deseo posterior de estos países de recibir inversión extranjera hizo que el arbitraje de inversiones se fuese admitiendo progresivamente²²⁹. Mecanismos fundamentales para la incorporación de este arbitraje en Latinoamérica han sido la ratificación del Convenio Ciadi y la firma de múltiples APPRIs, en los que las teorías apuntadas no fueron aceptadas por los países inversionistas. Así, estos acuerdos bilaterales ya no exigen el agotamiento de los recursos locales y permiten a sujetos no públicos acudir al arbitraje internacional²³⁰.

²²⁶ Desde Ciadi se está intentando que Argentina asuma sus obligaciones. “Argentina ordered to reconsider its position on payment of Icsid awards”, (noticia de 14 de octubre de 2008), vid. <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2008/10/14/argentina-ordered-to-reconsider-its-position-on-payment-of-icsid-awards.aspx>.

²²⁷ V. supra epígrafe III, apartado 5.

²²⁸ Planteamiento defendido por C. CALVO, *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, Francia: A. D´Amyot, Durand et Pedone-Lauriel, volumen 2,1868.

²²⁹ B. M. CREMADES, “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Dispute Resolution Journal*, 2004; A. BRUNET Y J. A. LENTINI, “Arbitration of International Oil, Gas and Energy Disputes in Latin America”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Spring 2007.

²³⁰ Téngase en cuenta que se están exponiendo tendencias generales, respecto de las cuales pueden apuntarse excepciones, Así por ejemplo, aunque en Latinoamérica se apreciase un cambio considerable de actitud en torno al arbitraje de inversiones, países como Brasil se han mantenido firmes en sus reticencias. Vid. W. SHAN, “Is Calvo Dead?” *The American Journal of Comparative Law*, Winter 2007.

La evolución recién apuntada condujo a proclamar “la muerte de Calvo”²³¹. Sin embargo, en los últimos años varios políticos de corte nacionalista han accedido al Gobierno de distintos países latinoamericanos. Éstos han realizado una dura crítica del modelo económico neoliberal al que habían sido inducidos sus países²³². Parte importante de estos reproches se ha focalizado en forma en la que en el pasado se había llevado a cabo la privatización de valiosos recursos naturales patrios. En este sentido, se considera que la cesión de su control a precios muy bajos ha hecho que los beneficios de estas explotaciones hayan ido a parar a manos extranjeras y que no hayan revertido positivamente en estos países en vías de desarrollo²³³. Dentro de este esquema, el arbitraje inversor-Estado es otro reflejo de la opresión orquestada por el primer mundo²³⁴. Por eso, el rechazo en Latinoamérica al arbitraje de inversiones del Ciadi se está potenciando el renacer de la “doctrina Calvo”. Junto con la postura del Gobierno argentino respecto a Ciadi que ha quedado expuesta en este apartado²³⁵, otras manifestaciones en este sentido se han recogido por ejemplo en la nueva Constitución de Ecuador de 2008²³⁶, en los *Lineamientos del Gobierno boliviano para un Acuerdo de Comercio Justo y Cooperación Productiva entre Bolivia y Estados Unidos*²³⁷ o en la propuesta de darle un mayor margen de maniobra al Banco Interamericano de Desarrollo a la hora de gestionar las controversias sobre inversiones²³⁸.

²³¹ F. TAMBURINI, “Historia y destino de la “doctrina Calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. 24, 2002, pags. 81-104.

²³² Estos líderes han criticado el “*Washington Consensus*”, un decálogo de medidas económicas para países en vías de desarrollo que fue defendido por instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro estadounidense. En torno a esta cuestión, v. J. WILLIAMSON, “Did the Washington Consensus Fail?”, <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=488>.

²³³ Estos reproches también los han planteado mandatarios de países africanos. Vid. “Chad Eyes Bigger Share of Its Oil Profits”, <http://www.csmonitor.com/2006/0905/p04s01-woaf.html>.

²³⁴ P. E. MASON Y M. GOMM-SANTOS, “New Keys to Arbitration in Latin-America”, *Journal of International Arbitration*, 2008.

²³⁵ <http://miguelangeldiazabogado.blogspot.com/2006/03/la-desnaturalizacin-del-ciadi.html>.

²³⁶ Este nuevo texto constitucional recoge importantes manifestaciones en torno al arbitraje de inversiones: la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional (artículo 339); no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; salvo que sean tratados entre Estados de Latinoamérica y se sometan a instancias arbitrales regionales (artículo 422), la Constitución prevalece sobre los tratados y convenios internacionales (artículo 425); los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (artículo 1); la provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial y se limitará cualquier actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente (artículo 258); con la finalidad de precautelar la biodiversidad del ecosistema amazónico y se adoptarán políticas de desarrollo sustentable que, adicionalmente, compensen las inequidades de su desarrollo y consoliden la soberanía. http://www.eltelegrafo.com.ec/files/Asamblea/Nueva_Constitucion_del_Ecuador.pdf.

²³⁷ http://www.boliviasoberana.org/blog/_archives/2006/9/11/2316418.html.

²³⁸ <http://www.iht.com/articles/ap/2008/05/11/business/LA-FIN-Ecuador-Occidental.php>.

IV. Reflexiones finales

Atendiendo a múltiples informes presentados por organizaciones internacionales, el futuro medioambiental de nuestro planeta es altamente preocupante. En los próximos años, el agotamiento de los recursos energéticos fósiles y de los recursos hídricos se va a acentuar y asimismo se producirá una alarmante reducción de la masa forestal y de la biodiversidad. Ello hará que, por un lado, los Estados intensifiquen su conciencia ecológica y, con ello, el grado de protección que prestan a su medio ambiente. Esta defensa no sólo será consecuencia de iniciativas nacionales, sino que cada vez vendrá impuesta con más intensidad por la asunción de compromisos internacionales. Pese a ello, no puede negarse que por otro lado nuestra sociedad continuará dependiendo de una intensa actividad industrial, que satisfaga demandas de consumo crecientes. Aunque los recursos naturales sean cada vez más exiguos –o tal vez por ello-, éstos van a seguir siendo un objeto de comercio codiciado. Y aunque los recursos naturales cuenten con el respaldo de una legislación medioambiental cada vez más focalizada, ello no va a impedir que las actividades empresariales sigan produciendo lesiones en el medio ambiente.

Expuestos tales presupuestos, parece claro que la colisión entre los intereses económicos y los derivados de la protección ambiental continuará requiriendo soluciones desde el ámbito del derecho. Manteniendo la perspectiva internacional con la que se ha desarrollado este estudio, se estima que la disciplina jurídica ha de conseguir que binomios considerados tradicionalmente antitéticos (como los apuntados inicialmente: ecoprotección-competitividad, internalización de costos-libre comercio) dejen de serlo. Para ello, es necesario potenciar la dimensión ambiental de las relaciones económicas internacionales. En este sentido, hay que lograr que unos estándares medioambientales exigentes aumenten la rentabilidad de las inversiones (creando nuevos mercados “verdes” y fomentando la productividad a largo plazo). Asimismo, ha de permitirse a los inversores extranjeros intervenir en el proceso de creación legislativa del Estado de acogida, dado que ello les permite conocer los problemas medioambientales del país y ser conscientes de modificaciones normativas que puedan repercutir en sus costes de producción.

Retomando en este punto la pregunta inicial: ¿Hay que “*pensar en verde*” el arbitraje de inversiones?, parece claro por todo lo expuesto en los epígrafes previos que la respuesta ha de ser afirmativa. En este estudio se ha constatado como muchos de los procedimientos arbitrales que se han desarrollado en los últimos tiempos han tenido muy en cuenta el factor medioambiental insertado en el núcleo de la controversia. Además, el análisis

de las últimas reclamaciones presentadas ante Ciadi y de los últimos conflictos solucionados por vías distintas a la de Ciadi nos ha dado interesantes pistas sobre cuáles serán los perfiles del arbitraje de inversiones en el futuro. Se estima que para superar tanto las convulsiones específicas que está viviendo esta institución como las dificultades macroeconómicas que nos acechan²³⁹, el arbitraje de inversiones ha de adoptar un planteamiento ecocéntrico.

²³⁹ Tres noticias de la prensa de estos últimos días pueden generar arbitrajes de inversiones en el futuro: la nueva ley mexicana sobre reforma petrolera (y el debate que se ha generado en torno a sí ésta realmente impide la intervención de compañías foráneas en este sector); la nacionalización del sistema de pensiones en Argentina y cómo pueden reaccionar Venezuela y otros Estados productores ante el descenso del precio del crudo. Vid. <http://mx.news.finance.yahoo.com/29102008/38/finanzas-congreso-mexicano-aprueba-reforma-petrolera.html>, http://www.elpais.com/articulo/opinion/Disparate/argentino/elpepiopi/20081023elpepiopi_2/Tes, <http://www.laprensahn.com/Negocios/Ediciones/2008/10/17/Noticias/Venezuela-tiembra-por-caida-petrolera>.