

## DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE

### **La cuestión ambiental en los procedimientos arbitrales entre inversores transnacionales y Estados del Cono Sur**

**José Fernández Alonso<sup>1</sup>**

#### **Resumen**

El presente artículo tiene por propósito explorar el tratamiento de la cuestión medioambiental en los procedimientos arbitrales protagonizados por inversores transnacionales y Estados del Cono Sur. El trabajo sostiene que las referencias a la protección ambiental han tenido una gravitación incremental en las estrategias defensivas de los Estados en las demandas arbitrales iniciadas por inversores transnacionales. La ponderación creciente de la problemática marca en primer término, a la importancia creciente de la cuestión ambiental en el diseño y ejecución de las políticas públicas –las orientadas hacia las inversiones extranjeras, por caso- y en segundo lugar, la sofisticación de las defensas de los Estados de la región en el marco de sus disputas internacionales en materia de inversión.

**Palabras claves:** CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN – SUDAMÉRICA - MEDIOAMBIENTE

#### **Introducción**

Cual corolario del incremento de los flujos internacionales de capitales y de la institucionalización de regímenes relativos al trato de la inversión extranjera directa -

---

<sup>1</sup> Doctor en Relaciones Internacionales. Becario Postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente de Economía Internacional, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

manifestaciones inexpugnables del proceso de globalización-, se registró durante las últimas décadas un sostenido crecimiento del número de procedimientos arbitrales entre Estados e inversores transnacionales<sup>2</sup>. Esta tendencia fue particularmente explícita en la región sudamericana –y latinoamericana, en general-, en donde el nivel de litigiosidad entre Estados e inversores transnacionales alcanzó niveles no reportados en otras latitudes del globo. Al respecto, puede señalarse a título ilustrativo que de los 390 procedimientos arbitrales administrados por el Centro Internacional de Arreglos de Controversias en materia de Inversión (CIADI) desde su creación hasta junio de 2012, 110 tuvieron por protagonistas a Estados de América del Sur<sup>3</sup>. La República Argentina es el país con mayor número de demandas acumuladas en su contra en el mencionado marco institucional (48), seguida por la República Bolivariana de Venezuela (29); Ecuador (14); Perú (11); Bolivia (4); Chile (3) y Uruguay (1). La mayor parte de estas controversias, bien conviene agregar, fueron iniciadas durante el último decenio, luego del ocaso del paradigma neoliberal y el “giro a la izquierda” en los países de la región.

El espectro de las causales de estas controversias fue –y es- amplio. A modo ilustrativo, se destacan entre ellas la expropiación/nacionalización de activos, la cesación de pagos de deuda soberana, la modificación y/o terminación de contratos que habían habilitado oportunamente la radicación de la inversión y el cambio y/o ajuste de una legislación específica, entre otras. Durante los últimos años, estas causales se reconocieron incrementalmente atravesadas por comprobó una creciente incidencia de cuestiones ambiental en esas causales. En este sentido, es de

---

<sup>2</sup> En continuidad con lo planteado en trabajos precedentes, la noción de “inversor transnacional” da cuenta de aquel agente económico que adquiere un activo más allá de las fronteras de su Estado de origen con el propósito de obtener beneficios y rendimientos en el transcurrir del tiempo. En la instrumentación de esta operación, el agente se vale no solamente de las ventajas y/o derechos inherentes a su nacionalidad, sino también de las ventajas y/o derechos alcanzados en el ordenamiento político-económico del sistema internacional en el marco de la globalización, de ahí pues el carácter “transnacional”. Para mayores detalles de la noción de inversión transnacional véase Fernández Alonso (2012).

<sup>3</sup> En términos relativos, se advierte que los reclamos incoados contra Estados de América del Sur representan el 29% del total de procedimientos. A tal cifra, le siguen las demandas interpuestas contra Estados de Europa Oriental y Asia Central (23%); África Sub-Sahariana (16%); Oriente Medio y África del Norte (10%); Asia del Sur y Oriental y el Pacífico (9%); Centroamérica y el Caribe (7%); América del Norte (5%) y Europa Occidental. (CIADI, 2012:11).

mencionar que buena parte de las decisiones gubernamentales que impulsaron la modificación y/o terminación de contratos de empresas extranjeras se justificaron con argumentos en preservación y defensa del medioambiente, tal cual lo ocurrido en disputas que involucraron a petroleras o empresas licenciatarias de distribución de agua y servicios cloacales. Lo propio puede señalarse respecto a las disputas originadas tras los cambios o ajustes en normativas en materia medioambiental.

El presente artículo tiene por propósito explorar el tratamiento de la cuestión medioambiental en los procedimientos arbitrales protagonizados por inversores transnacionales y los Estados del Cono Sur. El trabajo conjetura que la ponderación creciente de las problemáticas ambientales en las disputas internacionales de inversión obedecen en primer término, a la importancia creciente de la cuestión ambiental en el diseño y ejecución de las políticas públicas –las orientadas hacia las inversiones extranjeras, por caso- y en segundo lugar, a la sofisticación de las defensas de los Estados de la región en los diversos procesos arbitrales.

### **Los arbitrajes entre Estados sudamericanos e inversores transnacionales y la cuestión ambiental.**

Aunque en apariencia de perogrullo, resulta importante destacar que la ponderación de la cuestión ambiental en el marco de los arbitrajes entre Estados e inversores transnacionales no es un fenómeno propio de los días actuales ni mucho menos circunscripto a la realidad sudamericana. En este sentido, debe consignarse que al promediar de la década del noventa, diversos tribunales arbitrales fueron constituidos a fin de resolver disputas entre Estados e inversores transnacionales por cuestiones eminentemente ambientales.

Sin dudas, el caso que mayor repercusión tuvo en este contexto fue el iniciado por *Metalclad Corporation* contra México. Este procedimiento fue incoado por la mencionada firma de nacionalidad estadounidense tras la negativa del municipio de Guadalcázar, del Estado de San Luis Potosí, de (re)habilitar un vertedero de desechos tóxicos administrado por una empresa adquirida en 1993 por la demandante. Si bien en 1995, *Metalclad* labró un acuerdo con el gobierno federal –

con la Secretaría de Ambiente, concretamente-, el municipio se mantuvo en la negativa, por lo cual la compañía norteamericana, aduciendo la violación de derechos consagrados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, por sus siglas en inglés) demandó al Estado mejicano por un monto cercano a los 130 millones de dólares. El tribunal arbitral constituido para el caso falló a favor del inversionista, sentando un gravoso precedente para “el futuro de la democracia y la soberanía municipal y estadual, no sólo en México sino también en Estados Unidos, Canadá y toda América Latina” (Bejarano, 2003 citado por Anderson y Grusky, 2007).

No fue por cierto éste el único caso que en el que la cuestión ambiental tuvo un tratamiento directo durante la última década del siglo XX. Piénsese en este sentido a los casos iniciados por *S. D Myers Inc.* y *Ethyl Corporation* contra Canadá y *Methanex Corporation* contra Estados Unidos.

En lo que concierne a los procedimientos objeto del presente estudio, se reconoce en los casos petroleros de Ecuador el ámbito en el cual los tribunales constituidos abordaron la problemática ambiental de modo directo. Sin dejar de reconocer los matices presentes en cada uno de ellos, es de mencionar que la mayor parte de ellos se motivaron tras la serie de modificaciones en las normativas y contratos hidrocarburíferos diseñada y ejecutada durante los últimos años, particularmente en el gobierno de Rafael Correa<sup>4</sup>. En este contexto, conviene apuntar que la dimensión y complejidad de las demandas entabladas por las petroleras conllevaron a que la administración de Correa decidiera en noviembre de 2007 excluir de la jurisdicción del CIADI todas las demandas que pudieran derivarse de “actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros” (MRE, 2007). Meses más tarde (julio de 2009), el gobierno ecuatoriano remitió una nota al Secretario General del CIADI anunciando su retiro de la institución.

Similar tratamiento directo de la cuestión ambiental lo tuvo –y tiene- la demanda entablada por la tabacalera *Philip Morris International* contra la República

---

<sup>4</sup> Para un análisis en detalle del derrotero de cada uno de los procedimientos entablados contra Ecuador se recomienda Rodríguez Jiménez (2010).

del Uruguay ante el CIADI en 2010 tras una serie de medidas orientadas a combatir contra el tabaquismo, adicción cuyas enfermedades derivadas se cobra miles de vidas anuales.

Por otra parte, la cuestión ambiental conoció un tratamiento "indirecto" en los cursos de las demandas bajo estudio. Esta modalidad está asociada con la iniciativa de los responsables de las estrategias defensivas de los Estados sudamericanos de incorporar a problemáticas ambientales específicas como herramientas para justificar un accionar específico del demandado. En virtud de lo antedicho, se indica que se trataría de una estrategia de defensa mediante el ataque. De tal modo procedieron los representantes de la República Argentina en las demandas entabladas por las compañías licenciatarias de los servicios públicos de distribución de agua y servicios cloacales. En estos casos, en efecto, la defensa argentina puso en cuestionamiento la calidad de los servicios ofrecidos por las firmas denunciadas, justificando consecuentemente las decisiones denunciadas por los inversores. Esta estrategia, por cierto, será repetida, sin dudas, por la República Argentina en marco de la inminente disputa con la petrolera española Repsol.

La búsqueda de participación de organismos no gubernamentales (ONG) resultó capital en el posicionamiento incremental de la cuestión ambiental en los procesos arbitrales que involucraron a los Estados sudamericanos con inversores extranjeros. Tal búsqueda de participación se canalizó en la miríada de solicitudes presentadas por ONG dedicadas a problemáticas de corte ecológico ante los tribunales arbitrales para intervenir como *amicus curae* o "amigo de la corte", conforme su fórmula castellana. Tales acciones tuvieron en los casos iniciados por compañías distribuidoras agua y servicios cloacales la mayor repercusión.

Tal como expone Fach Gómez en referencia al caso "*Aguas del Tunami S. A. versus República de Bolivia*", 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 documentos" (Fach Gómez, 2009:23). El tribunal del caso denegó la solicitud de marras con el argumento de que las partes en controversia no habían aprobado de modo consensual la intervención de un

tercero. Con todo, se advierte junto a la autora precitada que “el rechazo social a esta decisión arbitral fue tan contundente 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*”), 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 observar*” (Fach Gómez, 2009:24).

Pasos semejantes, aunque con resultados discretamente diferentes fueron seguidos por asociaciones ambientalistas argentinas en los casos del sector agua. En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. versus República Argentina*, por ejemplo, el tribunal a una solicitud de *amicus curae* presentada por cinco asociaciones –el Centro para el Derecho Internacional Ambiental, entre ellas- denegó la posibilidad de asistir y participar en las audiencias, aunque permitió la presentación de un escrito en el que sentaran su opinión.

### **Reflexiones finales**

El artículo comenzó por advertir el elevado nivel de litigiosidad entre Estados e inversores transnacionales en la región sudamericana. En este marco, se remarcó la creciente gravitación de la cuestión ambiental en las causales de las mismas. En este sentido, se mencionó que de modo incremental, se iniciaron procedimientos arbitrales tras la decisión de determinados gobiernos de modificar y/o terminar contratos de concesión con inversores so pretexto de proteger al medioambiente. Palabras semejantes podían decirse respecto a los ajustes y/o cambios de normativas medioambientales.

Tal como se apuntara en el apartado anterior, el abordaje de la cuestión ambiental en los procedimientos arbitrales iniciados por inversores transnacionales fue diferencial. En algunos casos, se identificó un abordaje directo al tratarse de casos originados por una decisión político-gubernamental fundada en consideraciones medioambientales.

De la misma manera, en el desarrollo del trabajo se advirtió que las referencias a la protección ambiental han tenido una gravitación incremental en las estrategias defensivas de los Estados. En estos casos, la cuestión ambiental fue utilizada cual herramienta propicia para articular una estrategia de "(contra)ataque como defensa".

La cuestión ambiental también fue considerada en buena parte de los procedimientos analizados en virtud de los pedidos de participación en calidad de *amicus curae* de organismos no gubernamentales con interés en la materia. Tal como se reconoció en el desarrollo del trabajo, las mentadas solicitudes fueron en su mayor parte denegadas por los tribunales de los casos en particular, no obstante, precipitaron reformas institucionales que abrieron camino hacia la democratización de los procesos de arbitraje entre Estados e inversores transnacionales.

Más allá de las particularidades en materia de causales, derroteros y resolución, ha de subrayarse que todas estas controversias tuvieron –y tienen- un denominar común: la pugna por la definición de la propiedad en el contexto internacional. Esto es así, puesto que en un ámbito signado por la anarquía –entendida aquí como la ausencia de un gobierno o Leviatán mundial- no existen criterios, criterios unívocos ni perpetuos respecto a los alcances de la propiedad, cual uno de los principios ordenadores que habilitan toda vida en sociedad (internacional, por caso). En este respecto, se advierte que no existen criterios absolutos respecto a los límites de los Estados para direccionar sus procesos político-económicos, afectando en caso de ser considerado necesario la propiedad de un inversor extranjero. Del mismo modo, tampoco existen criterios precisos ni definitivos que garanticen a los agentes (económicos) privados el usufructo absoluto de sus activos.

Así pues, ha de acentuarse que las controversias de marras explicitan de lleno los desafíos del mundo cada vez más global -y por ende, complejo- al enfrentar a actores de naturaleza e intereses contrapuestos: por un lado, aquellos orientados por fines públicos de una población territorialmente asentada; por otro lado, aquellos otros en primer momento "deslocalizados" y movidos por la búsqueda de réditos netamente privados, en breve. A las asimetrías derivadas de la naturaleza constitutiva de los actores pueden bien sumársele aquellas otras inherentes a las

historias y a las gravitaciones económicas disímiles. En tal sentido, se marca que las disputas en mención confrontan a agentes económicos cuya conformación precedió en no pocos casos a la independencia de ciertos Estados<sup>5</sup>. De igual manera, las disputas en cuestión interrelacionan a firmas cuyos balances anuales en términos de valor añadido superan a los montos alcanzados por los productos brutos internos (PBI) de numerosos Estados<sup>6</sup>.

En consideración de lo antedicho, se manifiesta que el análisis de las controversias entre los Estados e inversores –en el tratamiento que recibe la cuestión ambiental, tal cual lo realizado en este trabajo– resulte vital para comprender la estructura y dinámica del sistema internacional en su etapa global. Ello es así, puesto que los tribunales arbitrales constituidos para dar resolución a cada una de las controversias terminan por trazar los límites de la propiedad en la escena internacional, definiendo consecuentemente las potestades de los Estados para conducir sus procesos político-económicos –vía ajustes y/o cambio de normativas medioambientales, por ejemplo- o, a la inversa, los alcances de los inversores transnacional para hacer usufructo de sus activos.

### Referencias bibliográficas

---

<sup>5</sup> Considérese a modo de ejemplo el caso de *Suez Environnement*, una corporación de nacionalidad francesa contraparte de la República Argentina en múltiples procedimientos arbitrales. Tal cual lo publicado en su sitio web, esta corporación es producto de la fusión de dos compañías cuyos orígenes remontan al siglo XIX: la *Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez* (1858) y la *Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage* (1880). En resumidas cuentas, compañías cuya formación se corresponde con los tiempos de la constitución y consolidación del propio Estado argentino.

<sup>6</sup> De acuerdo con los datos consignados por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en un estudio del año 2002, 29 de las 100 mayores entidades económicas del mundo eran corporaciones transnacionales (UNCTAD, 2002). Estos datos, basados en el valor añadido de las firmas (suma de salarios, beneficios, depreciación, amortización e ingresos previos al pago de impuestos), resultan aún más cautos que los alcanzados por aquellos otros estudios basados en el nivel de ventas. Conforme los trabajos forjados en base a esta última estrategia de medición, las corporaciones transnacionales representaban poco más de la mitad de las 100 mayores entidades económicas del mundo (Anderson y Cavanagh, 2000; Chandler y Mazlish, 2005).

**Libros, capítulos y artículos científicos publicados en revistas especializadas**

ANDERSON, Sara y CAVANAGH, John, 2000, *Top 200: The Rise of Corporate Global Power*, Washington: Institute for Policy Studies, publicado electrónicamente 4 de diciembre de 2000, acceso 1 de noviembre de 2010, disponible en <[www.ips-dc.org/files/2452/top200.pdf](http://www.ips-dc.org/files/2452/top200.pdf)>.

ANDERSON, Sara y GRUSKY, Sara, 2007, *Desafiar el poder corporativo de los inversionistas*, Washington: Institute for Policy Studies, publicado electrónicamente 1 de abril de 2007, acceso 12 de abril de 2008, disponible en <<http://www.ips-dc.org/reports/070430-challengingcorporateinvestorrule.pdf>>.

CHANDLER, Alfred D. y MAZLISH, Bruce, 2005, *Leviathans Multinational Corporations and the New Global History*, Cambridge (UK) - New York: Cambridge University Press.

FACH GÓMEZ, Katia (2009) Environmental protection and international trade: Greening the investment arbitration?, en *Munich Personal RePEc Archive*, disponible on line en <<http://mpira.ub.uni-muenchen.de/16288/>>, consultado el 24 de junio de 2012.

FERNÁNDEZ ALONSO, José (2012) "Las controversias internacionales de la República Argentina en materia de inversión (2002-2010)", en LECHINI, Gladys, KLAGSBRUNN, Victor y GONÇALVES, Williams, *Argentina y Brasil frente al mundo*, Río de Janeiro, Revan Editora.

RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia (2010), "El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización", en RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia y WOSS, Herfried, *Arbitraje en materia de Inversiones*, México DF: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/13.pdf>>, consultado el 23 de junio de 2012.

**Documentos**

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIÓN (CIADI) (2012) Carga de casos del CIADI – Estadísticas, Washington: CIADI.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO e INTEGRACIÓN (MRE) [República de Ecuador], 2007, *Notificación Conforme artículo 25 (4) del Convenio*, Quito, 23 de 2007, disponible en <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement9>>, consultado 13 de junio de 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD) (2002), *Are Transnationals bigger than countries?*, Press Release, TAD/INF/PR/47, 12/08/02, Geneva: Naciones Unidas, publicado electrónicamente 12 de agosto de 2002, acceso 16 de junio de 2012, disponible en <<http://www.unctad.org/templates/webflyer.asp?docid=2426&intItemID=2079&lang=1>>.