Lorena Cuenca Guzmán

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

TRABAJO FINAL DE GRADO

dirigido por el Dr. Antonio Cardesa Salzmann

Grado de Derecho

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

1. MARCO TEÓRICO 5

1.1. La protección internacional de las inversiones extranjeras y el conflicto de intereses 5

1.2. Mecanismos de protección internacional de inversiones extranjeras 8

1.2.1. Tratados bilaterales de inversiones 8

1.2.2. Tratados multilaterales de inversiones 11

1.2.3. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) 12

1.3. Los Estándares de tratamiento de las inversiones contenidos en los TBI 14

1.3.1. Expropiación directa e indirecta 15

1.3.2. Tratamiento justo y equitativo 18

1.3.3. La cláusula paraguas 20

1.3.4. El trato no discriminatorio 22

1.3.5. La cláusula de la nación más favorecida y el tratamiento nacional 23

1.3.6. Protección y seguridad plenas 25

1.4. Arbitraje como medio pacífico de solución de controversias internacionales 26

2. ANÁLISIS DE CASOS 29

2.1. METALCLAD vs MÉXICO 29

2.1.1. Antecedentes de hecho 30

2.1.2. Demanda de Metalclad 31

2.1.2.1. Resumen de argumento 31

2.1.2.2. Peticiones 33

2.1.3. Contestación a la demanda de Estados Unidos Mexicanos 35

2.1.3.1. Resumen de argumento 35

2.1.3.2. Peticiones 40

2.1.4. Laudo 41

2.1.5. Reflexiones 43

2.2. CHEVRON TEXACO vs ECUADOR 46

2.2.1. Antecedentes de hecho 46

2.2.1.1 Demanda Ecuador vs Chevron Texaco 46

2.2.1.2. Demanda Chevron Texaco vs Ecuador 50
2.2.1.2.1 Demandante Chevron Texaco 53
2.2.1.2.1.1. Peticiones del Demandante 55
2.2.1.2.2. Contestación a la demanda 57
2.2.1.2.2.1. Peticiones del demandado 59
2.1.4. Laudo 60
2.1.5. Reflexiones 67
3. CONCLUSIONES 71
4. BIBLIOGRAFÍA 75

INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional de inversiones y protección del medio ambiente es un trabajo de investigación cuyo objeto se centra en una cuestión de actualidad.

Desde hace décadas, la atracción de inversionistas extranjeros a los países en vía de desarrollo ha resultado imprescindible para la globalización de la economía, pues esta atracción permitía generar riqueza al igual que también permitía aportar una transformación más eficiente de los recursos. Pero, hoy en día, a partir de los estudios realizados, se ha podido constatar que la inversión extranjera se dirige no sólo a los países menos desarrollados sino incluso, hasta a cualquier punto del planeta, y, la razón fundamental para ello se debe al gran número de ventajas y beneficios que comporta para ambas partes implicadas, pues se hace constatar que ninguna región o país puede satisfacer plenamente por si sola todas las necesidades de su pueblo. Es por eso que, a priori, la inversión extranjera comporta una serie de beneficios para ambas partes: inversor o inversionista y Estado de recepción. Por una parte, la inversión extranjera permite a los inversores extranjeros internacionalizarse así como proporcionarles beneficios económicos, muchas veces superiores a los que obtendrían en su propio país ya que esta permite beneficiarse de los bajos costos de producción, del mercado y de las ventajas fiscales que ofrecen los países en desarrollo y, por otro lado, los Estados receptores de dichas inversiones se ven beneficiados en la manera en que estas inversiones extranjeras ayudan en el desarrollo de su propio país en todos los sentidos, tanto económica como tecnológico.

Sin embargo, como se podrá observar a lo largo del presente trabajo, toda inversión extranjera realizada en otro Estado conllevará también problemas muy significativos, todos ellos derivados por una colisión de intereses que surgen en ambas partes. Pues se ha de indicar que, a pesar de que la inversión comporta una serie de ventajas y beneficios, los inversores se someten efectivamente a una serie de riesgos[1] que pueden poner en peligro el éxito de su inversión. En este caso, se podrán encontrar "*riesgos económicos*", que se dan en toda inversión, a causa de las circunstancias del propio mercado y que pueden ocasionarles pérdidas económicas; mientras que en segundo lugar, se podrán encontrar con los "*riesgos políticos*", que constituirán el objeto principal de esta investigación, y que entraña el riesgo de ver afectada la rentabilidad

[1]FERNÁNDEZ MACIÁ Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, 2008, pp. 9-10.

económica de la inversión como consecuencia de las políticas públicas desplegadas por el Estado receptor de la inversión, algo que implica un perjuicio al inversor de tal manera que verá como disminuye el valor de su propia inversión, bien por la expropiación, nacionalización, confiscación de la empresa extranjera, etc.

Atendiendo a este último caso, que es el que se verá con más atención en el presente trabajo, podremos observar que las actuaciones de las dos partes implicadas no siempre se guiarán por los mismos parámetros, de tal manera que ante este conflicto de interés, conllevará la existencia de una serie de medidas para proteger los intereses económicos de los inversores ante una circunstancia de este tipo. Por lo tanto, las necesidades de una protección efectiva de las inversiones extranjeras han conducido al nacimiento de una serie de mecanismos de protección internacional de inversiones, y de un método alternativo de solución de controversias como es el arbitraje internacional. Pues, de acuerdo a este surgimiento, nos encontraremos con la necesidad de garantizar una tutela efectiva al inversor extranjero mediante la protección internacional a la inversión. De esta manera, los inversionistas se sentirán más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligaran por unas reglas, que serán una serie de estándares contenidos en algunos de estos mecanismos y de los cuales otorgaran garantía a la inversión.

No obstante, y a pesar de estas garantías de protección al inversionista, y por consiguiente a su inversión, se destacará que a consecuencia de esta elevada protección que siempre se les brinda, acabará limitándose la libertad de decisión del Estado receptor provocando un perjuicio en su soberanía, y por lo tanto, quedando desfavorecidos sus nacionales, y por consiguiente, sus intereses, en este caso destacando el tema de la intención del Estado receptor de proteger su medio ambiente. En este último caso, se puede constatar que actualmente los Estados adoptan múltiples medidas para proteger el medio ambiente (medidas referidas al control de emisiones, evaluación ambiental de proyectos, conservación de espacios protegidos, etc), decisiones medioambientales que 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, de tal manera que estos siempre se verán obligados a indemnizar a los sujetos privados por decisiones que pueden tener una impronta medioambiental.

De acuerdo a estos perjuicios de los cuales se ven inmersos los países menos desarrollados, esta investigación aborda los motivos del por qué se ven perjudicados aun teniendo parte de razón.

Es por eso, que el propósito final del presente trabajo no es otro que analizar por qué los tribunales arbitrales acaban dando la razón a los inversionistas, aun habiendo estos provocado daños medio ambientales en los Estados receptores, reflexionando pues si estos tribunales piensan en el componente ecológico y el medioambiental y si podrá en un futuro llegarse a un equilibrio de intereses de ambas partes.

Para ello, será necesario analizar de manera sintética en la primera parte del trabajo la historia, evolución y estructura del sistema de protección de las inversiones extranjeras y los conflictos de intereses que han surgido siempre entre ambas partes (inversionista y Estado receptor). Se estudiará, a su vez, los diferentes mecanismos de protección de inversión extranjera, haciendo un estudio general de los TBI, los tratados multilaterales y del CIADI. Seguidamente, se analizará, los diferentes estándares de tratamiento de las inversiones contenidos en los TBI; y finalmente indagaré acerca del arbitraje como método de resolución de controversias en materia de inversiones.

La segunda parte de este trabajo, y por lo tanto, el más importante, será el análisis concreto de dos casos reales de arbitraje de inversiones de los cuales nos aportará datos suficientes para poder responder a las preguntas que lo encabezan: *¿Por qué los tribunales arbitrales acaban dando la razón a los inversionistas, aun habiendo estos provocado daños medio ambientales en los Estados receptores? ¿Estos piensan en el componente ecológico y el medioambiental?*

Por último, intentaré buscar alguna posible solución, a través de mis conclusiones de la forma más beneficiosa para las partes, una posible solución objetiva a nivel jurídico, puesto que es una materia muy reciente que cada vez con más frecuencia existen situaciones globales que deben ser reguladas o más adecuadamente reguladas. Pues dentro de este panorama, el presente trabajo se focalizará en la necesidad de mayor y mejor regulación para proteger garantías administrativas de la población afectada por esas inversiones realizadas, como la de los derechos humanos y, en este caso la de protección del medio ambiente.

No obstante, y a modo de conclusión, esta intención se englobará en la de tener un mayor conocimiento sobre esta materia dentro del Derecho internacional público, el cual profundizaré en *el arbitraje internacional de inversiones y protección del medio ambiente.*

1. MARCO TEÓRICO

1.1. La protección internacional de las inversiones extranjeras y el conflicto de intereses

Con el fin de llegar a nuestro objetivo y entender la problemática que surge por la realización de inversiones en países en desarrollo, y, desde mi punto de vista, la necesidad de una mayor y mejor regulación para proteger ciertas garantías de la población afectada por esas inversiones, en especial en materia de medio ambiente, analizare, de manera muy breve, el motivo que dio el nacimiento de esta marco legal de protección internacional de las inversiones extranjeras. Para ello, partimos de la idea de que cuando se trata de desarrollar o promover la inversión extranjera, los intereses[2] de los inversionistas y los Estados receptores son diferentes. Para el inversionista, la inversión es una forma de obtener ganancias, expandir mercados. Para el Estado receptor la inversión supone una expectativa de mejora en su economía nacional, obteniendo financiación de su desarrollo, impulsando su crecimiento económico, obteniendo así tributos, créditos, tecnología avanzada, disminución de la pobreza, creación de puestos de trabajo, entre otros. Sin embargo, esta diferencia de intereses ha sido históricamente una fuente de controversias internacionales entre Estados receptores y Estados de origen de los inversionistas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales[3], entre los cuales destaca la protección diplomática ejercida por los Estados de origen, que hasta finales del siglo XIX implicó frecuentemente el uso de la fuerza armada. Los esfuerzos realizados a principios del siglo XX por limitar el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales dio pie al nacimiento de la moderna protección internacional de las inversiones extranjeras. Así, por ejemplo, los Estados

[2]FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.9; GRANATO Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, J.C. Martínez Coll 2005, p.10; AMPUERO MIRANDA, Ana A., *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión*, en *Aspectos Jurídicos del desarrollo regional. XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)*, Organización de Estados Americanos, 2008, pp.329-350, pp.332-336; CASTILLO ARGAÑARÁS Luis F., *La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo*. En: Ámbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.107, 2012. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12565, consultado el 7 de enero de 2014; PERRONE Nicolás Marcelo, *El sistema actual de protección y promoción de inversiones extranjera*, 2002. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-431-442.pdf.

[3] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p.12; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Naciones Unidas, 2010, pp. 10-19.

receptores han intentado ampararse en instrumentos como la doctrina Calvo[4], según la cual los inversionistas extranjeros no tenían derecho a someter disputas con los Estados anfitriones a instancias internacionales, sino que se debían sujetar a los tribunales locales; y de la *Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1974[5]. Asimismo, los inversionistas también han usado doctrinas tales como la de Responsabilidad de los Estados por Lesiones a los Extranjeros[6].

Así pues, hasta 1959[7], las relaciones entre los inversionistas extranjeros se regían única y exclusivamente por el Derecho Internacional Público, donde ante algún maltrato al inversionista extranjero por parte del Estado receptor, el inversionista tenía dos opciones. La primera, demandar al Estado ante los tribunales locales o la segunda opción, al inversionista extranjero, era solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática, por lo cual el Estado de nacionalidad y el receptor podían negociar y encontrarse como partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia, o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia. Pero en 1959[8] se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán, aunque el primer tratado comercial data de 1778 (entre los Estados Unidos y Francia).

Ese tratado era una evolución[9] de los tratados de amistad, comercio y navegación y aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados en cuestión, creó lo que después se convertiría en un sistema completo de protección al inversionista y a la inversión extranjera.

Pues, hoy día existen más de 2800 tratados de esa naturaleza[10], siendo que la mayoría de estos tratados están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo o entre países en desarrollo, con pocos tratados suscritos entre países desarrollados.

---

[4] CASTILLO ARGAÑARÁS, *La protección de las inversiones extranjeras*...op.cit. pp.431-442.

[5] Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. En UN Doc. A/RES/3281(XXIX), de 12 de diciembre de 1974.

[6] AMPUERO MIRANDA, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato...op.cit* pp. 332-336.

[7] Ibid, p. 332.

[8] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*... op.cit p. 13.

[9] PERRONE, *El sistema actual de protección y*... op.cit p. 432-433.

[10]DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, *La eficacia de los Tratados de Protección de inversiones extranjeras*, en Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid. Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf, p. 2.

Así pues, y como se ha podido observar, en un momento histórico de desarrollo de la inversión extranjera, los intereses de las partes involucradas pueden convivir o divergir, aunque normalmente suelen divergir. Para entender mejor esta situación que normalmente suele divergir, podemos destacar cuales son normalmente los intereses de ambas partes[11], pues de acuerdo a esto, para el inversionista su interés es la protección de su inversión, que debe ser compensado por cualquier limitación ilegítima, mientras que para el Estado receptor su interés de protección es el ejercicio de la soberanía, en virtud de lo cual puede tomar dentro de su territorio las medidas que considere apropiadas para la consecución de los fines públicos que estime conveniente. En este último caso, se puede constatar que actualmente los Estados adoptan múltiples medidas para proteger el medio ambiente[12] (medidas referidas al control de emisiones, evaluación ambiental de proyectos, conservación de espacios protegidos, etc), decisiones medioambientales que 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. Pues, a consecuencia de este conflicto de intereses, esa disputa nos haría pensar que debería ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado receptor. Pero justamente ante el surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras y del arbitraje[13] de inversionistas extranjeros en contra de Estados, ha surgido todo un sistema de solución de controversias de inversiones extranjeras, indicados en la Convención CIADI o en los TBIs, entre los cuales veremos y se analizaran a continuación, mecanismos de los cuales normalmente su marco legal de protección es tan elevado que acaban favoreciendo los intereses de los inversionistas, a causa de las reglas y estándares globales que determinan, en cierta medida, los contenidos de regulaciones nacionales y, por lo tanto, limitan la libertad de los Estado receptores, impactos que tienen especial relevancia para países en desarrollo, de tal manera que los intereses del inversionista se superponen a los intereses de los Estados

[11]FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.9; GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.10; AMPUERO MIRANDA, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato*...op.cit, pp. 332-336.

[12]RODAS Mauricio, "Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile", 2003, *Cepal- Serie Medio ambiente y desarrollo*, nº78. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/5/19765/lcl2038e.pdf

[13]AMPUERO MIRANDA, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato*...op.cit pp. 336.

receptores de tal manera que la soberanía del Estado receptor se ve violada y disminuida antes las actividades llevadas a cabo en su territorio, dejando a banda y sin tener en cuenta las medidas medioambientales que se intentan llevar a cabo por los nacionales de ese Estado con el objetivo de proteger su interés público.

Es por eso, que ante esta discriminación, desde mi punto de vista, sería necesario una mayor y mejor regulación para proteger garantías de la población afectada por esas inversiones realizadas, como es en este caso, la protección del medio ambiente.

Por lo tanto, para ilustrar el tipo de problemas mencionados y disparar una discusión con un contexto fáctico demarcado, se expondrán, más adelante, dos casos de estudio que exponen este tipo de impactos negativos.

1.2. Mecanismos de protección internacional de inversiones extranjeras

Una vez visto como surgieron los mecanismos que garantizan una protección a las inversiones extrajeras y las consecuencias que ocasiona este marco legal de protección tan elevado, el presente capítulo tendrá por objetivo la descripción y el análisis de los principales mecanismos[14] que han sido creados dentro del Derecho Internacional para la protección y garantía de la inversión extranjera. Para este fin, se hará una presentación de los tratados multilaterales promovidos por el Banco Mundial; el CIADI; y de los TBI, a los cuales dedicare una mayor atención por ser unos de los temas bases del presente trabajo.

1.2.1. Tratados bilaterales de inversiones15

A consecuencia de los denominados "*riesgos políticos*"[16], surgieron una serie de mecanismos de protección internacional para las inversiones, del cual los más importantes y del que se tendrán más en consideración serán los tratados bilaterales, también denominados *TBI*.

[14]HERDEGEN, Matthias, *Derecho Económico Internacional,* Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 311-320.
[15] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., pp. 8-18.
[16] FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.10.

Los TBI empezaron a celebrarse en los años sesenta. No obstante se podría encontrar su antecedente[17] con los tratados de amistad, comercio y navegación entre las naciones. Según el estudio realizado, el primer Tratado Bilateral de Inversión fue suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán, el 25 de noviembre de 1959[18], sin embargo el primer tratado que fue ratificado fue el suscrito entre la República Dominicana y la República Federal de Alemania, el 3 de junio de 1960. A parte de estos, también se celebraron otros entre los años sesenta y setenta entre los países de Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Paraguay y República Dominicana.

Actualmente, existen más de 2800 tratados[19] de esa naturaleza, convirtiéndose, por lo tanto, en el mecanismo más utilizado por los distintos países a nivel mundial para la promoción y protección de la inversión extranjera.

Los TBI son instrumentos bilaterales que protegen la inversión extranjera y le garantizan un elevado grado de seguridad jurídica, pues estos tratados contemplan las diferentes dificultades que podrían darse en cualquier inversión realizada fuera de sus fronteras y de forma explícita explican que es lo que debería hacerse en caso de que se presentaran esas dificultades.

En definitiva, la celebración de este tipo de tratados[20] destinados a la protección de los inversores ha tenido un gran crecimiento en los últimos tiempos, llegando a constituirse en un régimen jurídico internacional de la inversión extranjera. El motivo de esta tendencia, sin perjuicio de una serie de motivos políticos y económicos que conducen a los Estados a celebrar este tipo de tratados, tal y como se ha podido observar en puntos anteriores, es por un lado, la incertidumbre que genera en los inversores extranjeros el carácter controvertido de las normas de Derecho Internacional Público en esta materia. Por otro lado, también incide en esta cuestión la situación generada desde el Derecho Internacional Privado respecto de si aplicamos la ley del domicilio del inversor o derecho del lugar de ejecución de la inversión y las implicancias de cada alternativa.

[17]BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*...op.cit, p.13; PERRONE, *El sistema actual de protección y*...op.cit pp.432-433; GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.15.
[18] Ibíd., p.16.
[19] DÍEZ-HOCHLEITNER, *La eficacia de los tratados de protección*...op.cit. p. 2 y 17.
[20] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., pp.8-18.

Asimismo, estos tratados contienen un conjunto de normas, que detallaremos más adelante, destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios son los inversores, y que se sitúan en el epicentro de toda controversia que pueda emerger entre ambas partes.

En este caso, y en relación con ello, desde el punto de vista de la aplicabilidad, se pueden distinguir dos categorías de tratados[21]: tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y; tratados dirigidos a los Estados y a los particulares. En la primera categoría son los Estados los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, mientras que en la segunda categoría, los tratados pueden adquirir formas diversas, bien pueden considerar a los particulares como beneficiarios de un sistema jurídico o bien, pueden otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus órdenes internos.

Pues, los TBI otorgan derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les otorga los instrumentos necesarios para obligar a los Estados receptores de la inversión a respetar tales derechos contenidos en dichos tratados.

Por consiguiente, los principales efectos jurídicos[22] de estos tratados sobre inversiones son en primer lugar, *establecer el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar*, previsto en los mecanismos internacionales, pues su incumplimiento generará responsabilidad internacional; en segundo lugar, *otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional*. Y, por último, *los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor*.

Así pues, todo contrato celebrado entre el Estado receptor y el inversor extranjero se hallan amparados[23] por estos tratados otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar, cualquier daño o impedimento de realizar su actividad, por medio del arbitraje. De este modo, el actuar del Estado receptor se sujeta a lo establecido en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado. En este contexto, un incumplimiento contractual que a su vez implique la violación de un

[21] Ibíd., p.17.
[22] Ibíd., p.17.
[23] Ibíd., p.19.

Tratado Bilateral de Inversión constituye un acto ilícito contrario al Derecho Internacional, pues estos tratados, como se ha dicho anteriormente, son instrumento jurídicos que sólo rigen las relaciones entre los Estados, haciendo comprometer al Estado receptor el respetar y proteger los derechos del inversor extranjero.

No obstante, he de destacar que tal marco legal de protección de la inversión será tan elevada, que como se verá en los dos estudios de casos que se han realizado, supondrá un perjuicio para los intereses del Estado receptor, de tal manera que su intención de proteger y adoptar una reglamentación con el objetivo de proteger su medio ambiente (tema que es de gran interés en este presente trabajo) se verá obstaculizado como consecuencia de la "presunta" violación de las reglas o entandares contenidos en estos tratados, conllevando siempre a verse sumiso a los intereses de los inversionistas.

1.2.2. Tratados multilaterales de inversiones

A parte de los Tratados Bilaterales anteriormente analizados, otro de los mecanismos de protección que debería destacarse son los Acuerdos o Tratados Multilaterales de Inversión (AMI)[24].

Se ha de decir que estos, al igual que los tratados bilaterales, son tratados internacionales para la protección de las inversiones extranjeras, aunque la diferencia está en que estos últimos están siendo negociados por los países pertenecientes a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). Por lo tanto, esto es un proceso de negociación de gran importancia que se está dando hoy en el mundo, proceso en el cual están en juego asuntos tan importante como las relaciones entre los Estados nacionales y las empresas transnacionales, los límites de la política, los ámbitos del ejercicio de la democracia, así como el futuro del ambiente, de los derechos laborales y de la pluralidad cultural planetaria.

[24]LANDER, Edgardo (1998a) "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El Capital diseña una Constitución Universal". *En Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 4, nº 2-3, abril-septiembre: 123-53, Caracas. Disponible en: http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/El%20Acuerdo%20Multutilateral%20de%20Inversiones%20(AMI).pdf; RODRÍGUEZ BARRIOS, María Angélica y RODRÍGUEZ VARGAS, Juana Paola (2001), *Mecanismos de promoción y protección para la inversión extranjera: El caso colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis52.pdf, pp.56-65; HERDEGEN, *Derecho Económico*...op.cit, pp. 314-315.

El principal elemento del AMI es la desregulación y liberalización de la inversión extranjera, lo cual significa que los inversores tendrán derecho a operar en todos los países miembros con una regulación mínima y serán tratados igual que las empresas o los ciudadanos nacionales. Los gobiernos no podrán imponer a las empresas extranjeras condiciones tales como transferencia de tecnología, participación accionaria local o el uso de materia prima nacional. Asimismo, el acuerdo otorga amplias facultades a los inversores extranjeros, que serán protegidos de las expropiaciones y otras medidas que puedan perjudicarles económicamente. Además, el AMI establece un sistema de resolución de disputas mediante el cual un Estado o un inversor puede demandar a otro Estado por incumplir las normas del acuerdo. La demanda puede presentarse ante un tribunal internacional, el cual puede ordenar al Estado infractor el pago de una compensación. De este modo, las empresas extranjeras serán capaces de demandar a gobiernos por daños y perjuicios causados por el incumplimiento del AMI.

También existen propuestas, aunque aún no estén acordadas, para incluir como principios normas ambientales, sanitarias y laborales. Sin embargo, aun si resulta aprobada, tales cláusulas sólo tendrán valor de sugerencia, mientras que las que establecen derechos para los inversores serán obligatorias. Debido a este gran desequilibrio, grupos ambientales y de desarrollo afirmaron que el AMI sólo otorga amplísimos derechos a empresas trasnacionales, sin imponerles obligación alguna e impide que los gobiernos exijan a las compañías extranjeras el cumplimiento de obligaciones.

1.2.3. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI)

Por último centraremos nuestra atención en el CIADI[25] que es la principal institución en materia de arreglo de diferencias relativas a inversiones. El CIADI es una institución internacional independiente y es una de las cinco organizaciones que integran el Grupo del Banco Mundial. Se creó en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI), que es un tratado multilateral internacional[26] que fue celebrado en 1965 y del

[25] Ibíd., pp. 316-318.
[26] En https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp

cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Este convenio fue establecido en el seno del Banco Mundial, en la ciudad de Washington, con el fin de ofrecer solución[27] de las disputas entre los inversionistas y los Estados receptores, otorgando un mecanismo que constituye la regulación de controversias mediante el establecimiento de una instancia absolutamente independiente e imparcial.

En definitiva, la finalidad[28] del CIADI es proporcionar medios de conciliación y arbitraje a los que puedan someter las diferencias relativas a inversiones internacionales.

Se ha de decir que el arbitraje y la conciliación, según lo establecido en el Convenio, son totalmente voluntarios[29] y para recurrir a ellos se requiere el consentimiento[30] del inversionista y del Estado de que se trate (art. 25 y 26 del Tratado Constitutivo), del cual, una vez prestado, dicho consentimiento no puede retirarse unilateralmente, de tal manera que se convierte en un compromiso vinculante.

Normalmente, el consentimiento del Estado está presente en los tratados internacionales de inversión celebrados entre Estados, ya sean estos tratados bilaterales (celebrados entre dos países), o multilaterales (celebrados entre más de dos países).

Se ha de especificar que el CIADI es una organización imparcial[31] y no decide los casos, pues los árbitros y conciliadores independientes nombrados para cada caso examinan las pruebas y deciden el resultado de las diferencias que se les hayan sometido. Se puede afirmar, pues, que el CIADI es un centro independiente donde los inversionistas pueden directamente conciliar o someter sus diferencias con los Estados receptores de la inversión, a la decisión de árbitros de distintas nacionalidades que pueden analizar los problemas presentados de manera imparcial en cada caso.

---

[27]En:https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities

[28] En https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp.

[29]En:https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities

[30] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p.54.; BLACKABABY, Nigel y CAMARGO GARCÍA, Andrea "Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones; Un debate entra la teoría y la práctica", 2008, *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 1, pp. 8-10. Disponible en http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/133/1707; FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.95; MORALES VELA, "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de la Cláusula Paragua", (2007). *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, nº. 11. Disponible en http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf

[31]En http://www.politicapress.com/2011/09/%C2%BFque-es-el-ciadi/; *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, enero, 2003. Disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

En la mayoría de los casos los tribunales están integrados[32] por tres árbitros: uno nombrado por el inversionista, uno nombrado por el Estado, y el tercero, que preside el tribunal, nombrado por acuerdo de las partes. Se ha de especificar que cuando una parte no nombra un árbitro o cuando las partes no llegan a un acuerdo acerca del nombramiento del presidente de un tribunal, puede solicitarse al CIADI que efectúe los nombramientos faltantes.

En cuanto a los laudos[33], son obligatorios para las partes y no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el Convenio.

Pues, el Convenio permite a las partes solicitar una decisión suplementaria o la rectificación del laudo.

Se ha de destacar, según el estudio realizado, que el número de casos ante el CIADI ha aumentado durante los últimos años, pues esto se debe al aumento del número de inversiones durante las dos últimas décadas y al mayor número de tratados internacionales de inversión.

No obstante, se ha de aclarar en este punto, que nos servirá de referencia, que la problemática del estudio de este tema radica en este caso, en que los tribunales al estar constituidos por árbitros, que normalmente son economistas, les interesa el tema económico y por lo tanto el interés de la inversión, de tal manera que dejan de banda el componente y el interés ecológico y medio ambiental.

1.3. Los Estándares de tratamiento de las inversiones contenidos en los TBI

Una vez analizado los diferentes mecanismos existentes de protección de la inversión se analizará los estándares de tratamiento o garantías contenidos en los TBI[34]. Pues,

---

[32]Ibíd., artículos 37 y 38.

[33]Ibíd., artículo 48 y 49; GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.54.; BLACKABABY, y CAMARGO GARCÍA "Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones: Un debate entre...op.cit, pp. 8-10. Disponible en http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/133/1707; FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.95; MORALES VELA, "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en...op.cit, p.11 Disponible en http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf

[34] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*... op.cit p. 36-45.

la finalidad de este punto es analizar las principales obligaciones respecto de la protección del inversor extranjero asumidas normalmente por los distintos Estados al suscribir este tipo de TBI. Se ha de decir que los tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores. Es decir, la finalidad de esta clase de normas es la de evitar los llamados "*riesgos políticos*" por los que el gobierno de un Estado podría interferir arbitrariamente en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero. Pues, dentro de este tipo de estudio desarrollare este tipo de normas e identificaré las implicaciones que conllevarán al Estado receptor frente a esta protección del inversor.

1.3.1. Expropiación directa e indirecta[35]

Uno de los aspectos de mayor relevancia práctica de la promoción y protección de las inversiones extranjeras se refiere a los supuestos de expropiación, nacionalización y medidas de efecto equivalente a la expropiación.

Como bien es sabido, los TBI establecen cláusulas de protección respecto de las medidas que directa o indirectamente impliquen la nacionalización o expropiación de las inversiones extranjeras o de medidas similares que tengan el mismo efecto o que limiten de alguna forma el derecho de propiedad de los inversores extranjeras. Así, por ejemplo, el TBI firmado por Ecuador con Estados Unidos establece en su artículo 3[36] que: *"Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II".*

[35] Ibíd., pp.36-41; BAQUERO MONTOYA, Sara María y MENA RAMÍREZ, ERIKA, *El fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión*, 2008. Disponible en http://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf?sequence=1, 2008, pp. 33-69.

[36] Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Washington D.C., 27 de Agosto de 1993, Disponible en http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf, artículo 3.

No obstante, y con gran importancia, deberíamos hacer mención a TLCAN (NAFTA), donde en relación a la expropiación o nacionalización de las inversiones extranjeras, el referido tratado establece, en su artículo 1110 apartado 1[37] que: "*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.*

Pues, teniendo en cuenta lo expuesto, los TBI protegen a los inversores contra la expropiación directa, la expropiación indirecta, y contra medidas con efectos equivalentes. A ese respecto, es necesario efectuar una diferenciación conceptual de dichas medidas, sobre todo de la expropiación directa e indirecta.

Si bien, según el concepto general, toda expropiación comporta la apropiación forzosa por parte del Estado de la propiedad de particulares a través de actos administrativos o acciones legislativas a ese efecto. De acuerdo a esto, los TBI protegen situaciones que constituyen una expropiación, en las que tales actos o legislaciones transfieren los bienes que constituyen su objeto a terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren sin atribuirles a terceros o al propio Estado. A ese respecto, la expropiación indirecta (caso que se verá en el estudio del caso de Metalclad) se encuentra reconocida generalmente en los TBI al establecer, tal y como se ha podido observar anteriormente, que las inversiones no podrán nacionalizarse ni expropiarse, directa o indirectamente, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión, pues este tipo de expropiación es una conducta o acto que no explicita en sí mismo el objeto de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos opera tal privación.

Como bien se ha dicho, los TBI establecen cláusulas de protección respecto de las medidas que directa o indirectamente impliquen la nacionalización o expropiación de las inversiones extranjeras o de medidas similares que tengan el mismo efecto o que limiten de alguna forma el derecho de propiedad de los inversores extranjeras, y en relación a la expropiación o nacionalización de las inversiones extranjeras, los TBI

[37]Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994. Disponible en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp, artículo 1110, apartado 1.

generalmente establecen que el Estado receptor de la inversión sólo podrá tomar este tipo de medida cuando dichas medidas respondan a una utilidad pública, de seguridad o interés nacional; sean adoptadas según el debido procedimiento legal; no sean discriminatorias; y estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora.

Pues, se ha de decir que siempre han habido dudas para determinar cuándo una regulación estatal puede implicar una expropiación indirecta o directa de una inversión extranjera. Pues, en cuanto a la expropiación directa, el concepto clásico de expropiación es un acto del Estado, en este caso del receptor, por el cual éste adquiere la propiedad privada. Se ha de especificar que la mayoría de los casos ante Tribunales CIADI, en el último tiempo, corresponden a expropiaciones indirectas, pues se ha de decir que es difícil, encontrar gobiernos que expropien directamente inversiones realizadas en sus países. Pues, podemos decir que expropiar directamente, daña la imagen internacional de un país e inspira desconfianza e inseguridad en los inversionistas, lo que evidentemente disminuye la inversión produciendo un grave daño en la economía de una nación.

En cuanto a la expropiación indirecta, ésta presenta discusiones doctrinales, y esto se debe a que la mayoría de los TBI no definen ni intentan explicar en qué consiste una expropiación indirecta, tal y como se ha podido observar. En estos casos, y para saber cuándo nos encontramos ante una expropiación indirecta, el Tribunal deberá determinarlo, analizando las circunstancias particulares que concurren en cada caso. Sin embargo, para ello se han tomado ciertos criterios jurisprudenciales, para definir los límites de la expropiación indirecta y se han centrado principalmente en un test de tres niveles; privación sustancial de la inversión, frustración de las expectativas legitimas del inversionistas (deben justificarse las expectativas) y el carácter de la medida adoptada por el gobierno. En general, todo esto ha de llevar el privar sustancialmente al inversionista de su inversión.

Por lo tanto, podemos establecer que cuando un inversionista se ve privado de su inversión, nos encontramos frente a una expropiación indirecta.

En este sentido, es interesante el análisis del caso de Pope & Talbot[38], un caso TLCAN, donde el Tribunal señaló, que *"el test para determinar cuándo nos*

[38]GELERSTEIN WAISBEN, Andrés Alberto; PORTALES UNDURRAGA, Carlos Alberto (2012). *Estándar de protección de la inversión extranjera: Tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial*

encontramos frente a una expropiación, debe poder concluir que la interferencia sobre los derechos de propiedad equivale a señalar que el inversionista ha sido privado de su inversión".

En este orden de ideas, se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria, revisten las características de una expropiación indirecta si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes alcanzados por tal medidas han sido afectados de forma tal que toda manera de explotarlos ha desaparecido, es decir, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido.

Pues, de acuerdo a todo lo visto podemos concluir que el tema de la expropiación es la forma más severa de intervenir la propiedad privada por parte del Estado receptor, no obstante, el Estado tiene derecho a expropiar por el solo hecho de ejercer soberanía sobre su territorio. Esto último, se considera una facultad fundamental que incluso los TBI modernos permiten al país receptor expropiar si cumple con los requisitos y condiciones. Incluso, las cláusulas estabilizadoras (son aquellas que congelan el derecho aplicable mientras dure el acuerdo), no se pueden interponer en el camino para que el Estado lleve a cabo una expropiación que cumpla con los requisitos legales.

Cumpliéndose estos requisitos, es posible señalar que el único tipo legal de expropiación es la directa. En caso de una expropiación indirecta la ilegalidad es la regla general, dado que no existe una compensación antes de que el Estado adopte las medidas que privan de valor a la inversión. Por lo demás, en estos casos el efecto expropiatorio de la medida adoptada por el Estado a priori, no es claro o evidente, requiriéndose el análisis del Tribunal arbitral para determinar si debe proceder o no la compensación.

1.3.2. Tratamiento justo y equitativo[39]

La norma de tratamiento justo y equitativo (en adelante TJE) es una norma clásica del Derecho Internacional Público cuyo propósito[40] es completar los vacíos normativos que dejan otros estándares.

---

de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo. Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112836, p. 53.

[39]GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.19.

[40] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*...op.cit, p. 38.

Este principio[41] hizo su aparición en el derecho internacional en 1954, y a través de los años se ha desarrollado crecientemente. El TLCAN lo incorporó en su artículo 1105, apartado 1 y el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 en su artículo 10 número 1. Aún así fue recién a partir de 2000 (con el laudo de *Metalclad contra México* en el ámbito del NAFTA) que los árbitros comenzaron a definir y expandir su contenido. Se ha de decir que la gran mayoría de los TBIs contemplan este principio.

Pues, se trata de un estándar absoluto que funciona de manera independiente al del tratamiento nacional y que en parte se superpone con el principio de buena fe reconocido como estándar básico del derecho internacional.

Al respecto, Fernández de Gurmendi[42] nos dice que *"la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo [...]. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta".*

Por consiguiente, el estándar de TJE[43] es también una de las normas de tratamiento recogidas en los TBI. Normas de tratamiento que no son más que el tratamiento que el Estado receptor se compromete a otorgar al inversor extranjero, es decir, es el régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor. De esta forma el Estado receptor asegura el goce y disfrute de los beneficios dados a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado.

El estándar de TJE es un estándar absoluto[44]. A diferencia de, por ejemplo, el estándar de trato nacional o trato de nación más favorecida (cuya violación depende de aquello con lo que se le compare), pues tienen un contenido determinado.

---

[41] Ibíd., p.38.

[42] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p. 27.

[43]CERDA OLIVOS, Cristóbal de la y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica, (2007). *Trato justo y equitativo de inversión extranjera: Relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile*. Análisis jurisprudencia. Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112476, p. 5 y 11.

[44]GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Trato justo y equitativo en arbitraje de inversión: un ejercicio interpretativo*. Disponible en http://www.gdca.com.mx. p. 282.

El estándar de TJE es un estándar de tratamiento que no está relacionado con la legislación interna del Estado receptor, tendiente siempre a la protección del inversionista y de la inversión que éste efectúa en la economía receptora, donde el Estado receptor deberá actuar de modo transparente[45] y previsible, sin afectar a los inversores extranjeros al momento de realizar sus inversiones. Pues, también el estándar concede derechos para los inversores y los Estados partes en el tratado internacional, pues incluye la buena fe en el cumplimiento.

El contenido de estas normas no se encuentra tipificado en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Se trata sólo de una orientación de la conducta esperada, no de una descripción detallada de la conducta requerida. Sin embargo, existe una orientación para relacionar el principio de TJE con la buena fe que los Estados deben guardar al momento de admitir una inversión, mientras que el principio de protección y seguridad plenas se ha referido a un deber de diligencia.

Pues a causa de su indeterminación ha provocado cuantiosas pérdidas monetarias en concepto de indemnizaciones que han tenido que asumir los Estados, ejemplo[46] de ello lo encontramos en los casos de Metalclad vs México, que tuvo que pagar casi 17 millones de dólares por una violación de dicha garantía, y en el caso de Tecmed, 5.6 millones de dólares. Y en CMS Argentina fue condenada al pago de 133.2 millones de dólares. Estas cifras, por si solas, demuestran que el hecho de comprender su contenido y alcance, es importante por razones prácticas.

1.3.3. La cláusula paraguas[47]

El siguiente estándar a analizar es la llamada cláusula paraguas, estándar cuya aparición[48] data de mediados de los años 50, coincidiendo con el auge de los tratados bilaterales de inversión en la década de los 90, cuya intención era proteger la propiedad de inversiones de extranjeros en otros Estados.

[45] CERDA OLIVOS, y GOLDENBERG PEÑAFIEL, (2007). *Trato justo y equitativo de*...op.cit. pp.19-40
[46] GONZÁLEZ DE COSSIO, *Trato justo y equitativo*...op.cit. p. 277.
[47] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*...op.cit p. 42.
[48] CASTELO GERRERO, Daniel Enrique y *Galindo*, Álvaro (dir), *El Alcance de la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión*, USFQ: Quito, 2008, p. 11.

Hoy en día, la mayor parte de los tratados en cuestión contiene este tipo de cláusulas[49], *"destinadas a proteger que el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación doméstica no sea dejada sin efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el "paraguas" del TBI y su violación por parte del Estado incumplidor acarree su responsabilidad internacional."*

Pues, se denomina cláusulas paraguas a aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión[50], y así evitar cualquier incumplimiento de las obligaciones, que equivaldría a una violación del TBI. Se ha de decir que esta cláusula[51] se superpone con el principio de tratamiento justo y equitativo y la cláusula de seguridad y protección, estándares que se han analizado y que se analizaran a continuación.

Si bien, en cuanto a los tratados que contienen este tipo de cláusula[52], según cifras de la UNCTAD, existen más de 2400 TBI y de ellos aproximadamente el 40% contienen una cláusula paraguas, pues los modelos de TBIs de los Estados Unidos y Francia no contienen esta cláusula, aunque el Tratado sobre la Carta de la Energía y más de mil TBIs sí la contemplan.

Asimismo, se ha de especificar que este tipo de disposiciones son uno de los varios mecanismos por medio de los cuales se puede lograr la "*internacionalización de los contratos y obligaciones*"[53] ya que por este medio permite a los países desarrollados de asegurar los contratos y demás obligaciones que los Estados receptores tengan con

[49]PADILLA LOZANO, Anabelle *Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones-arbitraje internacional*, 2012. Disponible en: http://anabellepadilla.files.wordpress.com/2012/10/arbitraje-internacional.pdf, p.4.

[50]MEREMINSKAYA, Elina "La cláusula Paraguas: Lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos" (2009). *Revista Internacional de Arbitraje*, V.1, nº11. Disponible en: http://www.academia.edu/1394242/La_clausula_paraguas_lecciones_de_convivencia_para_los_sistemas_juridicos

[51] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*...op.cit p. 42.

[52] BOHOSLAVSKY, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas*...op.cit, p. 42; CASTELO GERRERO y GALINDO, *El Alcance de la Cláusula Paraguas*...op.cit. p.18.

[53] Ibíd., p.18.

los inversores, con el fin de evitar cambios unilaterales por parte del Estado, los cuales son frecuentes en los países en desarrollo.

Pues, podemos decir, respecto a lo comentado, que aún sin esta cláusula paraguas creada para ser aplicada a los contratos concluidos entre un inversor extranjero y el Estado receptor, el contrato del inversor estaría protegido por el Derecho Internacional, en virtud de la obligación de un tratamiento justo y equitativo que abarca el incumplimiento de todo contrato con el Estado receptor, dentro del marco de los tratados de inversión.

1.3.4. El trato no discriminatorio[54]

El siguiente estándar a analizar es la norma de trato no discriminatorio[55], de la cual tiene como objetivo generar la obligación de no perjudicar con medidas arbitrarias o discriminatorias el uso, goce o disposición en su territorio de las inversiones de inversores de la otra parte contratante.

De acuerdo a esto, para que un acto sea discriminatorio, según Dolzer y Stevens[56], deben darse dos circunstancias, en cuanto a la primera, la medida debe acarrear en un daño actual para el inversor; y en segundo lugar, el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor, por lo que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero, en razón de su nacionalidad, provocándole un perjuicio a sus intereses.

Pues, el tratamiento otorgado por el Estado receptor con relación a las inversiones del otro Estado contratante resultará discriminatorio si es menos favorable que el que ese Estado receptor hubiese otorgado a otras inversiones efectuadas en su territorio.

Asimismo, se ha de destacar que la discriminación tiene dos facetas, por un lado la ya explicada por la cual al inversor extranjero se le debe garantizar un trato igualitario, justo; y por el otro lado que ese tratamiento hacia el inversor extranjero no se convierta en discriminatorio hacia el inversor nacional. Pues, estas dos facetas significan el mejor trato nacional y trato de nación más favorecida, estándares que se analizaran a continuación.

---

[54] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.19.

[55] ARSEN, Patricia B.R, *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Editorial Astrea 2003. Disponible en: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf, p. 11.

[56] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…, op.cit., p.27-28.

Para entenderlo mejor, podríamos poner como ejemplo el acuerdo España – Argentina (aprobado por ley 24.118/92)[57] del cual establece en su artículo 3 apartado primero, que: *"Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversiones de la otra Parte y no obstaculizará, mediante injustificadas o discriminatorias, la gestión, de tales inversiones".*

Por su parte, el acuerdo sobre inversiones suscripto por nuestro país y los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo 2, apartado segundo b) que: *"Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones"*.

1.3.5. La cláusula de la nación más favorecida y el tratamiento nacional[58]

En cuanto a la cláusula de la Nación más favorecida (contenida en el artículo 1103 de TLCAN[59]) puedo decir que este principio[60], contenida en la mayor parte de tratados bilaterales, es uno de los elementos fundamentales de los acuerdos internacionales sobre inversiones y del cual supone el compromiso que asume el Estado receptor de tratar a los inversores de otro Estado con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversores nacionales de terceros países. Pues, en virtud de este principio, los países receptores deben otorgar a los inversores de un país extranjero un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores de cualquier otro país extranjero.

Si bien, se ha de especificar que este principio se incluye a menudo junto con el principio del trato nacional. Pues, la finalidad[61] de este estándar, al igual que el trato nacional, es asegurar al inversionista y a su inversión la igualdad en el plano de competencia, ya que iguala el tratamiento que el Estado receptor otorga a todas las inversiones (nacionales y extranjeras) en su territorio.

En este punto, se ha de destacar que, en el marco de una negociación, este principio es mucho más conveniente para los Estados que pueden considerarse más débiles en

[57] Ibíd., p.27-28.
[58] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p. 20-21.
[59] TLCAN artículo 1103.
[60] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p.28.
[61] AMPUERO MIRANDA, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato...*op.cit, p. 339.

ella, puesto que, de conseguirlo, habrán logrado para sus inversionistas y las inversiones de éstos, el mejor trato que el Estado receptor haya otorgado a los inversionistas de un tercer Estado.

En palabras de Perugini [62] *"esta cláusula es un compromiso que asume el Estado receptor frente a los restantes Estados de tratar a las inversiones del otro Estado con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversiones de nacionales de terceros países"*.

Asimismo, cabría destacar a Fernández de Gurmendi[63] que aclara que el trato de la Nación más favorecida está limitado por excepciones relacionadas con la participación en áreas de integración (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y acuerdo de integración regional u organización de asistencia mutua), convenios impositivos y acuerdos especiales.

Pues, la mayoría de estos principios, determinan que si existieren acuerdos entre las Partes contratantes que le dieran a sus inversores un trato más favorable que el previsto en aquéllos, se aplicarán siempre las normas más favorables.

Por otra banda, y en cuanto al estándar del trato nacional (contenido en el artículo 1102 de TLCAN[64]), este principio, conocido como *"national treatment"*,[65] establece que los inversionistas sean objeto de igual trato que los nacionales del Estado receptor, es decir, el país receptor ha de otorgar al inversor extranjero y a sus inversiones en el territorio de ese país un trato similar o comparable al otorgado a los inversores nacionales o a sus inversiones.

El principio del trato nacional se incluye habitualmente en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones que afectan tanto a países desarrollados como en desarrollo, normalmente sin excepciones sectoriales, ya que únicamente se aplica a las inversiones extranjeras establecidas de conformidad con la legislación y los reglamentos del país receptor.

[62] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p. 29.
[63] Ibid, p. 29.
[64]Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994. Disponible en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp, artículo 1102.
[65] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p. 30.

Se ha de decir que al igual que el Trato de Nación más Favorecida (TNMF) tiene por finalidad[66] colocar a los inversionistas en igualdad de condiciones. Pues, los Estados partes de los TBI asumen la obligación de otorgar un determinado trato a los inversionistas e inversiones del otro Estado parte, lo que legitima a este inversionista a reclamar por el daño que el Estado receptor le ocasione, buscando la compensación o indemnización por el mismo.

Como sostiene Ymaz Videla[67], este estándar de tratamiento no está pensado para otorgar igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros, sino, para asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el TBI, pues, tanto en la formulación de la cláusula de Nación más favorecida como en la de Trato Nacional se habla de un tratamiento *"no menos favorable"* que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado contratante.

1.3.6. Protección y seguridad plenas

Para entender este principio sería necesario destacar, tal y como se ha comentado en el aparatado de trato justo y equitativo, que este principio contenido en casi todos los tratados, se combina con el principio de no discriminación o de protección y seguridad plenas. Pues, en cuanto a este último principio[68], podemos decir que tiene su origen en los Tratados de Amistad, Comercio y Negociación modernos suscritos por Estados Unidos hasta los años sesenta.

Se ha de decir que aunque este principio no genera ninguna responsabilidad para el Estado receptor, sirve para ampliar las obligaciones que las partes han adquirido, y ofrece un nivel general de acuerdo con el cual el Estado receptor debe ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.

Asimismo, se ha de especificar que en muchos tratados puede requerirse alguna forma de protección, aunque no necesariamente protección y seguridad plenas.

---

[66] AMPUERO MIRANDA, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato...*op.cit p. 335.

[67] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p. 30.

[68]SALAZAR-XIRINACHS, José M. y ROBERT, Maryse, *Hacía el libre comercio en las Américas*. Brookings Institution Press, 2010. Disponible en: http://books.google.es/books?id=r8WLMJnYMf8C&pg=PA206&lpg=PA206&dq=Protecci%C3%B3n+y+seguridad+plenas&source=bl&ots=mvFIzfOyWa&sig=5R1LxHf4TC076q9JXIkzMt8W32o&hl=es&sa=X&ei=ptMqU_66MaWa1AWPw4CIDQ&ved=0CGUQ6AEwCQ#v=onepage&q=Protecci%C3%B3n%20y%20seguridad%20plenas&f=false, p. 206.

En este caso cabría destacar a Tempone[69] según el cual establece que es un principio por el cual se amplían las obligaciones que los Estados parte han asumido, obligándose a ejercer "*la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera*".

Por su parte, Ymaz Videla[70] resume esta norma en el deber del Estado receptor de proteger la propiedad extranjera aclarando que, tal obligación *"no incluye la prohibición al Estado de nacionalizar o expropiar, sino una razonable protección a los extranjeros y su propiedad, basada en la debida diligencia"*.

Poniendo un ejemplo sobre este tema, podrías destacar el acuerdo con los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) que establece en su artículo 2, apartado segundo, letra a) que: *"Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que le exige el Derecho Internacional"*.

1.4. Arbitraje como medio pacífico de solución de controversias internacionales[71]

Por último y para concluir con mi primera parte del presente trabajo, se analizará el medio habitual utilizado para solucionar las posibles controversias que pueden surgir a raíz del conflicto de intereses entre inversionistas de una inversión y el Estado receptor. En este caso, el arbitraje es considerado, según el estudio realizado, como el medio pacífico para la solución de estas controversias internacionales, pues, éste nos permitirá entender, a partir de su análisis, la problemática surgida en los siguientes casos reales de arbitraje y el esquema de protección que se ha ido analizando, y que tan solo, desde mi punto de vista, parece que se otorgue protección a los intereses de los inversionistas, dejando de banda y, por lo tanto, superponiendo estos intereses frente a los que se considerarían los intereses de los Estados receptores cuya intención es adoptar medidas protectoras del cuestionable medio ambiente.

Así bien, y haciendo memoria de lo anteriormente expuesto en los TBI, se ha podido observar que estos contienen mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus

[69] GRANATO, *Protección del inversor extranjero*…op.cit., p.28.
[70] Ibíd. p. 28.
[71] PACHECO CHICA, Orlando David y VALBUENA MORA, Jenny, *Arbitraje como mecanismo de solución pacífico de controversias en el derecho ambiental internacional*. Disponible en: http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/5425/1/129329.PDF, 2003, p. 58; FERNÁNDEZ MACIÁ, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional*...op.cit, p.95.

diferencias, en este caso, incumplimientos, con el Estado receptor de la inversión, teniendo estos, por lo tanto, legitimación activa para reclamar en sede internacional.

Pues, cuando estemos delante de un conflicto de intereses, que es lo que se podrá observar en el estudio de casos que se realizaran a continuación, dicho conflicto deberá ser resuelto por una tercera persona imparcial[72], llamada juez o árbitro, un tercero neutral que ayudara a las partes en una controversia entre un inversor y un Estado a resolver sus diferencias, no obstante, y como se podrá observar, la mayoría de árbitros que constituyen el tribunal, al ser economistas, aunque se consideren terceros neutrales acabaran "*siempre*" favoreciendo a los intereses del inversor.

Pues, una importante cantidad de casos de conflicto, especialmente los que surgen de operaciones de comercio internacional, son derivados hacia el arbitraje, eligiendo las partes no sólo al que deba de juzgar, sino también los procedimientos aplicables.

Asimismo, se entiende que el arbitraje presenta ventajas[73] como mecanismo para la solución de conflictos, ventajas tales como la oralidad, la inmediatez, la celeridad y la menor onerosidad que en la mayoría de los casos se logra con el arbitraje, así como también ofrece neutralidad, flexibilidad y una mayor especialidad de los árbitros frente a los tribunales ordinarios.

A su vez, se puede decir[74] que el arbitraje permite garantizar la neutralidad de quien ha de decidir, a través de métodos y controles para la selección del árbitro; asimismo, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona del árbitro que habrá de resolver, aunque en este caso habría de resaltar que la mayoría de árbitros, de carácter económico, suelen resolver favorablemente por los intereses de los inversionistas de los cuales siempre alegan vulneración de algunos de los estándares anteriormente mencionados, de tal manera que cualquier medida de protección de medio ambiente que quiera ser llevado a cabo por cualquier Estado receptor se verá obstaculizado, tanto en su medida que querrá llevar a cabo como en su propia soberanía, de tal manera que siempre se verán obligados por las decisiones de los árbitros (de los cuales les interesa

[72]UNCTAD, *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. Disponible en: http://unctad.org/es/docs/diaeia200911_sp.pdf, p.21.

[73]DE LOS SANTOS, Carlos, *El arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en Latinoamérica*. Disponible en: http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf

[74] UNCTAD, *Controversias entre inversores y Estados: prevención y*... op.cit. p. 38-46.

más el interés económico y su desarrollo que las vulneraciones y daños que ocasionan) a indemnizar a los inversionistas por la supuesta obstaculización de su inversión.

Por último, los laudos arbitrales[75] obtenidos de estos conflictos de intereses que son solucionados en arbitraje normalmente son más fáciles de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero. Si bien, hay que aclarar, y como se podrá observar a continuación, que estos laudos arbitrales en materia de inversión han creado precedentes nefastos para los sistemas ambientales, pues se han privilegiado los intereses económicos de los inversionistas extranjeros, ignorando mayoritariamente las leyes nacionales que regulan y protegen el medioambiente, como fue el caso Metalclad de San Luis Potosí que pretendía el establecimiento de una planta de tratamiento de desechos tóxicos.

Pues, puedo decir que hoy[76] en día se ha convertido en el principal medio arbitral para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, pues el creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo y en el camino que tiene aún por recorrer se encuentra un problema que todavía no está totalmente resuelto. Este problema tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es una instancia excepcional, surgida de la voluntad de las partes a la que las leyes le atribuyen la capacidad de poder darse una justicia propia, y como tal está condicionada a que no toda diferencia entre las partes es arbitrable, sino sólo aquellos temas que permiten las leyes.

Así bien, cabria destacar que para los países pobres supone una gran desventaja el prohibirles que puedan adoptar medidas de carácter económico, incluso políticas, con el fin de proteger determinados sectores sociales, ya que siempre los TBI han interpretado las posibles medidas que podrían adoptar los Estados receptores como supuestas expropiaciones, ya sean directas como indirectas según el caso, medidas que ocasionan consecuencias económicas para el inversionista, como es el caso de México y otros países latinoamericanos que se analizaran a continuación.

[75] Ibíd., p.23.

[76] GALVEZ ESPARZA, María Elena, *Hacia la construcción de un régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras. La contribución del Capítulo XI del TLCAN*. Disponible en: http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoadministrativo/MA_ELENA_GALVEZ.pdf, pp. 4-5.

2. ANÁLISIS DE CASOS

Comenzado con este estudio, se consta 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, 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.

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 ha hecho que actualmente estos sujetos privados cuentan con el arbitraje de inversiones, una poderosa herramienta que les permite accionar directamente contra un Estado reclamando una indemnización económica por decisiones que pueden tener una impronta medioambiental. Este tipo de supuestos serán los que se van tomar como referente a la hora de desarrollar la segunda parte del presente estudio. En este apartado, por lo tanto, se analizará, en concreto, dos casos reales de arbitraje de inversiones *(Metalclad vs México; y Chevron Texaco vs Ecuador)*, de los cuales nos aportará datos suficientes para poder responder finalmente a las preguntas que lo encabezan: *¿Porqué los tribunales arbitrales acaban dando la razón a los inversionistas, aun habiendo estos provocado daños medio ambientales en los Estados receptores? y ¿Estos piensan en el componente ecológico y el medioambiental?*

2.1. METALCLAD vs MÉXICO

Comenzando con el primer supuesto objeto de análisis, el caso de *Metalclad vs México* se considera de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación ya que es una referencia para toda controversia en materia de Confinamientos de residuos peligrosos, como de controversias en materia de expropiación y de inversión, por lo tanto, es de gran relevancia conocer el procedimiento y el fondo de la controversia del cual se observará a continuación.

2.1.1. Antecedentes de hecho[77]

Este primer caso a analizar involucró temas de carácter ambiental y violaciones en su resolución al artículo 1114 del TLCAN. El conflicto se presentó entre la empresa estadounidense Metalclad Corp. y el gobierno municipal de la localidad de Guadalcázar, en el Estado de San Luis Potosí (en adelante SLP), alrededor de la negativa del municipio a otorgar un permiso de construcción para que Metalclad edificase un centro de confinamiento de desechos tóxicos en la entidad, pese a que Metalclad contaba con los permisos correspondientes del gobierno federal, incluyendo los relativos al medio ambiente.

El lugar del conflicto se ubica en La Pedrera, dentro del municipio de Guadalcázar, en donde una empresa mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. obtuvo del gobierno federal en 1990 un permiso para operar un centro de transferencia de desechos tóxicos, si bien aparentemente la empresa dispuso incorrectamente de los desechos al depositarles en dicho centro sin el tratamiento previo correspondiente. Esta actividad motivó que en septiembre de 1991 el gobierno federal clausurase el centro de transferencia 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 en el Confinamiento no había llevado a cabo tareas de restauración del suelo contaminado. Sin embargo, el mismo proyecto sí recibió las autorizaciones pertinentes por parte de la administración federal y estatal mexicana (*el Instituto Nacional de Ecología (INE) otorgó a COTERIN un permiso federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos y el Gobierno de SLP un permiso estatal de uso de suelo para la construcción del confinamiento*). 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 (se ha de decir que el 5 de diciembre de 1995, más de un año después de haber sido solicitado el permiso y casi concluida la

[77]Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000 award. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155, pp.3-11.

construcción, se negó formalmente el permiso municipal, pues dicha negativa se motivó por el hecho de que Metalclad había comenzado a construir con anterioridad a haber obtenido el permiso de construcción municipal).

Asimismo, 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, no obstante el municipio continuó denegando el permiso de construcción e impidiendo el funcionamiento del centro de residuos. Ante esta situación, en enero de 1997, de acuerdo con el artículo 1120 del TLCAN, Metalclad dio inicio al procedimiento de Arbitraje en contra del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos con fundamento en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), del cual se celebró en Vancouver. La empresa solicitó una indemnización de 120 millones de dólares, alegando la violación de los artículo 1105 (trato justo y equitativo) y 1110 (expropiación) de TLCAN.

Mientras se estaba celebrando este arbitraje, en septiembre de 1997, el Gobernador de SLP emitió un Decreto Ecológico que declaró como Área Natural Protegida, a efectos de lograr la protección de un cactus único, una zona que comprendía a la zona del confinamiento. Metalclad agregó este hecho a su reclamación como un elemento adicional, ya que el Decreto eliminaría cualquier posibilidad de abrir el confinamiento.

2.1.2. Demanda de Metalclad

2.1.2.1. Resumen de argumento[78]

Acorde a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la presente demanda interpuesta por la empresa Metalclad, en adelante Demandante, se presentó por los motivos de que ésta se vio privada de sus derechos de control y de beneficios de su inversión por casi tres años, por las omisiones llevadas a cabo por México, en adelante Demandado (que incluye a los gobiernos de SLP y Guadalcazar), omisiones de la cuales provocaron al Demandante un daño directo. En la demanda, por lo tanto, expuso que se vio dañado por la omisión llevada a cabo por México de no otorgarle un trato justo y equitativo así

[78]Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, MEMORIAL, October 13, 1997. Disponible en: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionista-estado/casos_concluidos/Metalclad_Corporation/Demanda_Metalclad.pdf, pp. 46-75.

como seguridad y protección plenas, tal y como es establecido en el artículo 1105, apartado primero, del TLCAN. Pues, alegó que las acciones llevadas a cabo por el Demandado le ocasiono ser víctima del perjuicio y negativa gubernamental, haciendo que no se le garantizase un nivel mínimo de trato requeridos por el artículo 1105 y los principios del Derecho Internacional.

Expuso que sufrió daño directo por el no cumplimiento de las obligaciones de otorgar trato nacional, trato de nación más favorecida, o el mejor trato de ambos. Pues des del 1 de enero de 1994, aclaró que a nadie se le ordenó solicitar un permiso de construcción de Guadalcazar; y que a nadie, des del 1 de enero de 1994 se le negó un permiso de construcción por el Municipio de Guadalcazar. Pues, consideró que el trato que se le dio fue discriminatorio en comparación con el trato que se ha dado a los ciudadanos de México y a los residentes de SLP, así como a cualquier residente de otros países.

A su vez, expuso que sufrió daños por la expropiación de la propiedad por actos directos o indirectos y por medidas equivalentes a la expropiación, violación de la obligación expuesta en el artículo 1110 del TLCAN. Pues, alegó que la expropiación de la inversión por parte del Demandado se llevó sin la existencia de un proceso debido y sin la respectiva compensación a un valor de mercado justo, así como que no fue llevada por causa de utilidad pública. Pues, las acciones llevadas a cabo por el Demandado provocaron el negarle sus derechos de inversión, por eso expuso que todo lo llevado a cabo por el Demandado le causó un daño directo, y que la medida apropiada, tal y como lo determina el artículo 1106 es valor justo de mercado, incluyendo su valor total, el cual incluye también las ganancias futuras.

En resumen, lo que Metalclad alegaba es que a través de este arbitraje, México por medio de sus gobiernos locales de SLP y Guadalcázar, interfirió en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad, ante esto, argumentaba estar sorprendido puesto que al tramitar todos los permisos correspondientes, las autoridades le aseguraron que los únicos permisos necesarios eran los federales. Sin embargo, al suceder lo anterior las autoridades ambientales federales le manifestaron que lo único que tenía que hacer es solicitar dicho permiso, asegurándole que no era más que un trámite y que se le daría en forma casi inmediata.

Siguiendo el anterior consejo, Metalclad reanudó la construcción solicitando el

permiso del municipio. Poco tiempo después obtuvo un permiso adicional (federal) por parte del Instituto Nacional de Ecología para dicho propósito.

El 5 de diciembre de 1995, más de un año después de haber sido solicitado el permiso y casi concluida la construcción, se negó formalmente el permiso municipal.

Dicha negativa se motivó por el hecho de que Metalclad había comenzado a construir con anterioridad a haber obtenido el permiso de construcción municipal.

Es por eso que Metalclad reclamaba que dicha interferencia era una clara violación de las disposiciones del Capítulo XI sobre Inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en particular del artículo 1105 y al artículo 1110;

*"**Artículo 1105**[79], que dispone que cada Parte en el TLCAN deberá otorgar a las inversiones de la otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridades plenas".*

*"**Artículo 1110**[80], que establece que 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, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 y mediante indemnización."*

2.1.2.2. Peticiones[81]

A raíz del conflicto ocasionado hacia el Demandante por la obstaculización de llevar a cabo su inversión, este realizó una serie de peticiones al Tribunal. Así pues, las peticiones realizadas hacían referencia a los temas anteriormente argumentados, así pues el Demandante solicito en primer lugar al tribunal que se pronunciara sobre el tema de la expropiación, alegando que el propio Demandado nacionalizó o expropió la

[79]Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994. Disponible en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp, artículo 1105.

[80] Ibíd., artículo 1110.

[81]Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, MEMORIAL, October 13, 1997. Disponible en: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionista-estado/casos_concluidos/Metalclad_Corporation/Demanda_Metalclad.pdf, pp. 75-76.

inversión de la compañía Metalclad en su territorio de manera directa o indirecta tal y como había argumentado, y para ello el Demandado había tomado medidas que fueron equivalentes a la nacionalización o expropiación de la inversión de la compañía (en este caso la creación de un Decreto Ecológico). Asimismo, alego que la expropiación realizada por el Demandado sobre la inversión del Demandante fue hecha sin el principio de legalidad (es decir, sin un procedimiento) y a la vez incumpliendo con lo establecido por el artículo 1105, apartado primero, del TLCAN.

A su vez, el Demandante solicito al tribunal que declarase que la expropiación llevada a cabo por el Demandado sobre la inversión no fue llevada por causa de utilidad pública y tampoco sin mediar una indemnización del valor justo del mercado de esta inversión, y que con respecto al Estado de SLP, esta no le otorgó al inversionista un trato menos favorable que el que otorgase en circunstancias similares a sus propios inversionistas, a la inversión de los inversionistas de México, del cual el Demandado era responsable. Solicitó también que el tribunal se pronunciase al respecto de las omisiones llevadas a cabo por el Demandado, en cuanto a su obligación que tenía de otorgarle un trato justo y equitativo, y protección y seguridad.

Pues, el Demandante consideró que el Demandado, por lo tanto, falló en su deber de otorgar al Demandante el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 (Trato Nacional) y artículo 1103 (Nación Más Favorecida) del TLCAN; que el Demandado incumplió los requisitos establecidos en el artículo 1106 de TLCAN, específicamente el apartado primero número f) cuando exigía que el Demandante transfiriera tecnología y conocimientos de propiedad de la Compañía a otras personas dentro del territorio del Demandado; y que el incumplimiento de las obligaciones realizadas por el Demandado han causados daños directamente al Demandante. Es por eso que solicitó una indemnización de 90 millones de dólares por concepto de daños y perjuicios, más intereses aplicables a una tasa de 9% anual, solicitando que dicho pago se pagase sin demora.

2.1.3. Contestación a la demanda de Estados Unidos Mexicanos

2.1.3.1. Resumen de argumento[82]

Ante la demanda interpuesta por Metalclad, los Estados Unidos Mexicanos expuso sus propios argumentos, pues la parte Demandada no aceptó los hechos presentada por la parte Demandante puesto que consideró que muchos de los argumentos no fueron pertinentes para la presentación de una reclamación conforme al capítulo XI del TLCAN.

Alegó que esta empresa sin experiencia alguna en materia de confinamientos de residuos peligrosos se encontraba en un punto en el que no generaba ganancias ni pérdidas, si no que, tenía pérdidas en su negocio de venta e instalación de aislantes industriales. Ingresó al negocio de confinamiento de residuos peligrosos en México, del cual jamás había llevado a cabo el proceso, en Estados Unidos ni en otra parte, de solicitar permisos, lograr consenso ni con proyectos de residuos peligrosos bien planeados, ni de obtener aprobación para proceder con el proyecto. La parte Demandante ingresó a México con grandes planes, mintió a funcionarios mexicanos sobre su capacidad y experiencia, adquirió un sitio con un pasivo ambiental, mintió a sus inversionistas sobre sus inversiones en México, contrató créditos con altas tasas de interés y en condiciones onerosas, y bajo la presión de cumplir con los compromisos que había hecho a sus inversionistas, y actuó en forma inapropiada e ilegal.

En definitiva, la inversión de la parte Demandante en México, objeto de esta controversia, no logró iniciar operaciones, pues la parte Demandante pretendía que le resarciera por las pérdidas que resultaron del fracaso en la apertura del confinamiento, pues México argumentó que el hecho de que la parte Demandante no hubiera podido abrir el confinamiento, no era consecuencia de una violación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Así pues, este caso representa el intento de un inversionista por recuperar pérdidas por actos que le son imputables a ella misma, y no a México como así alega en la demanda Metalclad.

[82]Metalclad Corp V The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, February 17, 1998. Escrito de Contestación a la demanda de Metalclad, pp. 222-263.

Ante todo esto, México expuso una serie de argumentos jurídicos con el objetivo de guiar al Tribunal. Paras ello se basó en el artículo 1131 del TLCAN que establece que en un procedimiento arbitral inversionista- Estado, "*Un tribunal establecido conforme a esta Sección resolverá las controversias de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables al derecho internacional*". Pues esas reglas mencionadas son la regla de no retroactividad, que establece que la parte demandante no puede ser responsable por los supuestos actos u omisiones ocurridos antes de la entrada en vigor del TLCAN; los artículos 1119 y 1120 del TLCAN, que establecen límites temporales específicos a las reclamaciones que pueden ser promovidas en ese procedimiento; y la regla de imputabilidad, que establece que sólo puede haber responsabilidad internacional para un Estado por las acciones y omisiones de sus funcionarios y órganos.

De acuerdo a lo expuesto, referente a la **regla de no retroactividad**[83], podemos destacar al artículo 28 de la Convención de Viena del cual establece que "*a menos que del tratado se desprenda que hubo una intención distinta o que de otra forma se establezca lo contrario, sus disposiciones no vinculan a ninguna parte en relación con cualquier acto que haya tenido lugar antes de la fecha de la entrada en vigor del tratado*". Poniéndolo en relación con el artículo 2203 del TLCAN, establece que "*Este tratado entrara en vigor el 1 de enero de 1994, una vez se intercambien las notificaciones escritas que certifiquen que las formalidades jurídicas necesarias han concluido*". Para entender lo expuesto, se puede aclarar que Metalclad adquirió COTERIN, así como a otras compañías en México, antes del 1 de enero de 1994, por lo tanto, Metalclad y sus inversionistas tenían, desde esa fecha, la protección del capítulo XI, quedando de esta manera las partes solo sujetas a las obligaciones contenidas en el TLCAN a partir de que entro en vigor, el 1 de enero de 1994. Pues este capítulo XI cubre tanto a las inversiones existentes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado como las inversiones hechas o adquiridas con posterioridad. Por lo tanto, esto quiere decir que cualquier violación al capítulo XI ocurrido después de la entrada en vigor del Tratado, un inversionista de una inversión tiene derecho a buscar la reparación del daño, sin embargo, la nota 39 del TLCAN no le otorga efectos retroactivos al capítulo XI, pues solo establece que el capitulo aplica, no solo inversiones realizadas después del 1 de enero de 1994, sino también a aquellas que ya existían en ese momento.

[83] Ibíd., pp. 224-225.

Si lo ponemos en relación con lo que alegó el Demandante de que los actos u omisiones de funcionarios mexicanos, ocurridos antes del 1 de enero de 1994, dan origen a responsabilidad, estos no deben de tenerse en cuenta puesto que la parte Demandada no puede ser responsable internacionalmente por sucesos que acontecieron antes de la entrada en vigor del Tratado, tal y como se ha comentado anteriormente, pues las actividades de la Demandante en SLP y en el resto de México, de las medidas que adoptó para proteger contractualmente en el supuesto de que ciertas contingencias le impidieran construir y operar el confinamiento y las declaraciones de los funcionarios federales y estatales, lo consideran como hechos que no sirven para probar la violación del TLCAN.

La segunda regla[84] en cuestión, es la posibilidad de someter a arbitraje actos que aún no habían ocurrido cuando se inicio arbitraje, de los cuales se encuentra regulado en el artículo 1119 titulado *Notificación de la Intención de someter la Reclamación a Arbitraje*, que puesto en relación con el artículo 1120, estos impiden que un demandante inicie un arbitraje hasta que "*hayan transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación*". Pues, esto quiere decir que un inversionista no tiene derecho a iniciar una reclamación sobre supuestas violaciones que ya ocurrieron.

Poniéndola en relación con el supuesto, la parte Demandante presentó su notificación con la intención de someter la reclamación a arbitraje el 2 de octubre de 1996, por lo tanto, la reclamación y la facultad del Tribunal para conocerla, se limita a actos u omisiones ocurrido después del 2 de octubres de 1996, por lo tanto, cualquier acto u omisión ocurrido el 2 de abril de 1996 (fecha establecida por el articulo 1120) no puede en ningún caso ser objeto de esta reclamación. En resumen, México expuso que Metalclad ni puede basar su reclamación en supuestos actos u omisiones de funcionarios mexicanos que ocurrieron antes del 1 de enero de 1994 o después del 2 de abril de 1996.

En cuanto a la tercera **regla de la imputabilidad**[85], México argumentó que un Estado solo puede ser responsable por actos u omisiones de sus funcionarios y órganos, de tal manera que los actos u omisiones de personas que no son funcionarios del Estado no pueden ser imputados al Estado con el fin de que sean responsables. Esta regla, hace referencia al caso de la expropiación cuando una denuncia se hace en contra de los actos

[84] Ibíd., pp. 225-227.
[85] Ibíd., pp. 227-231.

de sujetos no gubernamentales a quienes se reclama haber causado pérdidas al inversionista. Pues considera que la conducta de la parte Demandante, legitimó e inflamo la oposición local, pues esta oposición y la propia conducta de Metalclad pueden ser atribuidas a la parte Demandada con el fin de hacerla responsable conforme al TLCAN.

Asimismo, la Demandada (México), se basó, en los artículos 1102, 1103, 1104, 1105 y 1106.

En cuanto al 1102[86], la Demandante argumentó que la imposición del requisito de un permiso de construcción de parte del municipio de Guadalcazar solo fue requerida sobre la Demandante. México, por tanto, expone que el artículo 1102 no requiere un trato formalmente idéntico, simplemente requiere que el trato no sea menos favorable que el otorgado a sus nacionales. Adicionalmente, y en relación con esto, debe existir un inversionista o inversión nacional que este "*en circunstancias similares*" a las del inversionista o inversión extranjera. Pues, en principio, el requisito de circunstancias similares, parecía estar satisfecho por lo que el gobierno federal se refiere, puesto que existen confinamientos de residuos peligrosos en Nuevo León y Sonora. Sin embargo, a pesar de que existen estos confinamientos, México alegó que ninguno de ellos provoco la causa ambiental que dio el de La Pedrera. Por lo tanto, considera que era imposible comparar el trato que le dio en diferentes sitios, es por eso que argumentó que no había inversiones o inversionistas en circunstancias similares para lo que expone este articulo 1102. Pues, con excepción de COTERIN, cuando era totalmente propiedad de nacionales mexicanos, no hay inversionistas ni inversión en el estado de SLP, que estuviesen en circunstancias similares a las de Metalclad o a COTERIN. Dada esta situación, ante la ausencia de otro inversionista o inversión en circunstancias similares, el único criterio para comparar el trato otorgado a COTERIN, después de ser adquirido por Metalclad, es como fue tratado cuando era propiedad de mexicanos en su totalidad, por lo tanto, México argumentó que no existió evidencia de que COTERIN recibiera un trato distinto por parte del Estado o del municipio.

[86] Ibíd., pp. 231-232.

En cuanto al artículo 1103[87], argumentó que la parte demandada no le otorgo, trato de nación más favorecida a ella o a sus inversiones, violando, por tanto, dicho artículo. No obstante México ha negado que se violara este artículo.

En cuanto al 1106[88], expuso que la parte Demandada violó este articulo, que dispone "*ninguna de las partes podrá imponer y hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición expansión, administración, conducción, u operación de una inversión de un inversionista por una parte o un país no parte en su territorio".* No obstante México ha negado esta violación.

En cuanto al artículo 1105[89], que expone el trato justo y equitativo y protección, así como seguridad plena, expone que a la parte Demandante no se le negó un trato justo y equitativo porque todas las acciones de la parte Demandada se realizaron de buena fe y sin ningún abuso, arbitrariedad o discriminación. La parte Demandante argumentó que la parte Demandada no le otorgó trato, de acuerdo con el derecho internacional, pues alegó que hubo una campaña pública para incitar en los residentes del municipio a la operación del confinamiento por medio de maquinaciones dolosas, manipulación de la información, prejuicios y demás. México argumentó que el gobernador no realizó una campaña pública para incitar a la oposición. Asimismo, no hico reclamaciones ofensivas, ni la perjudicó.

En cuanto al artículo 1110[90], referente a la expropiación, argumentó que la Demandante hizo su inversión en una zona no urbanizada del cual representaba un pasivo ambiental, que era objeto de la oposición de la comunidad, y que no contaba con todos los permisos necesarios. Argumentó que para que se probasen los daños conforme al artículo 1110, la Demandante debía probar que ellos, directa o indirectamente, expropiaron la inversión de la Demandante, o llevo a cabo una medida equivalente a expropiación. Asimismo, expuso que la Demandante en el escrito de la demanda incluyó un conjunto de hechos y declaraciones que no tienen un análisis serio. Es por eso, que expone que la reclamación de expropiación de la Demandante no es adecuada,

[87] Ibíd., pp. 233.
[88] Ibíd., pp. 234-237.
[89] Ibíd., pp. 237-249.
[90] Ibíd., pp. 249-263.

y que la argumentación equivoca e imprecisa no logra probar una violación del artículo 1110.

2.1.3.2. Peticiones[91]

Pues, por las razones expuestas anteriormente, la parte Demandada también formulo sus propias peticiones, solicitando al Tribunal que se pronunciase al respecto. Así pues, el Demandado alego al tribunal que en ningún caso violó el Capítulo XI del TLCAN, tal y como había argumentado la parte Demandante y que, por lo tanto, rechazase la solicitud de compensación de la parte Demandante.

Asimismo, solicitó al Tribunal que se pronunciara al respecto y ordenase a la parte Demandante que pagase todos los gastos y costes en que incurrieron, incluyendo los honorarios legales y periciales, en que incurrió en la preparación de dicha defensa de este caso que estamos tratando. A su vez, alegó que la parte Demandante presentó intencionalmente una reclamación que carecía de cualquier fundamento jurídico así como que alegó que la parte Demandante hizo alegatos escandalosos e indiscriminados de corrupción, todos los cuales carecen absolutamente de fundamento.

Si bien, expuso, a su vez, que la parte Demandante no le dio instrucciones apropiadas a sus peritos sobre el conocimiento que tenía de la situación.

Y, admitió que no existía evidencia creíble de los elevados gastos en que incurrió respecto del sitio del confinamiento de daños por 90 millones de dólares.

Pues, la parte Demandada consideró que era importante que el Tribunal no permitiese en este tipo de procedimiento que se presenten reclamaciones sin fundamento, especialmente porque dichos casos, distraen la atención y los recursos de los gobiernos del TLCAN.

[91] Ibíd., pp. 264.

2.1.4. Laudo[92]

Ante esta controversia, el Tribunal resolvió a favor de Metalclad, considerando que se habían violado los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.

En relación al artículo 1105, apartado primero del TLCAN, el Tribunal señaló que México incumplió con la obligación de otorgar un marco transparente y previsible que le permitiera a Metalclad la realización de los negocios e inversiones. Dado que se suscribió el convenio y se otorgaron los permisos federales, se pensó que el proyecto estaba acorde con la legislación mexicana y que el gobierno mexicano estaba de acuerdo con que Metalclad cumplía con la regulación ambiental. Estas circunstancias en su totalidad demostraron una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN. Adicionalmente, en cuanto a dicho concepto, al estudiar el laudo para definir si el Estado de México lo violentó o no en contra de Metalclad, se estableció que más aún, los actos del Estado y del Municipio, y por lo tanto actos de México, incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105, apartado primero, del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (como los requerimientos establecidos para el permiso del Municipio) no justifica el incumplimiento de una obligación de un tratado. (Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Por todo esto, el Tribunal señaló que hubo violación por parte de los Demandados, quienes no respetaron lo establecido en el TLCAN referente al trato justo y equitativo.

El punto crucial en este caso, por lo tanto, ha sido si, además de los diferentes permisos que se le otorgaron, se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos. Así pues, en relación con el artículo 1105 del TLCAN, la ausencia en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el

[92]Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000 award. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155, pp72-112.

trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, significa la falta de cumplimento por parte de México para asegurar la transparencia.

Si bien es cierto que el tribunal aclaró que el Municipio cuenta con la facultad para otorgar permisos de construcción, a pesar de que es competencia federal regular lo referente a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos, pues la negativa del Municipio a otorgar el permiso hace referencia a consideraciones de impacto ambiental, lo que la volvió inadecuada debido a que ninguna de las razones que se presentan hacen referencia a algún problema relacionado con la construcción del confinamiento o a cualquier otro defecto material del mismo.

Asimismo, el tribunal resolvió que se dejo creer a Metalclad que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y la operación del confinamiento.

Metalclad alegó que el municipio no tenía facultades en lo que se refiere a los asuntos de residuos peligrosos. Sin embargo, México argumentó que, de acuerdo a la Constitución y a las leyes, el municipio tiene facultades para otorgar permisos de construcción. Pues, aun si México estuviera en lo correcto respecto a que se requería un permiso municipal de construcción, esto demuestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos, y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, el tribunal arbitral sentenció que "*la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencias a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio*".

El tribunal reprodujo el argumento de Metalclad por el que se hace del conocimiento del órgano arbitral que funcionarios federales le dijeron que no se requería de un permiso municipal para la construcción del confinamiento, en este caso el tribunal consideró que Metalclad podría permitirse confiar en las afirmaciones de los funcionarios federales y creer que estaba autorizada a continuar con la construcción del confinamiento siguiendo el consejo de estos funcionarios.

El tribunal, por lo tanto, sostuvo que Metalclad no fue tratado de forma justa y equitativa de acuerdo con el TLCAN y que por lo tanto, violó el artículo 1105.

Con relación al artículo 1110 del TLCAN, relativo a la expropiación, y de la cual se llevo a término por parte de México al dictar el Decreto Ecológico, el tribunal, consideró y por lo tanto, resolvió que "*al permitir o tolerar la conducta de Guadalcazár, en relación con Metalclad, esto debía de interpretarse en el sentido de que México adopto una medida equivalente a una expropiación indirecta violando así el artículo 1110, apartado primero, del TLCAN*". Pues, el tribunal resolvió que el municipio negó el permiso local de construcción, por los efectos ambientales que provocarían el confinamiento de residuos peligrosos, además afirmó el tribunal que el municipio actuó fuera de su autoridad ya que la negativa del municipio respecto al permiso de construcción sin fundamento alguno en la construcción propuesta y sin deficiencias en el sitio, impidieron de manera ilegal la operación por parte de la Demandante del confinamiento sin pagar a esta empresa una indemnización por la expropiación, pues, consecuentemente México violo el artículo 1110 del TLCAN, y por lo tanto, México tenía que pagar una indemnización a la empresa Metalclad.

Se ha de especificar que el gobierno de México ante este laudo, solicitó el examen o la apelación del fallo ante la sede del lugar del arbitraje, Vancouver. El juez de este tribunal desechó gran parte del laudo puesto que coincidió con México en el sentido de que el Tribunal arbitral había excedido su competencia, sin embargo, confirmó que el Decreto Ecológico dictado por el Estado de SLP era equivalente a una expropiación.

2.1.5. Reflexiones[93]

Una vez analizado el caso *Metalclad vs México*, puedo decir que respecto al fallo que se dictó de manera favorable para Metalclad muestra que las medidas de protección a la inversión extranjera, contenidas en el capítulo 11 del TLCAN, defienden los derechos de los inversionistas por encima de los derechos de los ciudadanos, especialmente en poblaciones pobres, y de la protección al medio ambiente, pues todo esto crea

[93] AZUELA, Antonio (2006). "Olor a NAFTA: Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano", Capítulo VI en Azuela, Antonio, *Visionarios y Pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental*, Fontamara-IIS-UNAM, México; Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000 award. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155

inseguridad e incertidumbre en las regulaciones ambientales adoptadas por los gobiernos estatales y municipales.

Dicho capitulo, como se ha podido observar, otorga a los inversionistas el ser el actor internacional con derecho de reclamo directo de compensación económica a los gobiernos si consideran que se han violado una o más de las obligaciones contenidas en el Tratado. Pues, el inversionista puede demandar al gobierno de México a diferencia de otros acuerdos donde tendría que convencer a su propio gobierno de iniciar un reclamo en su nombre por no poder hacerlo él mismo.

Asimismo, se ha de decir que como el capítulo 11 no contiene referencias específicas a sus objetivos, se ha dado pie a que los tribunales interpreten de manera muy estrecha los objetivos establecidos en el TLCAN privilegiando a las inversiones de inversionistas, sin considerar los fines de salvaguardar el bienestar público o la protección y conservación del ambiente, que es lo que se da en este caso estudiado.

Los derechos adquiridos por las empresas extranjeras en el capítulo 11 del TLCAN han logrado que las medidas de protección a la inversión extranjera se conviertan en un instrumento de presión para proteger la inversión de las empresas ante la protección del ambiente, la salud pública, la democracia y soberanía estatal y municipal.

Así pues, puedo decir que el caso Metalclad confirma el carácter antidemocrático del procedimiento arbitral comercial establecido por el capítulo 11 del TLCAN[94]. Se ha de decir que después de esta investigación se puede confirmar que las audiencias que celebra el tribunal no son públicas sino a puerta cerrada, por lo que el proceso arbitral y las negociaciones no son transparentes, por lo tanto ni comunidades ni municipios ni gobierno estatal o federal pueden formar parte del proceso arbitral o tener acceso a los expedientes aunque sean los directamente afectados o las partes interesadas y tienen que depender de la representación otorgada por el gobierno federal; y en cuanto a la decisión del tribunal del TLCAN es definitiva, pues no existe posibilidad de apelar, sólo se permite a la parte perdedora recusar el laudo arbitral ante los tribunales del país donde el tribunal estaba legalmente ubicado. Asimismo, no existen requisitos para asegurar que los árbitros estén bien preparados, que además de ser expertos en disputas

[94]IISD, "El Capítulo 11 del TLC y el medio ambiente: cómo tratar la incidencia del proceso inversionista-estado sobre el medio ambiente. Resumen Ejecutivo". *International Institute for Sustainble Development, (iisd).* Disponible en www.iisd.org/pdf/sp_nafta.pdf.

comerciales internacionales tengan los conocimientos suficientes de derecho ambiental y de los aspectos de salud pública involucrados, aspectos que no tienen consideración ninguna y de los cuales anteponen los derechos y la protección de cualquier inversión sobre los componentes ecológicos y medioambientales.

Se ha de decir que como consecuencia de este fallo, ha provocado y provocará que la millonaria compensación a Metalclad gracias al capítulo 11 del TLCAN se cree un mal precedente, de tal manera que será invocada por empresas extranjeras para presionar a las autoridades federales, estatales y municipales para que no interfieran en sus inversiones y para cuestionar las medidas de protección ambiental y de salud realizadas por autoridades municipales y estatales.

Pues, a mi parecer, el fallo dictado fue injusto puesto que considero que los más perjudicados fueron el municipio de Guadalcázar y sus habitantes y por lo tanto deberían de ser ellos los que deberían ser compensados por la federación y Metalclad.

Resultaron perjudicados a la vez que son inocentes puesto que los funcionarios municipales tienen la obligación de velar por los intereses de sus ciudadanos y cumplir sus promesas de campaña. Pues, ellos solo usaron los recursos legales que tenían para evitar una situación que no querían en su tierra, como fue el caso de negar el permiso de construcción. Pues, nadie quiere que este tipo de instalaciones se sitúen cerca de su domicilio y ello hace que 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 boicotearlo utilizando mecanismos de poca "credibilidad jurídica" como el Decreto sobre cactus endémicos. Pues, tienen en sus territorio un basurero de residuos peligrosos que tienen altas probabilidades de contaminar la zona, es por eso que considero que son los más perjudicados en este caso y no Metalclad, puesto que el problema reside en la agricultura, es decir, tener un confinamiento o depósito de residuos peligrosos bajo el suelo representa riesgos a la salud y el medio ambiente.

Pues, es inaceptable que se imponga a comunidades y a municipios pobres del país una compensación por haber provocado la inutilización de la inversión, y todo porque querían evitar riesgos medioambientales y de salud, cosa que a mí parecer es lo normal, y en cambio las empresas, en este caso Metalclad, responsables que si han generado daños no se les exija compensación.

2.2. CHEVRON TEXACO vs ECUADOR[95]

El presente caso que se analizara a continuación es uno de los más cuestionados hoy en día. Por así decirlo, Ecuador es actualmente el sitio de lo que expertos reconocen como el peor desastre petrolero del mundo, ahora llamado "*el Chernobyl de la Amazonía*," por una contaminación desastrosa dejada por la transnacional Texaco (ahora Chevron). Hoy en día, docenas de comunidades siguen sufriendo las consecuencias de la contaminación que ha afectado su salud, elevando las tasas de cáncer en la zona, los problemas reproductivos y defectos de nacimiento. Varias comunidades indígenas de la zona han tenido que abandonar sus hogares tradicionales. Este es el caso que se analizara y del cual expondré mis reflexiones.

2.2.1. Antecedentes de hecho[96]

2.2.1.1 Demanda Ecuador vs Chevron Texaco[97]

Entre los años 1972 y 1992, la empresa Norteamericana Texaco Petroleum Company tuvo una relación comercial con la República del Ecuador mediante un contrato cuya inversión se basaba en la exploración y explotación de hidrocarburos en la región amazónica (se ha de decir que Texaco estuvo involucrada en una exploración petrolera descuidada, de la cual extrajo 1.500 millones de barriles de petróleo en el Ecuador. Texaco perforó más de 350 pozos en un área de selva aproximadamente tres veces el

[95]En http://www.ibtimes.com/chevron-vs-ecuador-19-billion-environmental-contamination-case-takes-more-bizarre-turns-new-york; http://www.counterspill.org/article/ecuador-vs-chevron-texaco-brief-history; http://rsechile.wordpress.com/texaco-en-ecuador-el-peor-desastre-petrolero-del-mundo/; http://www.earthrights.org/publication/amicus-briefs-chevron-ecuador-litigation, entre otras páginas más que aparecen en la web grafía.

[96] Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23). Disponible en: http://juiciocrudo.com/documentos/Tercer-laudo-provisional-sobre-jurisdiccion-y-admisibilidad-del-Tribunal-de-la-Corte-Permanente-de-Arbitraje-de-La-Haya-(27-feb-2012).pdf.

[97] BEJARANO GONZÁLEZ, Fernando. 2003. "El conflicto del basurero tóxico de Metalclad en Guadalcázar, San Luis Potosí". In *Enfrentando la Globalización: Respuestas Sociales a la Integración Económica de México*, edited by L. Carlsen, T. Wise, and H. Salazar. Mexico: GDAE- Tufts University-RMALC- Porrú. Disponible en: http://rimd.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/enfrentando_la_globalizacion/Enfrentando7.pdf
Información consultada de las páginas webs http://www.ibtimes.com/chevron-vs-ecuador-19-billion-environmental-contamination-case-takes-more-bizarre-turns-new-york;
http://www.counterspill.org/article/ecuador-vs-chevron-texaco-brief-history;
http://rsechile.wordpress.com/texaco-en-ecuador-el-peor-desastre-petrolero-del-mundo/;
http://www.earthrights.org/publication/amicus-briefs-chevron-ecuador-litigation, entre otras páginas más que aparecen en la web grafía.

tamaño de Manhattan, y arrojó cerca de 16.500 millones de agua contaminada en unas piscinas sin revestimiento protector). Al finalizar la concesión las partes celebraron acuerdos de liberación ambiental respecto a la actividad de la petrolera en Ecuador (posteriormente Chevron absorbió a Texaco). En estos acuerdos, Ecuador libero a Texaco de responsabilidad ambiental respecto a obligaciones con el Estado, más no responsabilidad respecto a terceras personas.

A consecuencia de esta relación, entre 1964 y 1990, en un territorio de unos 3.000 km2 (similar a la superficie de la región metropolitana de Barcelona), habitado principalmente por pueblos indígenas como los Cofán, Secoyas, Sionas o Kichwas en el norte de la Amazonía ecuatoriana, la petrolera Texaco operó y perforó varios pozos para la extracción de hidrocarburos. Durante este proceso, se derramaron en la selva 64 millones de litros de petróleo, además de residuos altamente tóxicos que fueron vertidos en piscinas al aire libre cercanas a los ríos de la zona de Lago Agrio. El petróleo dañó profundamente el ecosistema de la selva nororiental ecuatoriana, provocando daños a los habitantes de la que son incuantificables.

En 1992 la concesión de Texaco fue rescindida por el gobierno ecuatoriano, quien traspasó las operaciones a la empresa pública Petroecuador. En octubre de 2001 Texaco fue absorbida por Chevron.

El 3 de noviembre de 1993, 15 personas, entre colonos e indígenas Cofanes, Secoyas y Kichwas de Orellana y Sucumbíos, presentaron una demanda contra la petrolera Texaco en la Corte del Distrito Sur de Nueva York, acusándola de haber contaminado el ambiente y afectado a la salud de la gente debido al uso de tecnología barata y obsoleta durante la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana (1964 hasta 1990).

En dicho proceso, con el objeto de desestimar el caso y que el litigio fuera conocido en el Ecuador, Texaco probó que el sistema de justicia de Ecuador brindaba garantías de debido proceso y tutela judicial, para que autoridades judiciales de Ecuador conocieran la controversia. Por presión de la petrolera, el 16 de agosto de 2002 la Corte de Apelaciones de Nueva York acogió el pedido de Texaco y resolvió enviar el caso a Ecuador y en el año 2003 la justicia de Estados Unidos estableció que Texaco debía someterse a la decisión de la justicia ecuatoriana, por ser la justicia de este país un foro no conveniente. Los demandantes de forma unánime decidieron seguir con la acción judicial, y el 7 de mayo de 2003 se presentó la demanda en la Corte Superior de Nueva

Loja. El 21 de octubre de ese año miles de afectados se movilizaron a la ciudad de Nueva Loja para participar en la audiencia con el que se inició este juicio histórico, convirtiéndose este caso el único en el mundo donde gente directamente afectada es capaz de someter a la justicia de su país a una poderosa compañía petrolera transnacional. Desde entonces, las comunidades están en permanente acción para vigilar el proceso judicial y tomar las decisiones trascendentales del caso.

En el año 2004, los pobladores de la Amazonía llevaron el caso a Ecuador y demandaron a Chevron (Caso Lago Agrio). Dentro del proceso judicial, los demandantes se preocuparon por probar, como en derecho se requiere, todas las acusaciones contra la petrolera. Gran parte de la prueba que reposa en el juicio fue producida y pagada por la misma empresa demandada. En el expediente, se acumularon más de 230.000 páginas de información, se presentaron más de 40 testimonios de personas afectadas por las operaciones de Texaco, se incorporaron 106 informes periciales, 60 de los cuales fueron pagados totalmente por Chevron; se produjeron más de 80.000 resultados químicos de las muestras tomadas en el suelo, aguas o sedimentos; y se entregaron a los jueces varios estudios de salud elaborados en forma independiente por expertos extranjeros. El juez inspeccionó y verificó directamente los daños causados en 54 sitios operados por la petrolera.

En conclusión, la prueba científica existente en el juicio es abrumadora y determina de manera contundente la culpabilidad de la petrolera en los daños ambientales provocados y los impactos sociales, culturales y económicos.

El 14 de febrero de 2011 el juez Nicolás Zambrano de la corte de Sucumbíos, región amazónica del Ecuador, dictó sentencia favorable hacia los Demandantes y por lo tanto en contra de Chevron, condenándole a la petrolera al pago de 9,5 millones de dólares para ser empleados en la reparación del daño ambiental, que incluye limpieza de los suelos, instalación de sistemas de agua e implementación de sistemas de salud para la zona. Además el juez impuso una sanción punitiva que consistía en que Chevron pidiera disculpas públicas a los afectados, en un plazo de 15 días posterior a la sentencia. En caso de no hacerlo la sanción se incrementaría al doble de la cantidad señalada. Acatando esta disposición, ahora la petrolera debe a los afectados más de 19 mil millones de dólares, cantidad que servirá además de lo dispuesto por el juez para llevar un plan para la recuperación y fortalecimiento de los pueblos ancestrales, limpieza de

vías donde se arrojó crudos y la implementación de un plan económico para los campesinos que tienen tierras afectadas por la contaminación.

No obstante, en cuanto a este fallo, la empresa apeló la decisión del tribunal provincial e interpuso una demanda en la corte de La Haya contra el proceso judicial en Ecuador, argumentando que el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, habría interferido en la decisión del tribunal, y actualmente, Chevron Texaco está a la espera de conocimiento de la Corte Nacional de Justicia por un Recurso de Casación propuesto.

En segunda instancia, el 3 de enero de 2012, la misma corte ratificó la sentencia. Mientras se espera que la justicia vuelva a ratificar la sentencia que Chevron rechaza, la empresa petrolífera demandó al grupo de abogados denunciante y a los fondos especulativos que sostienen la costosa demanda, alegando una serie de acciones fraudulentas y extorsivas, sumando la demanda iniciada por la empresa en el tribunal de La Haya contra el proceso judicial llevado a cabo en Ecuador.

Pablo Fajardo anunció inmediatamente que los demandantes tratarían de ejecutar la sentencia embargando bienes de Chevron-Texaco en otros países, pues la compañía carece de activos en Ecuador.

Actualmente la gigante multinacional ha iniciado una campaña de desprestigio en contra del sistema judicial ecuatoriano, para así desconocer el fallo y no responder por treinta años de contaminación en un área de 14000 Km2 que ahora se conoce como "*la zona muerta*". El desastre ecológico es tal que el caso ya ha empezado a ser conocido como el Chernóbil de la Amazonía. A lo largo de estos años, se han disparado en la zona las muertes por cáncer, leucemia y casos de nacimientos con malformaciones graves y otras enfermedades.

Se ha de especificar que, mientras se tramitaba la demanda que presentaron contra Chevron, el 23 de septiembre de 2009, Chevron Texaco presento una demanda de arbitraje contra el Estado ecuatoriano, amparado en una supuesta violación del **Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre EE.UU. y Quito**, con la que persiguen que el Estado ecuatoriano sea declarado responsable de las consecuencias del juicio Lago Agrio, iniciada por comunidades indígenas en su contra por su operación en la Amazonia ecuatoriana.

En esta demanda se acusa a Ecuador de una supuesta denegación de justicia al haber permitido la continuación del juico en Lago Agrio, además del incumplimiento de otras obligaciones internacionales como las de otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, medios efectivos y trato no discriminatorio. Pues, será esta última demanda la que se analizara a continuación, investigando los motivos que dieron a Chevron a apelar la decisión del tribunal.

2.2.1.2. Demanda Chevron Texaco vs Ecuador[98]

El caso que plantean los Demandantes guarda relación con la participación histórica de TexPet como integrante minoritario de un Consorcio con el Ecuador y su petrolera estatal Petroecuador, dedicado a la exploración y producción de petróleo con arreglo a contratos de concesión. Por lo tanto, la demanda que interpuso Chevron Texaco versa sobre la controversia entre las partes con respecto a la interpretación legal y el efecto legal del Contrato de Transacción de 1995, celebrado entre el Segundo Demandante (TexPet) y el Demandado (el Gobierno de Ecuador y PetroEcuador) en su carácter de partes signatarias, del cual el Primer Demandante (Chevron) no era parte signataria alegando que, aun así, quedaba exonerada conforme al artículo 5.1 de dicho Contrato.

Haciendo una breve explicación, el 4 de mayo del 1995, TexPet negoció un "*Contrato para la Ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas*" (Contrato de Transacción de 1995) con Ecuador y Petroecuador, por el cual aquélla se hacía responsable de realizar los proyectos especificados de reparación ambiental correspondientes a su participación minoritaria en el Consorcio, tal y como establecía en dos últimos párrafos del preámbulo, en consideración a que sería liberada y descargada de todas sus obligaciones legales y contractuales y responsabilidades por el Impacto Ambiental resultante de las operaciones del Consorcio.

Como se contempla en el Memorando de Entendimiento de 1994, celebrado previamente entre las mismas partes signatarias, el Contrato de Transacción de 1995 liberaba a TexPet de las demandas del Demandado y de PetroEcuador basadas en el Impacto Ambiental (salvo las demandas relacionadas con el cumplimiento por parte de

[98] Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23).

TexPet del Alcance del Trabajo), y establecía que TexPet quedaría liberado de toda otra responsabilidad ambiental una vez cumplidas las obligaciones descritas en ese Alcance del Trabajo.

Más en concreto, y de acuerdo a lo comentado, el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995, establecía que "*A la fecha de suscripción de este contrato (4 de mayo del 1995), y en consideración al acuerdo de Texpet de realizar el Trabajo de Reparación Ambiental de acuerdo con el Alcance del Trabajo establecido en el Anexo A y el Plan de Acción de Reparación Ambiental, el Gobierno y Petroecuador liberarán, absolverán y descargarán para siempre a Texpet, Texas Petroleum Company, Compañía Texaco de Petróleos del Ecuador S.A., Texaco Inc., y a todos sus respectivos agentes, sirvientes, empleados, funcionarios, directores, representantes legales, aseguradores, abogados, indemnizadores, garantes, herederos, administradores, ejecutores, beneficiarios, sucesores, predecesores, principales y subsidiarias (a las que se denominará "Las Exoneradas") de cualquier otra demanda del Gobierno y Petroecuador en contra de Las Exoneradas por Impacto Ambiental, resultante de las Operaciones del Consorcio, a excepción de aquellas relacionadas con las obligaciones contraídas en este Contrato para la ejecución por Texpet del Alcance del Trabajo".*

No obstante, las demandas del Gobierno fueron abordadas en el artículo 5.2 del cual establecía que "*El Gobierno y Petroecuador entienden por demandas cualquiera y todas las demandas, derechos de demandas, deudas, embargos, acciones y multas por causas de orden común, de derecho civil o de equidad, basadas en contratos o hechos dolosos, causas de acción y penalidad constitucionales, estatutarias, regulatorias (incluyendo, pero no limitándose a causas de acción bajo el Artículo 19-2 de la Constitución Política de la República del Ecuador,* o cualquier otra ley o regulación de la República del Ecuador que sea pertinente), costos, juicios, liquidaciones, y honorarios de abogados (pasados, presentes, futuros, conocidos o desconocidos), *que el Gobierno o Petroecuador tengan o puedan tener en contra de cada liberación relacionados de alguna manera con la contaminación, que exista o pueda surgir, directa o indirectamente, de las Operaciones del Consorcio, incluyendo, pero no limitándose, a consecuencias de todos los tipos de daños que el Gobierno o Petroecuador pudieran alegar con respecto a las personas, propiedad, negocios, reputaciones, y todos los otros tipos de perjuicios que se puedan medir en términos de dinero, incluyendo, pero no limitándose a transgresiones, molestias, negligencia, responsabilidad estricta, incumplimiento de garantía, o cualquier teoría o teoría potencial de recuperación*". Se

ha de decir que la referencia en el artículo 5.2 al artículo 19-2 de la Constitución Ecuatoriana, significó una causa de acción disponible para el Demandado en virtud de lo dispuesto en el Título II, Sección 1 (Sobre los Derechos de las Personas/ de los Individuos) por medio del cual el Estado Ecuatoriano le garantizaba a cada persona, *"El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente".*

Además, el artículo 9.1 del Contrato de Transacción de 1995, identificaba al Ministerio como representante del Gobierno, de tal manera que como formaba parte del Gobierno, actuó para este al concluir el Contrato de Transacción de 1995, por lo tanto, esto significaba que el Demandado debía ser tratado bajo el derecho ecuatoriano como parte signataria del Contrato de Transacción de 1995. No obstante, es común entre las Partes que la ley ecuatoriana se aplique a su interpretación y efectos, y ese método acordado es aquí confirmado por el Tribunal de este procedimiento arbitral en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

En cuanto a Las Liberaciones de Obligaciones Municipales y Provinciales de 1996, tal como está dispuesto en el Anexo "A" del Contrato de Transacción de 1995, TexPet también puso fin a las disputas existentes con cuatro municipios de la región del Oriente (en la que estaba ubicada el área de la Concesión) que pretendían una indemnización por supuesto daño ambiental derivado de las operaciones del Consorcio. TexPet celebró por escrito acuerdos transaccionales y suscribió actas de liberación con los cuatro municipios, así como también con la provincia de Sucumbíos y el Consorcio de Municipios de Napo (las Actas de Liberación Municipales y Provinciales de 1996), de conformidad con los cuales TexPet les aportó aproximadamente 3,7 millones con destino, entre otras cosas, a proyectos de agua potable y saneamiento. TexPet, su sociedad matriz, sus filiales y sus funcionarios quedaron así liberados de toda responsabilidad, incluida la responsabilidad por impacto ambiental, derivada de actividades relacionadas con el Consorcio y desarrolladas en el área de la Concesión. Las actas de liberación municipales fueron homologadas y ratificadas por los tribunales respectivos.

El 30 de septiembre de 1998, el Ecuador, Petroecuador y TexPet suscribieron el Acta Final en la que se certificaba, en concreto en su artículo IV, que TexPet había cumplido

con la totalidad de las obligaciones que le imponía el Contrato de Transacción de 1995 y se la liberaba de toda responsabilidad ambiental surgida de las operaciones del Consorcio (Acta Final de Liberación de 1998). El Ecuador y Petroecuador conservaron su responsabilidad por el impacto ambiental y las tareas de remediación restantes y futuras.

2.2.1.2.1 Demandante Chevron Texaco[99]

De acuerdo a lo expuesto, los Demandantes expusieron que, en virtud del derecho ecuatoriano, Chevron era un "Exonerado" más, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995, y por lo tanto, no era un "tercero" beneficiario excluido en virtud del artículo 9.4 a quien se le impide ejercer plenamente sus derechos contractuales como Exonerado, directamente por sí o indirectamente a través de TexPet. Los Demandantes expusieron que Chevron, después de la fusión con Texaco, entre el 15 de octubre del 2000 y el 1 de noviembre del 2001, se convirtió en propietario indirecto, controlante y última sociedad matriz de TexPet, pasando así a quedar comprendido dentro de la enumeración sobre la Liberación de futuras controlantes, comprendido en el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995.

Si bien, y de acuerdo a esto último, los Demandantes lo fundamentaron en tres puntos.

En primer lugar, del artículo 5.1 que muestra la intención de las partes de liberar a las controlantes porque la lista larga y amplia de 22 categorías de Exonerados establece la intención de liberar ampliamente a todas las personas físicas y jurídicas que en alguna vez podrían ser acusadas de responsables por la conducta de TexPet, lo cual necesariamente incluye una futura controlante de TexPet, en este caso Chevron, expusieron que no hay evidencia en este texto contractual de ninguna intención de excluir a ninguna futura controlante como Exonerado.

En segundo lugar, en cuando a la palabra "*subsidiarias*" del artículo 5.1, expuso que el uso de la palabra "*principales*" en el lenguaje en negocios significa una controlante. Así bien, lingüísticamente, los términos *principales y subsidiarios*, tal como se emplea en el artículo 5.1, son adjetivos que funcionan como sustantivos en este caso. Este fenómeno ("sustantivo atributivo" o "sustantivación del adjetivo"), se produce cuando

[99] Ibíd., pp.16-20.

el sustantivo que el adjetivo complementa no está incluido en la oración, y hace que el adjetivo se convierta en el sustantivo de la frase al tomar el lugar del sustantivo que falta. En este caso, alegaron que *principales y subsidiarias* es la forma corta de *las compañías principales y subsidiarias.* En este caso, las partes omitieron la palabra "*compañías*" y transformaron así *principales y subsidiarias* en sustantivos. Por lo tanto, los Demandantes rechazan por inapropiado el hecho de que el Demandado se base en el Código de Comercio ecuatoriano que define "*principales*" como un mandante en un contrato de agencia.

En tercer lugar, la palabra "*principales*" dentro del Contrato de Transacción de 1995 muestra una intención de referirse a sociedades controlantes y, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho ecuatoriano, la interpretación de un término contractual debe hacerse en su contexto contractual, tal como lo prevé el artículo 1580 del Código Civil. Pues, los Demandantes aclaran que las Liberaciones de Obligaciones Municipales y Provinciales de 1996 son pertinentes, de acuerdo con lo dispuesto en el derecho ecuatoriano, a la interpretación del Contrato de Transacción de 1995 porque, con el Acta Final de 1998, los Demandantes defienden que todas forman parte del mismo Contrato de Transacción. Con la redacción diferente de las Liberaciones de Obligaciones de 1996, Chevron se beneficiaría de una liberación como sociedad controlante de TexPet y, por lo tanto, los Demandantes sostienen que esta documentación contractual da una intención de liberar a una futura sociedad controlante de TexPet.

Asimismo, los Demandantes también alegaron que el artículo 9.4 del Contrato de Transacción de 1995 no les impide a los "Exonerados" no signatarios no mencionados exigir sus derechos contractuales contra el Demandado de manera afirmativa, pues consideran que un Exonerado no es un tercero del Contrato de Transacción de 1995, sino una parte de dicho Contrato, como el Demandado había aceptado.

Con respecto al efecto legal de su interpretación, exponen los Demandantes que las causas de acción descritas en el artículo 5.2 del Contrato de Transacción de 1995 y por las cuales Chevron es liberada como Exonerado incluyen todos los derechos ambientales "*colectivos*" o "*difusos*" que puede ejercer sólo el Demandado en interés del público en general "*en nombre de la comunidad*" (y que por lo tanto podían ser objeto de transacción y liberación por parte del Demandado en virtud del Contrato de Transacción de 1995), diferenciándolos de las causas de acción disponibles a las personas físicas privadas que presentan demandas por su propio daño personal causado

por la contaminación ambiental (que no se vieron involucradas en el Contrato de Transacción de 1995). Pues, los Demandantes reconocen que el Contrato de Transacción de 1995 no fue celebrado con la intención de prohibir y no prohíbe demandas ambientales de parte de personas físicas por daños personales sufridos por esas personas físicas. En el momento en que se celebró el Contrato de Transacción de 1995, mientras existían derechos colectivos y difusos en virtud del derecho ecuatoriano, según los Demandantes, ninguna persona física privada que no tuviera una demanda por daño personal tenía legitimidad legal para presentar una demanda ambiental con respecto a esos derechos colectivos o difusos.

Los Demandantes expusieron que el Litigio de Lago Agrio, a diferencia del Litigio de Aguinda anterior tramitado en Nueva York, tiene que ver con demandas ambientales por derechos colectivos o difusos a favor de personas no identificadas por la liberación contenida en el Contrato de Transacción de 1995, por aplicación del principio de cosa juzgada y preclusión de acuerdo con lo dispuesto en el derecho ecuatoriano aplicable a las transacciones y que ninguna de esas demandas son iniciadas por personas físicas privadas por su propio daño personal, a diferencia de las demandas presentadas por personas identificables en el Litigio de Aguinda en Nueva York, en el que se vieron afectados solamente derechos individuales, con demandas relacionadas con daño personal.

2.2.1.2.1.1. Peticiones del Demandante[100]

De acuerdo a los alegatos expuestos por la parte Demandante, solicitaron un Laudo Parcial que protegiera los derechos de los Demandantes, y que fueran indemnizados por los incumplimientos en los que ha incurrido Ecuador con respecto a los Contratos de Transacción y sus obligaciones bajo el derecho internacional. Pues, con el fin de conseguir este interés, los Demandantes presentaron una serie de pretensiones entre los cuales solicitaron que se le ordenase a Ecuador el cumplimiento del Contrato de Transacción, y en cuanto a estos contratos, que se declarase que ambos Demandantes son "Exonerados" en virtud de los Contratos de Transacción y que se les libere de todas las demandas ambientales difusas que surgieran de las operaciones de TexPet en Ecuador, así como que se declarase que las demandas presentadas en el Litigio de Lago

[100] Ibíd., pp. 20-23.

Agrio, son las mismas demandas ambientales difusas resueltas y consideradas liberadas en dichos Contratos.

En cuanto al efecto legal de estos Contratos, solicitaron también que se declarase que los Demandantes no tienen responsabilidad de cumplir la Sentencia de Lago Agrio porque quedaron totalmente liberados de esas demandas por medio de los Contratos de Transacción; que las demandas presentadas en el Litigio de Lago Agrio quedasen impedidas por los principios de cosa juzgada y preclusión; que, en virtud de los Contratos de Transacción, los Demandantes no tienen ninguna otra responsabilidad por las demandas ambientales difusas en Ecuador por el Impacto Ambiental que surjan de las operaciones del Consorcio, ni de cumplir con ninguna otra remediación ambiental; que se declarase que Ecuador violó los Contratos de Transacción al negarse su cumplimiento específico, el asegurar el goce por parte de los Demandantes de sus liberaciones y su derecho a quedar libres de todo litigio, al negarse a desestimar las demandas de los Demandantes de Lago Agrio, al negarse a indemnizar a Chevron por las demandas de los Demandantes de Lago Agrio, al tratar de cumplir con los Laudos Provisorios de este Tribunal. También solicitaron que se declarase que las acciones de **Ecuador violaron el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, incluso sus obligaciones de dar un tratamiento justo y equitativo, protección y seguridad total, medios efectivos para hacer cumplir los derechos y de cumplir las obligaciones que asumió en virtud de los acuerdos de inversión generales**.

Asimismo solicitaron que se declarase que la ejecución de la Sentencia de Lago Agrio dentro o fuera de Ecuador resultaría incongruente respecto de las obligaciones de Ecuador en virtud de los Contratos de Transacción, del TBI y del derecho internacional; que se declarase que la Sentencia de Lago Agrio es nula de acuerdo con el derecho internacional; y que por lo tanto dicha sentencia no es definitiva, ejecutable ni concluyente en virtud del derecho ecuatoriano ni del derecho internacional y, por lo tanto, no está sujeta a reconocimiento ni ejecución dentro ni fuera de Ecuador, por lo tanto, esto quiere decir que cualquier ejecución de la Sentencia haría que Ecuador violase sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Todo esto viene fundamentado por el hecho de que la Sentencia viola el orden público internacional y la justicia natural, y bajo la doctrina de la cortesía internacional y del orden público, es por eso que la Sentencia no debería ser ni reconocida ni ejecutada.

Asimismo, solicitaron ordenar a Ecuador que emplease todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones en virtud de los Contratos de Transacción para liberar

a los Demandantes de toda responsabilidad por la Sentencia de Lago Agrio en Ecuador o en cualquier otro país; que emplease todas las medidas necesarias para impedir que la Sentencia de Lago Agrio sea definitiva, concluyente o exigible en Ecuador o en cualquier otro país; así como para hacer suspender o impedir la ejecución de la Sentencia de Lago Agrio, incluyendo impidiendo a los Demandantes de Lago Agrio acceder algún embargo, carga u otro dispositivo de ejecución relacionado en Ecuador o en cualquier otro país; que ordenase a Ecuador emplear todas las medidas necesarias para revocar y anular la Sentencia; que ordenarse a Ecuador que haga una declaración por escrito ante cualquier tribunal en el que los Demandantes de Lago Agrio traten de reconocer y ejecutar la Sentencia de Lago Agrio en la que establezca que las demandas que constituyeron la base de la Sentencia fueron liberadas por el Gobierno. En cuanto a los daños, costos y honorarios de abogados, solicitaron que se les otorgase a favor de los Demandantes la indemnización total y el pago de daños en contra de Ecuador con relación a la Sentencia de Lago Agrio, incluyendo una obligación específica a cargo de Ecuador de pagarles a los Demandantes la suma de dinero ordenada en el Sentencia; así como que se les otorgue el pago de todos los costos y honorarios de abogados en los que incurran los Demandantes para proveer a la defensa del Litigio de Lago Agrio, tramitar este arbitraje, oponerse a las gestiones de Ecuador y de los Demandantes de Lago Agrio para suspender este arbitraje mediante el litigio en los Estados Unidos, y para prepararse y defenderse de las acciones de ejecución iniciadas por los Demandantes de Lago Agrio.

2.2.1.2.2. Contestación a la demanda[101]

En cuanto a la contestación a la demanda, el Demandado expuso su negativa de considerar Chevron como "Exonerado" en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1, de tal manera que no estuvo conforme con la interpretación que los Demandantes hicieron del artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995, puesto que la consideración que hicieron los Demandantes de Chevron como "*principal*" de TexPet dentro de la lista de "Exonerados" era inapropiada porque no estaba especificado allí por nombre.

Con respecto a los argumentos de los Demandantes sobre la lista de Exonerados del artículo 5.1, el Demandado rechaza la pertinencia de las Liberaciones de Obligaciones Municipales y Provinciales de 1996 como ayuda para interpretar el artículo 5.1 porque

[101] Ibíd,. pp. 23-26.

el Demandado no aceptó esa liberación en el artículo 5.1, que está redactado de manera diferente y que fue firmado entre distintas partes signatarias, es por eso que quedan fuera de consideración en virtud del artículo 9.3 del Contrato de Transacción de 1995.

Con respecto a los argumentos lingüísticos de los Demandantes, el Demandado expuso que la palabra "*matriz*" significa compañía controlante y que "*principales*" no la sustituye como sustantivo atributivo, por lo tanto, alegó que si la intención hubiera sido liberar a todas las compañías controlantes, el término "*las compañías*" habría sido puesto en el artículo 5.1.

Con respecto al contexto contractual, el Demandado alegó que el adjetivo "*principales*" que se había utilizado no servía para liberar a todas las compañías controlantes futuras en un contrato regido por el derecho ecuatoriano. Ahora bien, si se diera el caso de ambigüedad en la interpretación del artículo 5.1, el Demandado alegó que esa debería ser resuelta a favor del Demandado como obligado en virtud del artículo 1582 del Código Civil ecuatoriano.

Pues, alegó que aunque Chevron fuera un Exonerado dentro del artículo 5.1, el Demandado sostiene que el artículo 9.4 del Contrato de Transacción de 1995 prohíbe expresamente a toda persona que no sean las partes signatarias ejercer el derecho, como actora, para iniciar una demanda en virtud de los términos del Contrato de Transacción de 1995. Pues, mientras que el Demandado acepta que un Exonerado no signatario es "parte de" el Contrato de Transacción de 1995, el Demandado sostiene que dicho Exonerado es no obstante un tercero y, como tal, no adquiere derechos a exigir el cumplimiento de las disposiciones del Contrato de Transacción de 1995. Por lo tanto, esta discapacidad no es subsanada, según el Demandado, por TexPet como parte signataria ni por el Segundo Demandante en este procedimiento arbitral porque TexPet no tiene legitimidad para iniciar una demanda contractual por violación del Contrato de Transacción de 1995. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1465 del Código Civil ecuatoriano, TexPet tenía la libertad de contratar a favor de una tercera persona, pero sólo esa tercera persona puede demandar por sí en virtud de ese contrato y, por lo tanto, TexPet no puede presentar reclamo alguno en este procedimiento en beneficio de Chevron bajo el Contrato de Transacción de 1995, y tampoco puede TexPet presentar ningún reclamo en virtud de ese Contrato para sí al no ser parte del Litigio de Lago Agrio.

Pues, sea Chevron un Exonerado o no, el Demandado alega que al aceptar las liberaciones del artículo 15.2, el Demandado no actuó en carácter de representante que

ejerce "*derechos difusos*" o "*colectivos*" en nombre de las personas físicas ecuatorianas sino que actuó sólo en su carácter de coparte contractual del Contrato de Concesión de 1973. Además, aclaró que tal y como estaban las leyes de Ecuador en 1995, el Demandado aclara que no tenía facultad para representar al pueblo ecuatoriano con respecto a sus derechos individuales y que las personas físicas podían iniciar demandas personales y recuperar daños en virtud de lo dispuesto en el artículo 19-2 de la Constitución ecuatoriana.

Con respecto a los derechos difusos existentes en virtud del artículo 19-2 al momento de la celebración del Contrato de Transacción de 1995, el Demandado alegó que los derechos ambientales "*colectivos*" o "*difusos*" no existían en el derecho ecuatoriano hasta 1998/1999, después del Contrato de Transacción de 1995 y del Acta Final de 1998. Por lo tanto, el Demandado alegó que el Contrato de Transacción de 1995 no fue celebrado con la intención de prohibir y no podía crear ninguna prohibición en virtud del derecho ecuatoriano para las personas físicas que luego iniciaran demandas por remediación ambiental (después de 1999), tanto demandas individuales por daño personal como demandas por "*derechos difusos*" o "*colectivos*" en virtud del artículo 19-2 o de cualesquiera de las disposiciones del derecho ecuatoriano enumeradas en el artículo 5.2.

2.2.1.2.2.1. Peticiones del demandado[102]

Pues, de acuerdo a lo expuesto en la contestación a la demanda, el Demandado solicito que el Tribunal dictase un Laudo que rechace todas las pretensiones solicitadas por los Demandantes y que declarase que Chevron no era un "Exonerado" en virtud del Contrato de Transacción de 1995 y que, por lo tanto, no tiene fundamento para hacer valer reclamos en virtud del ArtículoVI, apartado primero letra a) del Tratado; que desestimase las pretensiones de Chevron en virtud del Contrato de Transacción de 1995 y del Acta Final de 1998 en base al fondo si el Tribunal considera que Chevron tiene legitimidad en este Arbitraje en cuanto a la jurisdicción; que declarase que Texpet no tiene legitimidad para hacer valer reclamos en virtud del Contrato de Transacción de 1995 según el derecho ecuatoriano; que desestimase las pretensiones de TexPet en base al Contrato de Transacción de 1995 y del Acta Final de 1998 en cuanto al fondo; que declarase específicamente que el Demandado no ha violado el Contrato de Transacción

[102] Ibíd., pp. 26-27.

de 1995 ni el Acta Final de 1998; que desestimase todas las pretensiones de los Demandantes que se relacionen con las Liberaciones de Obligaciones Municipales y Provinciales de 1996, tanto por jurisdicción como en base al fondo; que declarase además que el Demandado no tiene obligación de indemnizar, proteger, defender ni de otra manera mantener indemnes a los Demandantes por demandas presentadas, o por sentencias u otro desagravio obtenidos por terceros, incluidas las demandas presentadas por los Demandantes de Lago Agrio, la Sentencia de Lago Agrio y su ejecución; que declarase que el Contrato de Transacción de 1995 no tiene efecto sobre terceros y, específicamente, que la liberación de responsabilidad contenida en dicho Contrato no es extensiva a los derechos y reclamos posiblemente provocados por terceros o que de otra manera podría impedir los reclamos de terceros que surjan del impacto ambiental; que declarase que el Litigio de Lago Agrio no queda impedido por efectos de cosa juzgada ni de preclusión; que ordenase a favor del Demandado el pago de todos los costos y honorarios de abogados en los que haya incurrido el Demandado en relación con esta etapa del procedimiento; y que ordenase a favor del Demandado cualquier otra tutela que el Tribunal considere justa y apropiada.

2.1.4. Laudo[103]

Como se ha comentado en apartados anteriores, de la primera demanda de la cual fue interpuesta por Ecuador contra Chevron Texaco, a consecuencia de los elevados daños ambientales provocados y los impactos sociales, culturales y económicos, el 14 de febrero de 2011 el juez Nicolás Zambrano de la corte de Sucumbíos, región amazónica del Ecuador, dictó sentencia favorable hacia los demandantes y por lo tanto en contra de Chevron, condenándole a la petrolera al pago de 9,5 millones de dólares para ser empleados en la reparación del daño ambiental, que incluye limpieza de los suelos, instalación de sistemas de agua e implementación de sistemas de salud para la zona. Además el juez impuso una sanción punitiva que consistía en que Chevron pidiera disculpas públicas a los afectados, en un plazo de 15 días posterior a la sentencia, pues de lo contrario de no hacerlo la sanción se incrementaría al doble de la cantidad señalada. Acatando esta disposición, ahora la petrolera debe a los afectados más de 19 mil millones de dólares, cantidad que servirá además de lo dispuesto por el juez para

[103] Ibíd., pp. 28-46.

adoptar un plan para la recuperación y fortalecimiento de los pueblos ancestrales, limpieza de vías donde se arrojó crudos y la implementación de un plan económico para los campesinos que tienen tierras afectadas por la contaminación. No obstante, en cuanto a este fallo, la empresa apeló la decisión del tribunal provincial e interpuso una demanda en la corte de La Haya contra el proceso judicial en Ecuador, argumentando que el presidente ecuatoriano Rafael Correa habría interferido en la decisión del tribunal, y actualmente, Chevron Texaco está a la espera de conocimiento de la Corte Nacional de Justicia por un Recurso de Casación propuesto.

En segunda instancia, el 3 de enero de 2012, la misma corte ratificó la sentencia. Mientras se espera que la justicia vuelva a ratificar la sentencia que Chevron rechaza, la empresa petrolífera demandó al grupo de abogados denunciante y a los fondos especulativos que sostienen la costosa demanda, alegando una serie de acciones fraudulentas y extorsivas, sumado la demanda iniciada por la empresa en el tribunal de La Haya contra el proceso judicial llevado a cabo en Ecuador.

Pues, el 23 de septiembre de 2009, Chevron Texaco presento una demanda de arbitraje contra el Estado ecuatoriano, amparado en una supuesta violación del **Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre EE.UU. y Quito**, con la que persiguen que el Estado ecuatoriano sea declarado responsable de las consecuencias del juicio Lago Agrio, iniciada por comunidades indígenas en su contra por su operación en la Amazonia ecuatoriana.

En esta demanda se acusa a Ecuador de una supuesta denegación de justicia al haber permitido la continuación del juico en Lago Agrio, además del incumplimiento de otras obligaciones internacionales como las de otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, medios efectivos y trato no discriminatorio.

Ante esta demanda interpuesta por Chevron Texacon contra Ecuador, el 17 de septiembre de 2013, el Tribunal Arbitral de la Corte de La Haya que conoce la demanda presentada por Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company en contra del Estado ecuatoriano, emitió un laudo parcial con el que se pronunció sobre el supuesto incumplimiento del Acuerdo de Liberación firmado en 1995, en relación con las reclamaciones ambientales de terceros en contra de Chevron. De acuerdo a esto, veremos cuales fueron específicamente las decisiones que tomo el Tribunal para adoptar este laudo.

En cuanto a la naturaleza de las demandas ambientales, el Tribunal aceptó que el Demandado alegase que el Contrato de Transacción de 1995 hacía referencia a las demandas contractuales en contra de TexPet, pues no se limitaba a las demandas contractuales iniciadas por el Demandado y por PetroEcuador como cocontratistas, sino que incluía expresamente las demandas extra contractuales iniciadas por el Demandado con derechos y remedios extra contractuales. Si bien, el Tribunal observó que no había nada en el texto de manera explícita del Contrato de Transacción de 1995 que contenga una disposición de indemnidad ni de deber de defensa por parte del Demandado ni de PetroEcuador en caso de que TexPet fuera demandada por cualquier obligación o responsabilidad legal por el Impacto Ambiental que surgiera de las operaciones del Consorcio. Pues, la liberación supone que todas las demandas que están comprendidas en el alcance de la liberación sólo podrían ser presentadas por el Demandado (con o sin PetroEcuador), de ese modo provoca que dichas disposiciones son inaplicables a una demanda extra contractual iniciada por una tercera persona por derecho propio que actuaban independientemente del Demandado y que reclamaban derechos separados y distintos de los derechos del Demandado.

Respecto a la Exoneración, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1, TexPet y su entonces compañía controlante (Texaco) fueron expresamente mencionados como "Exonerados" en el Contrato de Transacción de 1995, pues el Tribunal consideró que la descripción de "todas" las categorías posteriores de Exonerados no mencionados fue incluida con la intención de ser lo más amplia posible en ese momento, y de abarcar tanto a todas las personas existentes como a todas las personas futuras asociadas con TexPet que posiblemente pudieran llegar a ser objeto de una demanda ambiental iniciada por el Demandado y PetroEcuador. El Tribunal también consideró que si la cuestión hubiera surgido en el momento en que se firmó el Contrato de Transacción de 1995, ambas partes habrían reaccionado de manera similar, al efecto de que el texto "*principales y subsidiarias*" era obviamente un término abreviado, que no requería texto adicional, para "*las compañías principales y subsidiarias*", y que ninguna de las partes habría sugerido entonces que su texto elegido se refería a una relación entre mandante y mandatario. Por lo tanto, desde el punto de vista del Tribunal, la interpretación del Demandado, propuesta ahora en este arbitraje, habría sido y continúa siendo inapropiada, de acuerdo con las reglas de interpretación contractual del derecho ecuatoriano. Por lo tanto, por estos motivos, el Tribunal decide que Chevron es un

"Exonerado" de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995 y en el Artículo IV del Acta Final. A partir de la decisión del Tribunal se determina que Chevron tiene una relación contractual en el Contrato de Transacción de 1995, en otras palabras, Chevron es "parte", aunque no sea parte signataria de ese Contrato como sí lo es TexPet.

El siguiente tema que abarcó el Tribunal fue la interpretación del artículo 9.4 del Contrato de Transacción de 1995, invocado por el Demandado, tema que generó, desde el punto de vista del Tribunal, también una interpretación contractual. Pues, el Tribunal en el artículo 9.4 hace referencia a "*terceros*" que no son parte ni forman parte del Contrato de Transacción de 1995, pues el Tribunal llega a esta interpretación por cuestiones de gramática, semántica y coherencia contextual, pero también, por sentido común y eficacia de acuerdo con las reglas de interpretación contractual del derecho ecuatoriano. Pues consideró que no tendría ningún sentido atribuirles a las partes signatarias la intención de incluir a una persona como Exonerado con derechos contractuales en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y luego excluir a esa misma persona de cualquier beneficio para exigir el cumplimiento de esos derechos en virtud del artículo 9.4. Por lo tanto, y por estos motivos, el Tribunal decide que Chevron, como parte y "parte de" el Contrato de Transacción de 1995, puede exigir el cumplimiento de sus derechos contractuales en virtud del artículo 5 del Contrato de Transacción de 1995 como Exonerado no mencionado (así como también bajo el Artículo IV del Acta Final), de la misma manera y en la misma medida que TexPet es parte signataria y Exonerado nombrado. Además, el Tribunal decide que Chevron y TexPet pueden ejercer aquellos derechos tanto para defenderse como para atacar a la contraria, en carácter de demandante o demandado en procesos legales o arbitrales para solicitar en ambos casos la tutela que resulte apropiada según la ley ecuatoriana.

En cuanto al efecto legal de la interpretación del artículo 5 del Contrato de Transacción de 1995, con respecto a Chevron y al Demandado, el Tribunal decide que la liberación otorgada por el Demandado a Chevron en virtud del artículo 5 comprende las demandas iniciadas por el Demandado (con o sin PetroEcuador), pero que dicha liberación no se extiende a las demandas iniciadas por terceras personas con respecto a sus propios derechos individuales separados del Demandado según las leyes ecuatorianas o de otros, pues los Demandantes reconocieron que la liberación no afecta esos derechos individuales, sea por el daño personal reclamado por una persona física,

sea por las demandas personales iniciadas por los Demandantes de Aguinda identificables en Nueva York.

En segundo lugar, el Tribunal resolvió que la liberación contenida en el artículo 5 otorgada por el Demandado no equivale, a efecto general "*erga omnes*" en carácter de cosa juzgada sobre las demandas iniciadas por terceras personas con respecto a sus propios derechos individuales separados del Demandado según las leyes ecuatorianas o de otros. En este caso, alegó que según la ley ecuatoriana, para transigir una demanda, una persona debe tener la capacidad de disponer de esta demanda y el Demandado no tenía derecho a disponer de esa demanda individual por una tercera persona según los artículos 2349 y 2354 de su Código Civil.

En cuanto al artículo 19-2, este no otorga de manera explícita ningún derecho de acción, pues las Partes entienden que sí confirió un derecho a un ambiente libre de contaminación garantizado por "*el Estado*". A pesar de que no hay registro (a 1995) de que el Demandado haya alguna vez recurrido a un proceso legal para iniciar una demanda ambiental en contra de una persona en virtud del Artículo 19-2, queda claro a partir del texto del artículo 5.2 del Contrato de Transacción de 1995 que las partes signatarias (incluido el Demandado) consideraron la existencia de esta posibilidad, por lo tanto, el Tribunal concluye que el artículo 5 fue incluido con la intención de impedirle al Demandado presentar por sí una demanda en contra de un Exonerado (que ahora incluye a Chevron) en virtud del Artículo 19-2 de la Constitución. Por otro lado, el texto contractual también muestra la intención de las partes signatarias de no afectar las demandas iniciadas por separado por otras terceras personas con sus propios derechos individuales, ni de aquellos derechos separados de terceras personas en virtud de la ley ecuatoriana. El Tribunal por lo tanto concluye que, en 1995, una persona física que reclamaba daños por daño personal continuaba teniendo derecho a hacerlo, no obstante la liberación del Demandado en el artículo 5, incluso cuando esa persona invocó el artículo 19-2 de la Constitución en apoyo de una demanda individual de daños con respecto al daño personal separado del Demandado. Sin embargo, el tema no es si esa persona física podría iniciar esa demanda con respecto a su daño personal, sino más bien si dicha persona física podría iniciar una demanda con respecto al daño que surge de la supuesta violación de un derecho difuso en virtud del artículo 19-2 de la Constitución sin reclamar haber sufrido un daño personal. El Tribunal considera que, en 1995, esa demanda presentada por una persona física no era posible según la ley

ecuatoriana, dado que esa causa de acción estaba limitada en virtud del artículo 19-2 solamente al Demandado.

En resumen, los Demandantes declararon que en virtud del artículo 19-2 era un derecho difuso e indivisible porque el titular de ese derecho era toda la comunidad de ciudadanos ecuatorianos (no personas físicas ni grupos de personas físicas). El Gobierno ecuatoriano hizo valer este derecho en beneficio de toda la comunidad de ciudadanos ecuatorianos en el Contrato de Transacción de 1995, en ejercicio del deber del Demandado de reivindicar el derecho de sus ciudadanos a vivir en un ambiente libre de contaminación y a fomentar la conservación de la naturaleza, y, por lo tanto, el Contrato de Transacción de 1995 (con el Acta Final) extinguió toda posible demanda ambiental en contra de los Exonerados que surja de la supuesta violación de este derecho difuso en virtud del artículo 19-2, ya sea iniciado por el Demandado o por una tercera persona. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que el derecho difuso e indivisible según el artículo 19-2 de la Constitución, era el mismo antes y después del Contrato de Transacción de 1995. En particular, el Profesor Eguiguren declaró en la Audiencia del mes de Noviembre que "*el derecho sigue siendo el mismo, el derecho de vivir en un ambiente sano es el mismo de 1995. En realidad desde 1983, en que se introduce en la Constitución Ecuatoriana. Es el mismo del 98, es el mismo del 2008*". Lo que cambió según la ley ecuatoriana después de 1995 fue la legitimidad de una persona física privada para iniciar una demanda en virtud del artículo 19-2 haciendo valer un derecho constitucional difuso (no siendo una demanda con respecto al daño personal de esa persona física). Esa nueva legitimidad fue posteriormente confirmada por la Ley de Gestión Ambiental de 1999. Desde el punto de vista del Tribunal, en virtud del derecho ecuatoriano, a la fecha en que se celebró el Contrato de Transacción de 1995 (es decir, antes de la Ley de 1999), solamente el Demandado podía iniciar una demanda difusa en virtud del artículo 19-2 para salvaguardar el derecho de los ciudadanos a vivir en un ambiente libre de contaminación. En ese entonces, ninguna otra persona podía iniciar ese tipo de demanda. Por lo tanto, por estos motivos, el Tribunal concluye que, según la ley ecuatoriana, el Artículo 5 del Contrato de Transacción de 1995 y del Artículo IV del Acta Final impide cualquier demanda por parte del Demandado en contra de cualquier Exonerado invocando el derecho constitucional difuso en virtud del Artículo 19-2 de la Constitución, pero que estas liberaciones también impiden que cualquier tercera persona presente una demanda en contra de un Exonerado invocando el mismo derecho

constitucional difuso en virtud del Artículo 19-2, no siendo una demanda separada y diferente de daño personal.

Por los motivos antes expuestos, el Tribunal finalmente decide y dictamina lo siguiente en ese procedimiento arbitral:

El Primer Demandante (Chevron) y el Segundo Demandante (TexPet) son ambos "Exonerados" de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995 y en el Artículo IV del Acta Final de 1998; en su carácter de Exonerado, una parte y también parte del Contrato de Transacción de 1995, el Primer Demandante puede invocar sus derechos contractuales en virtud de dicho Contrato con respecto a la liberación establecida en el artículo 5.1 del Contrato de Transacción de 1995 y en el Artículo IV del Acta Final de 1998 con el máximo alcance igual al Segundo Demandante como parte signataria y Exonerado designado; el alcance de las liberaciones contenidas en el Artículo 5 del Contrato de Transacción de 1995 y en el Artículo IV del Acta Final de 1998 otorgadas por el Demandado a favor del Primer y del Segundo Demandante no es extensivo a ninguna demanda ambiental presentada por un individuo por daño personal con respecto a los derechos de ese individuo de manera separada y diferente del Demandado; pero sí tiene efecto legal de acuerdo con lo dispuesto en el derecho ecuatoriano e impide cualquier demanda "difusa" contra el Primer y el Segundo Demandante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19-2 de la Constitución presentada por el Demandado y también presentada por cualquier individuo que no reclame un daño personal.

Con la emisión de este laudo parcial concluye la primera de las dos fases en las que el Tribunal inicialmente dividió el fondo de la controversia objeto del arbitraje. La segunda fase se refiere a la acusación de Chevron-Texaco sobre una supuesta denegación de justicia del Estado ecuatoriano en su contra, al haber permitido la continuación del juicio de Lago Agrio, que según su criterio es fraudulento. Dentro de esta etapa el Tribunal ha previsto la realización de una audiencia que iniciará en enero de 2014. El Procurador General del Estado aclaró que la defensa del Estado se reserva todos sus derechos respecto de las decisiones del Tribunal, particularmente por haber actuado sin competencia, aplicando un Tratado Bilateral de Inversiones que entró en vigencia mucho tiempo después que el inversionista saliera voluntariamente del país.

2.1.5. Reflexiones[104]

Como se ha podido investigar, Texaco explotó durante 26 años una concesión de alrededor de un millón de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana, y ocasionó un desastre ecológico considerado por expertos 10 veces superior al derrame en el Golfo de México.

El caso original contra Chevron Texaco ha sido bien documentado, pues entre 1971 y 1992, Texaco estuvo involucrada en una exploración petrolera descuidada, de la cual extrajo 1.500 millones de barriles de petróleo en el Ecuador. Texaco perforó más de 350 pozos en un área de selva aproximadamente tres veces el tamaño de Manhattan, y arrojó cerca de 16.500 millones de agua contaminada en unas piscinas sin revestimiento protector.

Cuando Texaco salió de Ecuador en 1992, dejó 916 piscinas sin revestimiento y llenas de desperdicio tóxico, todo lo cual pasaba al subsuelo amazónico, y de las cuales algunas de estas piscinas estaban apenas a unos metros de las casas de los residentes. Se dejó permear estos desechos altamente tóxicos derivados de la extracción petrolera hacia los acuíferos y el ecosistema en una de las selvas más valiosas del mundo. Al no haber agua potable, las familias de la región, entre ellos miles de niños, no tuvieron otra alternativa que beber, bañarse y cocinar con el agua envenenada de los riachuelos, ríos, lagunas y pantanos que han sido contaminados por Texaco.

Asimismo, también explotó 22 estaciones de producción donde el petróleo crudo y el agua de producción fueron vertidas directamente en arroyos, ríos y pantanos cercanos sin ningún tratamiento previo.

---

[104]En http://www.ibtimes.com/chevron-vs-ecuador-19-billion-environmental-contamination-case-takes-more-bizarre-turns-new-york; http://www.counterspill.org/article/ecuador-vs-chevron-texaco-brief-history; http://rsechile.wordpress.com/texaco-en-ecuador-el-peor-desastre-petrolero-del-mundo/; http://www.earthrights.org/publication/amicus-briefs-chevron-ecuador-litigation, entre otras páginas más que aparecen en la web grafía; Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23). Disponible en: http://juiciocrudo.com/documentos/Tercer-laudo-provisional-sobre-jurisdiccion-y-admisibilidad-del-Tribunal-de-la-Corte-Permanente-de-Arbitraje-de-La-Haya-(27-feb-2012).pdf.; BEJARANO GONZÁLEZ, Fernando. 2003. "El conflicto del basurero tóxico de Metalclad en Guadalcázar, San Luis Potosí". In *Enfrentando la Globalización: Respuestas Sociales a la Integración Económica de México*, edited by L. Carlsen, T. Wise, and H. Salazar. Mexico: GDAE-Tufts University- RMALC- Porrú. Disponible en: http://rimd.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/enfrentando_la_globalizacion/Enfrentando7.pdf
Información consultada de las páginas webs http://www.ibtimes.com/chevron-vs-ecuador-19-billion-environmental-contamination-case-takes-more-bizarre-turns-new-york;
http://www.counterspill.org/article/ecuador-vs-chevron-texaco-brief-history;
http://rsechile.wordpress.com/texaco-en-ecuador-el-peor-desastre-petrolero-del-mundo/;
http://www.earthrights.org/publication/amicus-briefs-chevron-ecuador-litigation, entre otras páginas más que aparecen en la web grafía.

Todo ello motivó la disminución de la caza, la pesca, las áreas de cultivo y la consiguiente emigración de las poblaciones autóctonas que dependían de ellas para vivir, las cuales comenzaron a morir de causas hasta entonces desconocidas para ellos.

A consecuencia de esta elevada contaminación, los pueblos indígenas se han visto perjudicados, pues según cifras oficiales, demuestran, como se puede observar en algunos documentales, que la tasa de leucemia en la zona donde operó Texaco es tres veces más alta en niños de cero a cuatro años que en cualquier otra zona del país. La tasa de cáncer es 150 % más alta, la tasa de abortos espontáneos 2.5 veces más alta, y se presentan en ese amplio territorio de explotación petrolera altas tasas de mortalidad, problemas respiratorios, digestivos y afecciones de la piel. Incluso, la pérdida de tierra sufrida por comunidades indígenas a través de la contaminación y desplazamiento amenaza sus estilos de vidas y capacidades de reproducción cultural y social.

Las causas son evidentes, pues se estima que Texaco ahorró 4.5 mil millones de dólares de la época, al descargar tóxicos en lagunas superficiales en vez de inyectarlos a las profundidades de los pozos, como está establecido en su país. Ello se refleja en que el 98% de las muestras del agua que toman las comunidades indígenas de ese sector amazónico muestran niveles de contaminación y toxicidad que sobrepasan el límite aceptable para la salud humana.

La biodiversidad, principal riqueza natural de la Amazonía, por lo cual es considerada uno de los pulmones del planeta, resultó seriamente afectada también por Texaco al contaminar los principales cuerpos hídricos de la región nororiental de Ecuador que cruzan por ella.

Antes estas circunstancias, las comunidades ecuatorianas están luchando para obtener justicia por las violaciones de los derechos humanos y crímenes ambientales cometidos por Texaco entre 1971 y 1992 en la Amazonía norte del Ecuador. Pues, se puede decir que este caso es el más reciente de la larga y trágica historia de las víctimas ecuatorianas que luchan por hacer justicia, victimas que desde 1993 han estado buscando ayuda en el mayor litigio ambiental en la historia de América Latina.

No obstante, Chevron Texaco, aun a sabiendas del gran desastre medioambiental que provocó y sus defastas consecuencias, no se rindió ni se rinde hoy en día, pues Chevron Texaco al ver que perdería el juicio en la Corte de Lago Agrio, tal y como sucedió, como se ha podido observar en puntos anteriores, optó por acudir ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y para ello, se amparó en el TBI firmado entre

EE.UU. y Ecuador. La intención de esta compañía, a través del juicio en La Haya, es pretender que Ecuador sea sancionado por, supuestamente, incumplir el TBI con EE.UU; que se declare que la transnacional no es responsable por el daño ambiental en la Amazonía, sino Petroecuador, por lo que al Estado ecuatoriano se le debe de abonar la cantidad de la condena del juicio de Lago Agrio; que se tome en cuenta el finiquito firmado en 1998 que libera de toda responsabilidad presente y futura a la compañía y que Ecuador cancele una indemnización a la empresa, solicitando que la correspondiente indemnización por los "supuestos" daños y perjuicios ocasionados a la compañía recaiga, nada más ni nada menos, que a Ecuador y a sus pobres habitantes que no tienen suficiente con los graves perjuicios que le han ocasionado, presentes como futuros, sino también obligándoles a pagar millonadas por un tema que no son causantes de ningún daño, habitantes que solo solicitan que se haga justicia y que se repare el daño que se causó, pues su objetivo es vivir en condiciones favorables y no nefastas para su propia vida, personas que no tienen medios económicos para poder emigrar a lugares mejores y que se ven desgraciadamente encerrados en ese lugar, de los cuales solo les quedan observar día a día como sus vecinos, amigos, familiares, padres, hijos o nietos van falleciendo, víctimas de esta crueldad provocada por esta compañía sin escúpalos.

Se ha de decir que el TBI entre EE.UU. y Ecuador se firmó en 1993, un año después que Chevron salió del país y luego de que entró en vigencia en 1997 (5 años después). Sin embargo, Chevron se ampara en ese tratado para demandar a Ecuador, a sabiendas de que la ley no es retroactiva.

Asimismo, el tribunal todavía analiza si es competente sobre los daños ambientales, pero mientras tanto ha ordenado que Ecuador adopte todas las medidas para “suspender o hacer suspender” la ejecución de la sentencia de Lago Agrio en contra de la multinacional, dentro y fuera del país. Situación que a mi parecer, es ridícula, pues aún a sabiendas de la situación que se ha provocado el Tribunal de La Haya dicto el primer laudo parcial a favor de Chevron sin tener en consideración del daño medioambiental que provocó, pues todo hay que decirse que los tribunales al estar constituidos por árbitros, que normalmente son economistas, les interesa el tema económico y por lo tanto el interés de la inversión, de tal manera que dejan de banda el componente y el interés ecológico y medio ambiental, dando situaciones como las que se están estudiando.

Por otra banda, me gustaría decir, y según opiniones de expertos también han confirmado, que el impacto sería devastador para la economía ecuatoriana si la Corte falla a favor de Chevron, pues se sentaría mal precedente, y significaría que esas cortes podrían resolver todo tipo de controversias, sin tomar en cuenta a un tercer interesado y directamente afectado, como son los indígenas y colonos ecuatorianos, personas que espero que obtengan justicia.

3. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, el concepto de inversión así como el desequilibrio de intereses entre el inversionista y el Estado receptor, han sido los puntos de partida para activar la protección internacional de las inversiones extranjeras que ofrece el sistema legal actual, y en consecuencia el arbitraje internacional para la solución de controversias.

Con este tipo de protección, ofrecido en los diferentes mecanismos internacionales ya estudiados, en especial consideración en los TBI, se ha podido observar que se garantiza una cierta seguridad jurídica al inversor extranjero por parte del Estado receptor. Mediante la protección internacional a la inversión, los inversionistas se sienten más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligan por unas reglas, que son una serie de estándares contenidos en algunos de estos mecanismos y de los cuales otorgaran garantía a la inversión. De esta manera, todos los Estados se ven obligados a garantizar al inversor extranjero un "estándar" de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión a través de medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio donde se ha establecido.

No obstante, y a pesar de estas garantías de protección al inversionista, y a su inversión, se ha destacado que a consecuencia de esta elevada protección que siempre se les brinda, acaba limitándose la libertad de decisión del Estado receptor provocando un perjuicio en su soberanía, y por lo tanto, quedando en ocasiones desfavorecidos sus nacionales y sus intereses, en especial, cuando el Estado receptor pretende adoptar medidas para la protección de su medio ambiente. En este último caso, se puede constatar que actualmente los Estados adoptan múltiples medidas para proteger el medio ambiente (medidas referidas al control de emisiones, evaluación ambiental de proyectos, conservación de espacios protegidos, etc), decisiones medioambientales que 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. De esta manera, como se ha podido observar en los dos estudios de caso realizados, los Estados se ven frecuentemente obligados a indemnizar a los sujetos privados por decisiones que pueden

tener una impronta medioambiental. Ante estas circunstancias, se ha podido observar que 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 ha hecho que actualmente estos sujetos privados cuentan con el arbitraje de inversiones, una poderosa herramienta que les permite accionar directamente contra un Estado reclamando una indemnización económica por decisiones que pueden tener una impronta medioambiental.

Asimismo, hemos podido observar y analizar dos casos reales de arbitraje de inversiones *(Metalclad vs México; y Chevron Texaco vs Ecuador),* dos casos de los cuales han tenido una gran relevancia en el derecho internacional de protección de inversiones y de los cuales se han podido observar las tales consecuencias que comporta esta gran elevada protección que se garantiza a las inversiones de los inversionistas, casos que han desabocado en laudos favorables para el inversionista aun cuando estos han creado y perjudicado un gran daño ambiental en el Estado receptor.

Ante estas circunstancias, actualmente se están renegociando los términos de los tratados de inversiones para el logro de una mayor precisión y buscándose nuevas referencias doctrinales que consigan un mayor equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores. Se ha planteado la posibilidad de incluir en los TBIs normas referentes a la responsabilidad social de las empresas, teniendo en cuenta que en la actualidad no existen normas internacionales obligatorias en este sentido, pues todo esto permitiría establecer así pautas para que realmente la inversión extranjera sirva a los objetivos de desarrollo nacional, pues con el fomento de una inversión bien orientada y respetuosa con los valores cultuales, políticos o medioambientales del Estado receptor no tendría por qué ser incompatible con el objetivo de promover la inversión extranjera.

Pues, esta defensa no sólo será consecuencia de iniciativas nacionales, sino que cada vez vendrá impuesta con más intensidad por la asunción de compromisos internacionales. No obstante, y pese a esta intención, no puede negarse que por otro lado nuestra sociedad continuará dependiendo de una intensa actividad industrial, que satisfaga demandas de consumo, de tal manera que aunque se cuente con la ayuda de

una legislación medioambiental, que es lo que se desea, ello no impedirá que las actividades empresariales sigan produciendo lesiones en el medio ambiente.

Así pues, y expuestas tales consecuencias, creo que la colisión entre los intereses económicos y los derivados de la protección ambiental continuarán requiriendo soluciones desde el ámbito del derecho. En este sentido, creo que sería necesario limitar un tanto de estos estándares contenidos en los TBI para dar un poco más de cabida y protección medioambiental. Pues para garantizar tanto a los inversionistas y sus inversiones, en este sentido será necesario negociar los Tratados en el marco de una estrategia y política de desarrollo, en especial de los países receptores de capital.

Asimismo, y para garantizar un equilibrio de intereses entre ambas partes en un futuro, creo que será necesario crear un Tribunal Internacional de Medio Ambiente para que se le dirima las cuestiones que le sean planteadas y del cual pueda instrumentar y normar un cuerpo legal ambiental que este conformado por personalidades reconocidas en la defensa del medio ambiente, para que exista igual representación de los países desarrollados y en vía de desarrollo, y así evitar la constitución de un Tribunal que hoy en día solo está conformado por árbitros economistas que tan solo favorecen la actividad económica y por lo tanto, a sus inversionistas e inversiones.

Así pues, y para concluir este trabajo, de las cuestiones planteadas del porqué los tribunales arbitrales acaban dando la razón a los inversionistas, aun habiendo estos provocado daños medio ambientales en los Estados receptores, reflexionando pues si estos tribunales piensan en el componente ecológico y el medioambiental y si podrá en un futuro llegarse a un equilibrio de intereses de ambas partes, creo que los tribunales seguirán dictando laudos a favor del inversionista. Al estar constituidos por árbitros, que normalmente son economistas, les interesa el tema económico y por lo tanto el interés de la inversión, de tal manera que dejan de banda el componente y el interés ecológico y medio ambiental. Y, si bien, y como se ha expuesto anteriormente, la sociedad continuará dependiendo de una intensa actividad industrial, y aunque se cuente con el respaldo de una legislación medioambiental, ello no impedirá que las actividades empresariales sigan produciendo lesiones en el medio ambiente. Por consiguiente, sería preciso mejorar la composición de los tribunales arbitrales, arbitrando un equilibrio en la formación y especialización profesional de los árbitros, que garantice la ponderación justa y equitativa de los distintos intereses públicos y privados en juego en cada una de las controversias que les sean sometidas.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AMPUERO MIRANDA, Ana A., *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión*, en *Aspectos Jurídicos del desarrollo regional. XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)*, Organización de Estados Americanos, 2008

- ARSEN, Patricia B.R, *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos.* Editorial Astrea, 2003. Disponible en: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf

- AZUELA, Antonio (2006). "Olor a NAFTA: Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano", Capítulo VI en Azuela, Antonio, *Visionarios y Pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental*, Fontamara-IIS-UNAM, México.

- BAQUERO MONTOYA, Sara María y MENA RAMÍREZ, ERIKA, *El fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión*. 2008. Disponible en: http://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf?sequence=1, 2008

- BEJARANO GONZÁLEZ, Fernando. 2003. "El conflicto del basurero tóxico de Metalclad en Guadalcázar, San Luis Potosí". In *Enfrentando la Globalización: Respuestas Sociales a la Integración Económica de México*, edited by L. Carlsen, T. Wise, and H. Salazar. Mexico: GDAE- Tufts University- RMALC-Porrú Disponible en http://rimd.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/enfrentando_la_globalizacion/Enfrentando7.pdf

- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Naciones Unidas, 2010

- BLACKABABY, Nigel y CAMARGO GARCÍA, Andrea "Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones; Un debate entra la teoría y la práctica" 2008, *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 1. Disponible en: http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/133/1707

- CASTILLO ARGAÑARÁS, Luis F., *La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo*. En: Ámbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.107, 2012. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12565, consultado el 7 de enero de 2014

- Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. En UN Doc. A/RES/3281(XXIX), de 12 de diciembre de 1974

- CASTELO GERRERO, Daniel Enrique y Galindo, Álvaro (dir), *El Alcance de la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión*, USFQ: Quito, 2008

- *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, enero, 2003. Disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

- CERDA OLIVOS, Cristóbal de la y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica, (2007). *Trato justo y equitativo de inversión extranjera: Relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile*. Análisis jurisprudencia. Disponible en: hrrp://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112476

- DE LOS SANTOS, Carlos, *El arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en Latinoamérica*. Disponible en: http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf

- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, *La eficacia de los Tratados de Protección de inversiones extranjeras*, en Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid. Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf

- FERNÁNDEZ MACIÁ Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, 2008

- GALVEZ ESPARZA, María Elena, *Hacia la construcción de un régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras. La contribución del Capítulo XI del TLCAN*. Disponible en: http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoadministrativo/MA_ELENA_GALVEZ.pdf

- GELERSTEIN WAISBEN, Andrés Alberto; PORTALES UNDURRAGA, Carlos Alberto. (2012). *Estándar de protección de la inversión extranjera: Tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo*. Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112836

- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Trato justo y equitativo en arbitraje de inversión: un ejercicio interpretativo*. Disponible en http://www.gdca.com.mx.

- GRANATO Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, J.C. Martínez Coll, 2005

- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2005

- IISD, "El Capítulo 11 del TLC y el medio ambiente: cómo tratar la incidencia del proceso inversionista-estado sobre el medio ambiente. Resumen Ejecutivo". *International Institute for Sustainble Development, (iisd)*. Disponible en: www.iisd.org/pdf/sp_nafta.pdf

- LANDER, Edgardo (1998a) "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El Capital diseña una Constitución Universal". *En Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 4, nº 2-3, abril-septiembre: 123-53, Caracas. Disponible en: http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/El%20Acuerdo%20Multutilateral%20de%20Inversiones%20(AMI).pdf

- MEREMINSKAYA, Elina "La cláusula Paraguas: Lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos" (2009). *Revista Internacional de Arbitraje*, V.1, nº11. Disponible en: http://www.academia.edu/1394242/La_clausula_paraguas_lecciones_de_convivencia_para_los_sistemas_juridicos

- MORALES VELA, Dunker, "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de la Cláusula Paraguas" (2007). *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, nº. 11. Disponible en http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf

- PACHECO CHICA, Orlando David y VALBUENA MORA, Jenny, *Arbitraje como mecanismo de solución pacífico de controversias en el derecho ambiental internacional*. Disponible en: http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/5425/1/129329.PDF, 2003

- PADILLA LOZANO, Anabelle *Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones-arbitraje internacional*, 2012. Disponible en: http://anabellepadilla.files.wordpress.com/2012/10/arbitraje-internacional.pdf

- PERRONE, Nicolás Marcelo *El sistema actual de protección y promoción de inversiones extranjeras*, 2002. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-431-442.pdf.

- RODAS, Mauricio, "Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile", 2003, *Cepal- Serie Medio ambiente y desarrollo*, nº78. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/5/19765/lcl2038e.pdf

- RODRÍGUEZ BARRIOS, María Angelica y RODRÍGUEZ VARGAS, Juana Paola (2001), *Mecanismos de promoción y protección para la inversión extranjera: El caso colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis52.pdf, pp.56-65;

- SALAZAR-XIRINACHS, José M. y ROBERT, Maryse, *Hacía el libre comercio en las Américas*. Brookings Institution Press, 2010. Disponible en: http://books.google.es/books?id=r8WLMJnYMf8C&pg=PA206&lpg=PA206&dq=Protecci%C3%B3n+y+seguridad+plenas&source=bl&ots=mvFIzfOyWa&sig=5R1LxHf4TC076q9JXIkzMt8W32o&hl=es&sa=X&ei=ptMqU_66MaWa1AWPw4CIDQ&ved=0CGUQ6AEwCQ#v=onepage&q=Protecci%C3%B3n%20y%20seguridad%20plenas&f=false

- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Washington D.C., 27 de Agosto de 1993, Disponible en http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf

- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994. Disponible en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp

- UNCTAD, *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. Disponible en: http://unctad.org/es/docs/diaeia200911_sp.pdf

CASOS ARBITRALES EMPLEADOS

- CERT. MERRILL VER: JD. CASO CPA NO. 2009-23

- Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23)

- Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000 award. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155

- Metalclad Corp v The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, MEMORIAL, October 13, 1997. Disponible en: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionista-estado/casos_concluidos/Metalclad_Corporation/Demanda_Metalclad.pdf

- Metalclad Corp V The United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, February 17, 1998. Escrito de Contestación a la demanda de Metalclad

El arbitraje internacional de las inversiones y protección del medio ambiente by Cuenca Guzmán, Lorena is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License.

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca