

Las inversiones extranjeras y la protección del ambiente

Luis F. Castillo Argañarás¹

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a proteção do meio ambiente contra investimentos estrangeiros. As novas disposições dos acordos de investimento estrangeiro são consideradas e, em seguida, chamam a atenção para as disputas levantada perante o ICSID. Finalmente, serão alcançadas conclusões

Palavras Chave: Ambiente – Investimentos Estrangeiros - ICSID

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la protección del ambiente frente a las inversiones extranjeras. Se consideran las nuevas disposiciones en los acuerdos de inversiones extranjeras para luego llevar la atención a las controversias planteadas ante el CIADI. Finalmente se llegará a conclusiones.

Palabras Claves: Ambiente – Inversiones Extranjeras – CIADI

Abstract: The objective of this article is to analyze the protection of the environment against foreign investments. The new provisions in foreign investment agreements are considered and then it bring attention to disputes raised before ICSID. Finally conclusions will be reached

Key Words: Environment – Foreign Investment - ICSID

Sumario: Introducción. I Los acuerdos de inversión y la protección del ambiente. II. La protección del ambiente ante el CIADI: 1. Caso Vattenfall Vs Alemania I. 2. Caso Vatenfall Vs Alemania II. 3. Caso Metalclad Vs. México. Conclusiones Finales. Bibliografía.

INTRODUCCION

La comunidad internacional comienza a tomar conciencia de la necesidad de proteger el ambiente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Así, “en un mundo de hoy industrializado, complejo y globalizado, el medio ambiente ha sido indudablemente afectado, el agua, la capa de ozono, la biodiversidad y el medioambiente en general muestra un deterioro creciente y donde los países en líneas generales no muestran la suficiente preocupación por las cifras de deterioro y problemas ambientales que cada día dejan de ser locales o nacionales y se ubican en un contexto global” (HERNÁNDEZ DURÁN, 2012: 79)

Se señala que “los grupos ambientalistas han considerado a las corporaciones multinacionales como las responsables de la contaminación causada sobre todo en los países en desarrollo donde las normas ambientales son laxas” (SORNARAJAH, 2011: 225). En ese orden de ideas, estas empresas multinacionales “explotan las diferentes regulaciones en ambiente que tienen los países y ubican sus operaciones en distintos

Estados con normas ambientales flojas y adaptan las actividades de sus subsidiarias a las políticas ambientales, tecnológicas y estándares del país receptor de la inversión” (CHRISTMANN, 2004: 747)

El surgimiento de la protección ambiental “creó crea inestabilidad en el área jurídica que fue diseñada específicamente para proteger la inversión extranjera” (SORNARAJAH, 2011: 77). El primer tratado bilateral tendiente a proteger a las inversiones extranjeras (TBI) fue el firmado entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959. Este tipo de acuerdos tenían incorporadas disposiciones sobre inversiones. En este orden de ideas, se señala que la experiencia de estos tratados “ciertamente ayudó a formular los tratados bilaterales de inversiones relacionados con necesidades específicas de los inversores extranjeros” (SORNARAJAH, 2011: 181). A partir del nuevo siglo, comienzan a considerarse nuevos estándares donde las cuestiones relativas a la protección del ambiente comienzan a aparecer. Esta materia comienza a ser tratada ante diversos tribunales internacionales y en particular ante el Centro Internacional de Solución de Disputas en Materia de Inversiones (CIADI) en el marco del Banco Mundial.

El objetivo de este artículo es analizar la protección del ambiente frente a las inversiones extranjeras. Metodológicamente tomaremos en consideración las nuevas disposiciones en los acuerdos de inversiones extranjeras para luego llevar la atención a las controversias planteadas ante el CIADI. Finalmente se llegará a conclusiones.

I. LOS ACUERDOS DE INVERSION Y LA PROTECCION DEL AMBIENTE

En la actualidad, las relaciones económicas internacionales están motivando una mutación en la estructura de los acuerdos de protección de inversiones extranjeras. Tradicionalmente sus normas solo tenían incorporadas cuestiones relacionadas a política de desarrollo económico. Hoy, toman en consideración aspectos vinculados con salud, ambiente, cuestiones laborales, desarrollo científico tecnológico, etc.

A continuación, ejemplificaremos con algunos acuerdos en materia de inversiones extranjeras donde se considera la protección del ambiente:

En el tratado Austria y Kyrgyzstan celebrado en el año 2016, en su Art. 4 señala: ⁱⁱ

“Las Partes Contratantes reconocen que no es apropiado alentar una inversión al debilitando las leyes ambientales nacionales”

Por su parte, Argentina y Qatar estipularon en el acuerdo firmado el 6 de noviembre de 2016: ⁱⁱⁱ

“ARTÍCULO 10 Derecho a regular

Ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor”

El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (Decisión del Consejo Mercado Común 3/2017) adoptado el 7 de abril de 2017, en su Art. 16 establece:^{iv}

“Artículo 16 - Disposiciones sobre Inversiones y Medio Ambiente, Asuntos Laborales y Salud

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se interpretará como impedimento para que un Estado Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen de conformidad con la legislación laboral, ambiental o de salud en ese Estado Parte, siempre y cuando esa medida no se aplique de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta.
2. Los Estados Partes reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud. Por lo tanto, cada Estado Parte garantiza que no modificará o derogará, ni ofrecerá la modificación o la derogación de esta legislación para estimular una inversión en su territorio, en la medida que dicha modificación o derogación implique la disminución de sus estándares laborales o ambientales. Si un Estado Parte considera que otro(s) Estado(s) Parte(s) ha(n) ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con ese(os) otro(s) Estado(s) Parte(s).

Estos Acuerdos firmados desde fines del siglo pasado e inicios del presente incorporan entre otras disposiciones, normas relativas a protección del ambiente. En ese sentido, “presentan un equilibrio entre las obligaciones que asumen los Estados frente a los inversores y las inversiones extranjeras, y las obligaciones que deben asumir los inversores como contrapartida” (GONZALEZ NAPOLITANO, 2018: 45)

II. LA PROTECCION DEL AMBIENTE ANTE EL CIADI

En el Tribunal arbitral dependiente del Banco Mundial, conocido como Centro Internacional de Arreglo de Disputas en Materia de Inversiones (CIADI) se han planteado diversos casos donde la protección ambiental ha estado involucrada. Debido a la cantidad de casos que existen, solo focalizaremos en los asuntos Vattenfall Vs Alemania I y II, y Metalclad Vs. Mexico.

1. CASO VATTENFALL VS. ALEMANIA I

La empresa sueca de energía Vattenfall demandó a Alemania ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Relativas a Inversiones (CIADI) en abril de 2009.^v En el año 2004, la empresa anunció su intención de construir una central de energía de carbón en Hamburgo a los fines de producir electricidad y calefacción. Desde ese momento, el proyecto fue cuestionando. En ese sentido, agrupaciones ambientalistas, políticas y la población en general señalaban el impacto que la Planta tendría sobre el Rio Elba y la ciudad de Hamburgo.

En octubre del año 2007, aproximadamente 12.000 ciudadanos de Hamburgo firmaron una petición objetando la instalación de la Planta. La empresa señaló que toda esta situación contribuyó a la demora en emitir los permisos requeridos. Finalmente, en medio de un año electoral, se llevó a cabo el proceso de aprobación. Hamburgo firmó un contrato provisional para construir la Planta con Vattenfall en el año 2007. Se incluyeron ciertos límites en materia ambiental que tendrían impacto sobre el Río Elba. Las condiciones de este contrato estaban supeditadas al permiso final. En ese orden de ideas, la Autoridad de Ambiente y Desarrollo Urbano de Hamburgo – Hamburg's Urban Development and Environment Authority (BSU) emitió un permiso provisorio (vorläufige) en noviembre de 2007. Se permitía a la empresa proseguir con ciertas áreas de la construcción. La autorización final fue otorgada en Septiembre de 2008. Se incluían restricciones a la Planta de energía, tales como el volumen de agua, temperatura y contenido de oxígeno. “Estas regulaciones adicionales relativas a la calidad del agua en el Río Elba aparecen como el centro de la controversia.”(BERNASCONI, 2012: 1)

Hamburgo señala que las medidas estipuladas en el permiso de agua eran necesarias bajo el Derecho Europeo y son consistentes con las restricciones requeridas a todas las industrias a lo largo del Río Elba. La ciudad señala que se debe cumplir la Directiva Marco sobre Agua de la Unión Europea que estipula que todos los Estados miembros deben asegurar ciertos niveles en la calidad de agua de los ríos, lagos, estuarios y aguas subterráneas hacia el 2015.

Por su parte, Vattenfall estima que las regulaciones sobre el agua pueden transformar la Planta en antieconómica y poco práctica.^{vi} Así, se presentó una solicitud de arbitraje contra Alemania en el CIADI bajo la Carta de Energía por la suma de U\$S 1.9 mil millones en concepto de indemnización (ICSID Case No.ARB/09/6). La fecha de registro es del 17 de Abril de 2009 y el tribunal se constituyó el 6 de agosto de 2009. Fue integrado por el canadiense Marc LALONDE (Presidente) y Franklin BERMAN (Reino Unido) propuesto por Alemania y Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Suiza) por Vattenfall.^{vii}

La empresa alegó que Alemania violó la Carta de Energía de la cual es parte desde 1997. Considera que el Gobierno alemán es responsable por la violación del mencionado tratado y que las normas ambientales de Hamburgo constituían una expropiación y transgredían la obligación de Alemania de proporcionarles a los inversionistas extranjeros "un trato justo y equitativo".^{viii}

Alemania llegó a un arreglo extraprocesal con Vattenfall en 2010. Se trataba de evitar un laudo potencialmente adverso de un tribunal de arbitraje inversionista-Estado que le ordenaría pagar una suma de dinero cuantiosa como indemnización. El arreglo obligó al gobierno de Hamburgo a dejar sin efecto sus requisitos ambientales adicionales y a emitir los polémicos permisos requeridos para que los planes de la usina pudiesen seguir adelante. El arreglo también implicó que Vattenfall renunciara a sus compromisos anteriores de mitigar el impacto que tiene la usina a carbón en el río Elba.^{ix}

La suma de dinero que pago Alemania a la empresa según el arreglo extraprocesal no ha sido divulgada. “La usina a carbón de Vattenfall en Hamburgo comenzó a funcionar en febrero de 2014” (PUBLIC CITIZEN, 2014: 5).

2. CASO VATTENFALL VS. ALEMANIA II

Vattenfall interpuso nuevamente un reclamo contra Alemania en el año 2012 basándose en la Carta de Energía. “Después del desastre nuclear de Fukushima del año 2011, el Parlamento alemán enmendó la Ley de Energía Atómica a fin de revertir la extensión de la vida útil de las centrales nucleares que había aprobado en 2010, y prescindir completamente del uso de energía nuclear a partir del 2022” (BERNASCONI-OSTERWALDER y BRAUCH, 2014: 1).

Vattenfall sostiene que “el cambio de política aplicado por Alemania es violatorio de sus obligaciones frente a los inversionistas extranjeros, según los términos del Tratado sobre la Carta de la Energía. Aunque el texto de la demanda de Vattenfall no se ha hecho público, se estima que la empresa reclamó entre \$1.000 millones y \$4.700 millones de dólares de indemnización por las pérdidas asociadas a dos centrales nucleares de Vattenfall afectadas por la discontinuación de la energía nuclear” (PUBLIC CITIZEN, 2014: 5). En la prensa sueca se decía que “en 2012 que la empresa podría estar solicitando una indemnización de \$3.500 millones de euros”^x. “En su informe anual de 2011, Vattenfall estimó que “la decisión de discontinuar la energía nuclear le generó pérdidas de inversiones del orden de los \$1.200 millones de euros. Esta cifra no incluye la estimación de las ganancias esperadas que Vattenfall también podría exigir en su reclamo ante el tribunal arbitral (PUBLIC CITIZEN, 2014: 19).

El CIADI registró el reclamo de Vattenfall AB el 31 de Mayo de 2012 y el 14 de diciembre del mismo año se constituyó el tribunal con el holandés Albert Jan VAN DEN BERG (Presidente), el británico Vaughan LOWE (propuesto por Alemania) y el estadounidense Charles N. BROWER (Vattenfall).^{xi} El caso aún está sin resolver.

3. CASO METALCLAD VS. MÉXICO

El caso se desarrolla en el marco del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) relativo a inversiones extranjeras y se llevó a cabo ante el CIADI.^{xii}

Está relacionado con la empresa Metalclad Corp. de EE. UU. a la que se le había negado la posibilidad de instalar una planta para procesamiento de desechos peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, San Luis de Potosí (México)

El 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción de la planta, cuando el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción. De mayo de 1996 a diciembre de 1996, Metalclad y el Estado de San Luis de Potosí (SLP) intentaron resolver los asuntos relativos a la operación del confinamiento. Estos esfuerzos fracasaron y, el 2 de enero de 1997, Metalclad inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del Capítulo 11 del TLCAN.

El 23 de septiembre de 1997, el Gobernador de SLP, tres días antes de que terminara su período de gobierno, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único. El Área Natural abarcaba el área del confinamiento. Metalclad se basa en parte en este Decreto Ecológico como un elemento adicional a su reclamación, sosteniendo que el Decreto efectiva y permanentemente precluye la operación del confinamiento.

El Tribunal determinó que la expropiación en NAFTA “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado”^{xiii} y que “Tribunal arbitral en este caso laudo que “no necesitaba determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”^{xiv}.

Se ha señalado que “este laudo es el más pro-inversor que cualquier otra interpretación del Art. 1110 en el marco del Capítulo 11 del TLCAN” (MARLLES, 2007: 280)

CONCLUSIONES FINALES

Desde el primer tratado firmado entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959 sobre protección de las inversiones extranjeras a la actualidad, la agenda internacional ha asistido a un cambio evidenciando la necesidad de introducir un equilibrio entre los derechos de los inversionistas extranjeros y la protección del ambiente.

En el mundo globalizado de hoy, no solo hay que enfrentar los desastres naturales sino también la destrucción de los recursos naturales y el ambiente como consecuencia de la acción del hombre.

En los casos *Vettenfall Vs. Alemania I y II* se observa con nitidez una tensión entre los intereses del inversionista extranjero y los del Estado receptor de la inversión por velar por un uso prudente y una gestión ambientalmente sana en la construcción y explotación de una usina de carbón y en la generación de energía nuclear.

En el asunto *Metalclad Vs. México* el laudo del Tribunal arbitral fue a favor del inversor. En este caso se otorgó una amplia protección al inversionista, ya que “consideró que no necesita determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”

La adopción de nuevos acuerdos relativos a la protección de inversiones extranjeras donde los Estados incluyen normas relativas a la protección del ambiente es una nueva tendencia alentadora. En este sentido, se debe destacar Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (Decisión del Consejo Mercado Común 3/2017) que como acuerdo de un proceso de integración regional señala el rumbo a seguir necesario para un desarrollo sostenible en un mundo industrializado.

BIBLIOGRAFIA

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie y BRAUCH, Martín Dietrich, *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German Public in the Dark*. Institute for Sustainable Development, Canada. 2014.

BERNASCONI, Nathalie, *Background Paper on Vattefall vs. Germany Arbitration*. Foreign Investment for Sustainable Development Program. International Institute for Sustainable Development. Canada. 2012

CHRISTMANN, Petra, “Multinational Companies and the Natural Environment: Determinants of Global Environmental Policy Standarization” en *Academy of Management Journal*, Vol. 47, N° 5. 2004

GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina, “La Protección del Medio Ambiente en los Tratados de Inversión” en AA.VV *Aspectos Ambientales en el Derecho Internacional*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Buenos Aires. 2018

HERNÁNDEZ DURAN, Elizabeth, “Los Desafíos del Ambiente y Desarrollo Sustentable en la Globalización” en *Provincia N° 27*, Universidad de los Andes. Venezuela. Enero – julio 2012, Disponible en

<http://www.redalyc.org/pdf/555/55526545006.pdf> (última consulta 10 de noviembre de 2019)

MARLLES, Justin. “Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulations In International Investment Law”. *Journal of Transnational Law & Policy*. vol 16, n° 2, 2007

PUBLIC CITIZEN, *Arbitraje Internacional de Inversiones. Ataques y demandas de inversionistas Extranjeros contra Estados Receptores y sus Políticas de Interés Público*. Washington. 2014. Disponible en

<http://www.citizen.org/documents/informe-ataques-y-demandas-de-inversionistas-extranjeros.pdf> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*. Third Edition, Cambridge University Press, 2011

ⁱ Doctor en Derecho (UBA), Doctor en Ciencia Política (UB). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Profesor Titular de Derecho Internacional Público de UADE. Email: lcastillo@uade.edu.ar

ⁱⁱ Aún no vigente. Conforme sitio web oficial de UNCTAD. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5500/download> (última consulta 21 de noviembre de 2019)

ⁱⁱⁱ Aún no vigente. Conforme sitio web oficial de UNCTAD. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3706/argentina---qatar-bit-2016-> (última consulta 21 de noviembre de 2019)

^{iv} El Protocolo entró en vigor el 30/07/2019. Argentina lo aprobó por Ley N° 27.527 (20/11/2019). A la fecha no depositó el instrumento de ratificación.

Información disponible en Biblioteca Digital de Tratados de la Cancillería Argentina: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=k6KnnA== (última consulta 21 de noviembre de 2019)

^v AB, *Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania*, Caso CIADI No. ARB/09/6, Solicitud de Arbitraje, 30 de marzo, 2009. Se sigue el relato de los hechos de

acuerdo a la solicitud de arbitraje conforme a la versión subida en la página ITALAW editada por el Prof. Andrew Newcombe (University of Victoria, British Columbia – Canadá)

<https://www.italaw.com/cases/1148> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^{vi} Se continuó con el relato de los hechos y controversia conforme la solicitud de arbitraje subida en la página ITALAW editada por el Prof. Andrew Newcombe (University of Victoria, British Columbia – Canadá) <https://www.italaw.com/cases/1148> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^{vii} Ver Centro Internacional de Arreglo de Disputas en Materia de Inversiones (CIADI) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^{viii} Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania, Caso CIADI No. ARB/09/6, Solicitud de Arbitraje, 30 de marzo, 2009, párrafos 52-54. Disponible en:

<https://www.italaw.com/cases/1148> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^{ix} Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania, Caso CIADI No. ARB/09/6, Laudo, 11 de marzo, 2009, 17 Disponible en:

<https://www.italaw.com/cases/1148> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^x “Vattenfall seeks recompense for German nuclear phaseout”, *DW*, 21 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.dw.de/vattenfall-seeks-recompense-for-german-nuclear-phaseout/a-16473507> (última consulta 15 de noviembre de 2019).

^{xi} Ver Sitio Oficial del CIADI, Disponible en

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12> (última consulta 15 de noviembre de 2019)

^{xii} Seguimos el relato conforme el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Mecanismo Complementario, Caso N° ARB (AF)/97/1: Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos. Fecha de envío a las Partes: 30 de agosto de 2000

Disponible en [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/97/1) (última consulta 17 de noviembre de 2019)

^{xiii} *Ibíd.* para. 103

^{xiv} *Ibíd.*, para. 111