

La administración del agua y la inversión extranjera directa ¿Cómo se relacionan?

Hugo A. Muñoz U. (*)

Sumario

El presente artículo trata del vínculo entre dos campos jurídicos diferentes, el relativo a la administración del agua y el del régimen de tutela de la inversión extranjera directa. Estos presentan, para comenzar, imperativos divergentes. Por una parte, la estabilidad de la inversión y, por la otra, el mejoramiento (evolución) de la gestión del agua. De esta forma, la protección de la inversión puede volverse un contrapeso al mejoramiento de la gestión del agua. Asimismo, la gestión del agua puede ser un factor de “expropiación” de la inversión.

Por otra parte, se evidencian dos lógicas contrapuestas: El principio de “quien contamina/utiliza paga”, en la gestión del agua; y la pretensión del inversionista de “quien contamina debe ser indemnizado”.

La exposición se desarrolla de acuerdo al siguiente plan:

I.- Dos imperativos divergentes: La estabilidad de la inversión y el mejoramiento de la gestión del agua

- A. La protección de la inversión, un contrapeso al mejoramiento de la gestión del agua
- B. La gestión del agua, un factor de “expropiación” de la inversión

II.- Dos lógicas contrapuestas: “Quien contamina paga” y la “indemnización al contaminador”

- A. Un principio de la gestión del agua: “quien contamina/utiliza paga”
- B. Una pretensión del inversionista: “quien contamina es indemnizado”

[Palabras clave: Gestión del agua; inversión extranjera; arbitraje; quién contamina paga.]

(*) Doctor en Derecho de la Universidad de Nantes, Francia. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Este artículo es una síntesis revisada de un trabajo elaborado en 2005, durante la formación de *Master 2 Recherche, Droit public option Droit de l'environnement*, en la Universidad de Nantes. Este estudio fue realizado con el apoyo financiero del Programa Alβan, Programa de becas de alto nivel de la Unión Europea para América Latina, beca N° E04D027243CR.

Se desea agradecer al señor Miguel Solanes, Asesor Regional en Derecho de Aguas y Regulación de Servicios de la CEPAL, por la sugerencia del presente tema de investigación.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

Introducción

¿Cómo se relacionan la administración del agua y la protección de la inversión extranjera directa? A primera vista, de ninguna manera... Eso es lo que pensamos los juristas durante mucho tiempo. Así, mientras algunos de entre nosotros profundizaban en el estudio de la protección de las inversiones; otros, en cambio, entre los que se encuentra el profesor González Ballar, se dedicaban al estudio del Derecho del ambiente, de los recursos naturales y por supuesto, del agua. Poco a poco, unos y otros, hemos llegado a ser conscientes tanto de la influencia que tiene la inversión extranjera directa, en la utilización sostenible de los recursos naturales, como de la dependencia de la primera con respecto a los últimos¹.

Delegar en administradores privados los servicios de acueductos y alcantarillados sanitarios (concesión, privatización), así como permitir la implantación de empresas extranjeras en las zonas francas o en lugares de alto potencial turístico, que utilizan el agua, sea como insumo de producción o sea como parte de un servicio, son todas ellas, manifestaciones claras del vínculo entre la inversión extranjera y el agua.

Para cualquier país, ambos factores son esenciales y ambos son “escasos”. Por una parte, la inversión extranjera directa (**IED**) –en su concepción más amplia– es considerada como una herramienta determinante para el desarrollo sostenible². La “competencia” entre los diversos países para atraer a los inversionistas extranjeros, es cada vez más fuerte y ello ha motivado la adopción de políticas nacionales dirigidas a este efecto. Se pretende, así, ofrecer un “ambiente de

¹ Ver en este sentido: SOLANES, Miguel y JOURAVIEV, Andrei, *Revisiting privatization, foreign investment, International arbitration, and water*, Santiago, CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura N° 129, 2007

² Ver la Declaración de Johannesburgo, del 4 de septiembre 2002. En el mismo sentido, el profesor Geiger señala que : « Depuis la conférence de Rio de 1992 et l'agenda 21, le potentiel de contribution de l'investissement au développement durable est universellement reconnu. » GEIGER, Rainer, *Éléments clés d'un cadre international pour l'investissement*, en : *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études de la Société française pour le Droit International, Paris, Éditions A. Pedone, 1999, p. 41.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

inversión” lo más estable y seguro posible³. De esta forma, un verdadero régimen jurídico para proteger las inversiones extranjeras, ha sido instaurado progresivamente, en los niveles nacional, regional e internacional⁴.

Por otra parte, el agua es un recurso natural esencial para la vida y útil para una gran cantidad de actividades humanas, ella sirve tanto para la producción de bienes (desde productos alimenticios hasta circuitos de computador), como para la prestación de una serie de servicios (generación hidroeléctrica, turismo, etc.). No obstante, a pesar de su abundancia aparente, gran parte del agua que existe en nuestro planeta no es ni potable, ni útil. Los expertos señalan, incluso, una carencia progresiva de esta en la escala planetaria, en los próximos 15 o 20 años⁵.

A ello debe sumarse que la disponibilidad del agua se verá limitada, también, por las actividades tendientes al cumplimiento del “Primer objetivo de desarrollo del Milenio”, que ha sido acordado en el seno de la Organización de Naciones Unidas, el cual consiste en reducir a la mitad, la hambruna y la pobreza

³ Un ejemplo remarcable de esta tendencia es el tratado bilateral de inversión firmado entre la Unión económica Belgo-luxemburguesa y la República de Burundi, en el que los estados se comprometen a no tomar ninguna medida privativa o restrictiva de la propiedad, ni ninguna otra medida que presente un efecto similar en relación a las inversiones situadas en su territorio, si no es porque un imperativo de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional lo exige excepcionalmente. Ver en ese sentido la sentencia de *Antoine Goetz et consorts c./ Burundi* (ICSID ARB/95/3), de 10 février 1999, n° 124.

⁴ En este sentido ver el trabajo de HOUDE, Marie-France et YANNACA-SMALL, Catherine, *Relations entre les accords internationaux sur l'investissement*, Paris, OCDE, Documents de Travail sur l'investissement international, N° 2004/1, mai 2004.

⁵ Al respecto, la Coordinadora de Proyecto de la *Division des sciences de l'eau* de la UNESCO, Léna Salamé, comentó que: « Dans un contexte où les pressions exercées sur les ressources en eau vont très certainement s'amplifier dans les prochaines décennies, suite aux besoins grandissants de l'agriculture, de l'industrie et des usages domestiques, il est fort à craindre que les compétitions se renforcent pour l'accès à cette ressource limitée. Compétitions qui seraient d'autant plus exacerbées, du fait de la distribution inégale de l'eau –dans le temps et dans l'espace– à travers de la planète, et de la concentration de la majorité de la population humaine dans des bassins hydrographiques transfrontaliers. / Des compétitions inévitables s'amplifiant et des conflits se développent, dès lors que plusieurs personnes ou groupes de personnes doivent cohabiter –les populations d'un même bassin hydrographique, en l'occurrence– alors qu'ils ont des intérêts discordants, et dès lors qu'ils pensent ne pouvoir atteindre leurs objectifs respectifs qu'au détriment de ceux des autres. Lorsque la ressource partagée est rare et très prisée, ces conflits peuvent devenir d'autant plus aigus. » SALAMÉ, Léna, *Guerres de l'eau, fantasmes et réalités*, pris de *Economie & Humanisme*, Lyon, N°372, mars 2005, pp. 76.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

en el mundo, al horizonte 2015⁶. Ello implicará un aumento estimado del 50%, en el consumo de agua dulce dedicada a la agricultura. Esto supone que harán falta 2.200 km³ suplementarios de agua dulce, para alimentar a 400 millones de personas (la mitad de las personas con hambre en el mundo), que es equivalente a la cantidad de agua dedicada actualmente a la irrigación. Para hacer frente a este objetivo, se requiere, sin duda, una mejor gestión del agua⁷.

En este contexto, las políticas públicas que incitan una utilización más racional y eficiente del recurso serán indispensables. Estas deben concretarse por medio de normas imperativas, adoptadas por los Estados y por las demás autoridades públicas.

Un posible conflicto entre los objetivos de uno y otro derecho, se hace evidente. Por un lado, el derecho de la inversión busca asegurarle estabilidad al inversionista, por otro lado, el derecho del agua tiene como objetivo el mejoramiento en la administración del recurso, es decir, una evolución (I).

A esta divergencia en cuanto a los objetivos, se suma otra que toca los fundamentos. La utilización y la protección del agua se basa en el principio de “quien contamina/utiliza paga”. Sin embargo, el régimen de protección de la IED, abre la puerta a la aplicación de una lógica inversa a este principio, donde se pretende que el contaminador del agua sea indemnizado por el Estado, cuando este último adopta una “medida equivalente a una expropiación” (II).

I .- Dos imperativos divergentes:

La estabilidad de la inversión y el mejoramiento de la gestión del agua

Una parte importante del régimen de las IED, está constituido por los *tratados bilaterales de protección recíproca de las inversiones (TBI)* y por los

⁶ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 55/2. Declaración del Milenio, Resolución adoptada el 8 de septiembre de 2000, 8ª sesión plenaria. Ver también, el sitio web de la ONU: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>.

⁷ Lo anterior, según las declaraciones del Dr. Johan Rockström, Director Ejecutivo del *Stockholm Environment Institute* (SEI). Le Monde, *La lutte contre la famine passe par une meilleure gestion de l'eau*, 26 de agosto de 2005, tomado del sitio web: www.lemonde.fr.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

capítulos dedicados a la regulación de las inversiones, contenidos en los *tratados de libre comercio (TLC)*⁸.

Estos convenios establecen, principalmente, cuatro obligaciones para los Estados firmantes⁹: i) Proteger suficientemente la IED; ii) darle un tratamiento “justo y equitativo” al inversionista; iii) darle un tratamiento no discriminatorio; y, iv) abstenerse de adoptar “medidas equivalentes a una expropiación”, también llamadas, “expropiaciones indirectas”. Estas cuatro obligaciones, relativamente amplias, conforman la base del compromiso adoptado por los Estados “anfitriones”, frente a los inversionistas extranjeros (naturales del otro o de los otros países firmantes). Asimismo, los TBI-TLC conceden a estos inversionistas extranjeros, la posibilidad de exigir la constitución de un tribunal arbitral internacional, para ventilar los conflictos originados en las posibles violaciones a las cuatro obligaciones antes señaladas¹⁰.

Tanto el compromiso de los Estados anfitriones (relativo a las cuatro obligaciones), como el acceso “fácil” y directo al arbitraje internacional, son medidas que dan seguridad a los inversionistas. En este sentido, el arbitraje internacional resulta atractivo, por cuanto permite abstraer el conflicto, del orden jurídico del país que recibe la inversión, constituyéndose así, un verdadero régimen de excepción.

⁸ En este sentido, el profesor Leben afirma que : « ...le phénomène qui nous semble le plus important dans l'évolution du droit international des investissements dans les deux dernières décennies, c'est l'extraordinaire développement du nombre des traités bilatéraux concernant la promotion et la protection des investissements conclus dans cette période... ». LEBEN, Charles, *L'évolution du Droit international des investissements*, en: *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, *Op. Cit.*, p. 7.

Un recuento de los TBI-TLC que se encuentran en vigor en el continente americano, puede ser consultado en el sitio web del Sistema de Información sobre el Comercio Exterior (SICE) de la OEA: http://www.sice.oas.org/countries_s.asp

⁹ Ver, en este sentido: GAILLARD, Emmanuel, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, *Revue de l'arbitrage*, Paris, N°3, juillet-septembre, 2003, p. 854. LEBEN, Charles, *Op. Cit.*, pp. 13-16.

¹⁰ En este sentido ver: LEBEN, Charles, *Op. Cit.*, pp. 16-18 ; LEMAIRE, Axelle, *Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le chapitre 11 de L'ALENA*, *Revue de l'arbitrage*, Paris, N° 1, 2001, pp. 49-60.

Este régimen excepcional va a provocar una de dos situaciones. Por un lado, la protección de la inversión puede manifestarse como un contrapeso al mejoramiento en la administración del agua (A). Por otro lado, las medidas que buscan mejorar la gestión del agua, pueden transformarse en factores que afectan los intereses de los inversionistas, al punto de que sea reconocido su carácter equivalente a una expropiación (B).

A. - La protección de la inversión, un contrapeso al mejoramiento de la gestión del agua

El recurso al arbitraje permite analizar la actividad estatal, fuera del contexto del ordenamiento jurídico nacional, con apego solamente a las reglas dictadas por el TBI-TLC respectivo¹¹. El estudio del tribunal arbitral se centra, de esta manera, en la posible responsabilidad internacional del Estado, derivada, única y exclusivamente, del incumplimiento de las obligaciones a las que se compromete al firmar el TBI-TLC (normalmente, las cuatro arriba mencionadas).

El mandato del tribunal arbitral excluye el análisis de toda otra obligación del Estado emanada de su orden jurídico interno, así como de otros compromisos internacionales, incluidos los derechos humanos y el derecho internacional del ambiente¹². En este sentido se pronunció el tribunal arbitral en el laudo del caso *Compañía de Santa Elena c./ Costa Rica*¹³, al no examinar los alegatos y las

¹¹ En el mismo sentido ver: BURDEAU, Geneviève, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats*, Paris, Revue de l'Arbitrage, N°1, Janvier-Mars, 1995, p.21 ; MANN, Howard, *International economic law: Water for money's sake?*, Brasilia, I Seminario Latino-Americano de Políticas Publicas em Recursos Hidricos, 22 septembre 2004, pp. 2-3.

¹² En este sentido, el abogado Howard Mann afirma: "...in the context of the linkages between an investment and the domestic legal regime: labour law, health standards, zoning, pollution controls, taxation, and many more, the singular focus of investment agreements on the rights of foreign investors when compared to the complex interaction of many types of laws on domestic investors carries a significant advantage for foreign investors." MANN, Howard, *Op. Cit.*, p. 17.

¹³ "While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid (32). The international source of the obligation to protect the environment makes no difference. / (32) For this reason, the Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

pruebas aportadas por el Estado, y que buscaban demostrar, cómo sus obligaciones internacionales de preservación del ambiente incidieron en el accionar público. En el caso *Metalclad c./ México*, el tribunal arbitral afirmó que no necesitaba "...considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN."¹⁴ Este artículo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (**TLCAN**), se refiere a la expropiación de la inversión y a la indemnización al inversionista.

El arbitraje sobre el fundamento de un TBI-TLC, en contraposición al que se fundamenta en una cláusula compromisoria, permite el análisis de la conducta del Estado bajo una óptica de derecho comercial, incluso en lo que concierne a sus poderes legislativos y de policía¹⁵. El interés general se ve confrontado con el interés privado del inversionista, en un plano de igualdad¹⁶. Se provoca, así, un conflicto latente entre el régimen de protección de la inversión extranjera y la protección del ambiente¹⁷. En este sentido, varias organizaciones sociales y

Tribunal does not analyse the detailed evidence submitted regarding what Respondent refers to as its international legal obligation to preserve the unique ecological site that is the Santa Elena Property." *Compañía de Santa Elena c./ Costa Rica*, (ICSID case No. ARB/96/1), sentencia del 17 de febrero de 2000, n° 71. Texto tomado del sitio web del ICSID <http://www.worldbank.org/icsid/>.

¹⁴ Caso *Metalclad c./ México*, (ARB(AF)/97/1), sentencia del 30 de agosto de 2000, n° 111, texto tomado del sitio web del *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID): <http://www.worldbank.org/icsid/>.

¹⁵ Ver, en este sentido: LEMAIRE, Axelle, *Op. Cit.*, pp.70-81.

¹⁶ En este sentido, Axelle Lemaire señala que: « Le débat autour des atteintes à la souveraineté législative des Etats s'accompagne également d'une inquiétude quant au contenu démocratique du mécanisme d'arbitrage. La légitimité du rôle dévolu aux arbitres est ainsi mise en doute. Il est demandé à des personnes privées, sans légitimité démocratique aucune, de se prononcer sur des mesures de politique nationale prises à l'instigation de gouvernements démocratiquement élus. [...] En outre, il est reproché aux arbitres de ne manifester qu'un intérêt très relatif pour les politiques publiques menées par les Etats, favorisant ainsi, intentionnellement ou non, les intérêts des investisseurs privés. » LEMAIRE, Axelle, *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁷ El profesor Geiger señala que : « Encore faut-il que les accords de libéralisation et de protection de l'investissement n'entrent pas en conflit avec les politiques environnementales et que ces accords soient compatibles avec les instruments multilatéraux en matière d'environnement. En outre, il est indispensable que les entreprises elles-mêmes soient conscientes de leurs responsabilités et contribuent au développement de normes de haute qualité. » GEIGER, Rainer, *Op. Cit.*, p. 41.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

ambientalistas, principalmente en América Latina y en África, han manifestado inquietudes sobre las implicaciones de este conflicto, en la administración de los recursos hídricos en el corto plazo¹⁸.

Lo anterior, se debe a que durante estos últimos veinte años¹⁹, esta característica del arbitraje internacional basado en un TBI-TLC, ha originado la instauración de un número creciente de procesos arbitrales, por iniciativa de los inversionistas²⁰. Esta situación ha sido calificada por algunos autores, como un abuso de su derecho de acción²¹.

Es así como, hasta la fecha, se cuentan más de diez procedimientos arbitrales que tocan la administración y la regulación de los recursos hídricos, entre los que cabe mencionar²²: **1) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y***

En este sentido, el artículo 1114 (1) del TLCAN establece que: “1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.” Sin embargo, la obligación de conformidad de las normas de protección ambiental, con el capítulo de protección de las inversiones, no contribuye a aclarar un posible conflicto entre el régimen de protección de la IED y la protección ambiental. En el mismo sentido, Axelle Lemaire señala que: « ... cette disposition ne pose pas un régime d’exception d’ordre public, puisque la validité des mesures prises sur ce fondement reste subordonnée à leur conformité au chapitre 11. Aucun mécanisme obligatoire n’est en outre prévu pour assurer le respect de la disposition ». LEMAIRE, Axelle, *Op. Cit.*, p.80.

¹⁸ Ver, por ejemplo, los sitios web : H2O, www.h2o.net; l’Institut international du développement durable (IISD), www.iisd.org; y The water page, www.thewaterpage.com.

¹⁹ El profesor Gaillard comenta que « ...la première sentence CIRDI [*Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*] rendu sur le fondement d’un traité bilatéral, et non d’une convention d’arbitrage classique, est la sentence AAPL/ Sri Lanka rendu le 27 juin 1990... » GAILLARD, Emmanuel, *Op. Cit.*, p. 856.

²⁰ Sobre el particular, el abogado Howard Mann comenta que el aumento en la utilización de este tipo de arbitraje se debe a tres situaciones: i) el aumento en los flujos de inversiones durante la década de los noventas, ii) la firma de una gran cantidad de TBI, y iii) el recurso a este arbitraje ha generado, en sí mismo, una “buena fama” como una alternativa viable a la justicia estatal, para el inversionista extranjero. MANN, Howard, *Op. Cit.*, pp. 17-18.

²¹ En este sentido Christine Chiu señala que el capítulo 11 del TLCAN “...has been used by foreign investors as an offensive strategy, allowing them to escape the normal risks of the market by demanding compensation for losses caused by national environmental policy.” CHIU, Christine, *Chapter 11 and the Environment*, Environmental Policy and Law, Amsterdam, IOS Press, Vol. 33, # 2, 2003, pp. 71-75.

²² Información tomada del sitio web del ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>, julio 2009, de l’U.S. *Department of State*, www.state.gov y de la *Secretaría de Economía Mexicana*, www.economia-snci.gob.mx/

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reinpresión 2011, pp 445-466.

Vivendi Universal c./ Argentina (ICSID Case No. ARB/97/3), sobre un contrato de concesión de servicios de acueductos y de alcantarillado sanitario (Este caso fue el objeto de un procedimiento de anulación); **2)** *Aguas del Tunari S.A. c./ Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), sobre una concesión de servicios de acueductos y alcantarillado sanitarios (caso cuyo origen son los eventos llamados comúnmente la “guerra del agua”); **3)** *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/17), sobre una concesión de servicios de acueductos; **4)** *Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/18), sobre una concesión de servicios de acueductos; **5)** *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/19), sobre una concesión de servicios de acueductos; **6)** *Azurix Corp. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/30), sobre un contrato de concesión de servicios de acueductos y alcantarillado sanitario; **7)** *Azurix Corp. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/12), sobre un contrato de concesión de servicios de acueductos; **8)** *SAUR International c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/04/4), sobre un contrato de concesión de servicios de acueductos y alcantarillado sanitario; **9)** *Bayview Irrigation District y otros c./ México* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1), sobre los derechos de utilización del agua de empresas agrícolas (Laudo de 19 de junio de 2007); **10)** *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, sobre la adopción de una medida de protección del agua (Laudo de 19 de junio de 2007); **11)** *Impregilo S.p.A. c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/17), sobre una concesión de acueductos; **12)** *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c./ Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/26), sobre una concesión de acueductos.

Estos arbitrajes conciernen estados del continente americano: Estados Unidos (1), México (1), Bolivia (1) y Argentina (9). La situación argentina llama poderosamente la atención, pues se origina en la crisis económica que sufrió dicho país a principios de siglo (2001-2002). Esta nación del sur, al verse forzada

a dejar la paridad entre el dólar americano y el peso, ocasionó un desequilibrio en todos los contratos de concesión (privatizaciones), lo que provocó una verdadera “avalancha” de arbitrajes de este género. La actual crisis económica mundial podría desencadenar en otros países, condiciones económicas similares a las que afrontó Argentina en su momento²³.

En el mismo sentido, cabe preguntarse si la adopción de nuevas medidas de carácter general, no monetarias, pero que aseguren una protección más rigurosa del agua, podría engendrar una “avalancha” similar de arbitrajes²⁴. De esta forma, la pregunta central es: si una medida de protección del agua, adoptada sobre la base de las facultades legislativas y reglamentarias del Estado, puede dar lugar a la responsabilidad internacional de éste, por violación a las obligaciones contraídas con la firma de un TBI-TLC.

La imposibilidad para dar una respuesta categórica a la pregunta anterior, genera una incerteza que beneficia a los inversionistas. Así, los altos montos de las indemnizaciones requeridas por éstos y los elevados costos de un arbitraje

²³ El profesor Gaillard señala que « ...la loi argentine sur l'urgence économique N° 25.561 du 6 janvier 2002 qui, entre autres mesures, a abandonné la parité peso-dollar a suscité une vague de demandes d'arbitrage fondées sur divers traités de protection des investissements. Les investisseurs concernés ont en effet soutenu que la mesure affectant les tarifs de leur concession ou l'équilibre de leur contrat constituait une mesure équivalente à une expropriation et qu'elle violait diverses dispositions protectrices des traités. Des dizaines d'affaires ont été ou sont en passe d'être portées devant des dizaines de tribunaux arbitraux à ce sujet. Devant le seul CIRDI, au 1er septembre 2003, vingt affaires sont pendantes contre l'Argentine dont la majorité concerne cette mesure. [...] L'Etat argentin est le premier à se trouver placé dans cette situation mais celle-ci ne doit nullement être considérée comme exceptionnelle. Le structure des engagements internationaux pris par les Etats au profit d'investisseurs privés est telle aujourd'hui que toutes les grandes mesures de portée générale que l'on a connues dans le passé dans certains pays (nationalisation d'un secteur d'activité, moratoire de certaines catégories de dettes...) sont susceptibles de susciter des vagues de contentieux analogues. » GAILLARD, Emmanuel, *Op. Cit.*, p.860-861.

²⁴ El profesor Geiger afirma, sobre el particular, que: « Le volet sur la protection de l'AMI [*Accord Multilatéral d'investissement*] étant conçu comme une transposition des dispositions les plus exigeantes des accords bilatéraux et de l'ALENA [*TLCAN, en español*], les négociateurs, à leur surprise et à un stade avancé des discussions, ont dû se rendre compte que de telles dispositions pouvaient être utilisées par des entreprises pour mettre en cause toute réglementation d'un pays ayant une incidence négative sur la valeur d'une entreprise (par exemple une réglementation introduisant des normes plus élevées en matière de protection de l'environnement). ». GEIGER, Rainer, *Op. Cit.*, 1999, p. 7 y 37.

internacional de este tipo (sobre todo en comparación con los de la justicia nacional), tienen un efecto político-emotivo de intimidación. Ello puede llegar a traducirse en una tendencia de cautela, o incluso de rechazo, a la hora de valorar la adopción de regulaciones más rigurosas en la protección del ambiente, a fin de evitar el peligro de este tipo de litigios²⁵, o de afectar, en términos generales, la política de atracción de inversiones²⁶.

Con más de una decena de TBI firmados y siete TLC en vigor, Costa Rica no es inmune a este fenómeno; todo lo contrario, nuestro país se ha visto ya confrontado a esta situación. Así, por ejemplo, un inversionista canadiense amenazó con demandar la instauración de un arbitraje de este tipo, como medio de presión para concretar un proyecto de prospección de oro “a cielo abierto” en las Crucitas. De esta manera, el inversionista, temiendo que su proyecto fuera declarado ambientalmente inviable, por el riesgo de contaminación del agua al utilizarse cianuro en la extracción minera, amenazó con demandar la constitución de un arbitraje, con fundamento en el TBI entre Canadá y Costa Rica, en el que solicitaría una indemnización de US\$276 millones²⁷. Debe señalarse que este monto equivale a siete veces el presupuesto que nuestro país destinó en 2004 a la construcción y reparación de las vías públicas²⁸.

La amenaza de los inversionistas, en este sentido, constituye un medio de presión importante para entorpecer la evolución de la legislación ambiental y disminuir, de hecho, la capacidad pública de administrar el agua. Algunos autores han comentado que este régimen de protección de la IED, da derecho a los

²⁵ El abogado Howard Mann señala que: “In addition to using the process for actual disputes – i.e. to challenge measures that have already taken effect and had an impact on an investment – threats of the use of the process are becoming increasingly common as a way to lobby against a new measure being taken. This use of the investor-state process as a sword can have significant impacts on the normal political processes...” MANN, Howard, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁶ En otros términos, se señala el riesgo de disminuir “la competitividad del país” o incluso, de “enviar un mensaje equivocado a los inversionistas”.

²⁷ Información tomada del « *news release* » de 22 de julio de 2005, que fue publicado en el sitio web de la empresa: www.vanessaventures.com.

²⁸ La Nación, *Minera reclama indemnización al Gobierno por \$276 millones*, 9 de agosto de 2005, tomado de www.nacion.com.

inversionistas a desafiar la legitimidad de la actividad pública, en campos extremadamente sensibles para la población como son, por ejemplo, el ambiente, el trabajo, la salud o la protección de los consumidores²⁹.

B. - La gestión del agua, un factor de “expropiación” de la inversión

La expropiación es un instituto jurídico previsto para transferir forzosamente, a favor del Estado, un derecho de propiedad sobre un inmueble. Sin embargo, cuando se hace referencia a una “expropiación” sobre una inversión, o a una medida que le resulta equivalente, el Derecho no puede dar una respuesta unívoca.

La expropiación puede ser aplicada, a título excepcional, a un derecho de propiedad sobre un mueble o a un derecho incorporal³⁰; no obstante, su utilización ante un concepto indeterminado para el Derecho, como es la noción de “inversión”, cuyo origen es económico-financiero, dificulta enormemente la aplicación de este instrumento.

Los textos de los TBI-TLC definen, normalmente, el concepto de inversión³¹. Si en principio, una definición facilita la aplicación de la norma, en este caso, la indeterminación jurídica de algunos de los términos utilizados para definir esta noción (que a su vez resulta ya indeterminada), provoca el efecto contrario. Se recurre, así, a la elaboración de una lista que reúne, en términos jurídicos, diversos derechos de propiedad (inmueble, mueble e inmaterial); de goce, disfrute y usufructo (concesiones); así como obligaciones. También, algunos instrumentos incluyen en estas listas, una referencia a los “intereses de toda naturaleza”³².

²⁹ Ver, en este sentido: LEMAIRE, Axelle, *Op. Cit.*, pp.71-72.

³⁰ En este sentido ver: HOSTIOU, René et STRUILLOU, Jean-François, *Expropriation et préemption*, Paris, Litec, 2001, p. 15.

³¹ Ver en este sentido: TLCAN, Art. 1139; *Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Argentina, sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones*, firmado el 3 de julio de 1991, aprobado por la Ley argentina No. 24.100, publicada en el Boletín Oficial de 14 de julio de 1992, Art. 1.1.

³² El TBI entre Argentina y Francia, al definir el término inversión, establece que: “Le terme « investissement » désigne des avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature...”.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

En este sentido, un “interés de toda naturaleza” puede ser en sí mismo considerado como una inversión, lo que ocasiona que en los términos de estos tratados, un simple interés puede ser el objeto de una expropiación. Asimismo, la jurisprudencia arbitral producida con motivo de los litigios instaurados con fundamento en el TLCAN, se ha orientado hacia la protección de simples intereses, afirmando por ejemplo, que el acceso del inversionista al mercado es un “interés de la propiedad” -a *property interest*-, sujeto a la protección contra las expropiaciones³³. La posibilidad de ver un interés expropiado, nos parece conceptualmente incorrecta, por dos motivos: Primero, porque no se está en presencia de un derecho real y, segundo, por cuanto no es posible la “transferencia” del interés en favor del Estado (aumentación del patrimonio).

Durante la década de los sesentas y setentas, la doctrina predominante del Derecho Internacional consideraba que, el mismo término “expropiación”, enfatiza la preeminencia del interés público sobre el derecho individual, lo que suponía un derecho privado real, adquirido. De otra forma, no podría existir conflicto entre el interés particular y el interés público³⁴. No obstante, la doctrina ha evolucionado hacia una posición muy diferente. Hoy en día, para calificar una medida estatal como equivalente a una expropiación, no es importante saber si un derecho del inversionista ha sido violado, es suficiente con la constatación de que él ha sufrido un perjuicio (una afectación de sus intereses)³⁵.

La asimilación de un simple interés del inversionista a un derecho real, en relación con la figura de la expropiación, tiene como resultado inmediato una ampliación enorme del ámbito de la responsabilidad internacional del Estado y, en

³³ Ver el caso *Pope & Talbot Inc. c./ Canada*, Interim Merits Award, del 26 de junio de 2000, § 96: “...the Investor’s access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110”. En el mismo sentido, ver *Methanex Corp. c./ les Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, p. 7, §17.

³⁴ Ver en este sentido: FOUILLOUX, Gérard, *La Nationalisation et le Droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 147.

³⁵ Ver en este sentido: MANCIAUX, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États, Trente années d’activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, pp. 467-468.

consecuencia, de la posibilidad de demandarle indemnizaciones. Esta asimilación se origina en el establecimiento de la “desposesión”, como criterio único para valorar la equivalencia entre la medida impugnada y una expropiación.

Esta idea de indemnización sobre la base de la desposesión de un simple interés, ha sido también aplicada dentro del marco de la teoría de la “confianza legítima” -*Legitimate expectations*-³⁶. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha elevado la confianza legítima al rango de principio fundamental, estableciendo que: “Ciertamente, el principio de protección de la confianza legítima forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad [...] Según jurisprudencia reiterada, puede invocar el principio de protección de la confianza legítima todo operador económico en relación con el cual una institución haya generado esperanzas fundadas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si dicha medida se adopta...”³⁷. En este contexto, esta corte europea ha fijado un criterio de “previsibilidad”, como límite contra el posible abuso del derecho.

En el mismo sentido, algunos TLC-TBI fijan una regla de “excepcionalidad”, como límite al abuso del derecho. Así, estos textos señalan expresamente que los actos normativos no discriminatorios, que buscan proteger “objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”, solo podrán, excepcionalmente, ser considerados como medidas expropiatorias³⁸.

³⁶ Ver en este sentido: DOLZER, Rudolf, *Indirect expropriations: new developments ?*, en: *New York University Environmental Law Journal*, N.Y., Vol. 11, 2002, p. 78-79.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2005, asunto C-17/03 (*petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven*): *Vereniging voor Energie, Milieu en Water, y otros contra Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, §73-74.

³⁸ Ver en este sentido, por ejemplo, el *Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos* (CAFTA), Aprobado mediante la Ley N° 8622 de 21 de noviembre del 2007, publicada en el Alcance N° 246 del 21 de diciembre del 2007, Anexo 10 C, punto 4.b).

Una interpretación permisiva de la equivalencia entre una medida normativa de carácter general y una expropiación, puede resultar extremadamente nociva para la gestión del agua. Siendo esta, un recurso natural útil e indispensable para una gran cantidad de actividades económicas, la adopción de nuevas regulaciones que buscan su protección, afectará siempre (directa o indirectamente) los intereses de sus usuarios, incluidos los de los inversionistas extranjeros. En este sentido, está en manos de los árbitros internacionales la determinación de cuándo un interés será objeto de una medida expropiatoria, y dará derecho a una indemnización. De tal manera, los árbitros se verán confrontados a la elección entre dos lógicas contrapuestas: *quién contamina/utiliza paga* y *la indemnización a favor del contaminador/utilizador*.

II .- Dos lógicas contrapuestas:

Quien contamina paga y la indemnización al contaminador

La gestión del agua se basa en el principio de que le corresponde al contaminador/usuario, el financiamiento de las actividades de protección y descontaminación del recurso natural (A). Al contrario, sobre la base de los TBI-TLC, el inversionista puede, en ciertas situaciones, ser indemnizado por el Estado en función del perjuicio económico que sufre su inversión, al ser adoptada una nueva normativa de protección del agua. Lo anterior, por cuanto esta afectación económica puede constituirse en una “medida equivalente a una expropiación” (B).

A. - Un principio de la gestión del agua: “quien contamina/utiliza paga”

El principio de quien contamina paga es ampliamente reconocido como una de las bases del Derecho Ambiental, en los niveles internacional³⁹, regional⁴⁰ y

³⁹ Ver, KISS, Alexandre et BEURIER, Jean-Pierre, *Droit International de l'environnement*, Paris, Pedone, 3^e édition, 2004, p. 144. En este sentido, ver por ejemplo: *Convención sobre la Protección del Ambiente Marino del Atlántico Noreste*, de 22 de setiembre de 1992, Art. 2.2.b. La versión francesa de este artículo dice : « [L]es parties contractantes appliquent: [...] le principe du polluer payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le polluer. ». La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, firmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, publicada en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

nacional⁴¹. Este se inspira en lo que en Ciencias Económicas se ha llamado la “internalización de los costos externos”, es decir, una visión en la que los costos sociales generados por las actividades económicas, incluida la contaminación, deben ser asumidos por éstas⁴².

En relación con el recurso hídrico, en la Declaración Ministerial de Kyoto se le reconoce como un fundamento para la gestión del agua⁴³. En efecto, este principio reviste una importancia fundamental para el financiamiento de su gestión, por cuanto son los cánones pagados por el uso del recurso los que permiten una administración adecuada⁴⁴. En lo relativo a la gestión del agua, el principio adopta

Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992, Principio 16: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”

⁴⁰ Ver, por ejemplo, el artículo 174.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, establece que la política ambiental debe basarse en este principio, entre otros allí mencionados. En complemento, su artículo 6 afirma que las exigencias de protección del ambiente deben ser integradas en la definición y la aplicación de las políticas y acciones comunitarias, con la finalidad de promover el desarrollo sostenible.

⁴¹ Ver por ejemplo, la Ley Orgánica del Ambiente, N° 7554 de 4 de octubre de 1995, publicada en La Gaceta N° 215 de 13 de noviembre de 1995, Art, 2 inciso d).

⁴² Ver, en este sentido : PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 5 éditions, 2004, p.145.

⁴³ Declaración Ministerial, *Message from the Lake Biwa and Yodo River Basin*, en el contexto del tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto, 23 de marzo de 2003, párr. 5.

⁴⁴ Ver en este sentido en Costa Rica, el Proyecto de Ley N° 14585, Ley de Recurso Hídrico. Asimismo, el Decreto Ejecutivo N° 32868 de 24 de agosto de 2005, sobre el canon por concepto de aprovechamiento de aguas, publicado en La Gaceta N° 21 de 30 de enero de 2006, modificado posteriormente por el Decreto Ejecutivo N° 35097 de 23 de febrero de 2009, publicado en La Gaceta N° 56 de 20 de marzo de 2009.

Un informe del Parlamento francés, indica sobre el particular que: « La tarification du prix de l'eau doit normalement prendre en compte l'ensemble des services dont bénéficient les usagers ainsi que les conséquences des prélèvements et des rejets d'eau sur l'environnement. Il s'agit de services tels que le captage, l'endiguement, le stockage, le traitement et la distribution d'eau de surface ou d'eau souterraine ainsi que les installations de collecte et de traitement des eaux usées qui effectuent ensuite des rejets dans les eaux de surface. L'objectif de la directive est d'individualiser comptablement chaque élément de la politique de l'eau. [...] Les services français de distribution d'eau et d'assainissement, financièrement gérés comme des services publics industriels et commerciaux, donnent lieu à la perception de redevances dues par les usagers.... ». LAUNAY, Jean, Rapport d'information fait au nom de la Délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire, *Sur la gestion de l'eau sur le territoire*, Paris, Assemblée Nationale, N° 1170, 3 novembre 2003, p.13.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

entonces la forma de “quien utiliza paga”⁴⁵, convirtiéndose en un principio que impregna todo lo relativo a la planificación “hídrica”⁴⁶ y al uso del agua⁴⁷.

Si la aceptación de este principio resulta incuestionable, éste ha sido objeto de diversas interpretaciones, desde la “más liberal”, que lo concibe como la atribución de un derecho de contaminar a quien puede pagarlo, hasta la concepción tradicional, cuyo objetivo es obligar a que sea el contaminador quien asume los costos de la descontaminación⁴⁸. Sin importar las divergencias en la interpretación, es claro que el financiamiento de la gestión del agua debe provenir de quien la utiliza y la contamina. Pero, a pesar de su claridad resulta contrario a las pretensiones de los inversionistas extranjeros, en el contexto del arbitraje internacional.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, *por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas*, publicada en el Diario Oficial n° L 327 de 22 de diciembre de 2000, Art. 9.1 y considerando 38.

En el mismo sentido, un informe del Parlamento francés afirma que: « *L'eau paye l'eau* est un principe qui trouve sa traduction dans une tarification dont l'objectif est de développer et d'entretenir les infrastructures. L'apparition, ces dernières années, de taxes sur les activités polluantes incite les utilisateurs à une utilisation de l'eau plus respectueuse de l'environnement. Ces principes ont été repris par la directive cadre précitée [2000/60/CE], qui a introduit en droit communautaire la notion de récupération des coûts au travers d'une tarification économique. » LAUNAY, Jean, *Op. Cit.*, p.13.

⁴⁶ Ver, en el derecho comparado, la Ley española N° 10/2001 de 5 de julio de 2001, *sobre el plan hidrológico nacional* y su modificación por la Ley N° 11/2005 de 22 de junio de 2005, publicada en el Boletín Oficial Español N° 149 de 23 de junio de 2005. Igualmente, ver en el derecho francés, el Art. 3.1.3, incisos d) y e) del Décret N° 2005-475 du 16 mai 2005, *relatif aux schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux*, publicado en el Journal Officiel de 17 de mayo de 2005.

⁴⁷ En 1998, el Sr. Jacques Chirac, siendo Presidente de la República Francesa, afirmó: « L'eau a un prix. La gratuité est annonciatrice de pénurie. Tous ceux qui ne disposent pas d'un approvisionnement direct en eau potable ou de réseaux d'assainissement le mesurent tous les jours. Et l'expérience démontre que son coût pour les individus est d'autant plus élevé que l'investissement collectif est défallant. C'est la raison pour laquelle, même dans les quartiers défavorisés, les populations sont disposées à payer l'eau et l'assainissement. / Les professionnels le savent aussi. Il est possible de moduler les prix, naturellement, en faveur des plus démunis. Il est possible d'adapter les modes de gestion, pour favoriser une gestion collective des équipements locaux. » Intervention de Jacques CHIRAC, Président de la République, sur l'élaboration d'un plan d'actions pour la coopération internationale en faveur de la préservation des ressources en eau douce, l'amélioration de l'accès à l'eau potable et la lutte contre la pollution et le gaspillage, Paris, le 20 mars 1998, pris du site web de la Documentation française : www.ladocumentationfrancaise.fr.

⁴⁸ ROMI, Raphaël, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 5e édition, 2004, pp.119-120.

B. - Una pretensión del inversionista: “quien contamina es indemnizado”

Frente a una nueva y más estricta normativa de protección del agua, algunos inversionistas han pretendido en sede arbitral, que el Estado “anfitrión” les indemnice, aduciendo que tal medida equivale a una expropiación de su inversión. En este sentido, el arbitraje *Methanex Corp. c./ Los Estados Unidos de América*⁴⁹, constituye un verdadero caso de estudio.

Methanex Corporation (Methanex) es un comerciante y distribuidor canadiense de metanol que, en su calidad de inversionista extranjero, interpuso una demanda arbitral en 1999⁵⁰ contra los Estados Unidos de América, sobre el fundamento del capítulo sobre las inversiones del TLCAN. Se describen a continuación, los hechos que motivaron dicha demanda.

El Estado californiano, uno de los estados que conforman la unión americana, adoptó una “*Executive Order*” –un tipo de reglamento-, donde se prohibía el uso y la comercialización en su territorio del “MTBE”, que es un aditivo empleado para oxigenar la gasolina. Esta medida perseguía la protección de las fuentes de agua potable subterráneas y se basaba en un estudio científico “serio y objetivo” –en palabras del tribunal arbitral⁵¹- que demostraba que el MTBE contamina el agua y que la descontaminación es muy difícil y costosa⁵².

El inversionista alegó que esta medida era equivalente a una expropiación de su inversión en los Estados Unidos, por cuanto el metanol (su producto) es un ingrediente utilizado en la elaboración del MTBE. En este sentido, cabe recalcar que la prohibición no concernía el metanol, sino el MTBE⁵³. Para apoyar su

⁴⁹ Ver el sitio web del *U.S. Department of State*, caso *Methanex Corp. c./ United States of America*, <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>.

⁵⁰ La demanda arbitral fue notificada el 3 de diciembre de 1999 y el Tribunal arbitral rindió su laudo final el 9 de agosto de 2005.

⁵¹ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, 9 agosto 2005, p.51, § 101.

⁵² *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, p.51-52, § 102 (2).

⁵³ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, First Partial Award, 8 de agosto de 2002, § 28 et 31.

pretensión, el inversionista afirmó que la medida buscaba realmente favorecer a uno de sus competidores (un productor nacional de etanol)⁵⁴. Así, el inversionista centró sus argumentaciones en la prueba de que la medida de protección del agua, que prohibía la utilización del MTBE, era realmente un obstáculo disimulado al comercio, construido para beneficiar a un competidor nacional y que tenía un efecto equivalente a una expropiación⁵⁵.

De esta forma, *Methanex* afirmó que la medida de prohibición del MTBE, constituía: i) una medida equivalente a una expropiación de una parte de su inversión en los Estados Unidos, en violación al artículo 1110 del TLCAN; ii) una violación a la obligación de dar un trato justo y equitativo, en atención al derecho internacional y al artículo 1105 del TLCAN; y iii) una violación al principio de “trato nacional”, en atención al artículo 1102 del TLCAN⁵⁶. El inversionista pretendía, así, una indemnización cercana a los mil millones de dólares americanos (US\$1.000.000.000,00)⁵⁷.

⁵⁴ *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, « First Partial Award », § 51-53.

⁵⁵ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, First Partial Award, 8 de agosto de 2002, § 46-70 et 153: “153. The relevant assumed facts [...] can be recalled briefly: ADM [A major US producer of ethanol: Archer Daniels Midland] drives the US ethanol industry’s political and lobbying machine, ADM has launched a systematic attack on MTBE; ADM has characterised MTBE as a “foreign” product; ADM had a secret meeting with Governor Davis during his election campaign; this meeting concerned ethanol; ADM made substantial campaign contributions to Governor Davis; and after being elected, Governor Davis made the California Executive Order (leading to the California Regulations) banning MTBE, notwithstanding that MTBE is a safe product and other rational solutions exist for addressing California’s drinking water problems. From these alleged facts, Methanex also invites the Tribunal to make a series of inferences: / (i) That, at the secret meeting, ADM stated that MTBE was a “foreign” product and that banning MTBE would be a patriotic step to reduce US dependence on fuels; / (ii) That in bringing about the US measures Governor Davis acted on what he was told by ADM; / (iii) That in bringing about the measures Governor Davis acted to favour ADM and the US ethanol industry; and / (iv) That Governor Davis also acted to disadvantage, relative to ADM and the US ethanol industry, the “foreign” producers of MTBE.”

⁵⁶ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, First Partial Award, 8 de agosto de 2002, § 35 y 37.

⁵⁷ “327. Accordingly, Methanex claims: (a) damages of approximately \$970 million suffered by itself, its investments, and its shareholders as a result of the United States’ breach of Articles 1102, 1105 and 1110 of NAFTA; (b) its costs of this arbitration including, without limitation, expert and attorneys’ fees and disbursements, plus any Canadian Goods and Services tax payable thereon; and (c) applicable interest.” Methanex, *Second amended statement of claim*, §327. En relación a los “costos del arbitraje”, *Methanex* solicitó 11 y 12 millones de dólares americanos (*Methanex, Carta dirigida al Tribunal*, du 19 juillet 2004, p. 2).

Sobre la base de los hechos descritos, debe señalarse la dificultad para establecer la relación entre la medida de protección del agua y el efecto “expropiador” sobre la inversión. En este sentido, el Tribunal arbitral indicó desde un principio, que la medida atacada no hace referencia a *Methanex* o al producto que ella comercializa (el metanol)⁵⁸, porque la prohibición recae sobre el MTBE. La relación es, indiscutiblemente, indirecta. El asunto consistía, entonces, en determinar si una relación de esa naturaleza, es suficiente para justificar una indemnización (multimillonaria) a favor de un actor económico, que comercia con un producto que ha sido caracterizado como un contaminante de las aguas subterráneas. Es decir, si el contaminador debe ser indemnizado sobre la base de una prohibición de contaminar.

El Tribunal, en su laudo parcial –*First Partial Award*- del 8 de agosto de 2002, concluyó que para la aplicación del régimen de protección de la IED en el contexto del TLCAN, la relación entre la medida y la inversión debe ser más que un simple efecto, debe tratarse de una “conexión legalmente significativa”⁵⁹. De ese modo, la relación debe ser importante en términos jurídicos, no solamente en términos económicos o comerciales.

En el laudo final de 9 de agosto de 2005, el Tribunal determinó que no existía tal conexión legalmente significativa, entre la medida de protección del agua y la afectación de la inversión⁶⁰. Asimismo, se concluyó que en ese caso no existía ni un decreto de expropiación ni una expropiación disimulada⁶¹, en virtud de

⁵⁸ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, First Partial Award, 8 de agosto de 2002, § 28 et 31.

⁵⁹ *Methanex Corp c./ Estados Unidos de América*, First Partial Award, 8 de agosto de 2002, § 147: “147. Conclusion: We decide that the phrase “relating to “ in Article 1101(1) NAFTA signifies something more than the mere effect of a measure on an investor or an investment and that it requires a legally significant connection between them, as the USA contends.”

⁶⁰ *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, Partie IV, Chapitre E, p.10, § 22.

⁶¹ *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, p.3, § 6: « *In this case, there is no expropriation decree or a creeping expropriation.*”

que la medida fue adoptada en función del interés público, siguiendo un enfoque no discriminatorio y de conformidad con el procedimiento correspondiente.⁶²

A pesar de que el Laudo dio razón al Estado y que por ello, éste se convierte en un precedente importante para la protección del agua, el estudio del caso nos deja un cierto malestar. Cabe así preguntarse ¿Por qué ante una pretensión que se basaba en un vínculo de causalidad tan improbable, el Tribunal Arbitral requirió de casi 6 años para resolver?

Por otra parte, para afrontar este arbitraje, el Estado tuvo que destinar un monto cercano a los cuatro millones de dólares americanos⁶³, aún cuando no fue contratado ningún bufete “internacional”, *law firm* o *cabinet juridique*, para asumir la representación legal o la asesoría jurídica. En efecto, en este arbitraje, tanto la representación legal como la asesoría jurídica, fueron asumidas por funcionarios públicos del *United States Department of State*⁶⁴, situación que está lejos de ser la regla, ya que en este contexto, la gran mayoría de los Estados contratan costosos servicios jurídicos.

En este sentido, cabe preguntarse también: **i)** ¿Cuántos estados pueden dedicar un presupuesto similar, para atender un arbitraje internacional de esta naturaleza? Asimismo, debe reflexionarse sobre el costo de oportunidad asociado; **ii)** ¿Cuántos estados están en posibilidad de enfrentar simultáneamente, varios arbitrajes como éste? Y **iii)** ¿Hasta qué punto es aceptable el balance que hacen los árbitros, entre el interés público y el interés del inversionista?

⁶² Ver: *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, p.4, § 7.

⁶³ *Methanex Corp. c./ Estados Unidos de América*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *Op. Cit.*, p.1-2, § 1 (3) et (4).

⁶⁴ Ver en este sentido el documento descriptivo de los costos de este arbitraje, presentado por los Estados Unidos de América, el 19 de julio de 2004, consultable en el sitio web: <http://www.state.gov/documents/organization/34641.pdf>

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

Conclusión

El régimen de protección de la IED no es neutral para la gestión del agua. Todo lo contrario, él puede ejercer una influencia significativa en las decisiones sobre el mejoramiento en la administración de los recursos hídricos.

Estos dos Derechos, el de las inversiones y el del agua, siguen lógicas distintas, incluso contrarias. Lo que implica que un mismo litigio puede tener soluciones opuestas si se ventila en un arbitraje internacional o si se debate en el seno de la jurisdicción estatal. Estas diferencias marcadas entre el régimen del Derecho Común, aplicable a todos los actores económicos y el régimen de excepción, para los inversionistas extranjeros que pueden beneficiarse de un TLC-TBI, parecen establecer una discriminación injustificada y altamente costosa para los estados en desarrollo.

Finalmente, la protección y el mejoramiento del agua es una prioridad vital, que resulta a todas luces, más importante que un interés particular de naturaleza comercial. Lo que nos lleva a concluir, haciendo nuestras las palabras del profesor González Ballar: *“El agua es el líquido precioso que dio vida a la primera célula que se originó sobre el planeta y su falta o contaminación podría ser el inicio de la desaparición de una compleja civilización que no se preocupó por escucharla.”*⁶⁵

31 de julio de 2009

Bibliografía

Obras sobre el arbitraje Internacional y la inversión extranjera

- Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, *L'arbitrage transnational et les contrats d'état*, La Haye, Académie de Droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1988
- FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. et GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996
- FRUTOS-PETERSON Claudia, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine : L'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan –Logiques Juridiques-, 2003
- KITIC, Dusan, *Aspects juridiques de la privatisation et des investissements étrangers dans les pays d'Europe Centrale et Orientale*, Paris, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, Tome 27, PUF, 1995

⁶⁵ GONZÁLEZ BALLAR, Rafael, *Un Derecho Humano al agua o algunos derechos para el agua (¿Necesidad o necesidad?)*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UCR, 2006, p. 19.

Publicado en: *Temas de Derecho Público, estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Ed. Isolma S.A., 2009, reimpresión 2011, pp 445-466.

- LINANT DE BELLEFONDS, Xavier et HOLLANDE, Alain, *L'arbitrage et la médiation*, Paris, PUF/Que sais-je ?, 1^{er} éditions, 2003
- MANCIAUX, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004
- ORTSCHEIDT Jérôme, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz -Nouvelle Bibliothèque de Thèses-, 2001
- SARAGLINI, Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Éditions Dalloz, 2001
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Oxford University Press México, 2e édition, 2001
- TRAIN François-Xavier, *Les contrats liés devant l'arbitrage du commerce international*, Paris, L.G.D.J. -Bibliothèque du Droit Privé-, 2003

Obras sobre el Derecho Internacional (General y Económico)

- DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e édition, 2002
- FOUILLLOUX, Gérard, *La nationalisation et le Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962
- MERCIALI, Patrizio, *Les Entreprises Multinationales en Droit International*, Bruxelles, Bruylant, 1993
- ROSENBERG, Dominique, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris, L.G.D.J., 1983
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal, *La compétence internationale de l'État en matière de Droit Privé*, Paris, L.G.D.J., 1997

Obras sobre el Derecho Ambiental y Administrativo

- GOLDEMAN, Gretta (sous la direction de), *Environmental Liability and Privatization in Central and Eastern Europe*, Great Britain, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff – International environmental law and policy series-, 1994
- HOSTIOU, René et STRUILLLOU, Jean-François, *Expropriation et préemption*, Paris, Litec, 2001
- KISS, Alexandre et BEURIER, Jean-Pierre, *Droit International de l'environnement*, Paris, Pedone, 3^e édition, 2004
- LORIFERNE, M (Sous la direction de), *40 ans de Politique de l'Eau en France*, Paris, Economica, 1987
- PÂQUES, Michel et FAURE, Michaël (sous la direction de), *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne, Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 5 éditions, 2004,
- ROMI, Raphaël, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 5^e édition, 2004

Artículos, ensayos e informes

- BURDEAU, Geneviève, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États*, Revue de l'Arbitrage, Paris, N°1, Janvier-Mars, 1995, pp.3-37
- CHIU, Christine, *Chapter 11 and the Environment*, Environmental Policy and Law, Amsterdam, IOS Press, Vol. 33, N°2, 2003, pp. 71-75
- Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la République, décembre 2003
- DOLZER, Rudolf, *Indirect expropriations: new developments?*, in New York University Environmental Law Journal, N.Y., Vol. 11, 2002, pp. 64-93
- GAILLARD, Emmanuel, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, Revue de l'arbitrage, Paris, N° 3, juillet-septembre 2003, pp. 853-878
- GRANDBOIS, Maryse, *Le droit de l'environnement et le commerce international: quelques enjeux déterminants*, Les cahiers de Droit, Vol. 40, N° 3, 1999, pp. 545-590
- Haut conseil du secteur public, *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?*, La documentation française, décembre 1999
- HINRICHSSEN, Don, *A Human Thirst*, Worldwatch magazine, janvier/février 2003, www.worldwatch.org

- HOUDE, Marie-France et YANNACA-SMALL, Catherine, *Relations entre les accords internationaux sur l'investissement*, OCDE, Paris, Documents de Travail sur l'investissement international, N° 2004/1, mai 2004
- Institut français de l'environnement (ifen), *L'épuration des eaux usées urbaines*, Les données de l'environnement, N° 98, décembre 2004
- Institut français de l'environnement (ifen), *Les progrès de la collecte des eaux usées et pluviales*, Les données de l'environnement, N° 93, août 2004
- INSTITUT INTERNATIONAL DE DEVELOPPEMENT DURABLE (IISD), *International human rights in bilateral investment treaties and in investment treaty arbitration*, 2003, www.iisd.org
- LAUNAY, Jean (Député), *Rapport d'information : sur la gestion de l'eau sur le territoire*, Assemblée Nationale N° 1170, novembre 2003
- LEMAIRE, Axelle, *Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le chapitre 11 de L'ALENA*, Revue de l'arbitrage, Paris, N° 1, 2001, pp.43-94
- MANN, Howard, *International economic law : Water for money's sake ?*, Brasilia, I Seminario Latino-Americano de Políticas Publicas em Recursos Hidricos, 22 septembre 2004
- MATRAY Lambert et MARTENS Paul, *Arbitrage et Ordre Public Interne*, Revue de l'Arbitrage, Paris, N°2, 1978, pp. 95-112
- MIQUEL, Gérard (Sénateur), *Rapport : La qualité de l'eau et de l'assainissement en France*, Assemblée Nationale N° 705, Sénat N° 215, mars 2003
- MOUNTFIELD, Helen, *Regulatory expropriation in Europe: The approach of the European Court of Human Rights*, New York University Environmental Law Journal, N.Y., Vol. 11, 2002, pp. 136-147
- NICOLETTI, Giuseppe et d'autres, *L'influence des politiques sur les échanges et l'investissement direct étranger*, Revue économique de l'OCDE, Paris, N°36, Vol 1, 2003, pp. 7-93
- Organisation des Nations Unies, *Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations, 2004-2007*, New York and Geneva, 2004
- Organisation Mondiale du Commerce, *AGCS – Realidad y Ficción*, www.wto.org
- Organisation Mondiale du Commerce, Comité du commerce et de l'environnement, *Les travaux de la CNUCED sur les biens et services environnementaux : Note d'information*, TN/TE/INF/7, 5 octobre 2004
- PETERSON, Luke Eric, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Canada, DDC-IISD, 2004, www.iisd.org
- Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Water Strategy and Policy (Draft)*, Environmental Policy and Law, Amsterdam, IOS Press, Vol. 29, N°6, 1999, pp. 262, 279-284
- REHBINDER, Eckard et LOPERENA, Demetrio, *Legal protection of environmental rights: The role and experience of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*, Environmental Policy and Law, Amsterdam, IOS Press, Vol. 31, N°6, 2001, pp. 282-293
- RUIZ FABRI, Hélène, *The approach taken by the European Court of Human Rights to the assessment of compensation for "Regulatory expropriations" of the property of foreign investors*, New York University Environmental Law Journal, N.Y., Vol. 11, 2002, pp. 148-173
- Secretaría del Comité Español de la CCI, *Arbitraje internacional y protección de las inversiones*, Anuario de Justicia Alternativa Derecho Arbitral, Barcelona, JM Bosch Editor, N°4, 2003, pp. 267-273
- SHENKMAN, Ethan, *Could principles of Fifth amendment takings jurisprudence be helpful in analyzing regulatory expropriation claims under international law*, New York University Environmental Law Journal, N.Y., Vol. 11, 2002, pp. 174-197
- SOLANES, Miguel y JOURAVIEV, Andrei, *Revisiting privatization, foreign investment, International arbitration, and water*, Santiago, CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura N° 129, 2007
- STORME M, *L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit prive*, Revue de l'Arbitrage, Paris, N°2, 1978, pp.113-129
- YANNACA-SMALL, Catherine, *L' « expropriation indirecte » et le « droit de régler » dans le droit international de l'investissement*, OCDE, Paris, Documents de Travail sur l'investissement international, N° 2004/4, septembre 2004

Seminarios y coloquios

International *arbitration in the 21st century: Towards "Judicialization" and uniformity?*, Twelfth Sokol Colloquium, New York, Transnational Publishers Inc, 1994

Investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privées, La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965, Centre de Recherche sur le Droit des marchés et des investissements internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Dijon, Paris, Editions A. Pedone, 1969

Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, Journée d'études de la Société française pour le Droit International, Paris, Éditions A. Pedone, 1999