

Discutiendo instrumentos: El caso del contrato inversor-Estado entre Schuepbach Energy y ANCAP

Lic. RRII Viviana Barreto
Lic. Natalia Carrau
REDES - AT

I. Introducción

La empresa Schuepbach Energy Company LLC (SEC) fue fundada recientemente, en 2007 y se dedica a la exploración y producción de hidrocarburos en diferentes regiones del mundo. Para los trabajos de exploración y producción se apoyan en diferentes socios (otras empresas que ejecutan de forma conjunta los proyectos). Su fundador y Presidente, Dr. Martin Schuepbach es un empresario y geólogo experto en la explotación de gas y petróleo.

En Uruguay, la presencia de la empresa es a través de Schuepbach Energy Uruguay SRL, filial que forma parte de SEC. Su instalación en el país tuvo lugar a través de la firma de dos contratos de exploración y eventual explotación con la estatal petrolera ANCAP¹. Estos contratos además de explicitar los términos de la exploración y eventual explotación establecen derechos y obligaciones y cláusulas con mecanismos para la solución de controversias que puedan surgir entre las partes.

Los trabajos encomendados a SEC implican la exploración de hidrocarburos en la zona comprendida por la Cuenca Norte enmarcada en una cuenca sedimentaria aún mayor, llamada Cuenca de Paraná que Uruguay comparte con los países de la región y socios en el MERCOSUR: Argentina, Brasil y Paraguay. Las hectáreas comprendidas en el contrato firmado entre ANCAP y SEC incluyen partes de los departamentos de Tacuarembó, Salto, Paysandú y Durazno.

En paralelo, asistimos a una coyuntura en la que los países desarrollados y en desarrollo discuten las responsabilidades que les competen a la hora del recorte de emisiones, la financiación Norte-Sur para la adaptación y mitigación del cambio climático y la transferencia de tecnologías². En este marco, algunas empresas transnacionales han optado por modificar su discurso adaptándolo a esta realidad e intentando mostrar una perspectiva de preocupación por el medio ambiente y los impactos que la actividad petrolera genera.

Uruguay también comparte con los países de la región (Argentina, Brasil y Paraguay) el Acuífero Guaraní, considerado una de las reservas subterráneas de agua dulce más importantes del mundo. En el caso de Uruguay, el Acuífero se encuentra ocupando 45 mil kilómetros cuadrados aproximadamente, debajo de los departamentos de Artigas, Salto, Rivera, Tacuarembó y Paysandú, tres de ellos coinciden con la zona comprendida en el contrato.

¹ Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland. La empresa de capitales públicos estatales ejerce el monopolio sobre el alcohol y carburante nacional y el cemento portland. El monopolio implica su explotación y administración. Asimismo, la empresa también es responsable por la importación, el refinamiento y la venta de derivados de petróleo. El único eslabón de la cadena de exploración y explotación del petróleo en Uruguay que está abierto a capitales privados es el suministro en territorio nacional, es decir, la venta.

² En las actuales negociaciones de clima en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se está discutiendo un nuevo marco regulatorio para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, los avances logrados son absolutamente insuficientes para hacer frente a la crisis climática.

En esta coyuntura y con los antecedentes que la firma de contratos inversor-Estado ya dejaron en Uruguay³, vuelve a ser importante preguntarse acerca del beneficio de estos instrumentos y de su real aporte en el desarrollo económico, productivo y social del país.

II. Las claves del Contrato

En octubre de 2009 ANCAP y la empresa de capitales estadounidenses, Schuepbach Energy Uruguay SRL (SEU), firmaron un acuerdo de prospección que habilitaba para la empresa contratista la posibilidad de solicitar, en forma exclusiva, la firma de un nuevo contrato para exploración y eventual explotación en el área de su interés. La empresa transitó ese camino y el 21 de julio de 2012 se firmó entre ambas partes un acuerdo de exploración y eventual explotación de hidrocarburos en territorio continental del Uruguay (modalidad on shore).

La empresa asume riesgos, costos y responsabilidades relativas a la exploración y eventual explotación. Los recursos necesarios para la explotación y posterior desarrollo y producción de yacimientos que fuesen descubiertos y comercialmente explotables, corren por cuenta del inversor. La empresa contratista no tiene derechos sobre yacimientos o hidrocarburos que eventualmente se extraigan.

El contrato tiene una vigencia de 30 años con posibilidad de renovación de 10 años más a solicitud de la empresa y por aprobación del Poder Ejecutivo. El período de vigencia se compartimenta en diversos sub períodos destinados a las etapas de exploración, evaluación y explotación. En caso de descubrimiento de un recurso comercialmente explotable en ninguna circunstancia el plazo de explotación superará los 25 años⁴.

La empresa queda obligada al cumplimiento de la legislación nacional, así como a los Tratados y Convenciones internacionales en materia de medio ambiente vigentes para el Uruguay⁵.

El contrato crea un Comité de Administración con integración equitativa entre ANCAP y la empresa con el cometido fundamental de dar aprobación y ejercer el contralor de la aplicación de los programas de trabajo⁶, para lo cual se debe pronunciar por aprobación unánime de sus cuatro integrantes.

En cuanto al tipo de recursos a ser potencialmente explotados el contrato refiere a los Hidrocarburos definidos como *“compuestos de carbono e hidrógeno que comprende al Petróleo Crudo, Gas Natural, así como los Gases Licuados en cualquiera de las condiciones y relaciones en que se hallen vinculados”* y se establece que *“las referencias a “Hidrocarburos” en este contrato comprenden también a los “Hidrocarburos no Convencionales”*.

Asimismo, la inclusión de los hidrocarburos no convencionales y la posible implementación de fractura hidráulica se desprende también de la definición de los parámetros de eficiencia de

³ En particular la demanda presentada ante el CIADI por la tabacalera Phillip Morris contra el Estado uruguayo por la política sanitaria de combate al tabaquismo.

⁴ La primera fase del contrato, con una extensión máxima de 7 años, se destinará a actividades de exploración. El contrato vencerá si dentro de ese período no se hubiera efectuado un descubrimiento comercial.

⁵ Tales como los instrumentos de Naciones Unidas en materia de Cambio Climático, Biodiversidad y seguridad en la Biotecnología, o el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁶ El contralor se prevé para todas las instancias establecidas: exploración, evaluación de comercialidad, explotación y realización de actividades conexas vinculadas a la infraestructura y transporte.

referencia para la explotación como en la definición que el contrato realiza de “Operación de Producción” entre cuyas actividades se incluye *“el mantenimiento de presión mediante la inyección de Gas o agua”*.

Finalmente, el contrato prevé un mecanismo de solución de diferencias que clasifica las posibles disputas en dos grupos:

Aquellas referidas a las cuestiones jurídicas, las derivadas de la aplicación e interpretación del contrato, serán dirimidas ante los Tribunales nacionales de Uruguay, estableciendo renuncia expresa de toda otra jurisdicción, para asuntos de esta materia.

Por otro lado, las cuestiones “técnicas y/o económicas” definidas como aquellas “concernientes a la actividad petrolera cuyas soluciones dependan sustancialmente de establecer hechos o circunstancias relativas a un determinado arte o profesión, quedando excluidas las cuestiones legales y jurídicas”. Para este segundo conjunto el contrato prevé dos posibles vías de resolución de diferencias: el sometimiento a Consultores nombrados por las partes, cuyo dictamen tendrá la fuerza acordada; y el sometimiento a Arbitraje, con tribunales arbitrales con sede en la ciudad de Montevideo y nombrados de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

III. Riesgos y Amenazas

Algunas alertas están asociadas a la actividad productiva y las técnicas aplicadas en la misma. Constituye un riesgo que las técnicas a ser utilizadas no estén explicitadas en los términos del contrato y queden vagamente acotadas en un contrato legal vinculante. Esto sugiere la probabilidad de incluir técnicas que el Estado uruguayo pueda considerar en un futuro prohibir. Claramente, y por la controversia que genera, la fractura hidráulica podría constituir un riesgo en este sentido.

Por otra parte, hay otras amenazas que surgen de la forma en que se plantea la relación entre un inversor y el Estado. El contrato equipara una empresa a un Estado, estableciendo una amplia gama de razones que pueden ser esgrimidas por la empresa para demandar al Estado cuestionando sus políticas públicas. Merece particular destaque el hecho de que el Comité de Administración, creado por contrato para la aprobación de los programas de trabajo de explicación y explotación (donde se definen técnicas, zonas a ser trabajadas, instrumentos, recursos y un extenso etcétera) se integre en forma paritaria por representantes de la empresa y el Estado. Se desconoce la responsabilidad primaria e intransferible del Estado en la conducción de la política energética, así como la importancia de la transparencia y control social por parte de la sociedad organizada, que queda absolutamente marginada del proceso.⁷

El Estado uruguayo ya ha transitado por disputas vinculadas a los términos establecidos en tratados de inversiones. La experiencia que otros Estados han tenido en la región y en el

⁷ Respecto al asunto de la transparencia es importante considerar que este tipo de contratos empresa inversionista – Estado están habitualmente rodeados por rigurosas cláusulas de confidencialidad que dificultan el seguimiento de las actividades por parte de los actores sociales y políticos que –en el mejor de los casos– acceden a información compartimentada o deben transitar arduos procesos legales para ser informados, cosa que habitualmente ocurre cuando ya resulta demasiado tarde para actuar.

mundo con contratos de este tipo confirma lo mencionado anteriormente. En una coyuntura en que el Estado está ampliando sus competencias, fortaleciéndose como promotor de políticas públicas –desde un enfoque de derechos políticos, económicos, sociales y culturales– con el foco puesto en el desarrollo, este tipo de instrumentos constituyen obstáculos importantes que hipotecan la soberanía en la toma de decisiones.

a. Recursos y soberanía: la explotación de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica

A pesar de declaraciones de prensa realizadas por autoridades de ANCAP respecto a que el Estado uruguayo no prevé la aplicación de fracking, el contrato es claro en cuanto a la posibilidad de que esa técnica se lleve adelante.

La fractura hidráulica consiste en una perforación en el suelo en forma vertical hasta alcanzar la profundidad requerida. Una vez que se alcanza la profundidad, la perforación comienza a hacerse de forma horizontal penetrando el sedimento rocoso. A través de esta perforación se inyecta en el suelo agua a presión mezclada con aditivos químicos y por lo general arena con el objetivo de quebrar el sedimento rocoso subterráneo y permitir que salga el gas o el petróleo que éste conserva. Tanto la presión como la arena filtrada y los compuestos químicos buscan facilitar la salida del gas y petróleo a la superficie, evitar que las fisuras se cierren al detener el bombeo y evitar la contaminación de los hidrocarburos.

Aunque la aplicación de esta técnica es relativamente reciente, ya existen estudios y experiencias que ilustran respecto a los riesgos que conlleva. Respecto a la contaminación, incluso en condiciones adecuadas, existe un potencial e importante riesgo de fuga de los aditivos químicos que se introducen en la tierra. Asociado tanto a los aditivos químicos como a la forma en que se los introduce en el sedimento rocoso, están los efectos sobre la actividad sísmica. Estos riesgos han llevado a que agencias gubernamentales y sociedades académicas realicen estudios sobre la correlación entre la fractura hidráulica y la actividad sísmica y la contaminación del agua subterránea.⁸⁹ También existen riesgos vinculados a los aditivos químicos utilizados. Algunos estudios y empresas enumeran los mismos, pero en general la totalidad de los compuestos y sus cantidades constituyen información confidencial considerada “secreto comercial”¹⁰. De igual manera, las aguas residuales que regresan junto a

⁸ Localidad de Pavillion en el estado de Wyoming, Estados Unidos. Un estudio de la Agencia de Protección Ambiental (EPA por sus siglas en inglés) divulgado en 2011 vincula la contaminación por metano en esa localidad a la extracción de gas mediante fractura hidráulica. Otros casos vinculan la contaminación de cursos de agua a accidentes o desastres naturales.

⁹ Ya se han constatado eventos sísmicos en los países donde se utiliza la fractura hidráulica para la extracción de gas. En Inglaterra durante el 2011 se registraron dos eventos de actividad sísmica en territorios cercanos a donde están ubicados pozos de extracción de gas. La Academia de Ciencias británica junto a la Real Academia de Ingenieros señalaron en un informe de 2012 que los eventos sísmicos están vinculados a las operaciones de fractura hidráulica de la empresa que estaba operando. Reino Unido levanta la moratoria a la fractura hidráulica en diciembre de 2012 con una clara postura de promoción a la inversión de explotación de hidrocarburos no convencionales. Ver Nota de prensa “7 temores sobre el fracking: ¿ciencia o ficción?” por Alejandra Martins, BBC Mundo, 30 de Octubre 2013.

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/10/130905_ciencia_especial_fracking_dudas_am.shtml%2%AB7

¹⁰ Ver Nota de prensa BBC Mundo, op cit. Nota al pie N°8.

la extracción del gas y que está mezclada con los aditivos químicos inyectados, constituye otra fuente real de contaminación¹¹ ya constatada en algunos casos.

Por otra parte, otro riesgo asociado y recurrente está en el uso y acceso al agua. Las cantidades de agua utilizadas en la fractura hidráulica son superiores a las utilizadas en otras técnicas de extracción y, por si fuera poco, las exploraciones y explotaciones de gas de esquisto se llevan adelante en zonas y regiones que ya presentan déficit de agua. Es importante volver a plantear en términos de costo-beneficio el aporte de estas actividades industriales: en una coyuntura de alerta respecto a la escasez del agua disponible para uso humano y el aumento de la contaminación de las aguas subterráneas disponibles, ¿dónde se establece el límite en el uso del agua? El mercado enfrenta a las empresas y su poder corporativo con las comunidades y le ofrece a las primeras amplia libertad para competir por el uso de los recursos.

En términos de los efectos sobre el cambio climático, los hidrocarburos no convencionales y concretamente el gas de esquisto, es promovido por ser “más limpio” que el carbón. Sin embargo, hay una promoción engañosa al no considerar ni los fluidos que se inyectan en la tierra, ni los impactos que posee la técnica de fractura hidráulica que se utiliza para su extracción, así como tampoco la presión en el uso del recurso hídrico.

Moratorias y prohibiciones: la experiencia de otros países

Incluso desconociendo estos riesgos, considerándolos circunstanciales o poco concluyentes en su causalidad, no se puede negar lo controversial que sigue siendo, tanto la técnica como la búsqueda de nuevas fuentes de energía basadas en la industria extractiva en la actual coyuntura. La controversia y la falta de garantías que ofrezcan seguridad, han colocado a la fractura hidráulica en un lugar de desconfianza para muchos gobiernos nacionales y subnacionales que optaron, de forma expresa o por medidas cautelares o lisa y llanamente por la prohibición de esta técnica.

En 2011, Francia se convirtió en el primer país europeo en imponer una prohibición. El parlamento francés aprobó una moratoria a la fractura hidráulica, manteniendo y extendiendo la misma en Octubre de 2012 hasta tanto no se tuviesen pruebas que acreditaran que la técnica no dañará el medio ambiente o arruinará el paisaje. La empresa apeló la decisión sosteniendo que no tiene otra técnica para la extracción del gas de esquisto. El Gobierno francés aún no ha definido aprobar la explotación de gas por considerar que la fractura hidráulica no ofrece garantías suficientes¹².

En 2012 Bulgaria siguió los mismos pasos prohibiendo la fractura hidráulica para la extracción del gas de esquisto. El gobierno también revocó un permiso concedido a la transnacional estadounidense Chevron para la explotación de gas de esquisto. La decisión fue puesta a revisión unos meses después en un intento por declinar algunas previsiones incluidas en la

¹¹ Estas aguas son almacenadas en piletas que pueden eventualmente presentar fugas o roturas y que también son susceptibles de ser dañadas por eventos externos. La correcta disposición de las aguas residuales y las precauciones exigidas para evitar su filtración es un problema asociado a muchas actividades industriales y es señalado continuamente por las dificultades que implica. En la fractura hidráulica se calcula que entre un 25% y 75% del agua inyectada con los aditivos químicos regresa a la superficie durante el proceso de bombeo del gas. Royal Society citado en: Nota de prensa BBC Mundo, op cit. Nota al pie N°8.

¹² Nota de Prensa, “Update 2-French court rejects challenge to hydro-fracking law”, Agencia Reuters, 11 de Octubre de 2013: <http://www.reuters.com/article/2013/10/11/france-shale-constitution-idUSL6N0I114E20131011>

moratoria. Sin embargo, la moratoria no se modificó y fue ampliada a cualquier forma de fractura hidráulica mediante inyección de agua o gel, a todo el territorio e incluyó actividades de testeo y exploración.

También en Europa otros países como Rumania, Alemania, República Checa, España, Suiza, Italia y Austria, han anunciado y/o interpuesto moratorias provisorias o permanentes a nivel nacional y/o subnacional aludiendo a la falta de información, transparencia y/o garantías en la técnica y exploración del gas de esquisto. Algunos estados de Estados Unidos y de Canadá también han establecido medidas cautelares o la prohibición expresa de fractura hidráulica. Es decir, en estos países sus gobiernos y sus comunidades han establecido serias dudas respecto a las condiciones para esta práctica y a las razones que fundamentan implementarla.¹³

En América Latina, Argentina es uno de los países más codiciados por sus reservas de gas de esquisto. En 2012 el gobierno local de la comunidad Cinco Saltos en la provincia de Río Negro se convirtió en el primer gobierno subnacional en prohibir la exploración y desarrollo de hidrocarburos no convencionales a través de la técnica de fractura hidráulica. La autorización para la explotación recae sobre los gobiernos provinciales y todo el marco jurídico y económico vinculado a la extracción de hidrocarburos convencionales y no convencionales está atravesado por capitales nacionales y extranjeros e importantes ausencias del Estado argentino¹⁴.

b. Vinculados a la aplicación de políticas públicas en materia energética y ambiental.

Como fue mencionado, el contrato por el que ANCAP cede la capacidad de exploración y potencial explotación de hidrocarburos en un extenso territorio del centro del País en manos de SEU, posee las características típicas de un contrato de inversión, incluyendo la previsión de un esquema de solución de disputas.

El esquema previsto establece posibles vías de solución en función de la naturaleza de las disputas, sean estas de carácter jurídico -relativas a los términos del contrato- o técnicas y/o económicas – vinculadas a la actividad petrolera en sí misma.

¿Jurisdicción nacional exclusiva para las disputas de naturaleza jurídica?

Según lo previsto en el contrato (Art. 29.1.1) las disputas relativas a su texto se someterán a los Tribunales nacionales de Uruguay, que tendrán sede en Montevideo. Asimismo, el contrato incorpora a texto expreso una cláusula de jurisdicción exclusiva en esta materia al establecer renuncia expresa de cualquier otra jurisdicción.

¹³ Producto de esas medidas cautelares la empresa estadounidense Lone Pine inició una demanda de \$241 millones de dólares contra Canadá, amparándose en el impugnando la suspensión de los permisos de exploración de petróleo y gas en los yacimientos ubicados debajo del río St. Lawrence, decretada por el gobierno provincial de Quebec como parte de una moratoria más general contra la controvertida práctica del fracking o fractura hidráulica, con el objetivo de hacer una evaluación de impacto ambiental de ese método de extracción ampliamente conocido por filtrar sustancias químicas y gases en las aguas subterráneas y el aire. La empresa tenía planes y contaba con permisos para realizar tareas de fractura hidráulica en una extensísima porción del territorio en función de lo cual alega que la moratoria viola las disposiciones del TLCAN que protegen contra la expropiación y desconoce la garantía de un "nivel mínimo de trato". El caso sigue pendiente de resolución.

¹⁴ Por más información del caso argentino ver: "Fracturando Límites. Argentina: el desembarco del fracking en Latinoamérica", Friends of the Earth Europe, Mayo 2014.

Si bien la letra del contrato es clara en cuanto al reconocimiento del principio de jurisdicción exclusiva para esta materia, la lógica del funcionamiento del sistema internacional de arbitraje inversionista – Estado ofrece ejemplos de que este tipo de cláusulas no aseguran al Estado estar libre de inicio de procesos a nivel internacional.

Desde octubre de 2006 Uruguay tiene en vigencia un Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) con los Estados Unidos, que da cobertura a las actividades de Schuepbach en tanto empresa cuyos capitales son de origen estadounidense.

El sistema internacional ha operado dando a los Tratados de Protección de inversiones, en primera instancia, una vigencia cuasi universal ante todas las circunstancias. Uno de los elementos clave de esa lógica, es la dinámica de actuación del selecto grupo de abogados y juristas que actúan como árbitros internacionales en los mecanismos inversionista - Estado. Estos sujetos son parte interesada en las disputas en tanto su trabajo depende en buena medida de la legitimación de los mecanismos internacionales de arbitraje y la existencia de litigios. Por esta razón tienden a aplicar criterios expansivos en cuanto a la aceptación de legitimidad para actuar en una gran amplitud de situaciones, incluso aquellas *prima facie* sujetas a cláusulas de jurisdicción exclusiva.¹⁵

El caso COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. y VIVENDI UNIVERSAL (antes COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX) vs. Argentina¹⁶ ofrece un interesante ejemplo en este sentido. Las empresas, de capitales franceses, demandaron a la República Argentina ante el CIADI en virtud de ciertos actos cometidos por la Provincia de Tucumán, que presuntamente originaron la terminación de un Contrato de Concesión vigente entre las partes, alegando violación del TBI vigente entre Argentina y Francia.

El tribunal arbitral que tomó conocimiento del caso en primera instancia reconoció su jurisdicción pero desestimó la demanda en el entendido que los hechos de fondo que la motivaron se vinculan directamente al Contrato de Concesión. Con esta base, el tribunal alega que el demandante debía haber acudido en primer lugar a los Tribunales de la Provincia de Tucumán según lo previsto en el texto del contrato, que contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva.

El fallo motivó la presentación de un recurso de anulación ante el CIADI por parte de las empresas demandantes. El Comité Ad Hoc designado para el asunto procedió a la anulación de la decisión de primera instancia por entender que existió un “exceso de poder” del tribunal arbitral al desestimar la demanda.

Esta decisión muestra claramente la línea de actuación del CIADI y la tendencia de todo el sistema de arbitraje internacional, profundamente proclive a favorecer la proliferación de demandas a partir criterios extensivos de jurisdicción que favorecen lo que se conocen como “procedimientos paralelos”.

¹⁵ Eberhardt, P y Olivet, C., “Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones”, CEO, TNI (2012).

¹⁶ Caso No. ARB/97/3

En el caso en cuestión el Comité de Anulación entendió que el TBI establece una norma independiente que siempre está disponible para juzgar la conducta del Estado: “Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado”.¹⁷ Estableció asimismo, que la vigencia del TBI es un “ofrecimiento” dado por la República Argentina a los inversores.

Citando un caso anterior¹⁸ el Comité considera que, en virtud del artículo 25.1 del Convenio CIADI que establece que “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. Esto implica que se considere el requisito de sometimiento en primera instancia a los tribunales nacionales (en virtud de una cláusula contractual vigente), como un desconocimiento de la presunta responsabilidad internacional del Estado.

Esa tendencia expansiva en cuanto al reconocimiento de jurisdicción por parte de los árbitros se ve reforzada por el amplio lenguaje contenido en los TBI, que favorece esa sensación de cobertura universal e ilimitada de todas las situaciones posibles en torno a las inversiones extranjeras.

El TBI vigente entre Uruguay y Estados Unidos no es una excepción en este sentido. Contiene una definición híper extensiva del concepto de inversiones.¹⁹

En virtud de su artículo 24 se establece expresamente la vigencia del acuerdo en caso de incumplimiento de las obligaciones emanadas del propio Tratado²⁰, de lo estipulado en una decisión de “autorización de inversión”²¹ o de las cláusulas contenidas en un “acuerdo de inversión”²², que hubieran causado daños o pérdidas al demandante. El caso Schuepbach – ANCAP está enmarcado en lo que el TBI define como acuerdo de inversión, cuya violación podría llevar a un esquema de solución de disputas, de acuerdo al régimen establecido en el Tratado que reconoce al CIADI como mecanismo válido.²³

Por su parte, cabe señalar que el Anexo C del TBI Uruguay- Estados Unidos prohíbe a texto expreso la posible existencia de jurisdicciones paralelas. Es decir, inhibe la posibilidad de

¹⁷ Párrafo 103 de la Decisión de Anulación.. Disponible en: <http://italaw.com/documents/vivendi-supp-sp.pdf>, consultado en diciembre de 2014.

¹⁸ *Lanco International Inc c. República Argentina* (decisión del 8 de diciembre de 1998), 40 ILM 457 (2001) [texto en inglés]

¹⁹ Artículo 1 del TBI Uruguay –Estados Unidos: “inversión”: todo activo de propiedad de un inversor o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas entre otras las siguientes: compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo. La inversión puede adoptar diversas formas, a saber: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como licencias, autorizaciones, permisos; (h) otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad conexos, tales como arrendamientos, hipotecas, garantías reales y prendas.”.

²⁰ Artículo 24 a) i A) y 24 b) i A).

²¹ Artículo 24 a) i B y 24 b) i B).

²² Artículo 24 a) i C) y 24 b) i C).

²³ Ver Artículo 1 del TBI: “acuerdo de inversión: acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversor de la otra parte, en el cual la inversión cubierta o el inversor confían en establecer o adquirir una inversión cubierta que no sea el acuerdo escrito en sí mismo, que otorgue derechos a la inversión cubierta o al inversor:

(a) Con respecto a recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales tanto para su explotación, extracción, refinería, transportes, distribución o venta”.

presentar una disputa a arbitraje internacional en caso de que previamente hubiese sido conocida por tribunales administrativos o judiciales uruguayos.

No obstante, la tendencia ya mencionada del sistema internacional de arbitraje de aplicar criterios expansivos en cuanto a la pertinencia de la jurisdicción internacional, nos coloca ante una legítima duda respecto a que el Estado Uruguayo pueda relajarse en la vigencia de la cláusula de jurisdicción exclusiva en el contrato o en la prohibición de jurisdicción paralela en el TBI.

La decisión de anulación del Comité que actuó en el caso VIVENDI y otros vs. Argentina, ya citado, da cuenta de una línea de actuación que considera que los hechos potencialmente provocadores de un incumplimiento pueden analizarse separadamente a la luz del contrato, por un lado, y a la luz del TBI, por el otro. Entiende que el Tratado representa una obligación internacional para el Estado que se sitúa por encima de cualquier acto unilateral posterior.

Por otro lado la amplia gama de Tratados de Protección de inversiones que nuestro país ha firmado opera como una red uniforme de protección al inversor. La vigencia de cláusulas de nación más favorecida, componente clave de todos los TBI, habilita a los inversionistas a elegir entre los regímenes de protección aceptados por el Estado en los diversos Tratados, en una dinámica que se ha dado en llamar “cherry picking”.²⁴

En este caso en particular el inversor estadounidense en cuestión podría, por ejemplo, invocar la cláusula de la nación más favorecida del TBI con Estados Unidos para solicitar se aplique el régimen de solución de disputas previsto en el Artículo 8 del Convenio sobre Fomento y Protección de Inversiones de Capital vigente entre Uruguay y Reino Unido²⁵ desde 1997 o el previsto en el Artículo 13 del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones vigente con Australia desde el 2002, que tienen previsiones menos restrictivas en cuanto a la posibilidad de recursos paralelos.

La Cámara de Comercio Internacional

Como ya hemos mencionado, el contrato prevé el recurso de arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para aquellas cuestiones técnicas y/o económicas, vinculadas a la actividad de exploración y potencial explotación en el marco del contrato. Según lo establecido, el arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Montevideo, será realizado en español y se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la CCI “*en todo aquello que no contradiga el contrato*”.

Tal como lo señala Van Harten²⁶ es imprescindible no perder de vista que la CCI es una institución privada, que representa al mundo empresarial, con lo cual no es insensato cuestionarnos acerca de su imparcialidad al fijar las reglas y criterios que potencialmente guíen la solución de disputas inversionista – Estado.

²⁴ “Uruguay ante el CIADI y los Tratados de Protección de Inversiones”, REDES AT, Fundación Solón, Uruguay sustentable, Amigos de la Tierra (2011) página 116.

²⁵ Los acuerdos están disponibles en: <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv16819.htm> y <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue17573.htm>

²⁶ Van Harten, Gus *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law* (2010)

En su sitio web la CCI se define como *“la organización empresarial mundial, la única asociación representativa que habla con la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo.”*²⁷ Asimismo, la organización se auto identifica como la voz del mundo de los negocios donde quiera que los gobiernos adopten decisiones que afecten en forma crucial a las estrategias corporativas.²⁸

Tal como lo comenta el autor, la neutralidad de la CCI está en cuestión en la medida en que se trata de una organización corporativa, cuyo cometido fundamental será -por naturaleza-, favorecer los intereses de sus miembros, muchos de los cuales muy probablemente se presenten como partes interesadas – demandantes- en una disputa contra las políticas públicas.

Desde esta perspectiva resulta preocupante el papel de la CCI, dada su trascendencia en la fijación de parámetros en las reglas de arbitraje internacional. Al respecto Van Harten señala el gran interés de las empresas multinacionales, socias de esta institución, en invertir en la construcción de servicios legales, pasivamente adoptados por los Estados, y que les resultan de gran provecho para sus intereses de inversión.

Junto con su naturaleza de institución privada, vinculada al mundo de los negocios, la lógica de las reglas de arbitraje impulsadas por la Cámara adolece de los mismos desvíos pro inversionistas que caracterizan a todo el sistema de arbitraje internacional: el secretismo de los procedimientos, la discrecionalidad absoluta en los procesos de interpretación de la normativa y toma de decisiones, la tendencia a la nominación de árbitros del “selecto club” de árbitros especializados, entre los rasgos fundamentales.

El hecho de que los tribunales arbitrales pasibles de entender disputas de carácter económico y/o técnico en el marco del Contrato en estudio se realicen en Montevideo y en idioma español, no deja libre al Estado uruguayo y sus decisiones de política pública de verse afectado por lineamientos (reglas) o decisores (árbitros) con un esquema de intereses proclive a favorecer al inversor y sus inversiones.

¿“El inversor, siempre tiene la razón”?

La globalización capitalista neoliberal ha triunfado en la construcción de un sistema internacional de inversiones que, a partir de numerosos instrumentos como los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, los Tratados de Libre Comercio, los acuerdos Inversor-Estado, avanza en la concreción de la búsqueda desaparición del Estado de la esfera pública a partir del debilitamiento de su espacio para hacer política, de la mercantilización de todos los aspectos de la vida en sociedad y el cada vez más omnipotente poder corporativo.

Las resistencias levantadas por algunos países en desarrollo en el ámbito multilateral han sido sorteadas a partir de la proliferación de la negociación bilateral, o plurilateral, donde las asimetrías se profundizan. Ante la novedad contemporánea de las negociaciones mega

²⁷ Ver: http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=53

²⁸ Op. cit., pág. 28, traducción propia.

regionales²⁹ el objetivo sigue siendo el mismo, el libre juego del capital en todos los mercados con potencial de rentabilidad.

En el actual contexto, instrumentos como la llamada *Doctrina Calvo* recogida en el artículo 16 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos o el artículo VII del Pacto de Bogotá de Soluciones Pacíficas que datan de 1948, aparecen como símbolos de una utopía.³⁰

IV. Consideraciones finales.

El surgimiento de la técnica de fractura hidráulica para la explotación de combustibles fósiles es una expresión del proceso de ampliación de la frontera de explotación y mercantilización de la naturaleza impuesta por el sistema capitalista predatorio.

Existe una fuerte discusión a nivel global en torno a los fuertes riesgos en materia de daño medio ambiental que presenta la técnica y que se expresan en distintos aspectos: la contaminación de las aguas y su uso abusivo, la contaminación de los suelos y su acaparamiento, la afectación de cultivos, la generación de actividad sísmica, entre los fundamentales.

En el marco de la vigésima Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) los movimientos sociales y el movimiento sindical a nivel internacional se ha movilizó bajo la consigna “¡En Lima cambiemos el sistema y no el clima!”. Sostienen un posicionamiento claramente contrario a la aplicación de la fractura hidráulica, denunciando su promoción como una falsa solución a la crisis climática.³¹

Decisiones estratégicas, básicas, tales como la forma de explotación de nuestros recursos naturales se ve amenazada por la densa gama de acuerdos internacionales, bajo la forma de Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, que nuestro país ha firmado con una veintena de Estados y más recientemente en la modalidad de contratos Inversor – Estado, como el que motiva nuestro análisis.

Estos instrumentos, bajo la pretensión de atraer inversiones, ponen en riesgo la soberanía energética de nuestros países, favorecen la mercantilización de la naturaleza y van en contra del control democrático de los recursos naturales.

Es imprescindible plantear una discusión transparente y democrática sobre estos instrumentos que socavan la capacidad del Estado en la construcción de políticas.

²⁹ Nos referimos a procesos de negociación como los enmarcados en el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y los Estados Unidos o el Acuerdo de Asociación Trans Pacífico entre Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda, Singapur, Australia, Estados Unidos, Malasia, Perú, Vietnam, Canadá, México y Japón) y la Asociación Económica Integral Regional

³⁰ Carta de la OEA, Artículo 16: “La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros.” Pacto de Bogotá, Artículo 7: “Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo”.

³¹ “Llamamiento a la movilización hacia la Cumbre de los Pueblos”, disponible en <http://viacampesina.org/es/index.php/temas-principales-mainmenu-27/agricultura-campesina-sostenible-mainmenu-42/2234-llamamiento-a-la-movilizacion-hacia-la-cumbre-de-los-pueblos>.