



**CENTRO DE INVESTIGACIÓN
SOBRE INVERSIÓN Y COMERCIO**

**El legado del CAFTA DR:
Millonaria demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño**



Investigación Especial de Coyuntura

**Investigadores:
Rocío Barahona
Benjamín Ramos**

Junio 2009

CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| Introducción | 1 |
| | |
| 1. Antecedentes | |
| 1.1. Ámbito mundial del Oro | 2 |
| 1.2. El Dorado y Cronología de la actividades de Pacific Rim | 6 |
| 1.3. Acciones de las Comunidades y Movimiento Social | 8 |
| | |
| 2. Contexto del Amparo de la demanda | |
| 2.1. El CAFTA-DR y la demanda de Pacific Rim | 10 |
| 2.2. Proceso de Arbitraje | 15 |
| 2.3. Legislación Nacional y Demanda de Pacific Rim | 23 |
| | |
| 3. Algunas consideraciones de la demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño | |
| 3.1. Valoraciones desde el CAFTA-DR | 25 |
| 3.2. Valoraciones desde el CIADI | 28 |
| 3.3. Legislación Nacional y Principio Precautorio | 32 |
| 3.4. Una mirada a los Tratados Bilaterales de Inversión | 37 |
| | |
| 4. Conclusiones | 41 |
| | |
| Bibliografía | 44 |

Introducción

Hoy en día el interés por la explotación minera, para obtener oro y plata, ha recobrado mucha fuerza como producto de los beneficios derivados de un entorno político, económico y jurídico favorable para la industria minera.

La minera Pacific Rim Cayman LLC, radicada en Nevada, Las Vegas, EUA; quien tiene como filiales a Pacific Rim Mining Corp., y Dorado Exploraciones, S.A. de C.V. interpusieron una demanda al Estado salvadoreño, argumentando la pasividad de éste último para otorgar la concesión de explotación de oro y plata en el suelo salvadoreño, pese a que la empresa dice haber cumplido con los requerimientos legales que le establece la ley nacional (Ley de Minería y Ley de Medio Ambiente).

Es así, que las empresas representadas bajo el nombre de Pacific Rim Cayman LLC, en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y Republica Dominicana (CAFTA – DR por sus siglas en inglés) demandan al Estado por una cantidad inicial de US\$77 millones de dólares, en concepto de indemnización por daños a la inversión realizada en nuestro suelo.

De igual forma, es un irrespeto a la soberanía nacional que, una empresa se valga de instrumentos jurídico-comerciales como el CAFTA – DR, el cual fue firmado y ratificado pese a la negativa y advertencias que el movimiento social hizo sobre los impactos que este representa para el país. Por lo cual, se sigue enfatizando la inconstitucionalidad de dicho acuerdo y por consiguiente la ilegitimidad de dicha demanda. El pago de esta demanda representaría un atentado contra la población, dado que son recursos del pueblo y para el pueblo, y no para resarcir “daños” a una empresa que no es grata a la población y por otra parte viola los derechos humanos de ésta. En definitiva este hecho sienta otro precedente negativo, ahora con mayor profundidad, ante la inversión extranjera explotadora y contaminante, en el marco del CAFTA-DR.

El Centro de Investigación sobre Inversión y Comercio CEICOM, en un primer esfuerzo para informar a la población y advertir el impacto que esta acción empresarial tiene sobre la sociedad salvadoreña, presenta esta Investigación Especial de Coyuntura sobre el tema, de modo que pueda servir de insumo, tanto para informar a la población en general, así como de generar luces para enrumbar el análisis de esta problemática.

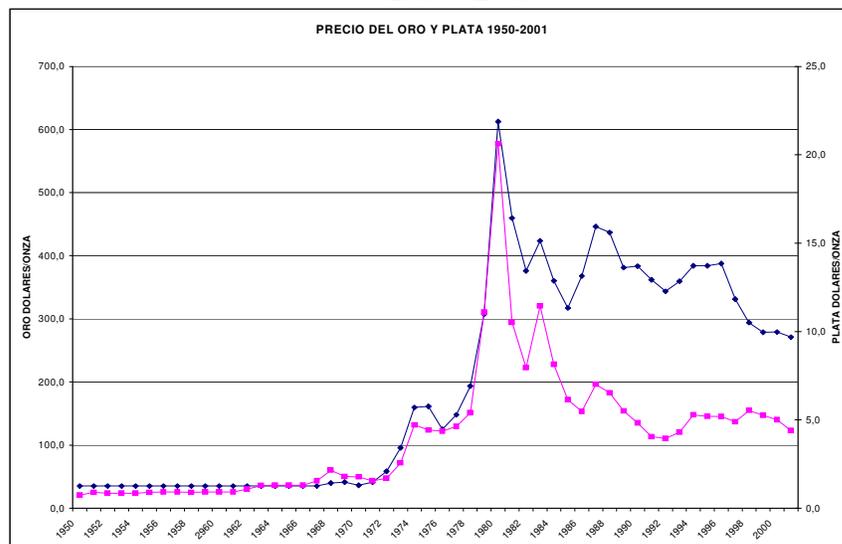
Metodológicamente, esta investigación fue elaborada utilizando dos fuentes de información. Una es la postura gubernamental, recogida a través de documentos oficiales y entrevistas realizadas a funcionarios del ex Gobierno en turno; y la segunda, es el planteamiento y la información recopilada por el seguimiento periódico de las noticias relacionadas con la temática, además de toda la documentación, referida a estudios, análisis, debates e investigaciones realizadas al respecto.

1. Antecedentes

1.1 Ámbito mundial del oro

Durante cerca de cuatro décadas, entre los años 1934 y 1967 el precio del oro es fijado en US\$35.00 onz., por la iniciativa norteamericana conocida como el “Patrón Oro”. A partir de la década de los setenta, Estados Unidos, de manera unilateral abandona el Patrón oro y el precio de este se fija mediante la movilidad de las fuerzas del libre mercado. A principios de los ochenta el precio del oro subió, hasta llegar al record de US\$850.00 onza. Durante esa década la producción mundial de oro se incremento considerablemente y el precio se estabilizó cerca de los US\$400 onz.

Comportamiento del precio del Oro 1960 - 2003



Fuente: “Coyuntura Minera de Atacama”, Febrero 2003.

En 1997 a 1999, la crisis asiática genero la caída en el precio del metal por debajo de los US\$300 onz. Luego se inicia otro ciclo de recuperación en el precio y producción aurífera y otros metales preciosos.

Y, desde hace ya varios años, predominan en la fijación del precio del oro y demás metales preciosos e industriales, determinados factores y actores en el mercado internacional:

- El precio del dólar
- El precio de otras materias primas o commodities (creciente competencia en los mercados de materias primas como el petróleo, alimentos, etc.)
- La demanda (industria y joyería, principalmente)
- La inversión especulativa

Estos factores en el marco de la globalización han generado los incrementos constantes y sobrevalorados de los productos de la minería. Sin embargo, la oferta

del oro se caracteriza por ser inelástica; lo cual significa que ante un incremento del precio del bien, no se da un incremento en la cantidad ofrecida del mismo; esto, debido a que la explotación metálica supone la realización de grandes inversiones y, esta a su vez depende por una parte de la expectativa de los precios futuros del metal y por otra, del acceso y disponibilidad de las minas –puesto que el oro es un recurso no renovable las empresas y países que poseen reservas metalíferas, son muy cautelosos para incrementar la producción hasta que esta no es precedida por un incremento aun más significativo en el precio del metal. Cabe además mencionar que las fases de la actividad minera –exploración, estudio de factibilidad, explotación; llevan largos periodos de tiempo para realizar una y otra.

En cuanto al dólar estadounidense; como se sabe el comportamiento de esta divisa no ha sido el mas favorable durante los últimos años, aunado al incremento desmedido en el precio del petróleo y el continuo desplome de los principales indicadores industriales y comerciales en bolsa; el oro ha recobrado una mayor fuerza. Pese a la crisis que se avecinaba en 2008, la demanda por el oro se incrementó y el precio se disparó hasta los \$1,030.00 en marzo de ese año, dado que el metal es el referente por excelencia de las inversiones financieras especulativas.

Luego de profundizarse la crisis económica a nivel mundial y la constante caída de los precios de metales industriales; el precio del oro, cedió hasta los \$700.00 durante el último trimestre del año 2008; sin embargo, mientras los metales industriales permanecen sin mayor recuperación, el oro se ha recobrado, y se acerca a los \$1,000.00

**Precio del oro.
Mayo 2008 – Mayo 2009**



Fuente: www.kitco.com

Sin embargo, el precio del oro, no solamente es determinado por la racionalidad económica; sino que, obedece significativamente a la inversión especulativa, la cual genera los mayores movimientos en bolsa; esta, fundamentalmente es sensible a las tensiones, cambios económicos, sociales y en las políticas públicas de las potencias y en el escenario político de estas. Esto implica que la inversión especulativa responde a aspectos geopolíticos estratégicos determinados por los países potencia.

Incentivo a la explotación minera

El precio internacional de los metales y especialmente del oro, significa un fuerte incentivo para numerosas empresas mineras a incrementar sus inversiones en el este rubro y consecuentemente sus ganancias.

Por otra parte, las medidas político-económicas que se impulsan desde los organismos de financiamiento internacional: el Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional; instituciones diseñadas y presididas desde y por los intereses de Estados Unidos y Europa. Dichos organismos, financian a los Estados a cambio de que estos implementen políticas y proyectos convergentes con las profundas medidas de liberalización comercial que imponen. Pero hablar de comercio, implica considerar “todo” como una mercancía: bienes públicos, la naturaleza e incluso a las personas y, esto se plasma en tratados bilaterales y acuerdos de libre comercio.

Estas políticas e instrumentos jurídicos facilitan el acceso de la inversión transnacional en los países con riqueza natural y humana. En otras palabras, los países adscritos a la orquesta del libre comercio, están supeditados a entregar sus bienes y recursos a la inversión extranjera, lo que les garantiza la expansión territorial y mayores expectativas de inversión y concreción de utilidades.

En torno a la explotación minera a nivel mundial, se han dado giros importantes a partir de la injerencia de los organismos financieros en los países de la periferia, sumado a ello la drasticidad de las políticas medioambientales aplicadas en los países mineros de antaño, como Estados Unidos, Canadá, Australia, entre otros, y el agotamiento de los yacimientos y reservas minerales; han generado el éxodo de las mineras hacia los países con ricos yacimientos, con leyes nacionales flexibles y además, sujetos a la legislación y política supranacional.

Según el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La minería no energética en Europa”, establece que *“los usuarios europeos deben tener garantizado el acceso a las materias primas”*, esto nos hace concluir en una mayor disposición del viejo continente para propiciar a sus inversionistas la facilidad de acceso a los territorios de la periferia para extraer recursos y asegurarse los insumos para desarrollar sus industrias.

En ese sentido, hacen su tarea la Corporación Financiera Internacional CFI, pretendiendo aumentar sus garantías de financiamiento al comercio en América Latina por unos \$1,300 millones, y el Banco Interamericano de Desarrollo BID al ofrecer destinar a El Salvador \$500 millones. Esto incrementa el nivel de dependencia de nuestros países empobrecidos hacia estas instituciones.

En Europa, actualmente se calcula que el 70% de su industria depende de productos de la minería y se plantea el crecimiento de la industria y la demanda tanto de Europa como de China, por lo que se prevé “disputas” entre productores para satisfacer la demanda.

Europa pretende hacer frente a la globalización y al cambio climático, mediante una Política Energética y a través de la Política Minera Integrada¹; para ello

¹ Diario Oficial de la Unión Europea, 3.2.2009.

requiere que el mercado de los minerales metálicos y no metálicos se mantenga bajo las fuerzas del libre mercado; eso implica para los países ricos en minerales – tales como: los países latinoamericanos y africanos, una mayor explotación de sus recursos, dado que su legislación nacional no es tan dura y costosa de cubrir como la legislación ambiental de algunos países europeos, Estados Unidos y Canadá

El discurso y realidad de la explotación minera

Pese a que las empresas ofrecen muchas ventajas y beneficios para la economía familiar, local y nacional; los efectos derivados de la explotación son por mucho mas graves, costosos y con impactos irreversibles.

Las mineras como Pacific Rim plantean:

- Crecimiento y desarrollo de la economía receptora
- Empleo con mejores ingresos
- Protección del medio ambiente

Sin embargo, al analizar cada uno de sus ofrecimientos, puede observarse gran falta de congruencia en ellos, para el potencial trabajador en particular y el país, en general.

El empleo generado es de mano de obra no calificada y consecuentemente de bajo costo, la cantidad de empleos no se mantiene estable y es altamente rotativa, como también el riesgo laboral es alto, debido a los químicos y maquinaria utilizada, estas actividades no están reguladas ni supervisadas por las instituciones gubernamentales locales ni gubernamentales, puesto que no se cuenta con el conocimiento, herramientas técnicas y tecnológicas y personal suficiente y necesario para auditar las actividades de las empresas.

Por otra parte, el departamento de Auditoria Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente MARN, únicamente cuenta con tres personas para realizar las auditorias ambientales a todas las empresas industriales que se establece en la Ley de Medio Ambiente.

Lo que en realidad obtiene el país receptor de las empresas mineras es:

- ✚ Establecimiento de un enclave de producción: la industria minera no genera cadenas productiva de valor, por tanto tampoco hay valor agregado de sus actividades y productos; sino más bien, es una actividad aislada y que no enriquece técnicamente a la fuerza de trabajo, ni tecnológicamente al país.
- ✚ Explotación y expoliación de los recursos minerales: esta industria extrae los recursos minerales del subsuelo y en esta actividad contamina los suelos, el aire y el agua; elementos básicos para el desarrollo de la gente. Sumado a esto, la contaminación de estos recursos supone la eliminación de estos como medios de vida para la gente, promoviendo la desarticulación productiva agroganadera tradicional del país.
- ✚ Explotación de la fuerza de trabajo

- ✚ Daños irreparables al medio ambiente: esto implica la reducción de la calidad de vida de la población y a largo plazo esto impacta en la productividad y esperanza de vida.
- ✚ Trastornos de la economía: los posibles ingresos municipales y fiscales se suponen altos; sin embargo se generaría mayor gasto público en salud y en compensaciones por reparación de daños al medio ambiente.
- ✚ Impacto social negativo: se da un claro irrespeto a los derechos humanos desde la empresa y el Estado (al permitir la explotación de los recursos nacionales). Las empresas no captan toda la fuerza de trabajo disponible y monopolizan la tierra cultivable, por lo que promueve la migración y la consecuente desarticulación familiar, el detrimento de los valores y principios morales y culturales de las comunidades en donde se emplaza; se dan conflictos sociales, delincuencia, prostitución, incremento del empleo informal, entre otros.

Muchos de estos impactos negativos ya se han vivido en las comunidades cercanas a la mina El Dorado, como San Isidro, El Portillito, Palo Bonito, Hacienda Vieja, entre otras; en donde Pacific Rim realiza actividades de exploración.

1.2 El Dorado y Cronología de la actividades de Pacific Rim

Según investigaciones de Pacific Rim, durante la época colonial, los españoles descubrieron oro en el actual municipio de San Francisco El Dorado por el año 1500, con una fuerte producción hacia el año de 1800.

Una minera neoyorquina y El Salvador Mining Company (filial de Rosario Mining) explota la mina El Dorado de 1948 a 1953, la producción de aproximadamente 270,000 toneladas de mineral con grado promedio de 9,7 g/ton².

Pacific Rim en El Salvador

En el siguiente cuadro se hace un resumen de las principales actividades que la empresa minera ha realizado en el país, así mismo, se incluyen las principales acciones de organización sociales y comunales, como también la inacción que ha tenido el Estado Salvadoreño ante la insistencia de la empresa por obtener la concesión de explotación de oro y plata en el territorio nacional.

| | |
|-------------------|--|
| 1993 a 2002 | El proyecto fue explorado por minera Mirage |
| 2002 | Dayton Mining Corp. Adquiere el proyecto El Dorado e invierte mas de US\$13 millones y |
| | Pacific Rim se fusiona con Dayton Mining y adquiere El Dorado |

² <http://www.pacrim-mining.com/s/Eldorado.asp>

| | | |
|------|---|---|
| 2003 | Pacific Rim adquiere dos nuevos proyectos en Nevada, Las Vegas. | |
| 2004 | Pacific Rim verifica la existencia de oro en su área de exploración El Dorado Norte y El Dorado Sur, por lo que presenta un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). | Se tiene conocimiento de 52 licencias de exploración localizadas en la zona norte del país. |
| | Septiembre: solicita el permiso ambiental | El Ministerio de Economía se abstiene de dar permisos, sin una aprobación previa del EIA |
| | Diciembre 22: la empresa solicita formalmente la concesión de explotación. | |
| 2005 | El Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales MARN, devuelve el EIA a la empresa con varias observaciones | Se continua otorgando licencias de exploración minera |
| | Septiembre 2005: devuelve las primeras observaciones superadas del EIA | |
| 2006 | Inactividad del gobierno en relación a las empresas mineras presentes en el territorio nacional realizando exploraciones | Febrero: CEICOM y ADES interponen demanda contra Pacific Rim ante el Tribunal Latinoamericano del Agua. Solicitan el cese de otorgamiento de licencias de exploración y la no aprobación del EIA de Pacific Rim |
| | Septiembre 25: Pacific Rim adquiere el proyecto de oro y plata Cerro Colorado, Santa Ana | |
| 2007 | La empresa actualiza y publica los nuevos hallazgos de vetas y reservas de oro | |
| | Octubre: la empresa reporta perdidas por \$3.0 millones | |
| 2008 | Marzo: El gobierno salvadoreño a través del presidente Saca dice: "revisara el marco legal de la exploración y explotación minera" | Febrero 19: Primera entrega de la carta ciudadana en rechazo a la explotación de la minería metálica. |
| | Pacific Rim, despide cerca de 200 trabajadores | Noviembre 15, 2008: Vigilia en defensa del lago de Guija amenazado por la minería en Asunción Mita, Jutiapa. Guatemala |
| | Julio: Pacific Rim prepara proceso de arbitraje contra el Estado salvadoreño, a raíz del entrapamiento de la aprobación del EIA y consecuentemente la falta de la concesión de explotación. | |

| | | |
|------|--|--|
| | Septiembre: La compañía redujo significativamente su personal administrativo en la oficina de Vancouver y recorto gastos en El Salvador, disminuyendo la jornada a los trabajadores debido a las condiciones del mercado y por no tener los permisos de explotación | |
| | Octubre: la compañía vende activos de Denton Rawhide, EUA y reporta pérdidas por \$4.5 mills. | |
| | Diciembre 09: Pacific Rim anuncia intención de demanda acogiéndose a la ley del CAFTA DR. | |
| 2009 | Pacific Rim pretende llevar a cabo un mapeo de la superficie en un programa de muestreo en dos propiedades en Costa Rica y el lanzamiento de una base de reconocimiento en Guatemala | |
| | Febrero 12: la compañía aplaza completar el estudio de factibilidad de El Dorado | Febrero 26: EL presidente Saca dice: "No concederá permisos de explotación, [...] prefiero pagar 90 millones de dólares [...]" |
| | Marzo 09, 2009: vence el periodo de 3 meses para que el Estado salvadoreño llegara a un arreglo favorable con la compañía | Marzo: Pacific Rim anuncia que esperara hasta el desenlace electoral, para llevar a cabo sus acciones previstas |
| | Abril 30, 2009: Pacific Rim interpone ante el CIADI, una solicitud de demanda contra el Estado de El Salvador. | |
| | Junio: se conoce que Commerce Group, minera con licencia de exploración de la Mina San Sebastian, en La Unión, anuncio en marzo 16, su intención de demanda a El Salvador amparándose en el CAFTA - DR. Commerce Group y Sanseb, declaran daños por \$100,000,000.00 | |

Fuente: información en pagina electrónica de Pacific Rim y prensa nacional.

Según las estimaciones de Pacific Rim, el oro encontrado en El Dorado asciende a más de 3 millones de onzas en los estudios realizados a 2003, cuatro años después de mantener actividades exploratorias esta suma puede haberse duplicado; sin embargo de esto el Ministerio de Economía, dice no tener conocimiento.

Haciendo cálculos someros, en base a la existencias previstas de 3.5 millones de onzas de oro a un precio promedio de \$900.00 por onz., Pacific Rim podría obtener ingresos de US\$31.5 mil millones; sin contar las existencias de plata y otros metales que se encuentren en el lugar.

1.3 Acciones de las comunidades y movimiento social

Las acciones y actividades de las comunidades afectadas han estado orientadas primeramente, a la infamación del funcionamiento e impacto de la industria extractiva metálica. Seguido por la una actitud férrea a la defensa de sus recursos y la negativa para permitir la actividad en sus territorios. Lo cual ha generado grandes conflictos sociales al interior de familias y las comunidades afectadas.

La empresa ha tratado de cooptar de diferentes maneras la voluntad de las personas, valiéndose de sus necesidades: ha patrocinado fiestas patronales y ha realizado pequeñas obras de mejora en una escuela. Por otra parte, Pacific Rim ha querido incidir en los comunicadores e influir en los medios de comunicación; ofreciendo fiestas en celebración del día del periodista. (31 de Julio de 2008).

No obstante, las acciones de la empresa, las comunidades y mucha de la población se han pronunciado negativamente a la explotación de oro y plata en el territorio nacional, pues esta no representa trabajo de calidad, ni asegura la vida de sus trabajadores y sus familias.

Los salvadoreños que habitan los caseríos aledaños a la mina El Dorado han realizado protestas, vigiliyas y marchas, e incluso han impedido el ingreso de maquinaria para la exploración en su territorio.

Ellos requieren el apoyo y esfuerzo del resto de la población y de las autoridades gubernamentales para defender lo propio.

2. Contexto del Amparo de la Demanda

La empresa minera de origen canadiense Pacific Rim, con residencia en Estados Unidos, interpone una demanda contra el Estado Salvadoreño por \$77 millones, amparándose en la legislación del CAFTA-DR y algunos aspectos de la normativa salvadoreña contenidos en la Ley de inversiones, Ley de minería, entre otras.

Por consiguiente, el objetivo de este apartado es desarrollar todo lo relativo a la normativa del CAFTA – DR, que “ampara” la demanda interpuesta por la empresa minera. De igual forma se desarrollará la parte concerniente a la legislación nacional que según la empresa también respalda su demanda.

2.1 El CAFTA-DR y la demanda de Pacific Rim.

Pacific Rim establece en el documento de la demanda los argumentos que sostienen a la misma, en ese sentido, cabe aclarar que la empresa se adhiere a los mecanismos que el CAFTA-DR establece en casos de controversia en materia de inversión.³

Así pues, el CAFTA-DR resulta ser el instrumento político-económico perfecto que ha sido utilizado por la empresa, a fin de poder argumentar la demanda interpuesta al Estado Salvadoreño. Pero además no dudamos en plantear que este hecho sienta un serio y muy negativo precedente que atenta a la Soberanía de nuestro pueblo.

Sin más preámbulo, se detallan a continuación los puntos centrales que a juicio de Pacific Rim, y amparados en el CAFTA-DR, sostienen la demanda.

La empresa demandante, basa su argumento específicamente en el capítulo diez del CAFTA-DR relativo al tema de Inversión⁴, el cual contempla los siguientes aspectos:

- i. El artículo 10.28 del CAFTA-DR define el concepto de “Inversión” y el de “Inversionista”. Respecto al último concepto, desde el CAFTA-DR se establece que un inversionista *“significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”*⁵

Por su parte, se define como inversión *“todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo”*⁶.

³ Cfr. Documento presentado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones por Pac Rim Cayman LLC. Notice of arbitration. Abril 2009.

⁴ Cfr. CAFTA-DR. Capítulo Diez. Inversión. 2006.

⁵ Cfr. CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.28. Pág. 10-27.

⁶ Ibídem. Pág. 10-26.

Además de la definición de inversión, el CAFTA-DR contempla cuáles son las formas que puede adoptar una inversión y entre esas opciones están⁷:

- 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 otros contratos similares;
 - f. derechos de propiedad intelectual;
 - g. licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
 - h. otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.
- ii. El segundo punto esta relacionado con los requisitos de desempeño que el Gobierno de una parte, es decir de un país miembro del Tratado, puede exigirles a los inversionistas, o a los demás países en general.

El Art. 10.9 del CAFTA-DR en su literal f) establece que “ninguna parte podrá imponer ni hacer cumplir transferencias a una persona en su territorio, tanto en tecnología, como un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad”⁸ Es decir, que el Estado Salvadoreño, desde el CAFTA-DR, está imposibilitado para poder regular los procesos productivos de Pacific Rim.

Por otro lado, siempre en el Art. 10.9, en su literal e), se establece que ninguna parte podrá “restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas”⁹. Es decir, que en caso que la Empresa Minera Pacific Rim se instalase en nuestro país, el Gobierno de la República no puede exigirles que la venta de las mercancías que obtengan de la explotación minera la hagan solo en nuestro país, es decir si Pacific Rim quisiera, pueden exportar toda la mercadería a otro país o países.

Así mismo, en el literal g) del mismo artículo 10.9 del capítulo diez del CAFTA-DR, se establece que ningún País miembro del Tratado podrá impedir que un inversionista pueda “actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que tal inversión produce o los servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial”.¹⁰ Es decir, que según lo establecido en el párrafo anterior, ningún Estado podrá impedir las prácticas monopólicas.

- iii. El tercer aspecto recogido desde el CAFTA-DR como “argumento” de la minera Pacific Rim en su demanda, consiste en el proceso de expropiación e

⁷ *Ibíd.*

⁸ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.9. Pág. 10-6.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

indemnización, contemplados en el artículo 10.7 del capítulo 10 del CAFTA-DR.¹¹

En dicho Artículo, se contempla que *“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”)”*¹²; es decir, que ningún país podrá, y para el caso El Salvador, expropiar ni nacionalizar la inversión realizada por un inversionista, para el caso Pacific Rim.

Y en el anexo 10-C del mismo CAFTA-DR, se establece a qué se refiere el Tratado con la categoría de “expropiación indirecta”, y en ese sentido el texto establece que dicho término se refiere al hecho *“en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”*¹³.

Y específicamente plantea lo siguiente: *“La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental”*¹⁴.

Es decir, la transnacional Pacific Rim, ha considerado en su análisis, que el acto gubernamental correspondiente al no otorgamiento del permiso de explotación de minas para la extracción de oro y plata, tiene un efecto adverso sobre el valor económico de su inversión, para el caso por \$77 mill., además de que este hecho constituye, a juicio de la empresa, una interferencia con las expectativas de ganancia.

Por tal razón, la empresa demandante, considerando los aspectos descritos anteriormente, reclama una indemnización que se ampara en el Artículo 10.7.2 siempre del Capítulo 10 del CAFTA-DR, en el que se establece lo siguiente: *“La indemnización deberá: (a) ser pagada sin demora; (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”); (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y (d) ser completamente liquidable y libremente transferible”*¹⁵.

- iv. El otro aspecto que la minera Pacific Rim presenta en su notificación de demanda, es el referido al trato que el Estado Salvadoreño le debe de otorgar en el marco del CAFTA-DR. En ese sentido se especifican tres tipos de trato que

¹¹ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.7. Pág. 10-3.

¹² CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.7.1. Pág. 10-3

¹³ CAFTA-DR. Capítulo Diez. ANEXO 10-C. Pág. 10-30

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.7.2. Pág. 10-3

se deben de otorgar a los inversionistas, los cuales son: Trato Nacional, Trato Nación Más Favorecida y Nivel Mínimo de Trato.

- ✚ En cuanto al Trato Nacional, en el Capítulo diez del CAFTA-DR en su artículo 10.3, se establecen tres aspectos que se detallan a continuación:

*a. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio*¹⁶

Lo que este apartado quiere decir en palabras sencillas, es que, cualquier país que forme parte del CAFTA-DR, debe otorgar a los demás países que lleguen a invertir al suyo, un trato como si fuese cualquier inversionista nacional, con todos los beneficios que esto implica. Es decir por ejemplo, que el Estado Salvadoreño debe tener un trato con la empresa Pacific Rim de capital canadiense con domicilio en Estados Unidos, igual al de las empresas salvadoreñas, haciéndola gozar de las mismas preferencias del Gobierno Salvadoreño hacia sus propias empresas, ya que ésta empresa está representada por Estados Unidos, el cual lógicamente forma parte del CAFTA-DR.

- ✚ El segundo nivel de trato es el referido al Trato Nación Más Favorecida, el cual se contempla en el artículo 10.4 del CAFTA-DR, en donde se detalla que *“Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”*¹⁷.

Es decir, que cada país antes de firmar el CAFTA-DR ya tenían acuerdos comerciales con otros países, en el caso de Centroamérica, por ejemplo, a través del SICA y/o acuerdos comerciales con otros países, y entonces el Nivel Mínimo de Trato en el CAFTA-DR establece que el país que sea, debe de otorgar los mismos beneficios con los países del CAFTA-DR aunque estos no sean parte de los otros acuerdos comerciales.

Por ejemplo, en el caso de El Salvador, éste tiene acuerdos comerciales con Centroamérica a través del SICA, y al entablar relaciones con Pacific Rim que esta dentro del CAFTA-DR a través de un país miembro como lo es Estados Unidos, El Salvador le debe de otorgar a Pacific Rim un trato que sea mínimo como el que le otorga a los inversionistas en el marco de los convenios del SICA.

- ✚ Por último, se plantea un Nivel Mínimo de Trato, recogido en el artículo 10.5 siempre del CAFTA-DR, el cual está mas relacionado con el Derecho Internacional Consuetudinario, tal como lo establece el Anexo 10-B del CAFTA-DR el cual establece que *“Con respecto al Artículo 10.5, el nivel*

¹⁶ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.3. Pág. 10-2

¹⁷ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.4. Pág. 10-2

*mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros*¹⁸.

Así pues, el artículo 10.5 establece que *“Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”*¹⁹.

Es decir, acá nos estamos refiriendo, antes que el Trato Nacional y el Trato Nación Más Favorecida, a un nivel “MÍNIMO” de trato del cual partirán los inversionistas, el cual estará enmarcado en el derecho internacional consuetudinario. El segundo párrafo del artículo 10.5 lo establece literalmente al decir que *“Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas”*²⁰.

Finalmente, habrá que definir a qué se refiere con “trato justo y equitativo”, siempre en el segundo párrafo del artículo 10.5 se explica, y establece que *“Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”*²¹.

- ✚ Finalmente, la transnacional minera Pacific Rim, haciendo uso de los argumentos planteados anteriormente, y otros que se desarrollarán más adelante, interpone la demanda al Estado Salvadoreño, tal como lo contempla el Artículo 10.16 del CAFTA-DR, en donde se establece que:

En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue

(i) que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

¹⁸ CAFTA-DR. Capítulo Diez. ANEXO 10-B. Pág. 10-29

¹⁹ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.5. Pág. 10-2

²⁰ *Ibidem.*

²¹ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.5. Pág. 10-2, 10-3.

(B) una autorización de inversión, o
(C) un acuerdo de inversión; y
(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta²².

En ese sentido, para Pacific Rim, este caso no se pudo resolver mediante consultas y negociación²³, tal como lo establece el artículo 10.15 del CAFTA-DR. Por lo que ésta empresa procedió al proceso de arbitraje su reclamación.

Tal como se observa en la parte de los antecedentes, a juicio de la empresa Pacific Rim, el Estado Salvadoreño estanco el proceso de autorización de inversión, el cual consistía en la explotación de minas, para la extracción de oro y plata, por lo que Pacific Rim sostiene que el demandado (Estado Salvadoreño) ha violado una autorización de inversión, además de haber sufrido pérdidas en virtud de dicha violación por un monto de \$77 mill.

2.2 Proceso de Arbitraje.

El segundo aspecto que se debe de tener claro en este proceso, es el referido al desarrollo del proceso de arbitraje de la reclamación que ha interpuesto la empresa minera Pacific Rim.

En el apartado anterior, se detallaban los argumentos utilizados desde el CAFTA-DR por la transnacional, a fin de poder respaldar la demanda interpuesta al Estado Salvadoreño. Sin embargo, habrá que profundizar un poco más acerca de todos los aspectos relacionados al proceso de arbitraje que se desarrollará en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI).

En ese sentido, en el artículo 10.16 en su numeral 3, establece que “*Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; (b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI; o (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI*”²⁴.

De modo que, Pacific Rim, amparados a lo establecido anteriormente, presentó la solicitud de registro de demanda ante el CIADI el pasado 30 de abril, por lo que en este momento el Estado Salvadoreño, está en la espera de la notificación del registro de la demanda presentada por la minera Pacific Rim, a fin de poder iniciar con el proceso de arbitraje.

Pero, ¿Qué es el CIADI y el CNUDMI? El primero, como ya lo habíamos mencionado antes, es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

²² CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.16. Pág. 10-11.

²³ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.15. Pág. 10-11.

²⁴ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.16. Pág. 10-12.

Inversiones (que dicho sea de paso es parte de las 5 instituciones que integran la estructura del Banco Mundial). Respecto al segundo, es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Explicaremos brevemente qué es el CIADI, ya que es donde se realizará el proceso de arbitraje, en ese sentido recogemos literalmente, la historia de este Centro contemplada en la Introducción del Documento “Convenio CIADI, Reglamento y Reglas”²⁵.

“El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio).

El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Al 15 de diciembre de 2002, 136 países habían ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros.

De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Se complementaron las disposiciones del Convenio CIADI mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el Artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio (Reglamento y Reglas del CIADI).

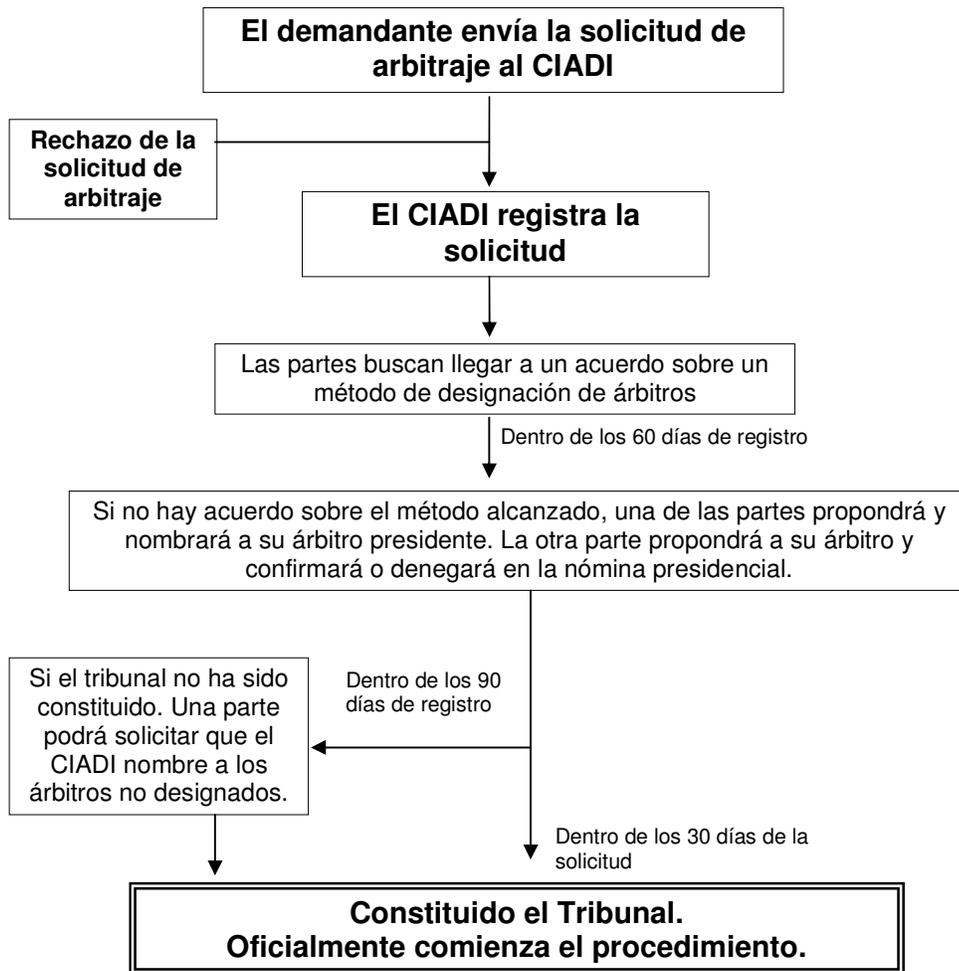
El Reglamento y las Reglas del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación); las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación); y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo del Centro aprobó las enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI. Estas enmiendas entraron en vigor el 1 de enero de 2003”²⁶.

Así pues, El Salvador es uno de los países miembros del Convenio del CIADI, al igual que Estados Unidos (país representante de Pacific Rim), por lo que es en esta instancia donde se desarrollará el proceso. Cabe mencionar que es el CIADI quien norma y tiene ya contemplados todos los pasos que se seguirán en el proceso de arbitraje. En ese sentido se señala a continuación una matriz con los pasos que se deberán seguir en el proceso de arbitraje, con su debida explicación.

²⁵ Cfr. Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Pág. 5. 2003.

²⁶ *Ibidem*.

PRIMERA ETAPA DEL PROCESO DE ARBITRAJE ²⁷



Tal como se señala, en el encabezado del organigrama, estas fases corresponden a la primera etapa del proceso de arbitraje que se desarrollará en el CIADI. Sin embargo hay que aclarar que el hecho de dividir en dos etapas el proceso de arbitraje es a juicio de nuestra institución, ya que el CIADI lo contempla como un solo proceso, es decir, sin distinción de etapas.

Siguiendo el orden del organigrama, el paso 1 consistiría entonces en el hecho de que el demandante, para el caso la empresa Pacific Rim, envía la solicitud de arbitraje al CIADI. Este paso se ha consumado desde el pasado 30 de abril, cuando Pacific Rim envió dicha solicitud al CIADI.

En ese sentido, el proceso en este momento se encuentra entre los pasos 2 y 3, en donde el CIADI procede al análisis de los documentos presentados por la transnacional minera, y en virtud de éste, se procede al registro de la solicitud de demanda, o en su defecto, el rechazo de la misma.

²⁷ Elaboración propia con base a datos proporcionados por la Unidad Jurídica de la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía.

Cabe mencionar, que el análisis que realiza el CIADI para el registro de la solicitud de demanda, no consiste en un análisis exhaustivo del contenido de la demanda, sino más bien de forma en cuanto a la información contenida en la misma; lo cual se recoge en el artículo 36 del Convenio del CIADI, el cual establece que *“La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.*

El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación”²⁸.

Ahora bien, lógicamente al hablar de un proceso de arbitraje, todo indica que es un árbitro o un colegio de árbitros quienes dirigirán el proceso. Efectivamente, el artículo 37 del Convenio del CIADI, establece que *“Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).*

(a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo”²⁹.

Así mismo, el CAFTA-DR en su artículo 10.19 del Capítulo 10 establece lo mismo que se ha citado anteriormente del texto del Convenio del CIADI. Es decir, en ambos textos, se establece el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. En ese sentido solo aclarar, que son tres los árbitros que conforman el Tribunal de Arbitraje, uno por cada una de las partes, es decir, uno de parte del Estado Salvadoreño, uno de parte de Pacific Rim; y un tercero que de ser posible será nombrado por consenso entre las partes, pero que en su defecto, será nombrado automáticamente por el CIADI, que dicho sea de paso, este tercer árbitro es quien presidirá el Tribunal.

Para el caso de la demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño, se conoce solamente que la propuesta del árbitro de la parte demandante al parecer es el Argentino Guido Santiago, pero no está confirmado oficialmente, por su parte, desde el Gobierno de El Salvador, no se tiene acceso a dicha información.

Así pues, hemos desarrollado en los párrafos anteriores los procesos que se desarrollarán entre los pasos 4, 5 y 6 de la primera etapa del Proceso de Arbitraje, los cuales consisten en el orden respectivo, en que las partes buscan llegar a un acuerdo sobre un método de designación de árbitros, pero que si en su defecto, dentro de los 60 días de registro no hay un acuerdo sobre el método alcanzado, entonces una de las partes propondrá y nombrará a su árbitro presidente. La otra parte propondrá a su árbitro y confirmará o denegará en la nómina presidencial.

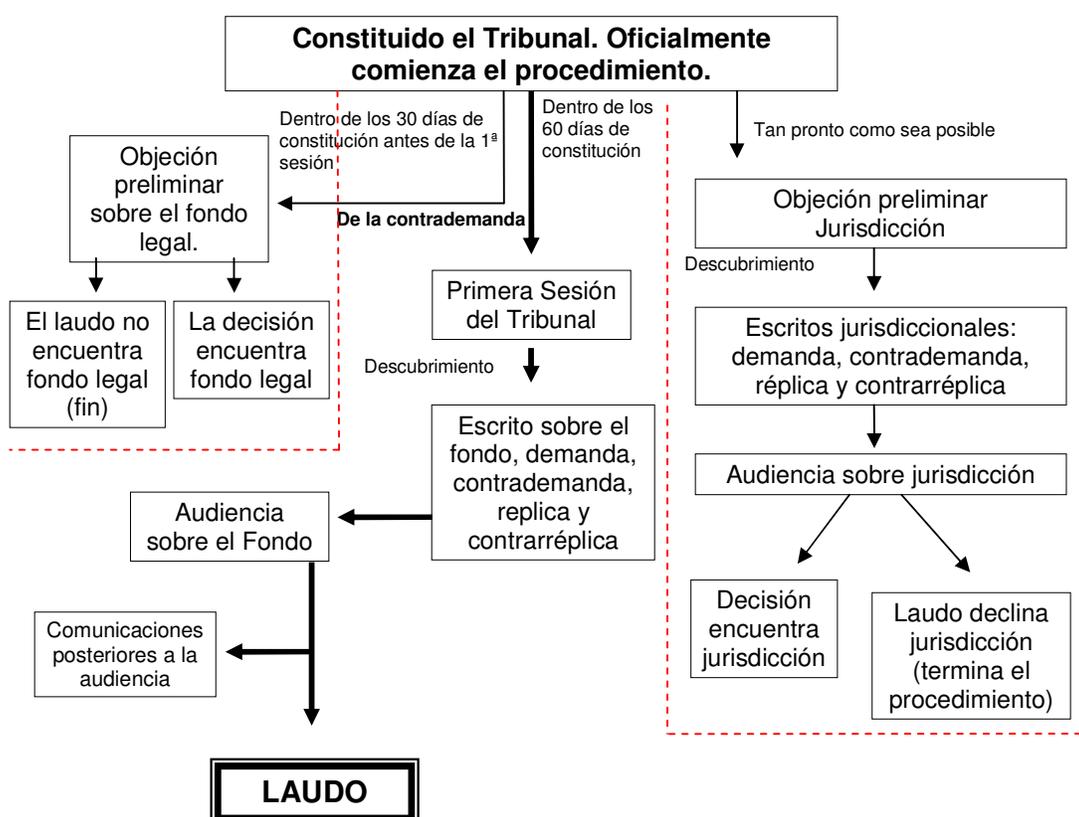
²⁸ Cfr. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Pág. 22. 2003.

²⁹ Cfr. Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 37. Pág. 22, 23. 2003.

En ese sentido, si dentro de los 90 días de registro, el tribunal aún no ha sido constituido, una parte podrá solicitar que el CIADI nombre a los árbitros no designados todavía. Finalmente, dentro de los 30 días de la solicitud y ya constituido el Tribunal de Arbitraje, Oficialmente comienza el Procedimiento del arbitraje.

Bien, hasta el momento se ha desarrollado toda la parte concerniente hasta la constitución formal del Tribunal de Arbitraje, que dicho sea de paso, en la mayor parte del proceso es la parte demandante quien juega un papel protagónico en el mismo; sin embargo, es en la segunda etapa del proceso, la cual se describirá a continuación, en donde es la parte demandada, es decir, el Estado Salvadoreño, empieza a jugar un rol más participativo dentro de este arbitraje.

SEGUNDA ETAPA DEL PROCESO DE ARBITRAJE ³⁰



Consideramos, que a partir de que se da por Constituido el Tribunal de Arbitraje, que es el último paso de la primera etapa, entonces empieza la segunda etapa o fase de este proceso de Arbitraje que se desarrollará en el CIADI.

Por tanto, al estar constituido el Tribunal de Arbitraje, se da Oficialmente por iniciado el Procedimiento. En ese sentido inicia la segunda etapa del Proceso de arbitraje, el cual consta de 11 pasos que se detallan a continuación.

³⁰ Elaboración propia con base a datos proporcionados por la Unidad Jurídica de la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía.

Como venimos diciendo, el último paso de la primera etapa se convierte entonces en el primero de la segunda, es decir, la Constitución del Tribunal, que dicho sea de paso, es con lo que se da oficialmente comienzo el procedimiento.

Los pasos 2 y 3 corresponden respectivamente a que, dentro de los 30 días de constitución y antes de que se desarrolle la primera sesión, se presenta la Objeción preliminar sobre el fondo legal, el cual puede tener dos tipos de desenlace, uno orientado a que el laudo no encuentra fondo legal y por lo tanto se acaba todo el procedimiento, y el otro es que la decisión encuentra fondo legal, lo cual da curso para que se siga desarrollando el proceso.

A la vez y lo más pronto como sea posible, se debe proceder a la Objeción preliminar respecto a la jurisdicción, que es el paso 4. Seguido a este procedimiento, en el paso 5, el cual se conoce como la fase de “descubrimiento”, se presentarán y analizarán los escritos jurisdiccionales, los cuales están enmarcados en los documentos que contemplan la demanda, contrademanda, réplica y contrarréplica.

Luego de la presentación y estudio de los escritos, se da lugar a la Audiencia sobre la jurisdicción, que es el paso 6, y el resultado de ésta, puede ir en dos sentidos, tal como se plantea en el organigrama, uno en función de que en la audiencia la decisión es que se encuentra jurisdicción, lo cual da lugar a que se siga desarrollando el proceso; y por otro lado la audiencia podría dar lugar a que el laudo decline por la jurisdicción, lo que implicaría que en ese momento termina el procedimiento.

Hay que señalar que hasta momento no se ha iniciado aún la primera sesión del Tribunal, es decir, que tal como se observa en el organigrama, estos seis pasos descritos anteriormente, se dan paralelamente al desarrollo del tribunal como tal, que es el sentido de las líneas cortadas de color rojo.

En ese sentido, desarrollados los seis primeros pasos paralelos al desarrollo del juicio en el Tribunal de Arbitraje, se da lugar, dentro de los 60 días de Constitución, a la Primera Sesión del Tribunal. Para luego entrar en la fase del descubrimiento de la demanda como tal.

Precisamente, es en el paso 8 conocidos como fase de “descubrimiento” en donde se presentan al Tribunal Los escritos sobre el Fondo de la demanda, la contrademanda, la réplica y la contrarréplica.

Finalizado el procedimiento anterior, se da espacio a la Audiencia sobre el fondo, el cual es el paso 9. Y es hasta este momento que se da lugar a las comunicaciones posteriores a la audiencia, ya que finalmente se cuenta con el último paso, el cual es el LAUDO definitivo del Tribunal de Arbitraje.

Es así entonces, como se desarrollará en términos generales el proceso de arbitraje; sin embargo, habrán detalles que no se han descrito en este documento, pero será deber de los académicos en derecho profundizar sobre los aspectos legales del procedimiento que se desarrollará, nuestra intención no es en ningún momento, ser leguleyos ni nada por el estilo, sino más bien, poder servir a la población mediante un documento que pueda guiar y dar luces sobre el escenario que se le aproxima a todo el Pueblo Salvadoreño.

✚ Costos del Proceso de Arbitraje.

No solo basta describir cuáles son los pasos que se seguirán en el desarrollo del proceso de arbitraje, sino también, detallar los costos que tiene la realización de dicho proceso.

Cualquiera podría pasar por alto el costo de este proceso, pero eso no debe de ser así, ya que en el artículo 61 del Convenio del CIADI, se establece que *“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”*³¹.

Por qué el realce de este tema, precisamente porque la tendencia de los tribunales que se han constituido hasta el momento en otros juicios, han determinado que la parte demandada en caso de perder, a la vez debe de asumir los costos del proceso de arbitraje, es decir, que si la tendencia de este comportamiento se mantiene, entonces al Estado Salvadoreño, en caso de perder la demanda, le tocaría pagar todo el proceso de arbitraje.

Específicamente, el capítulo III del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, que lleva por título *“Disposiciones Financieras”*, en su regla 14, establece los costos directos de cada procedimiento, estableciendo lo siguiente:

“Salvo que se hubiere convenido otra cosa de conformidad con el Artículo 60(2) del Convenio, cada miembro de una Comisión, Tribunal o Comité ad hoc seleccionado de la Lista de Árbitros de conformidad con el Artículo 52(3) del Convenio (en adelante llamado el “Comité”) recibirá, además del reembolso de cualquier gasto directo razonablemente incurrido:

(a) un honorario por cada día en que participe en reuniones del organismo de que es miembro;

(b) un honorario por el equivalente de cada día de ocho horas de trabajo en otros asuntos relacionados con el procedimiento;

(c) en vez del reembolso de los gastos de subsistencia incurridos mientras se encuentre en un lugar distinto del lugar de su residencia normal, una dieta basada en la que se establezca periódicamente para los Directores Ejecutivos del Banco; y

(d) gastos de viaje incurridos en conexión con reuniones en las cuales deba participar en calidad de miembro del organismo que se reúne, basados en las normas establecidas periódicamente para los Directores Ejecutivos del Banco.

El importe de los honorarios referidos en los párrafos (a) y (b) serán determinados periódicamente por el Secretario General, con la aprobación del Presidente, y podrán ser modificados, no más de una vez al año, a fin de tomar en cuenta las variaciones cambiarias y del costo de vida.

El Centro hará todos los pagos que deban efectuarse a las personas que a continuación se indica, incluyendo el reembolso de gastos. Dichos pagos no podrán

³¹ Cfr. Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 61. Pág. 30. 2003.

realizarlos directamente las partes en el procedimiento ni tampoco podrán efectuarse por intermedio de cualquiera de ellas:

- (a) miembros de las Comisiones, Tribunales y Comités;
- (b) testigos y peritos llamados a declarar a iniciativa de una Comisión o Comité, y no de una de las partes;
- (c) miembros del Secretariado del Centro, incluyendo personas contratadas especialmente por el Centro (tales como intérpretes, traductores, relatores o secretarios) para un procedimiento en particular;
- (d) El anfitrión de cualquier procedimiento tramitado fuera de la sede del Centro de conformidad con el Artículo 63 del Convenio³².

Prácticamente, en los apartados anteriores el CIADI establece en concepto de qué, se realizarán los pagos correspondientes a los procedimientos que se desarrollen durante el arbitraje; sin embargo es en el apartado concerniente a los “derechos, honorarios y cargos” del CIADI, en donde se contemplan los costos en términos monetarios del desarrollo de todo el proceso.

El costo del proceso de arbitraje, en cada una de los procedimientos respectivos, se detalla en el siguiente cuadro:

| COSTOS DEL PROCESO DE ARBITRAJE | | |
|--|---|---|
| No. | CONCEPTO | COSTO |
| 1 | Derecho de registro de las Solicitudes | \$25,000.00 |
| 2 | Derecho no reembolsable | \$10,000.00 |
| 3 | Honorarios de Conciliadores, Árbitros y Miembros de Comités <i>ad hoc</i> | \$ 3,000.00 diarios por cada día de trabajo |
| 4 | Cargos Administrativos | \$20,000.00 |
| 5 | Cargos Adicionales | \$ 1,500.00 diarios por cada día de trabajo |
| 6 | Cargos por Servicios Especiales | criterios de aranceles del Banco Mundial |
| 7 | Nombramientos de Árbitros | \$10,000.00 |

Fuente: Elaboración propia, con base a datos del Convenio del CIADI y Dirección de Administración de Tratados Comerciales del Ministerio de Economía.

De acuerdo a la tabla anterior, el primer costo al que se incurre es el relacionado al pago por el derecho de registro de la solicitud, el cual tiene un costo de \$25,000. el cual será pagado el CIADI por la parte que desee incoar un procedimiento de conciliación o arbitraje de conformidad con el Convenio, es decir que para el caso es Pacific Rim quien debiera de incurrir a dicho gasto.

El siguiente costo por \$10,000; es en concepto de un derecho no reembolsable, que será pagado al CIADI por la parte que solicite una decisión suplementaria, o la rectificación, interpretación, revisión o anulación del laudo arbitral emitido de conformidad con el Convenio. Así mismo, este monto será pagado por la parte que solicite una nueva sumisión de una diferencia a un nuevo Tribunal después de la anulación de dicho laudo.

³² Cfr. Reglamento Administrativo y Financiero. Convenio del CIADI. Regla 14. Pág. 60-61. 2003.

Luego, se tienen que pagar \$20,000.00 en concepto de cargo administrativo, que será pagado una vez se constituya el Tribunal de Arbitraje. Así mismo, si el procedimiento tuviera lugar fuera de la sede del CIADI, cargos adicionales incluirán \$1,500.00 por cada día de reuniones cuando el Secretario del Tribunal asista a dichas reuniones, además de los gastos de viaje y subsistencia del Secretario y cualquier cargo del anfitrión de las reuniones.

El Concepto de Cargos por Servicios Especiales, se refiere, a que si una de las partes, es decir ya sea el Estado Salvadoreño o bien Pacific Rim, solicitaran al CIADI un servicio especial (por ejemplo, traducciones o copias, etc), deberán depositar por adelantado una cantidad suficiente para cubrir el pago por tal servicio. Además la reglamentación del CIADI, establece que en el caso de suministros tales como traducciones o copias, los cargos se determinarán en base a aranceles establecidos por el Banco Mundial de conformidad con sus procedimientos administrativos normales.

Por último, la parte que solicite al Secretario General, ya sea El Salvador o Pacific Rim, nombrar o decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, en cualquier procedimiento de arbitraje conducido fuera del Convenio o del Reglamento del Mecanismo Complementario, pagará al Centro un derecho de \$10,000.00

Así pues, de acuerdo a cálculos realizados, solo en la primera etapa del proceso de arbitraje, se estima que se incurrirán en gastos que oscilan entre el millón y medio de dólares, eso sin incluir la segunda etapa del procedimiento de arbitraje. Es decir, que el procedimiento total tendrá un costo de varios millones de dólares, los cuales como se mencionaba anteriormente, lo más probable es que los asuma la parte que pierda el laudo.

2.3 Legislación Nacional y Demanda de Pacific Rim.

Hasta este momento se han señalado los principales argumentos que la transnacional minera Pacific Rim, que en su juicio amparan la demanda; sin embargo, la minera a la vez, utiliza otro tipo de argumentos relacionados a la legislación nacional, es decir, se “ampan” a algunos artículos específicos de las leyes de la República de El Salvador.

A continuación se detallan los principales “argumentos” que la minera Pacific Rim utiliza desde el marco regulatorio de nuestra república.

- ✚ El primer aspecto que se señala en el documento de la demanda, es que se amparan a la Ley de Inversiones de El Salvador, específicamente en el Art. 15, literal a), el cual, al igual que el CAFTA-DR, sostiene que en caso de controversias con Inversionistas extranjeros, el demandante podrá remitir la controversia y resolverla en el CIADI. Literalmente establece lo siguiente: *“En el caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquellos efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia: a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI)”*³³.

³³ Cfr. Ley de Inversiones de la República de El Salvador. Capítulo V. Artículo 15.

Es decir, que al igual que el CAFTA-DR la legislación doméstica, refiere a este Organismo Internacional, supeditado por el Banco Mundial, la solución de controversias en materia de Inversión para el caso de El Salvador.

✚ El segundo aspecto al que hacen referencia, concierne a la Ley de Minería de la República de El Salvador, en donde se contempla, en los Art. 4 y 5; en primer lugar que la Autoridad Competente para conocer de la Actividad Minera es el Ministerio de Economía, a través de la Dirección de Hidrocarburos y Minas. Y por otro lado, una de las atribuciones de dicha entidad, es *“Otorgar las concesiones para la explotación minera de los recursos mineros y suscribir con los Titulares, los contratos respectivos”*³⁴.

a. Por último, el tercer aspecto es el referente a la Ley de Medio Ambiente, refiriéndose en ésta a los artículos 18 y 19, los cuales están referidos al tema de los Estudios del Impacto Ambiental de las acciones concretas a realizar por parte de un inversionista. Los cuales como pudimos observar en la parte de los antecedentes, es en donde se concentraron los hechos con la empresa minera Pacific Rim, en función del otorgamiento del permiso de explotación minera en nuestro país.

En ese sentido, el artículo 18 establece el concepto del Estudio del Impacto Ambiental y sostiene que *“Es un conjunto de acciones y procedimientos que aseguran que las actividades, obras o proyectos que tengan un impacto ambiental negativo en el ambiente o en la calidad de vida de la población, se sometan desde la fase de preinversión a los procedimientos que identifiquen y cuantifiquen dichos impactos y recomienden las medidas que los prevengan, atenúen, compensen o potencien, según sea el caso, seleccionando la alternativa que mejor garantice la protección del medio ambiente”*³⁵.

Además de lo descrito anteriormente, la empresa utiliza el artículo 19 también como “argumento” a su favor en la demanda, en el que se sostiene que *“Para el inicio y operación, de las actividades, obras o proyectos definidos en esta ley, deberán contar con un permiso ambiental. Corresponderá al Ministerio emitir el permiso ambiental, previa aprobación del estudio de impacto ambiental”*³⁶.

³⁴ Cfr. Ley de Minería de la República de El Salvador. Capítulo I. Artículos 4 y 5.

³⁵ Cfr. Ley de Medio Ambiente de la República de El Salvador. Capítulo IV. Artículo 18.

³⁶ Cfr. Ley de Medio Ambiente de la República de El Salvador. Capítulo IV. Artículo 19.

3. Algunas consideraciones de la Demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño

En este apartado se pretende realizar un análisis crítico, de manera breve, del apartado III desarrollado en este documento, de modo que se harán los planteamientos que desde el Centro de Investigación sobre Inversión y Comercio CEICOM, se deben de adoptar desde la población salvadoreña, para hacerle frente a esta realidad. Además de poder dar insumos para la lucha en contra de la empresa Pacific Rim.

3.1 Valoraciones desde el CAFTA-DR.

En cuanto al CAFTA-DR, en el marco de la demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño se tienen las siguientes consideraciones:

- a. El Concepto de Inversión que se detalla en el CAFTA-DR es sumamente confuso, complejo y a la vez peligroso. Esto en función de no delimitar estrictamente lo que comprende una inversión. Además no se puede contemplar como vigente una inversión que ya ha sido realizada, o que se está por realizar; sin embargo, el texto del CAFTA-DR, establece que un inversionista se considerará a aquel que intenta realizar, que está realizando o que ha realizado una inversión.

Esto tiene serias dificultades a la hora de la interpretación de la legislación del CAFTA-DR, ya que cualquier persona que aspira a realizar una inversión, ya es considerado un inversionista. Lo cual contradice a lo contemplado en el artículo 2, de la ley de Inversiones de El Salvador, en donde se contempla que Inversiones Extranjeras se consideran a *“Aquellas inversiones efectuadas con activos o recursos, ya sean en bienes tangibles e intangibles, prestación de servicios o financieros en moneda de libre convertibilidad, transferidos del exterior por inversionistas extranjeros, de conformidad a esta ley”*³⁷.

A la vez, en el literal d, se establece el concepto de Inversionista Extranjero en la Ley de Inversiones, y establece que se entenderán como *“Las personas naturales y jurídicas extranjeras y los salvadoreños radicados en el exterior por más de un año ininterrumpido, que realicen inversiones en el país”*³⁸.

Como se puede observar, en ninguno de los dos casos, la legislación nacional contempla dentro de sus definiciones a las inversiones futuras, ni mucho menos a las expectativas de ganancias, tal como lo hace el CAFTA-DR. Así mismo, no podemos dejar de mencionar que la empresa minera Pacific Rim no es en sí misma una empresa que se dedica a la exploración minera, que es lo que hasta este momento ha realizado como actividad principal en el país, sino que, la empresa tiene como objetivo de inversión la explotación minera. Es decir, que a la fecha no ha realizado su inversión, sino más bien, lo que algunos estudiosos de la materia dirían corresponde a la etapa de “pre inversión”.

³⁷ Cfr. Ley de Inversiones de El Salvador. Capítulo I. Artículo 2.

³⁸ *Ibidem*.

- b. El segundo punto, esta relacionado con los Requisitos de Desempeño que El Salvador le podría exigir a la transnacional minera Pacific Rim, en ese sentido, vimos claramente como los Gobiernos son incapaces, desde la normativa del CAFTA-DR de poder regular las inversiones que se realizan en ese marco en nuestro país.

Para el caso, vimos como desde el CAFTA-DR es imposible para el Estado poder regular las prácticas monopólicas, es decir, que el Estado Salvadoreño, no puede desde el CAFTA-DR regular las prácticas monopólicas de la empresa Pacific Rim, en caso de que si se instalase en nuestro país e iniciará con sus operaciones de explotación minera, estas fueran consideradas como prácticas monopólicas.

Lo anterior viola claramente la Constitución de la República en su artículo 110, el cual establece que “ *No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado. A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas*”.³⁹

Además, el Estado Salvadoreño no puede imponer ni hacer cumplir transferencias en materia de tecnología o procesos productivos, es decir, que no se pueden aprovechar los procesos de Know How, que las empresas puedan implementar en nuestro país a través de sus inversiones. En definitiva, a la vez que no podemos imponerles nada a los inversionistas, tampoco el Estado puede beneficiarse de los mecanismos en materia de procesos productivos que los inversionistas puedan proveer al Estado Salvadoreño.

- c. Respecto al tema de la expropiación, se decía en los apartados anteriores, que Pacific Rim ha considerado que el Estado Salvadoreño ha realizado una expropiación indirecta, tal como se explicaba en el capítulo anterior. Sin embargo, el mismo CAFTA-DR en su anexo 10-C establece que el acto gubernamental, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido.

Esto lo que quiere decir es que, no solo basta con que la transnacional minera Pacific Rim establezca en un papel que el acto gubernamental de no otorgar el permiso de explotación, constituye un daño y pérdida por \$77 mill. La cual deberá ser pagada en concepto de indemnización.

Es decir, se tendrá que proceder a un estudio y/o análisis, que demuestre técnica y científicamente que dicho acto, en efecto, produjo daños y pérdidas a la “inversión” realizada en el país.

- d. Otro aspecto es el relacionado con los tipos de trato que el Estado Salvadoreño está obligado, desde el CAFTA-DR, a otorgarles a los inversionistas extranjeros. Acá se demuestra claramente como este tipo de tratados comerciales violan la soberanía de nuestro país, ya que no es

³⁹ Cfr. Constitución de la República de El Salvador, 1983.

posible que a los inversionistas extranjeros se les otorgue los mismos privilegios que al inversionista local.

Además, el CAFTA-DR, al igual que en los apartados anteriores, obliga a los Estados Nacionales a debilitar sus aparatos de Gobierno, en tanto que los obliga a ir contra derechos ya constituidos dentro de las normativas nacionales.

Por último, no podemos pensar en fortalecer nuestros mercados, ni mucho menos el aparato productivo del país, cuando Convenios Internacionales como el CAFTA-DR esta destruyendo a pasos agigantados nuestros mercados. Más bien el Estado debe de lograr buscar mecanismos e implementarlos a fin de poder proteger nuestros mercados y nuestras instituciones, a fin de que el inversionista nacional, tenga las herramientas básicas para poder combatir, en términos reales, contra las grandes transnacionales, ya que, no se pueden establecer niveles de competencia entre desiguales, como lo son Estados Unidos y El Salvador.

- e. Además de lo señalado anteriormente, el CAFTA-DR, al desarrollar uno de los tipos de trato que el Estado Salvadoreño le debe de otorgar al inversionista extranjero, establece que éste debe de ser un trato “justo y equitativo”, además de que se le garantice “protección y seguridad plena”. Esto se vincula más que nada al derecho internacional, sin embargo, no se puede estar “garantizando” de manera “exclusiva” este tipo de tratos a los inversionistas extranjeros, cuando el Estado, ni siquiera, le otorga dichos privilegios al inversionista local.

- f. Por último, y como aspecto fundamental en el CAFTA-DR, se contempla en el artículo 10.11 lo siguiente: *“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”*⁴⁰.

Sin embargo, resulta contradictoria la falsa “intención” de los que firmaron este tratado, al establecer este artículo, en función de “proteger el medio ambiente”. Ya que a la vez que se establece que se debe hacer lo que sea por conservar el medio ambiente, al mismo tiempo se le otorgan armas al inversionista, para que pueda lograr su objetivo fundamental el cual es maximizar sus ganancias, a costa de lo que sea, así sea atentar contra la vida humana en un territorio, tal como es el caso de la transnacional minera Pacific Rim en nuestro país, que al instalarse contaminaría nuestras aguas, además de convertirse en una gran amenaza y depredadora del medio ambiente, y de nuestros suelos.

⁴⁰ CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.11. Pág. 10-9.

3.2 Valoraciones desde el CIADI.

Se considera necesario conocer aspectos relevantes sobre la institución en donde se tomaran decisiones importantes para las comunidades y el país en general, tal es el caso en este momento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. En ese sentido, se plantean las siguientes consideraciones al respecto:

- a. La demanda de Pacific Rim, esta interpuesta ante un organismo internacional, como lo es el CIADI, esta institución se pensó e instauró especialmente para propiciar la solución de disputas entre Estados y los llamados “nacionales de otros Estados”, los que pueden ser instituciones públicas o privadas, empresas con inversiones o intención de inversión en un determinado Estado.

No podemos dejar de decir que el CIADI tiene como objetivo principal, garantizar la inversión extranjera en los países adscritos, proporcionando servicios internacionales de conciliación y arbitraje de diferencias relativas a la inversión. Lo dicen claramente en sus estatutos, desde el Banco Mundial, lo que se busca es que se protejan las inversionistas de los países extranjeros.

El CIADI, tiene y ofrece además, una fuerte área de investigación sobre temas de legislación internacional y nacional en materia de inversiones. Convirtiéndose en una herramienta de carácter supranacional al servicio de la gran empresa transnacional, promoviendo las condiciones de un marco jurídico favorable a la inversión privada y garantizando la concreción de esta.

- b. Cualquiera podría hacer el análisis “errado” de que el CIADI, es en realidad, un buen mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión. Sin embargo, habrá que decir que es lo que realmente hay detrás del CIADI, a fin de poder desmentir esa falacia, por lo que a continuación se detallan algunos aspectos relevantes que nos dirán que es lo que realmente significa el CIADI.

El CIADI, es una de las cinco instituciones que conforman el Grupo, o más bien dicho la estructura del Banco Mundial, lo cual lógicamente nos dice que una parte esencial de la política de dicha institución⁴¹.

El Banco Mundial junto con el Fondo Monetario Internacional FMI, son las dos principales instituciones creadas y dirigidas por Estados Unidos y Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial y con el objetivo de promover el libre comercio a nivel planetario. Esto se ha hecho a través de préstamos a los países empobrecidos a cambio de que estos implementen políticas de libre mercado, lo cual ha implicado la

⁴¹ El Banco Mundial está integrado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF, la Asociación Internacional de Fomento AIF, la Corporación Financiera Internacional CFI (ICF), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones OMGI (MIGA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (ISC).

desprotección de sus recursos, de su gente y se ha entregado gran parte de la soberanía de los pueblos. Es decir, la creación y visión del CIADI, está contemplada y prevista desde los Programas de Ajuste Estructural y Estabilización Económica, por lo que nos podemos ir haciendo una figura de lo que realmente representa el CIADI, y cual es su objetivo en los Estados Nacionales como el nuestro.

El Banco Mundial y el FMI, según sus discursos, han procurado erradicar la pobreza principalmente en Latinoamérica y en el África, insertándolos en una espiral de endeudamiento y recepción de Inversión extranjera directa (IED); pero lo que se en realidad se vive es una sangrienta explotación y expoliación de la fuerza de trabajo y de la naturaleza.

Por tanto, CIADI como parte del grupo del Banco Mundial, evidencia un claro entramado supranacional para despojar de su riqueza a los países “terciarizados” por cualquier vía posible; o bien, con falaz rostro amigable de los Tratados de Libre Comercio o por la fuerza, a través del CIADI; que en caso de un fallo desfavorable al Estado Salvadoreño, este significaría el pago de una cantidad millonaria a la empresa como también la obligación del país a permitir la explotación minera.



Fuente: Moreno Raúl, La inversión extranjera y las políticas de desarrollo: UNA MIRADA DESDE EL CASO PACIFIC RIM. San Salvador. Junio 2009.

El gráfico anterior refleja claramente, que durante el período de 1993 en adelante se registra un aumento en los casos registrados ante el CIADI, “casualmente” esas fechas coinciden con el inicio de la aplicación de la firma de Tratados de Libre Comercio.

- c. Para visualizar aun mas el trasfondo de esta institución, se hace una breve referencia a otra de las instituciones, hermana del CIADI: La Corporación Financiera Internacional CFI.

La CFI, patrocina proyectos de alto impacto socio ambiental, como la exploración y explotación minera, petrolífera, minas de carbón, represas, entre otros proyectos. Dicha institución, aporta un 11% de sus recursos a la industria minera metálica, no metálica y petrolífera, el 25% de sus

compromisos se ubican geográficamente en América Latina y se prevén inversiones para la región del orden del 26% de sus recursos.

Los Tratados comerciales o bilaterales de inversión -en los que participan empresas transnacionales como Pacific Rim-, muchas de ellas financiadas por la CFI, se implementaron como mecanismos jurídicos que lejos de generar trabajo digno y riqueza a los países contratantes y a su población, son los instrumentos legales de explotación, además del alto impacto negativo que generan en nuestro territorio. Con el fin de asegurar el retorno de la inversión y la obtención de ganancias, tanto la CFI como las empresas beneficiadas con esos fondos, promueven los tratados de libre comercio (TLC) y se acogen a ellos como ayuda a la realización de su ganancia.

Es claro que, el CIADI funciona unilateralmente y por lo tanto con muy poca o ninguna legitimidad y transparencia al beneficiar por un lado, las inversiones del Banco Mundial y por otra, la inversión de capital transnacional canadiense, estadounidense y europeo principalmente, puesto que se debe a sus financistas

- d. Entonces, ¿será posible hablar de transparencia en los procesos de arbitraje que realiza el CIADI? Es una interrogante que sin duda alguna, a la luz de los pocos datos señalados anteriormente, dejan clara su respuesta.

Sin embargo, en el CAFTA-DR en su artículo 10.21, establece que en primer lugar pondrán a disposición del público la notificación de intención de la demanda, la notificación de arbitraje, los alegatos, entre otros aspectos; pero esto en la práctica no resulta ser del todo cierto.

Para el caso de la demanda de la minera Pacific Rim al Estado Salvadoreño, la empresa minera ha publicado en su sitio web, el escrito de demanda, entre otros documentos; sin embargo, desde la parte del Gobierno no se ha contado con acceso a la información, lo cual sin duda es un obstáculo al hecho de que, desde la población puedan surgir insumos que abonen a la defensa del caso; pero esto se daría en la medida que la población tenga acceso a la información.

Además en el mismo artículo se sostiene que *“El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación”*⁴². Sin embargo, la tradición de los casos desarrollados en el CIADI demuestran que esta cláusula no se ha cumplido en lo mas mínimo.

⁴² CAFTA-DR. Capítulo Diez. Artículo 10.21. Pág. 10-19.

- e. Además del tema relacionado a la Transparencia citado en el numeral anterior, hay que señalar cuáles son los funcionarios que están al frente de dicho Centro.

Para el caso, la Secretaría General del CIADI durante el periodo de 2003 a 2006, estuvo a cargo del destacado abogado peruano; Roberto Dañino, quien ha sido primer ministro del Perú y además, vicepresidente del directorio de Hochschild Mining plc, Goldfields Perú, entre otras empresas mineras y afiliadas financieras.

En la actualidad, ha sido nombrada para ocupar dicho puesto, a partir de Junio del corriente año, la Sra. Meg Kinnear, quien ha trabajado como abogada para el gobierno canadiense, específicamente en la dirección del Trade Law Bureau de Canadá y otras dependencias del gobierno canadiense; dicha instancia ha sido mecenas y promotor de la industria minera en muchos países empobrecidos. La Sra. Kinnear, es también autora y coautora de numerosos documentos referentes a diferencias relativas a la inversión en el marco del NAFTA. (Tratado de libre comercio entre EUA, México y Canadá)

Por tanto, cómo puede el CIADI hablar de transparencia en sus proceso de arbitraje, cuando los que están al frente, en última instancia, se convierten en juez y parte del mismo proceso.

- f. Por último, hay que señalar cuál ha sido la tendencia de los tribunales de arbitraje instalados en el CIADI, para la solución de otras controversias relativas a Inversiones desarrolladas en otros países.

En ese sentido, se pueden citar varios ejemplos⁴³, como es el de Metalclad Corp. de Estados Unidos, dicha empresa que se dedica al procesamiento de desechos tóxicos, enjuicia a México porque el Estado de San Luis Potosí no otorgó permiso para la construcción de una instalación para la eliminación de desechos tóxicos. Obtuvo US\$16.7 millones en compensación.

Otro caso es el de Ethyl Corp. (EE.UU.) empresa productora de MMT, un aditivo para gasolina considerado cancerígeno, enjuicia a Canadá que ordenó el paulatino retiro de este aditivo. Ganó, y obligó a Canadá a revocar la decisión de retirar el aditivo, además de pagar US \$ 13 millones en indemnización, y desde luego, derogar la legislación que prohibía la venta transfronteriza de MMT. Desde entonces el Congreso no aprueba una nueva legislación medioambiental.

También podemos citar el caso de Methanex (Canadá), esta es la empresa más grande del mundo productora de metanol, un aditivo a la gasolina, dicha empresa enjuicia al gobierno estadounidense debido a que el Estado de California ordenó en 1999 retirar paulatinamente este aditivo, que estaba contaminando fuentes de agua. Procede a demandar por \$970

⁴³ Cfr. Moreno Raúl. Presentación: "La inversión extranjera y las políticas de desarrollo: UNA MIRADA DESDE EL CASO PACIFIC RIM". San Salvador. Junio 2009.

millones; la resolución de este proceso de arbitraje esta pendiente de definir su laudo.

Así pues, podemos observar como en los casos descritos brevemente, en todos es el Estado demandado el que pierde el laudo arbitral, es decir, si la tendencia se mantiene el escenario no es muy favorable para el Estado Salvadoreño. Es increíble como un organismo que debiera de ser incapaz de dar ordenes a los Estados impone leyes en los territorios, hace que cambien su legislación, los obliga a pagar una indemnización por aspectos que atentan a los Estados Nacionales y aún mas, los obliga a acatar sus decisiones finales, ya que por el contrario son sujetos a sanciones comerciales severas, las cuales en su mayoría consisten en multas multimillonarias, las cuales podrían llevar incluso a un embargo político.

3.3 Legislación Nacional y Principio Precautorio.

Tal como se había señalado anteriormente, la transnacional Minera Pacific Rim, ha “argumentado” que algunos artículos de leyes como del medio ambiente, como de la minería, como la ley de inversiones, todas de la República de El Salvador, le han “favorecido” a sostener la demanda interpuesta al Estado Salvadoreño.

Sin embargo, no podemos dejar que esa cuestión quede planteada en esos términos, es decir, no se debe de permitir que las transnacionales como Pacific Rim, utilicen las leyes de nuestro país a su antojo; y en ese sentido, se pretende en este pequeño espacio, de manera breve, dar algunos insumos que desmientan el discurso utilizado por la empresa minera Pacific Rim.

Sólo el artículo uno de la Constitución de la República de El Salvador, bota y desarticula todo el “argumento” utilizado por la minera, en éste se contempla que *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.*

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”⁴⁴.

La segunda parte del artículo referido es de suma importancia, ya que este sostiene que el Estado está obligado a asegurarnos a todos y todas las salvadoreñas el goce de la libertad, además de otro aspecto fundamental sin lo que no tiene razón de ser la vida, la salud; el bienestar económico y la justicia social.

Y es de suma importancia, en tanto que, se ha comprobado que la transnacional minera Pacific Rim, al instalarse y explotar nuestras minas para que extraigan oro y plata, atentan a la vida humana en sí misma. Es decir, que violan el principio fundamental de la Constitución de la República, ya que en varias investigaciones, estudios y análisis se ha determinado con sobrada solvencia, cómo la

⁴⁴ Cfr. Constitución de la República de El Salvador, TITULO I, artículo único.

instalación de esta inversión en nuestro país trae como único beneficio, el detrimento de la calidad de vida de las personas.

Así pues, sólo desde acá cualquier “argumentación” que se utilice no es válida, sino más bien, otro intento del gran capital transnacional por incrementar, a costa de lo que sea, su capital. Así fuese cobrando la vida de miles de miles de salvadoreños y salvadoreñas.

Sin embargo no podemos basar la insostenibilidad del “argumento” de Pacific Rim solo con el artículo único de la Constitución de la República, hay que hacer el esfuerzo por profundizar un poco más en el análisis, y en ese sentido se plantean los siguientes aspectos.

✚ En primer lugar, no podemos dejar que un Tratado Internacional, esté por encima de la misma Constitución de la República, y ni tampoco de las leyes secundarias de la República.

En ese sentido, el CAFTA-DR que es el instrumento utilizado para “argumentar” fundamentalmente, la demanda interpuesta por la minera al Estado Salvadoreño, se salta no solo las leyes secundarias del país, sino la Constitución misma de la República.

Por tanto, no se debe ni se debe permitir que los Tratados Comerciales violen nuestra soberanía, y rompan con todo el marco regulatorio del país, a fin de poder servir al gran capital, y otorgarles todas las condiciones para que puedan en países como el nuestro hacer imperar sus inversiones, y lograr en definitiva un debilitamiento de los Estados Nacionales, logrando así una supra estructura representada claramente desde y con el gran capital.

✚ Otro aspecto fundamental, es el referido al tema de los permisos de exploración minera y explotación minera. Como bien es sabido por todos, para que la empresa minera Pacific Rim se instalase en nuestro país y explotara nuestro suelo, es necesario que cumpla ciertos requisitos para el otorgamiento de las licencias respectivas.

En ese sentido, los artículos 18 y 19 de la Ley de Medio Ambiente de El Salvador, que ya se explicaron anteriormente, sostienen que uno de esos requisitos es el referido al tema del Estudio de Impacto Ambiental. Es decir, la minera Pacific Rim, no puede desarrollar su inversión hasta el momento debido, principalmente, a que no cuenta con el permiso de impacto ambiental que otorga el Ministerio de Medio Ambiente.

Sin embargo, para la empresa, este estudio ha sido presentado con todas las observaciones superadas, y además “demostrando” que la inversión a realizar supera todos los impactos negativos que pueda causar el desarrollo de la inversión.

Precisamente es acá que el Gobierno del ex presidente Saca, con sus acciones favorece a la transnacional minera, ya que no hubo respuesta del Gobierno para superar esta etapa, sino más bien, una serie de declaraciones encontradas en un contexto electoral, en donde la “posición” del Gobierno en turno, era de total oposición a la minería metálica. Sin embargo, esto sólo fue del diente al labio, ya

que no se produjo desde este espacio, ningún tipo de documento legal, ni mucho menos oficial que respaldará dichas declaraciones.

Además, según lo afirman fuentes de parte de Pacific Rim, que a la vez son de los ejecutivos representantes de la firma, el Presidente Saca y parte de su Gabinete, habían ya, establecido un “trato” con la empresa, a fin de poder desarrollar su inversión, pero pasadas las elecciones, lógicamente, al no resultar el escenario como ellos lo esperaban, el desenlace de este episodio es lo que es.

Por tanto, un error fundamental del Gobierno, a parte de la firma del CAFTA-DR, sin ni siquiera leerlo, es el no haber respaldado la posición en contra de la explotación minera del país, además de no haber propiciado los escenarios idóneos para sostener dichos discursos. En ese sentido se espera que el nuevo Gobierno pueda tener un giro en el desarrollo de estas actividades.

Pero volviendo al tema del estudio de impacto ambiental, la empresa minera, en definitiva, no puede sostener el hecho de que su instalación en el país y el desarrollo de su inversión, producen daños irreversibles a nuestro territorio. Por más que digan, que demuestren y hagan lo que hagan, y digan lo que digan, no pueden quitar el cianuro que arrojarían a los ríos al explotar las minas. Ríos que lógicamente, contienen el agua que garantiza nuestra supervivencia.

No se puede dejar que la empresa maneje el siguiente discurso: “un jeans de cualquier salvadoreño, tiene más cianuro que el que la empresa producirá en su inversión”, es decir, estamos en ambiente contaminado, entonces qué más da que lo sigamos contaminando. Es atentar a la vida, es mutilarnos entre nosotros mismos.

En definitiva, el Estado Salvadoreño tiene suficientes argumentos, que desde el movimiento social se han articulado, en función de demostrar que esta inversión atenta, sin temor alguno, a la vida misma, atenta a nuestra agua, a nuestros ríos, a nuestro medio ambiente, en fin, atenta a toda la población salvadoreña.

En ese sentido no es cierto que la legislación nacional en tema de medio ambiente le “favorece” a la empresa minera, tal como ellos lo sostienen, por lo que es necesario que el Gobierno se fortalezca del movimiento social, de sus investigaciones que demuestran técnicamente que esta inversión produce un impacto ambiental que no es posible reintegrarlo de ninguna manera.

- ✚ Cualquiera podría pensar que Pacific Rim, al obtener el permiso de exploración por medio de una licencia, esto genera una expectativa de que en un futuro se otorgue la licencia de explotación. Pero eso no debe ser así, es decir, no se debe vincular el permiso de exploración con el permiso de explotación, ya que ambos, de ninguna manera, son vinculantes. Por lo que si Pacific Rim obtuvo el permiso de exploración, eso no significa que automáticamente se otorgará el permiso de explotación.

Así pues, no hay razón para pensar y/o hacer el análisis en el sentido que el permiso de exploración, generó a la empresa transnacional minera Pacific Rim, una expectativa de inversión en el país. Más bien lo que ha quedado reflejado nuevamente es que, la empresa no ha realizado su inversión como tal en el país, ya que su objetivo, el cual es la explotación minera no ha sido ejecutado.

- ✚ Por último, pero como un aspecto fundamental en el caso de la demanda de la empresa Pacific Rim contra el Estado Salvadoreño, es el tema de la aplicación del Principio Precautorio. Consideramos que este es el momento perfecto para la aplicación del mismo.

En la última década ha surgido un nuevo principio que debería regir el comportamiento de todos los Estados Nacionales y de la Sociedad en general. Este es el principio precautorio, el cual nace como una necesidad frente al hecho de que hemos enfrentado una serie de impactos ambientales y en la salud humana, debido a la alteración ambiental, resultado de actividades industriales, extracción excesiva de recursos naturales renovables y no renovables, niveles excesivos de consumo, etc. Que generalmente solo favorecen a corporaciones transnacionales como la empresa minera Pacific Rim, o en su defecto a actores élites locales.

Una definición general del principio precautorio puede ser la siguiente: *“el principio precautorio, se traduce como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente o la salud, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquellos”*⁴⁵.

Es decir, la Sociedad en general, toda la población salvadoreña, no puede esperar a que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño potencial. Es un aspecto de sentido común, de simple supervivencia, como seres humanos aplicamos este principio en cualquier circunstancia que atente contra nuestra seguridad personal o la de nuestra familia.

En nuestra legislación, el principio precautorio no es ajeno, es decir, se encuentra contemplado en los siguientes artículos:

- ✓ El artículo 117 de la Constitución de la República, establece que *“Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible. Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la Ley. Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos”*⁴⁶.
- ✓ El artículo 2 de la Ley de Medio Ambiente, establece que la política nacional de medio ambiente se fundamentará en principios, tal como el que se señala en el literal e, *“En la gestión de protección del medio ambiente, prevalecerá el principio de prevención y precaución”*⁴⁷.

En ambos artículos, queda claro que el principio precautorio está totalmente establecido dentro de nuestra legislación, en ese sentido es el momento entonces de ponerlo en práctica en función de la defensa de nuestra soberanía y de la vida misma.

⁴⁵ Cfr. Aurelio, Marco. Presentación: “Principio Precautorio en el Ambientalismo”, Argentina.

⁴⁶ Cfr. Constitución de la República de El Salvador, TITULO V, artículo 117.

⁴⁷ Cfr. Ley de Medio Ambiente, Parte I, Titulo I, Artículo 2, literal e.

Y por si no fuese suficiente, el CAFTA-DR, plantea tácitamente este mismo principio, al establecer en su artículo 10.11 el tema de Inversión y Medio Ambiente, y dice que *“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”*⁴⁸.

Si bien el artículo del CAFTA-DR mencionado anteriormente no lo bastante específico para la aplicación del principio precautorio, sin embargo, da la pauta para que se pueda incluir dentro del cumplimiento de las medidas a las que hace mención, el principio del cual estamos tratando.

Sin embargo, en el anexo 10-C del Capítulo 10 del CAFTA-DR, hay una cláusula que específicamente establece *“Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”*⁴⁹ lo cual claramente converge con el principio precautorio, que dicho sea de paso, no deberá entenderse, tal como el texto lo señala, como una expropiación indirecta, tema del cual se hablo anteriormente.

El principio de precaución o precautorio, ha sido reconocido en diferentes convenios internacionales⁵⁰ y figura, en particular, en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

Sin embargo, este principio, a través de las normas antes mencionadas, se han constituido en algunos países, principalmente en Estados Unidos, como pretexto para adoptar medidas proteccionistas, lo cual no fue concebido en esa lógica, sino más bien, que se aplicare sobre todo en los casos de peligro para la salud pública, como es el caso de la instalación de la minera Pacific Rim.

Los debates ya iniciados en los foros internacionales pueden enriquecerse gracias a una definición clara de la manera en que la Comunidad tiene intención de recurrir al principio de precaución a fin de garantizar un nivel apropiado de protección del medio ambiente y de la salud.

La justificación para la utilización del principio precautorio se basa en el cumplimiento de tres condiciones previas, que para el caso de El Salvador, se cumplen absolutamente, estas son:

⁴⁸ Cfr. CAFTA-DR. Capítulo 10, Artículo 10.11, pág. 10-8 y 10-9.

⁴⁹ Cfr. CAFTA-DR. Capítulo 10, Anexo 10-C, pág. 10-30.

⁵⁰ El principio precautorio se puede encontrar en las siguientes convenciones o tratados del derecho internacional: Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, principio 15; Convenio Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático, artículo 3, inciso 3º; Tratado de Maastricht de la Unión Europea, artículo 130 R-2; Capítulo Mundial de la Naturaleza, 1982; Protocolo de Montreal sobre erosión de la capa de ozono; Declaración Económica, Cumbre Económica de Naciones Industrializadas, 1990; Recomendaciones de El Haya, sobre Derecho Internacional, 1991; Convenio sobre Diversidad Biológica, 1992; Protocolo de Cartagena sobre biodiversidad; Declaración de Nuuk sobre Ambiente y Desarrollo en el Ártico, 1993; Decisión Andina 391 sobre acceso a Recursos Genéticos.

1. Identificación de los efectos potencialmente negativos;
2. Evaluación de los datos científicos disponibles; y
3. Determinación del grado de incertidumbre científica.

Por tanto, y sobre la base de lo señalado, el daño que Pacific Rim ocasionaría si se instalase en nuestro territorio, es moralmente inaceptable desde este principio, y este daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos, a la población salvadoreña y al medio ambiente de nuestro territorio, por lo que Pacific Rim representa para el Estado Salvadoreño una amenaza contra la vida humana, la cual es grave pero además irreversible, pero sobre todo es injusta para las generaciones presentes y futuras en cuanto no se toman en cuenta, ni siquiera, los derechos humanos de los afectados.

3.4 Una mirada a los Tratados Bilaterales de Inversión.

No podemos dejar desapercibido en esta investigación un tema fundamental en esta lógica de dismantelamiento de la soberanía de los pueblos, siempre a través de la implementación de políticas públicas en materia de comercio internacional.

No referimos a la firma de los llamados “Tratados Bilaterales de Inversión” (TBI), que es un mecanismo de protección a los inversionistas, pero que además vulnera la Soberanía de nuestro país.

Los “TBI” que en realidad su nombre oficial es “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre (el país x) y la República de El Salvador”, su objetivo es precisamente como su nombre lo dice promover y proteger las inversiones entre los Estados Nacionales que firman el Acuerdo.

Es decir, no se trata tan solo de un simple Tratado Bilateral de Inversión que lo que busca es solamente abonar al desarrollo de un país a través de las inversiones, sino también crear los mecanismos que permitan proteger, a costa de lo que fuese, esas inversiones. En resumidas cuentas, se trata de una herramienta que permite blindar a los inversionistas de cualquier medida proteccionista de los Estados, pero que además está claro que lo que busca es aumentar las cuotas de ganancia del gran capital.

El Salvador ha firmado hasta este momento 24 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones aproximadamente, los cuales han sido firmados desde 1978 y entrado en vigencia desde 1992. Es decir, esto no es algo nuevo para el país, lo nuevo es que ahora lo conocemos, pero que sin embargo han estado ahí y la mayoría de la población ni siquiera sabe que existen, pero aún más, ni siquiera saben las implicaciones que dichos tratados tienen para el pueblo salvadoreño.

En el siguiente cuadro se detallan todos los “Tratados Bilaterales de Inversión” que El Salvador tiene con otros Estados, además señalando la Fecha de suscripción y la Entrada en Vigencia del mismo:

TRATADOS BILATERALES DE INVERSION

| Acuerdo / Parte(s) | Fecha de Suscripción | Entrada en Vigencia |
|--------------------|-------------------------------------|----------------------------------|
| Alemania | Jueves, 11 de Diciembre de 1997 | Domingo, 15 de Abril de 2001 |
| Argentina | Jueves, 09 de Mayo de 1996 | Viernes, 08 de Enero de 1999 |
| Bélgica/Luxemburgo | Martes, 12 de Octubre de 1999 | Martes, 12 de Noviembre de 2002 |
| Belize | Martes, 04 de Diciembre de 2001 | |
| Canadá | Lunes, 31 de Mayo de 1999 | |
| Chile | Viernes, 08 de Noviembre de 1996 | Sábado, 29 de Marzo de 1997 |
| Corea | Jueves, 06 de Julio de 1978 | Sábado, 25 de Mayo de 2002 |
| Costa Rica | Miércoles, 21 de Noviembre de 2001 | |
| Ecuador | Lunes, 16 de Mayo de 1994 | Domingo, 14 de Enero de 1996 |
| España | Martes, 14 de Febrero de 1995 | Lunes, 20 de Febrero de 1995 |
| Estados Unidos | Miércoles, 10 de Marzo de 1999 | |
| Finlandia | Lunes, 20 de Mayo de 2002 | Jueves, 20 de Febrero de 2003 |
| Francia | Miércoles, 20 de Septiembre de 1978 | Sábado, 12 de Diciembre de 1992 |
| Israel | Lunes, 03 de Abril de 2000 | Lunes, 07 de Julio de 2003 |
| Marruecos | Miércoles, 21 de Abril de 1999 | Jueves, 11 de Abril de 2002 |
| Nicaragua | Sábado, 23 de Enero de 1999 | Sábado, 08 de Julio de 2000 |
| Países Bajos | Martes, 12 de Octubre de 1999 | Jueves, 01 de Marzo de 2001 |
| Paraguay | Viernes, 30 de Enero de 1998 | Domingo, 08 de Noviembre de 1998 |
| Perú | Jueves, 13 de Junio de 1996 | Domingo, 15 de Diciembre de 1996 |
| Reino Unido | Jueves, 14 de Octubre de 1999 | Viernes, 01 de Diciembre de 2000 |
| República Checa | Lunes, 29 de Noviembre de 1999 | Miércoles, 28 de Marzo de 2001 |
| Suiza | Jueves, 08 de Diciembre de 1994 | Lunes, 16 de Septiembre de 1996 |
| Taiwán | Viernes, 30 de Agosto de 1996 | Martes, 25 de Febrero de 1997 |
| Uruguay | Jueves, 24 de Agosto de 2000 | Viernes, 23 de Mayo de 2003 |

Fuente: Elaboración propia con base de datos de la Organización de Estados Americanos OEA.

Pero en realidad qué es lo relevante de estos TBI, por qué se dice que atentan a la Soberanía Nacional, y es precisamente porque como su nombre oficial lo dice, es un acuerdo para la promoción, pero además para la protección recíproca de inversiones. Es decir, que cada parte debe de proteger a costa de lo que sea a las inversiones con quien firma el acuerdo.

En ese sentido, por poner un ejemplo, el artículo 3 del Acuerdo para la promoción y protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador, establece que: *“cada parte contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversiones de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”*⁵¹

⁵¹ Cfr. Ministerio de Asuntos Exteriores. Acuerdo de 23 de abril de 1996 para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador. 1995.

Además el mismo artículo establece en su segundo párrafo que “*cada parte contratante concederá las autorizaciones necesarias en relación con estas inversiones y permitirá, en el marco de su legislación, la ejecución de contratos laborales, de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa*”⁵².

Hay que señalar que el marco jurídico para estos acuerdos es el mismo para todos los países con los que se ha firmado Tratados Bilaterales de Inversión. Al menos la mayoría de los artículos son similares y son más bien aspectos de forma los que cambian en el contenido de los mismos.

Lo anterior resulta relevante para el caso de la demanda de Pacific Rim, ya que desde 1999 se tiene firmado un TBI con Canadá y Estados Unidos, es decir, que desde este instrumento, las empresas como Pacific Rim pueden argumentar un obstáculo injustificado desde la legislación nacional para el desarrollo de las inversiones.

Además otro aspecto que viola la Soberanía de los Pueblos es el relacionado con el tratamiento exigido hacia las inversiones desde este tipo de Tratados Comerciales, para el caso los TBI plantean lo siguiente “*Cada Parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme el Derecho Internacional, a las inversiones y rentas de inversión de inversores de la otra Parte Contratante.*

Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones y rentas de inversión de inversores de cualquier tercer Estado.

Cada Parte contratante aplicará, con arreglo a su legislación nacional, a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores”⁵³.

Los párrafos anteriores es lo que desde el CAFTA-DR conocemos como Trato Nacional y Trato Nación Más Favorecida. Es decir, que desde los TBI estamos condenados a dejarles todos los mercados abiertos a las grandes empresas transnacionales, pero además este proceso lo consolidan los Tratados de Libre Comercio como el CAFTA-DR.

El otro aspecto fundamental que estos Tratados Bilaterales de Inversión plantean, es que en el tema referido a la solución de controversias relativas a inversión, los inversores de otros países pueden demandar a los Estados por obstaculizar o expropiar las inversiones, por lo que este tipo de controversias se solucionará desde un tribunal internacional, que al igual que el CAFTA-DR es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.

Entonces cualquiera podría pensar que entonces para qué luchar en contra de los Tratados de Libre Comercio y en contra de un posible Acuerdo de Asociación (AdA) con la Unión Europea, un pensamiento errado, ya que estos TBI lo que hacen es asegurar un margen seguro de maniobra del gran capital en los países miembros, pero los Tratados de Libre Comercio lo que hacen es ampliar ese concepto de inversión, incluir dentro del Tratado mas cláusulas que obliguen a cambiar la legislación nacional

⁵² Cfr. *Ibidem*.

⁵³ Cfr. *Ibidem*.

en función del gran capital, pero sobre todo, profundizar el margen de maniobra que el gran capital lograría con esos acuerdos.

Por tanto, los “Tratados Bilaterales de Inversión” son igual de dañinos que los Tratados de Libre Comercio, y hay que tener cuidado con las negociaciones que se tienen con la Unión Europea, ya que desde estos espacios se espera que la Unión Europea negocie como gesto de “buena voluntad” el no poder plantear la posibilidad de demandas inversionista-estado sino solo estado-estado, es decir, que no se permitirá que un inversionista demande a un Estado, sino solo un Estado para la solución de una controversia en materia de inversiones.

Pero la pregunta es, ¿qué pierde la Unión Europea con eso?, absolutamente nada, ya que con los Tratados Bilaterales de Inversión tienen asegurada la posibilidad de poder demandar a un Estado desde un inversionista, a través de sus 8 TBI con países de la Unión Europea. Por tanto, la Unión Europea buscará desde el AdA consolidar todos los aspectos ajenos a los TBI con los que ya cuenta.

4. Conclusiones

Como último punto, pero quizá sin duda, el más relevante, es el tema referente a las actividades concretas que la población salvadoreña puede y debe de realizar, en torno a este escenario.

Y es que resulta tan necesario este análisis, ya que es la población salvadoreña la que en definitiva enfrentará las consecuencias de este caso. Es decir, que no se debe de focalizar solamente el caso que está a la vista en este momento, sino más bien, se deberá de trascender en el análisis de las personas, en tanto que debe de debatirse el tema de fondo, el cual es lo que provoca este tipo de consecuencias. En ese sentido, nos referimos al tema de los Tratados de Libre Comercio, la Ley de Minería, la Ley de Inversiones, entre otros aspectos. Pero a la vez, habrá que pasar a la acción, mediante hechos concretos que nos permitan a todos y a todas, los y las salvadoreñas poder defender nuestra soberanía.

Por tanto, a continuación se presentan algunas consideraciones generales que abonen al debate nacional:

Unificar la lucha contra la minería metálica.

La población salvadoreña debe unir y sumar esfuerzos en torno a esta problemática, en tanto que no se puede dejar de lado que es un problema que atenta no solo a un grupo de la población, sino a todo el pueblo en general, estemos o no de acuerdo con la minería metálica..

Así mismo, si bien, existen actualmente esfuerzos que abonan a esta lucha, como el trabajo realizado por la Mesa Nacional Frente a la Minería, conformada por varias organizaciones sociales que luchan por la soberanía de nuestro pueblo; se debe de ampliar y profundizar aún más ésta lucha, llevándola al plano nacional, es decir, que este tema sea parte de la agenda nacional.

Lo planteado anteriormente, supone tácitamente que se debe de trabajar en conjunto con el Gobierno, lo cual implica que se deberán de crear los espacios para que se puedan articular las acciones necesarias para hacerle frente a esta problemática de país que estamos enfrentando en este momento. Por lo que, desde el Gobierno, pero también desde el Movimiento Social deberá existir esa apertura para poder intercambiar la información disponible que permita poder defender nuestro territorio.

Intensificar la lucha en defensa de la soberanía del país.

El movimiento social debe de aumentar y fortalecer los estudios orientados al análisis de los impactos negativos que las políticas neoliberales de los gobiernos anteriores han heredado al pueblo salvadoreño.

En ese sentido resulta de urgencia aumentar la campaña en defensa de nuestra soberanía, a través de la denuncia de los impactos socio-ambientales que este tipo de inversiones generan en nuestro territorio.

Así mismo, no cesar en la lucha de demandar las graves y constantes violaciones a los derechos económicos, humanos, sociales, culturales y ambientales que generan las políticas implementadas hasta la fecha de parte del Gobierno saliente y los que le precedieron.

A la vez, se debe de pedir al actual Gobierno que pueda articular políticas públicas orientadas al beneficio de las mayorías, de manera que dichas políticas puedan formularse desde y con el pueblo salvadoreño, de manera que la visión de éstas sea incluyente y no marginalista como se ha venido actuando hasta este momento.

Ampliar el ámbito de lucha de la minería metálica.

El movimiento social, como responsable de liderar esta lucha del pueblo salvadoreño, está llamado a unificar a toda la población en general y debe de extender su análisis más allá de la minería metálica.

Por lo que no solo hay que ver el aspecto ambiental y todo lo que se ha desarrollado hasta la fecha en este tema, sino que hay que tratar de incluir dentro de la lucha el tema de la inversión, comercio internacional y minería metálica.

Es decir, de lo que se trata es de hacer un análisis más integral, en tanto se establezca cómo las políticas públicas en materia de comercio internacional, específicamente en Inversión, están completamente interrelacionadas con los megaproyectos como los desarrollados por la empresa Pacific Rim.

Es necesario que se tomen en cuenta estudios realizados por varias organizaciones que han desarrollado toda la política neoliberal en materia de inversión, desde la aplicación de los Programas de Ajuste Estructural y Estabilización Económica, hasta la firma de los Tratados de Libre Comercio, de modo que se pueda vincular todo el aspecto Económico, la política económica y el tema de inversión, con la minería metálica, abordada ésta desde los megaproyectos incluidos por el gran capital en el Comercio Internacional.

Generar presión desde la población por debatir el trasfondo de este caso y poder proponer alternativas para el Gobierno en turno.

Resulta claro que si no se cuenta con un mecanismo constante de diálogo con el Gobierno, se debe hacer presión por que éste se cree a la brevedad posible, en tanto que sea una instancia en la que se pueda debatir los aspectos que están detrás de este caso, y las consecuencias que traería el no empezar a tomar cartas en el asunto.

En ese sentido, se deben de revisar la ley de inversiones, de medio ambiente, de minería, del agua, los tratados de libre comercio y bilaterales de inversión, entre otros aspectos relevantes para la población salvadoreña.

Esto resulta clave en este momento, en tanto que, se espera que exista apertura de parte del Gobierno para dialogar con el movimiento social, además de estar atento de las señales que a diario están percibiéndose, en el sentido de una profundización cada vez más acentuada de los impactos negativos de los Tratados de Libre Comercio y los Tratados Bilaterales de Inversión; a la vez que

se está a punto de terminar las negociaciones con la Unión Europea para un posible Acuerdo de Asociación, que desde ya se podría deducir que es un CAFTA plus, disfrazado con temas que “traen beneficios” al país, con temas como el diálogo político, o participación ciudadana, o bien el tema de reforzar los lazos de cooperación existentes a la fecha.

Posición frente a la minera Pacific Rim.

Se debe de construir desde ya un posicionamiento del Estado Salvadoreño en torno al tema de la demanda de la empresa transnacional Pacific Rim, lo cual implica que desde la población en general, junto con el Gobierno y todos los sectores de la población salvadoreña, tengan como punto de honor no permitir la instalación de la empresa en nuestro territorio, pero además no podemos permitir que quiera además de intentar robar nuestros recursos naturales, quiera robar el poco dinero que tenemos. Es decir, debemos de sostener la postura que no tenemos por qué pagar ni un solo centavo a la empresa minera Pacific Rim.

Por tanto, independientemente del laudo que resulte del proceso de arbitraje en el CIADI, El Salvador no debe en ningún momento por qué pagar cualquier cantidad de dinero, independientemente lo que el CIADI pueda hacer en contra del Estado Salvadoreño.

Es decir, habrá que buscar los mecanismos posibles, a fin de que no sea el CIADI un Organismo supranacional, capaz de modificar el marco normativo de los Estados Nacionales, de modo que unirse a campañas, como la impulsada desde el Ecuador por el presidente Correa y Bolivia con el presidente Morales, en el sentido se retiren los Estados de formar parte del CIADI, y puedan desde las distintas realidades de los países, proponer una alternativa para la solución de Controversias relativas a Inversiones.

En definitiva tenemos que preguntarnos, ¿Cuál es el nivel de riesgo aceptable en este caso? La respuesta es ninguno. El Salvador no puede estar sujeto a riesgos, no puede poner en vilo la poca soberanía que le queda, es más, se debe de trabajar en la recuperación de nuestra propia soberanía, por lo que, sin lugar a dudas, cualquier fallo en contra del Estado Salvadoreño es inaceptable.

Bibliografía

CAFTA-DR. Capítulo 10, Inversión.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003.

Informe de los directores ejecutivos acerca del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003.

Reglamento Administrativo y Financiero. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003.

Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (reglas de arbitraje). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003.

Constitución de la República de El Salvador.

Ley de Inversiones de la República de El Salvador.

Ley de Medio Ambiente de la República de El Salvador.

Ley de Minería de la República de El Salvador.

Notice of arbitration. Documento presentado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones por Pac Rim Cayman LLC. Abril, 2009.

Moreno Raúl, Presentación: “La inversión extranjera y las políticas de desarrollo: UNA MIRADA DESDE EL CASO PACIFIC RIM”. FESPAD. San Salvador, Junio 2009.

Aurelio, Marco. Presentación: “Principio Precautorio en el Ambientalismo”, Argentina.

Gutiérrez, Dagoberto. Apuntes de conversación del tema “principio precautorio”.

Diario Oficial de la Unión Europea, 03-02-2009.

“Coyuntura Minera de Atacama”. Febrero, 2003.

<http://www.pacrim-mining.com/s/Eldorado.asp>