

**INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO
AMBIENTE EN LA CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL**

**IMPACT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION ON
INTERNATIONAL CONTACTS**

por CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. Interacción de la ordenación internacional de comercio con las normas internacionales de protección del medio ambiente**
- 3. Técnicas y fuentes normativas en la ordenación del medio ambiente**
 - 3.1. NORMAS INTERNACIONALES, REGIONALES E INTERNAS
 - 3.2. AUTORREGULACIÓN
- 4. Régimen de los contratos internacionales**
 - 4.1. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
 - 4.2. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE
- 5. Cláusulas contractuales sobre el medio ambiente**
 - 5.1. REQUISITO PARA LA CONTRATACIÓN/INVERSIÓN
 - 5.2. OBLIGACIÓN DEL CONTRATO
 - 5.3. AISLAMIENTO FRENTE A CAMBIOS NORMATIVOS
 - 5.4. CAUSA PARA LA RESCISIÓN/MODIFICACIÓN DEL CONTRATO
 - 5.5. CONDICIÓN PARA OBTENER BENEFICIOS SALARIALES
- 6. Conclusiones**

Resumen

Los operadores comerciales internacionales son los destinatarios indirectos de las normas internacionales vinculantes de protección del medio ambiente y de las relativas a ordenación del comercio, cuya relación e interacción no dejan de ser complejas. La seguridad jurídica de las transacciones comerciales –a la que va aparejada su realización y su rentabilidad– requiere conocer las exigencias medioambientales que, especialmente en el ámbito contractual, deberán ser satisfechas. Para ello, no basta con realizar la tradicional determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales y el estudio de la imperatividad de las normas de protección del medio ambiente y su ámbito de aplicación, sino que debe tenerse en cuenta, además, la introducción en los contratos de cláusulas particulares en la materia. Con ellas, además de salvaguardar la posición de los contratantes frente a diversas circunstancias, se pone de relieve la existencia y el desarrollo de una política empresarial de protección medioambiental que, llevada de este modo al terreno claramente obligacional, puede servir también a los intereses de mercadotecnia de los operadores en el marco de la llamada Responsabilidad Social Corporativa. La protección del medio ambiente incide así, marcadamente, en la contratación internacional.

Palabras clave: protección del medio ambiente, contratos internacionales, ley aplicable, normas imperativas, responsabilidad social corporativa.

Abstract:

International commercial actors are the indirect addressees of international compulsory environmental norms as well as of those regulating international trade, whose relation and interaction are recognized to be complex. Legal certainty of international commercial transactions –to which the realization of the operations, as much as their profitability, is associated– requires acknowledging the environmental legal requirements that will have to be complied, especially regarding international contracts. For that purpose, it is not enough, following the traditional conflict of laws methodology, to determine the applicable law to international contracts and study the imperative character and the scope of the environmental rules. For a complete analysis, it is also necessary to study the introduction in the contract of environmentally related clauses. The inclusion of these clauses in international contracts, beyond safeguarding contractors' position in a number of situations, demonstrates the existence of a company environmental policy that, taken to a clearly obligational arena, can serve to its marketing interests in the context of

the Corporate Social Responsibility. Definitively, environmental protection has influence on international contracts.

Keywords: environmental protection, international contracts, applicable law, imperative rules, corporate social responsibility.

1. Introducción

1. Para introducir el análisis de la incidencia de la protección internacional del medio ambiente en la contratación internacional, cabe partir de unas rápidas y simplificadas consideraciones sobre la evolución del fenómeno del comercio. Así, bien puede decirse que, casi tan antiguo como la presencia del hombre sobre la tierra, el comercio –con la consiguiente explotación de recursos naturales, generación de residuos, etc.– experimentó durante los siglos XIX y XX un crecimiento hasta entonces desconocido como consecuencia del desarrollo tecnológico que facilitó la revolución industrial e, igualmente, la agilización de las comunicaciones. Esta transformación tuvo lugar en lo que se ha dado en llamar el Norte –países desarrollados– destacando y poniendo de relieve las ya existentes diferencias entre el Norte y el Sur –países en desarrollo– que, el progresivo incremento de las relaciones económicas y comerciales fue evidenciando cada vez más. El incremento del comercio de productos y, después, también de servicios –de forma paralela a la explotación de recursos naturales, contaminación, etc.–, en un contexto internacional cuya apertura ha estado en expansión y que llega a ser calificado como de liberalismo «salvaje», ha alterado el entorno ambiental perjudicándolo hasta el punto de hablarse en nuestros días no sólo de su deterioro, sino incluso de su destrucción.

Las empresas, como principales actores del comercio internacional, son consideradas culpables y responsables del perjuicio irrogado al medio ambiente, entendido como el entorno físico en el que el ser humano –y otras especies animales y vegetales– desarrolla su vida¹, cuyas secuelas, obviamente, sufre y sufrirá la humanidad en su conjunto. La búsqueda de la reducción de costes que procuren mayores beneficios sin atender a las consecuencias, especialmente a través de la deslocalización de la producción, de forma que ésta se sitúe en lugares en los que las exigencias normativas sean, a estos efectos, escasas², es la acusación directa más

¹ La definición de medio ambiente en el diccionario de la RAE es extensa: «conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades'. En el ámbito jurídico internacional no existe una definición cerrada pero puede concluirse que se parte de una noción amplia. Así, según la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1972, comprende el «conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas». Para más detalles *vid.* J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p.7.

² Se trata de la reacción empresarial a la calificada como «competencia entre sistemas normativos» que ha dado lugar al temor a una «carrera hacia el fondo» (*race to the bottom*) entre las regulaciones estatales que buscan atraer las inversiones extranjeras reduciendo las exigencias a las empresas. No obstante, la práctica confirma que no ha sido éste el efecto de la competencia normativa sino que, en muchos casos, se ha producido el llamado «efecto California», que consiste en la implantación de los estándares más exigentes a través de medidas comerciales. *Vid.* S. Princen, *EU Regulation and Tran-*

frecuente que sobre ellas pesa. Es la sociedad civil, tanto a escala nacional como internacional, quien primero toma conciencia y llama la atención sobre las repercusiones de las actividades económicas y comerciales en el medio ambiente y, a continuación, las instituciones gubernamentales, nacionales e internacionales, deciden iniciar una acción organizada con el fin de articular los medios necesarios para su protección por el bien de todos.

2. La preocupación medioambiental es hoy en día una cuestión global³ que, entre otras medidas, ha dado lugar a la firma de diferentes tratados internacionales. No obstante, por más que se persiga la protección del medio ambiente, no es éste un objetivo aislado. En efecto, la protección del medio ambiente no puede dejar de lado la persecución del desarrollo social y económico de las comunidades humanas. Así, la protección del medio ambiente se integra en un concepto más amplio, el de desarrollo sostenible, de acuerdo con los Principios de la Declaración de Río de Janeiro (Brasil) sobre medio ambiente y desarrollo⁴ impulsados en la Cumbre Mundial de desarrollo Sostenible⁵. El desarrollo sostenible⁶ se ha convertido en el pilar del consenso entre los países del Norte y del Sur sobre el que pivota tanto la regulación de la protección medioambiental como los desarrollos normativos del comercio internacional.

atlantic Trade. Kluwer. 2002, p. 2. Por ejemplo, un país puede prohibir la importación de productos cuya obtención no haya respetado determinados estándares medioambientales; de forma que, para lograr exportar, el productor se adapta a los requerimientos comerciales del país importador. *Vid.* J. Dine, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge Studies in Corporate Law, 2005, pp. 12-13, 24. Por lo demás, no puede dejarse de notar que los problemas de coordinación de la reglamentación en materia de competencia y de medio ambiente se han sentido a escala interna, siendo paradigmático el caso de la Unión Europea, donde se ha desarrollado el concepto de «modernización ecológica», que atiende a la interrelación positiva entre el crecimiento económico y la protección del medio ambiente dejando a un lado cuestiones de naturaleza puramente medioambiental, *vid.* J. de Cendra Barragán, «Regulatory dilemmas in EC environmental law: the ongoing conflicts between competitiveness and the environment», en *The Regulatory Function of European Private Law*, F. Cafaggi y H. Muir Watt, Eds., Edward Elgar, 2009, pp. 93 y 100.

³ Puede decirse que comenzó en los años sesenta del pasado siglo en los países desarrollados intensificándose en los ochenta como una cuestión ya global al plantearse la destrucción de la capa de ozono y el cambio climático. A estos efectos, sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente con el comercio *vid.* F. Francioni (Ed.) *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart Publishing, 2001.

⁴ Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, de 12 de agosto de 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I).

⁵ En la cumbre mundial sobre desarrollo sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) en septiembre de 2002, A/CONF.199/20, pp. 17-20 y 40, los Estados asumen una responsabilidad colectiva para avanzar y fortalecer los pilares interdependientes y mutuamente complementarios del desarrollo sostenible: el desarrollo económico y social y la protección medioambiental a escala local, regional y global.

⁶ Se entiende que el concepto de desarrollo sostenible se encuentra en el Principio 3 de la Declaración de Río (*vid supra*. nota 4), formulado en los siguientes términos: «El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras». Esta línea se refleja también en el Documento final de la Cumbre Mundial de Naciones Unidas de 2005 (14-16 de septiembre), aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 2005.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el comercio, con la requerida reducción de obstáculos para que pueda llevarse a cabo de forma ágil, es un instrumento para el desarrollo. El carácter instrumental de la liberalización comercial está expresamente establecido en las normas internacionales en la materia, específicamente en los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁷. Desde esta perspectiva, no puede perderse de vista que las medidas adoptadas para proteger el medio ambiente pueden dar lugar a obstáculos al comercio que, eventualmente, escondan políticas de proteccionismo económico-comercial. Además, no ha sido infrecuente que los países del Sur tachen las políticas ambientales más rigurosas de los países del Norte de constituir una dificultad añadida a las que ya tienen para superar sus problemas de desarrollo económico, puesto que sus exportaciones hacia los mercados de aquellos se dificultan o se hacen más costosas y menos competitivas.

3. Aunque no sean sujetos de Derecho internacional, las empresas son los destinatarios últimos de la regulación internacional de la protección del medio ambiente y del comercio transfronterizo –sin perjuicio de las previas transformaciones en Derecho interno– en su calidad de actores del comercio internacional, convirtiéndose, asimismo, en actores del desarrollo sostenible. Estos actores –empresas públicas y/o privadas– desarrollan su actividad comercial principal a través de contratos internacionales, tanto públicos (compras públicas y/o contratos de Estado⁸) como privados. Ello no excluye la exigencia de las responsabilidades que puedan derivarse de la acción empresarial fuera de los mismos (extracontractual)⁹ que, en lo que aquí concierne, puede tratar de ser prevista en los propios contratos. Desde un punto de vista jurídico, la principal preocupación de las empresas es, obviamente, la seguridad en cuanto al régimen al que está sometida su actividad¹⁰ que, en lo que al medio ambiente concierne, puede resultar no sólo algo incierta,

⁷ Acuerdos de la OMC, hechos en Marrakech, de 15 de abril de 1994, *BOE* de 24 de enero de 1995.

⁸ A pesar de los debates, nadie cuestiona la naturaleza contractual de los negocios jurídicos en los que interviene un sujeto de Derecho público y otro de Derecho privado. Por lo demás, la calificación «contrato de Estado» o «contrato de desarrollo económico» se reserva para los que son concluidos entre persona de Derecho público y persona física o jurídica extranjera y que generalmente tiene por objeto la investigación y explotación de materias primas, la ejecución de obras públicas o la cooperación industrial. *Vid.* J.F. Lalive, «Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées; développements récents», *R. des C.* vol. 181, 1983-III, pp. 29-37. P. Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», *R. des C.* tomo 136, 1972-II, pp. 95-240 y W. Goldsmith, «Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (a methodological study)», *R. des C.* vol. 128, 1969-III, pp. 213-327.

⁹ Sirva a título ilustrativo la exigencia de responsabilidad extracontractual a los propietarios y aseguradores del buque *Prestige*, así como la tentativa de reclamación de responsabilidad a los inspectores del mismo, tras el vertido del petróleo que transportaba cerca de la costa gallega el 13 de noviembre de 2002.

¹⁰ Específicamente en materia medioambiental, también persiguen que se respeten condiciones de competencia equitativas para todos «Linkages between Environmental Policy and Competition», *OCDE Environment Working Papers* n.º. 13, 11 de enero de 2010, pp. 25-37. <http://www.oecd.org/dataoecd/0/8/44392874.pdf>. Visitado en julio 2010.

sino también inestable. De ahí que los contratos internacionales adquieran un papel fundamental a la hora de fijar el alcance de sus obligaciones y responsabilidades.

Más allá de consideraciones puramente jurídicas, la importancia de la incorporación de compromisos medioambientales a estos contratos se refuerza al tener en cuenta que la reputación es uno de los grandes activos de las empresas. Así, ante la mayor concienciación y demanda pública de protección medioambiental, estos actores reaccionan adaptándose a la nueva situación adoptando nuevas estrategias corporativas con las que muestran su disposición a asumir costes mayores con el fin de contribuir a alcanzar el desarrollo sostenible¹¹. De esta forma, pueden lograr la llamada «aceptabilidad» (también conocida como «*licence to operate*»); concepto referido a la aprobación social y política de la actividad empresarial para la población (o, mejor dicho, para los activistas con influencia sobre la opinión pública) en lo que concierne al conjunto de comportamientos vinculados con la protección de los derechos humanos, del medio ambiente ...etc.¹². En este sentido, se ha destacado que empresas consideradas líderes ambientales –que emplean estándares ambientales más altos que el promedio de la industria a la que pertenece– no reducen sus beneficios, sino que a menudo recuperan los costes porque ciertos consumidores están dispuestos a pagar precios más altos por productos con certificación ambiental y porque las empresas que acreditan cumplir con los estándares medioambientales reconocidos tienen ciertas ventajas competitivas –como menores seguros para respaldar préstamos y mejor acceso a clientes que se preocupan por su propia reputación ambiental-¹³.

4. Sobre estas premisas, el presente trabajo analiza la incidencia de la protección del medio ambiente en la contratación internacional partiendo de la interacción de la ordenación internacional de comercio con la del medioambiente (2). A partir de ahí, tras considerar, las técnicas y fuentes normativas en la ordenación de este último (3), procede detenerse en el régimen de los contratos internacionales (4) en el que, además de atender a la determinación de la ley que les resulta aplicable, debe tenerse en cuenta el carácter imperativo de las normas de protección del medio ambiente y, finalmente, destacar la incorporación de cláusulas contractuales en la materia (5). Las exigencias medioambientales aparecen tanto en una fase precontractual (requisito para la contratación o para la inversión), como en el texto del contrato en calidad de obligación para las partes, de elemento normativo para

¹¹ La preocupación medioambiental está llevando a las empresas de productos de consumo a cambiar sus métodos de producción y de marketing. Así, por ejemplo, *Puma* anunció que sus cajas de zapatos se harán a base de una masa de maíz que sustituye el plástico en el empaquetado (y que al menos la mitad de sus productos se harán a partir de materia orgánica reciclada) y *Nike* que utilizaría botellas de plástico recicladas para hacer sus camisetas en el mundial de fútbol. J. Wilson y R. Milne, «Puma gives the boot to cardboard shoeboxes», *FT*, 13 de abril 2010.

¹² T. Wäelde, «International Standards: A Professional Challenge for Natural Resources and Energy Lawyers», en Bastida, E., Wäelde T. y Warden-Fernández, J. Eds. *International and Comparative Mineral Law and Policy. Trends and Prospects*. Kluwer, 2005, p. 227.

¹³ P. Cordero, S. Sepúlveda y A. Rodríguez, «Temas de comercio y medio ambiente», *Cuaderno Técnico de Desarrollo Rural*, núm. 5. Instituto Iberoamericano de Cooperación para la Agricultura, Costa Rica, julio 2004, pp. 37-38.

el que se busca el aislamiento, de causa para la rescisión/modificación del contrato, o incluso de condición para obtener beneficios salariales. El trabajo finaliza con unas breves conclusiones.

2. Interacción de la ordenación internacional del comercio con las normas internacionales de protección del medio ambiente

5. Resulta obvio que la ordenación internacional del comercio transfronterizo y de la protección del medio ambiente persiguen objetivos claramente diferenciables. Mientras las normas que regulan a escala multilateral el comercio de productos¹⁴ y servicios persiguen la eliminación de los obstáculos a estos intercambios, las que ordenan la protección del medio ambiente procuran la conservación de éste. Sin embargo, no cabe duda de que en la práctica existe entre ambas cuestiones una íntima relación que, más allá del hecho de que ambos persigan en última instancia el desarrollo sostenible, no ha pasado desapercibida para ninguno de los dos conjuntos normativos.

6. En la actualidad existen más de doscientos cincuenta Acuerdos Multilaterales sobre protección del Medio Ambiente (AMUMA) referidos a cuestiones específicas. La finalidad de todos estos acuerdos sectoriales, cuya gestión no está centralizada en una organización internacional, es establecer compromisos en cuya virtud los Estados se comprometan a salvaguardar el medio ambiente con respeto al desarrollo sostenible. Persiguen sus objetivos a través del establecimiento de estándares que, cuando menos, son susceptibles de incidir en los procesos de producción de bienes y de prestación de servicios, pero, salvo en un pequeño porcentaje, no contienen normas relativas al comercio. Cuando las hay, bien se trata de reglas que parecen auspiciar la realización de acuerdos de naturaleza comercial o bien de normas directamente ordenadoras del comercio. Así, auspiciando la realización de acuerdos comerciales puede mencionarse el caso del Convenio de Diversidad Biológica (CBD), en cuyo marco se debate sobre el establecimiento de un régimen internacional de acceso a los recursos biológicos y, en particular, de reparto de beneficios con las comunidades locales cuando se accede a los mismos¹⁵. En

¹⁴ Entre los que, sin perjuicio de los debates surgidos recientemente, cabe incluir los relativos a los recursos naturales (petróleo y gas, bosques, minería y pesca) en la medida en que son objeto de comercio. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Convenio sobre compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena en 1980 –CVIM– (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991) no los excluye de su ámbito de aplicación (art. 2). Sobre esta cuestión con carácter general, *vid.* el Informe de Comercio Mundial de la OMC del año 2010, aparecido bajo el título *El comercio de los recursos naturales*. http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr10_s.htm. Sobre esta cuestión, tiene lugar la negociación multilateral en la Ronda de Doha (*vid. infra* nota 20) de reducciones arancelarias para los productos calificados como medioambientales, y sobre las incidencias inmediatas (negativa en términos comerciales y positiva en cuanto a los estándares de protección medioambiental) de la liberalización de este comercio en los países en desarrollo *vid.* A.J. Mathew y S. Fernández de Córdoba, «The Green Dilemma about Liberalization of Trade in Environmental Goods», *Journal of World Trade*, vol. 43 núm. 2, 2009, pp. 379-416.

¹⁵ CDB, art. 15.7 establece que cada Parte Contratante «tomará medidas ... para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios

cuanto a la regulación del comercio, en algunos AMUMA, como en el caso del Convenio sobre las especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES)¹⁶, se impone a los países miembros ciertas obligaciones de no comerciar con países no miembros. Aunque el objetivo de estas últimas disposiciones sea incentivar a los no miembros a adherirse a estos AMUMA, de hecho el cumplimiento de esta obligación podría chocar con los compromisos adquiridos en el marco de la OMC.

7. Como es sabido, los Acuerdos de la OMC persiguen la eliminación de los obstáculos al comercio como medio para lograr el desarrollo sostenible. La interacción entre el comercio y el medio ambiente ya fue destacada y analizada durante la vida del GATT-47¹⁷, dando lugar a la creación del Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional (MACI)¹⁸, pero, salvo las excepciones a la aplicación de las comerciales por motivos medioambientales¹⁹, sólo el Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) concluido en la Ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Tokio (1973-1979), repercutió en la relación entre el comercio y el medio ambiente al establecer el principio de no discriminación en la preparación, adopción y aplicación de las normas y los reglamentos técnicos, así como al imponer su transparencia.

derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta estos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas». Por su parte, el art. 15.5, se refiere a este consentimiento destacando que «el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa». *Vid infra* nota 93. CDB estableció un grupo de trabajo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y el Reparto de Beneficios, que produjo las denominadas «Líneas Directrices de Bonn», adoptadas por la Conferencia Ministerial del CDB en 2002 (Decisión VI/24). Estas líneas directrices contienen una serie de reglas voluntarias para facilitar la realización de proyectos y desarrollos normativos así como celebración de contratos sobre el acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios provenientes de su utilización incluyendo el consentimiento fundamentado y previo. Este debate está abierto también en el contexto de las negociaciones comerciales multilaterales (*vid. infra* nota 20) sobre el Acuerdo relativo a los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), *vid.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm. Visitado en julio de 2010.

¹⁶ El art. VIII.1 del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (*BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1986), establece que los Estados miembros se comprometen a prohibir el comercio si no se cumplen los requisitos fijados. En esta misma línea, el Convenio, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (*BOE* núm. 227, de 22 de septiembre de 1994, corrección de errores en *BOE* núm. 68, de 18 de marzo de 2008).

¹⁷ Un estudio, realizado en 1971, lleva el título «La lucha contra la polución y el comercio internacional» y destaca las repercusiones de la protección nacional del medio ambiente sobre el comercio internacional reflejando el temor por su potencial obstaculización del mismo.

¹⁸ El MACI, integrado por representantes de todos los Estados miembros y constituido siguiendo la estela del Comité de Comercio y Medio Ambiente ya existente en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se reunió desde 1973 a instancia de los propios miembros hasta que, en 1992, se solicitó que lo convocara el propio Director General de la Organización para articular la participación del GATT en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Conferencia de Río (*vid supra* nota 4).

¹⁹ Art. XX, apartados b (protección de la salud y de la vida de personas, animales o vegetales) y g (conservación de recursos naturales agotables) del GATT-47.

Durante la Ronda Uruguay (1986-1994) se abordó la relación entre el comercio y la protección del medio ambiente, lo que condujo a modificar el tenor del OTC y a introducir algunos elementos relacionados con el medio ambiente en los Acuerdos sobre Agricultura, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Subvenciones y Medidas Compensatorias; así como en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios y en el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Además, para mantener un análisis coordinado de la cuestión medioambiental, el MACI fue transformado en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA)²⁰, asumiendo la tarea de analizar la relación existente entre las medidas comerciales y medioambientales y de hacer recomendaciones sobre potenciales modificaciones de los acuerdos de la OMC con el objetivo de promover el desarrollo sostenible. Además, el CCMA ha sido encargado de llevar a cabo las negociaciones sobre comercio y medio ambiente en el marco de las actuales negociaciones comerciales multilaterales, conocidas bajo el nombre de la Ronda de Doha o Ronda del Desarrollo²¹. Cabe destacar que la OMC tiene reconocido el estatuto de observador a numerosas organizaciones internacionales intergubernamentales y ha dado entrada a la participación de organizaciones no gubernamentales²² involucradas en la protección del medio ambiente.

En todo caso, de forma simplificada puede señalarse en primer término, que los Acuerdos de la OMC señalados dejan a los Estados parte libertad en cuanto la fijación de sus niveles de protección ambiental. No obstante, se establecen 1. requisitos para la aplicación de las medidas comerciales con carácter general, recogiendo en algunos casos una presunción de conformidad con los mismos de aquellas normas que se adapten a los estándares establecidos en los AMUMA²³, y 2. requisitos para permitir la aplicación de medidas comerciales contrarias a los Acuerdos (excepciones) basadas en la protección del medio ambiente²⁴; de esta forma se trata de velar para que no se restrinja el comercio so pretexto de la protección medioambiental.

Finalmente, más allá de los elementos mencionados en la estructura institucional del sistema de la OMC que pretenden analizar la relación entre el comercio y el medio ambiente, lo más destacado del sistema a estos efectos quizá sea la contrastada eficacia el mecanismo con el que cuenta la organización para la solución de controversias. A lo largo de los años, se observa en la «jurisprudencia» de la

²⁰ Decisión de Comercio y Medio Ambiente adoptada en Marraquesh, el 14 de abril de 1994.

²¹ Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 20 de noviembre de 2001, (WT/MIN(01)/DEC/1), párrafo 51. En los párrafos 6, 31 y 32 se incide en la complementariedad de la regulación internacional del comercio y del medio ambiente así como en los aspectos concretos que deben ser abordados en el marco de las negociaciones comerciales internacionales.

²² Siguiendo el art. V.2 del Acuerdo de la OMC y las Directrices para la adopción de disposiciones sobre las relaciones con organizaciones no gubernamentales, aprobadas por el Consejo General el 18 de julio de 1996, WT/L/162, las ONG se han acreditado para participar en las Conferencias Ministeriales de la Organización, participan en sus seminarios y tienen un contacto habitual con ella.

²³ Así lo indican los arts. 3.2 del AMSF y 2.5 del AOTC

²⁴ Art. XX. b (protección de la salud y de la vida de personas, animales o vegetales) y g (conservación de recursos naturales agotables) del GATT-94.

OMC una evolución que, partiendo de una escasa receptividad a la ordenación medioambiental con protagonismo esencial de la liberalización del comercio (protección de los delfines en la pesca del atún), tiende hacia una mayor atención a la primera (protección de las tortugas en la pesca de los camarones)²⁵. Si bien en este contexto no ha llegado a establecerse la primacía absoluta de los estándares de los AMUMA²⁶, parece claro que su utilización va abriéndose camino, y lo hará si cabe en mayor medida, en el sistema de solución de controversias de la OMC fortaleciendo la legitimidad de sus decisiones. El trabajo realizado en este sentido por la CCMA es revelador en tanto que, además de confeccionar propuestas sobre lista de los criterios que debe cumplir una medida comercial restrictiva para ser admisible en el sistema OMC y sobre la interpretación de los criterios del artículo XX del GATT a estos mismos efectos²⁷, ha analizado las potenciales exenciones (*waivers*) a estos acuerdos fundamentadas en ciertos AMUMA²⁸.

8. Sobre estas bases, los debates planteados sobre si los acuerdos de medio ambiente son el foro adecuado para incluir disposiciones comerciales²⁹ o si los acuerdos comerciales deben incluir disposiciones sobre medio ambiente³⁰, pueden ser respondidos negativamente³¹. Desde la perspectiva de consecución del desarrollo sostenible debe reconocerse que las políticas ambientales han de perseguir objetivos ambientales y las comerciales objetivos comerciales; si bien los objetivos

²⁵ Analizando esta cuestión *vid.* M^a.R. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 322-332.

²⁶ Sólo en algunos tratados de comercio se reconoce la prevalencia de ciertos AMUMA. Así ocurre, por ejemplo, con el TLCAN que, en caso de incompatibilidad, establece la aplicación preferente de las normas de CITES, del Protocolo de Montreal, de la Convención de Basilea y de otros acuerdos bilaterales entre EE.UU y Canadá, o EE.UU y México. En todo caso, el Estudio Analítico de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre *Fragmentation and International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, (Document A/CN.4/L.682), adoptado en 2006, se refiere (párrafos 226, 273, 479 y 480) a una solución negociada entre las partes o, en su defecto, al respeto a la independencia del sistema de solución de controversias elegido. *Vid* también, M^a.R. Fernández Egea, *op. cit.* pp. 374-377.

²⁷ Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT, de 8 de marzo de 2002, WT/CTE/W/203.

²⁸ Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA, de 14 de marzo de 2007, WT/CTE/W/160/Rev.4-TN/TE/S/5/Rev.2.

²⁹ Por ejemplo, PNUD y el *Institute for International Development Studies*, publicaron trabajo – *Manual de Medio Ambiente y Comercio*; 2^a edición, 2005, accesible en julio 2010 en http://www.unep.ch/etb/publications/TradeEnvi/HANDBOOK_SP.pdf, pp. 23-25– señalando que esta incorporación favorecería la seguridad de los operadores económicos en cuanto a los términos en los que compiten en el mercado; impondría límites comunes en determinadas situaciones para garantizar la protección eficaz de los recursos, promovería la internacionalización de las externalidades ambientales y, finalmente, la posibilidad de imponer límites al comercio garantizaría un mejor cumplimiento de sus normas.

³⁰ En el terreno de la teoría económica se ha llegado a señalar que medio ambiente puede introducirse en el modelo de comercio internacional como un factor de producción más junto al capital y el trabajo, P. Cordero, S. Sepúlveda y A. Rodríguez, *op. cit.*, p. 16.

³¹ Y ello a pesar de que la OMC cuenta (no sin polémicas) con normas sobre propiedad intelectual (ADPIC), cuya eficacia a la hora de generalizar internacionalmente la protección de estos derechos explica que haya quienes defiendan la incorporación de normas medioambientales en este marco.

medioambientales no deben comprometer los comerciales ni viceversa. En definitiva, ambas políticas son complementarias y deben contribuir al desarrollo sostenible. Su ineludible interacción y necesaria coordinación, de forma que se puedan utilizar las políticas comerciales con propósitos medioambientales y viceversa, pasa por mejorar la comunicación y organización de las tareas de las instituciones internacionales concernidas. A estos efectos, resulta paradigmático el modelo de relación (formal e informal) entre organizaciones internacionales establecido entre la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³². Si bien la ausencia de centralización institucional internacional en materia de medio ambiente supone una dificultad añadida para el establecimiento de estas relaciones, no constituye un obstáculo insalvable³³.

3. Técnicas y fuentes normativas en la ordenación del medio ambiente

9. Sin perder de vista el objetivo del desarrollo sostenible al que sirven tanto los AMUMA como los Acuerdos de la OMC, la situación normativa internacional a la que ambos dan lugar revela la existencia de estándares medioambientales y comerciales para los países que forman parte de los mismos que, a su vez, constituyen la base de las correspondientes normas estatales –o de las organizaciones de integración regional– así como de la regulación privada. Por lo tanto, estos estándares proporcionan un núcleo básico de seguridad jurídica a los actores del comercio internacional aunque no sean sujetos de Derecho en este orden, de forma que, con carácter general, estas normas no les son directamente aplicables.

10. Desde esta perspectiva, conviene hacer siquiera una breve referencia a las fuentes y técnicas normativas en materia medioambiental, cuya característica común bien podría ser la sectorialización, pues tanto la fuente como la técnica reguladora responden habitualmente a distintos sectores de actividad con incidencia sobre el medio ambiente. Entre las fuentes normativas, sin perjuicio de otras clasificaciones posibles, aparecen normas públicas –internacionales e internas– y privadas (en particular, la autorregulación)³⁴ –internacionales e internas–, vinculantes –*hard*– y voluntarias –*soft*–. Entre las técnicas de reglamentación, destaca la técnica directa, que establece reglas de comportamiento (requisitos y procedimientos) frente a la indirecta, que incluye las relativas a la ordenación del mercado (subvenciones e impuestos).

³² V. Hrbatá, «No International Organization is an Island ... the WTO's Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?», *Journal of World Trade*, vol. 44 núm. 1, 2010, pp. 1-47. *Vid. supra* nota 31.

³³ Así lo demuestra la aparición del Informe conjunto de la OMC y el PNUMA (*vid. infra* nota 48), elaborado por L. Tamioiti y otros, sobre *Trade and Climate Change*, WTO, 2009, en el que se ofrece un análisis de la vinculación del comercio y el cambio climático sin perder de vista las políticas y medidas nacionales.

³⁴ En este sentido, aunque generalmente no se establezca la distinción, F. Cafaggi, «La regulación privada en el Derecho contractual europeo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 5, 2009, pp. 54-67, cabe tener en cuenta la diferencia entre la producción de normas realizada de un modo u otro por los propios comerciantes y la codificación privada auspiciada o promovida por instituciones independientes del mundo empresarial, como las académicas.

Como se comprobará, la situación normativa existente recomienda que los operadores económicos y comerciales internacionales pongan, en aras de una mayor seguridad jurídica, especial atención en los contratos internacionales en su condición de norma privada obligatoria de base en las relaciones comerciales internacionales.

3.1. NORMAS INTERNACIONALES, REGIONALES E INTERNAS

11. Las normas internacionales, regionales e internas recurren, en principio, a una regulación directa del medio ambiente, lo que supone 1. obligar a los operadores a desarrollar comportamientos y acciones ambientales socialmente deseables, 2. establecer controles para asegurar su cumplimiento y 3. fijar el régimen de responsabilidad por los daños que puedan resultar de sus acciones. Al tiempo, las normas regionales e internas también recurren a la regulación indirecta a través de la ordenación del mercado, utilizando instrumentos que afectan a los precios de los productos o servicios que generan contaminación. Así, por ejemplo, las normas pueden imponer impuestos por contaminación³⁵ o conceder subvenciones por no contaminar³⁶. Esta reglamentación ha experimentado un auge significativo en los últimos años³⁷.

12. Como se ha señalado, existen numerosos AMUMA que fijan estándares mínimos de protección medioambiental. Entre estos instrumentos de carácter vinculante cabe mencionar de forma destacada: 1. la Convención internacional sobre el comercio de especies amenazadas de fauna y flora (CITES) de 1973³⁸, 2. la Convención de Basilea sobre el control del transporte internacional de residuos peligrosos y su eliminación, de 1989³⁹; 3. el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1983, y el Protocolo de Montreal, de 1987⁴⁰, 4. el Conve-

³⁵ En este sentido, cabe destacar que el Secretario General de la OCDE ha señalado que los impuestos a la importación sobre las emisiones de carbono son caros e ineficientes, 6 de noviembre de 2009. Visitado en julio de 2010. http://www.oecd.org/document/50/0,3343,en_2649_34361_44052274_1_1_1_1,00.html.

³⁶ Por ejemplo, en la concesión de créditos a la exportación, para los que la OCDE recomienda que al estudiar las solicitudes recibidas, las agencias tengan en consideración los riesgos medioambientales de las operaciones a financiar. http://www.oecd.org/document/15/0,3343,en_2649_34287_1888847_1_1_1_1,00.html A estos efectos, aprobó en abril de 2000 un plan de trabajo, http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_34287_1888199_1_1_1_1,00.html. Visitado en julio de 2010. Dentro de este grupo de medidas, y sin perjuicio de las numerosas críticas que ha recibido, se encuentra también el sistema de comercio de emisiones, vinculado al Protocolo de Kyoto (*vid. supra* nota 38) y desarrollado por diversos Estados (incluida la UE), funciona como un mecanismo en el que el vendedor se beneficia por haber reducido las emisiones de contaminantes mientras que el comprador paga un cargo adicional por la contaminación que provoca.

³⁷ *Vid.* con análisis detallado de medidas concretas y sus respectivas ventajas e inconvenientes, P. Cordero, S. Sepúlveda y A. Rodríguez, «Temas de comercio y medio ambiente», *Cuaderno Técnico de Desarrollo Rural*, núm. 5. Instituto Iberoamericano de Cooperación para la Agricultura, Costa Rica, julio 2004, pp. 24-29. Un estudio sobre las medidas adoptadas en este ámbito en la UE se encuentra en J. de Cendra Barragán, *op. cit.* pp. 120-125.

³⁸ *Vid. supra* nota 15.

³⁹ *Vid. supra* nota 15.

⁴⁰ Convenio para la protección de la capa de ozono, hecho en Viena el 22 de marzo de 1985 (*BOE* de 16 de noviembre de 1988) y el Protocolo, hecho en Montreal el 16 de septiembre de 1987, relativo

nio sobre la Diversidad Biológica (CDB), de 1992, y el Protocolo de Cartagena sobre diversidad biológica, de 2003⁴¹, 5. el Convenio sobre el Cambio Climático (CMCC), de 1992, y el Protocolo de Kioto, de 1997⁴²; y 6. el Convenio de Rotterdam, de 1988, sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo (PIC) relativo al comercio de sustancias químicas peligrosas y plaguicidas⁴³.

13. En el marco de organizaciones internacionales multilaterales de carácter intergubernamental, es posible encontrar organismos específicos encargados de cuestiones medioambientales cuya acción, más que auspiciar la aparición de nuevas normas internacionales vinculantes, pretende prestar información y asistencia tanto a los Estados como a los operadores privados para mejorar sus respectivas actuaciones en la materia (normas internacionales públicas *soft*). Así, por ejemplo, la OCDE cuenta con una Dirección sobre medio ambiente para facilitar a los gobiernos instrumentos que les permitan desarrollar políticas efectivas y económicamente eficientes, así como alcanzar aproximaciones comunes⁴⁴, que dispone de un programa sobre globalización cuyo objetivo es prestar asistencia para hacer plenamente efectivos los beneficios de la globalización económica aprovechando las sinergias entre la liberalización del comercio y las inversiones y las políticas medioambientales⁴⁵. Paralelamente, la OCDE ha facilitado a los operadores privados un documento en el que destaca los aspectos que inciden sobre la preocupación medio ambiental de su ya conocida Guía para las empresas multinacionales⁴⁶. Asimismo, reconociendo la necesidad de que las políticas comerciales y medioam-

a las sustancias que agotan la capa de ozono (*BOE* de 17 de marzo de 1989).

⁴¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, (*BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994) y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000, (*BOE* núm. 181, de 30 de julio de 2003, corrección de errores núm. 284, de 27 noviembre de 2003).

⁴² Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, hecha en Nueva York, el 9 de mayo de 1992 (*BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994) y su Protocolo, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997 (*BOE* núm. 33, de 8 de febrero de 2005; y *DO* (2002) L 130 de 15 de mayo de 2002).

⁴³ Convenio para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Róterdam el 10 de septiembre de 1988 1997 (*BOE* núm. 73, de 25 de marzo de 2004; y *DO* (2006) L 299 de 28 de octubre de 2006).

⁴⁴ http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_33713_1_1_1_1_1,00.html. Visitado en julio de 2010.

⁴⁵ http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34287_1_1_1_1_1,00.html. Visitado en julio de 2010.

⁴⁶ En 21 de junio 1976 se adaptaron por primera vez las Líneas Directrices de la OCDE como parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. El objetivo principal de las Directrices era garantizar que las actividades de las empresas se desarrollen en armonía con las políticas nacionales de los países de la OCDE y fortalecer la base de la confianza mutua entre las empresas y las autoridades gubernamentales. Fueron revisadas en el año 2000 para, entre otras cosas, extender su aplicación más allá de las empresas operando en países miembros de la OCDE, de forma que ahora incluyen a las que, con independencia de lugar en el que operen, tiene su sede central en un país miembro de la OCDE. En 2005, aparece un documento con referencia específica al medio ambiente. *Environment and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Corporate Tools and Approaches*, OECD, 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/62/37/35415538.pdf>. Visitado en julio de 2010.

bientales deben apoyarse mutuamente⁴⁷, el Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA)⁴⁸ ofrece información y guía para incitar a los Estados a actuar de forma conjunta para cuidar el medio ambiente. Por otro lado, en el ámbito de la actuación de los comerciantes, la UN cuenta con el Código para las empresas transnacionales⁴⁹ y participa en iniciativas como el Pacto Mundial (*UN Global Compact*)⁵⁰, destinada a que las empresas de todo el mundo acojan voluntariamente en sus estrategias principios de acción relativos a la defensa de los derechos humanos, del medio ambiente y de la lucha contra la corrupción con el fin de lograr una «ciudadanía corporativa global»; mientras que, por su parte, el PNUMA se sumó en 1999 a la Iniciativa de Informe Global (*Global Reporting Initiative*)⁵¹, organización de origen privado que desarrolla los sistemas de evaluación de la sostenibilidad en la actuación empresarial más utilizados en el mundo.

14. Las organizaciones internacionales gubernamentales de carácter regional también abordan cuestiones medioambientales. Especialmente relevante es la actuación de las organizaciones de integración regional, pues en su marco aparecen normas con carácter vinculante para los Estados participantes⁵². En la Unión Europea (UE), para la que alcanzar un alto nivel de protección medioambiental es un objetivo central⁵³, la amplia producción normativa –realizada fundamentalmente a través de Directivas que son transpuestas en el Derecho interno de cada Estado miembro⁵⁴– requiere el cumplimiento de estándares⁵⁵. En todo caso, en el marco de la libre circulación de mercancías, la aplicación del principio del reconocimiento mutuo (aceptación de las normas del país de origen⁵⁶) puede ser ex-

⁴⁷ Especialmente en la Agenda 21 de la Conferencia de UN sobre comercio y desarrollo (*vid supra* nota 4) <http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/rio92/agenda21/ageindi.htm>; visitado en julio 2010. *Vid.* en particular el Capítulo 8.

⁴⁸ <http://www.unep.org/spanish/>. Visitado en julio de 2010.

⁴⁹ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas; *Code of Conduct on Transnational Corporations*, *ILM* vol. 23, 1984, p. 626 – que no llegó a ser aprobado –; y *Norms on the responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 August 2003.

⁵⁰ <http://www.unglobalcompact.org>. Visitado en julio de 2010.

⁵¹ <http://www.globalreporting.org/Home>. Visitado en julio de 2010.

⁵² *Vid.* sobre esta cuestión con carácter general, *Environment and regional trade Agreements*. OCDE, 2007, http://www.oecd.org/document/8/0,3343,en_2649_34287_38768584_1_1_1_1,00.html Visitado en julio de 2010.

⁵³ Art. 3 TUE. El art. 11 TFUE establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Los arts. 191-193 TFUE se ocupan política de medio ambiente; art. 4 TFUE (Competencia compartida con los EM)

⁵⁴ No puede perderse de vista que la competencia en materia de medio ambiente es compartida entre la UE y los Estados miembros (art. 4 TUE).

⁵⁵ *Vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/environment/index_es.htm. Visitado en julio de 2010. Más allá de aquellas que abordan cuestiones medioambientales en sectores específicos, como el de la energía, la pesca, los transportes...etc., cabe mencionar, las Comunicaciones de la Comisión relativas a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible, COM (2005) 658, y Hacia una asociación mundial para un desarrollo sostenible, COM (2002), 82 final.

⁵⁶ *Vid.* M. Gardñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*. Eurolex. Madrid.

cepcionada por razones imperiosas de interés público medioambiental de cada Estado miembro⁵⁷.

15. Las normas nacionales se aproximan entre sí como consecuencia de las disposiciones internacionales, *hard* o *soft*, manteniendo cada Estado las especificidades correspondientes a su particular visión de los intereses públicos de cada uno de ellos en la materia⁵⁸. A estas especificidades cabe añadir tanto la debilidad de la administración que algunos países en desarrollo padecen, como los problemas de corrupción que afectan tanto a los a los países en desarrollo⁵⁹ como a los desarrollados⁶⁰, lo que puede provocar que la reglamentación nacional sobre el medio ambiente sea escasa o sencillamente inefectiva. La fragmentación normativa resultante genera situaciones competitivas dispares para los operadores económicos internacionales que, obviamente, tiene consecuencias sobre la organización de sus negocios⁶¹. En cualquier caso, aunque los sistemas nacionales varían, cabe destacar que en los países de nuestro entorno la aproximación general en materia medioambiental sitúa la carga de la prueba relativa a la incidencia de comportamientos y a la existencia de medidas de seguridad adecuadas sobre las empresas; de forma que el sistema, no sólo les fuerza a persuadir al regulador que ha identificado y hecho frente a todos los riesgos potenciales⁶², sino que les obliga a ser especialmente cautas en esta materia.

1999; señalando su carácter de complemento a de la armonización normativa, pp. 242-243. Se ha dicho que la aplicación de esta regla equivaldría a una re-edición de la teoría estadounidense de los derechos adquiridos, R. Michaels, «The European Choice of Law Revolution», *Tulane Law Review*, vol. 82, 2007-2008, pp. 1607-1644.

⁵⁷ Arts. 2 y 6 del Reglamento 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro, *DO* (2008) L 218/21.

⁵⁸ Entre los objetivos que persiguen las normas nacionales en materia de medio ambiente, los más habituales son la reducción de la contaminación del agua y del suelo, la conservación de la energía, la conservación vegetal y forestal, la información al consumidor y la protección de las plantas o del territorio contra plagas o enfermedades. Estas normas adoptan medidas entre las que cabe destacar el establecimiento de procedimientos para determinar si los productos cumplen los requisitos impuestos, la fijación de condiciones para su uso, de reglas en materia de etiquetado, de cuarentena y desinfección, de análisis de riesgo para el medio ambiente local, así como de requisitos fitosanitarios, prohibiciones y/o restricciones. *Vid.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_s.htm. Visitado en julio de 2010.

⁵⁹ Sirva de ejemplo una ilustración de la situación en India, D. Lamêthe, «La protection de la biodiversité en Inde du point de vue des investisseurs industriels étrangers ou les utopies de la diversité», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, 2009, pp. 817-837.

⁶⁰ Sirva de ejemplo las acusaciones tras el vertido de petróleo causado por el pozo Macondo (BP) en el Golfo de México contra el *Minerals Management Service*, del *Interior Department* de EE.UU., responsable de la supervisión de las perforaciones petrolíferas marítimas en este país, acusándolo de no haber requerido a BP informes medioambientales antes de iniciar los trabajos. *FT* de 25 de mayo de 2010.

⁶¹ *Vid. supra* nota 2; con referencia a la llamada «competencia normativa».

⁶² Así está establecido en el sistema de la UE, y, consecuentemente, en la transposición de sus disposiciones al ordenamiento de los Estados miembros. Sobre el Derecho español, *vid.* el número monográfico sobre la responsabilidad medioambiental de *Noticias de la UE*, año XXVI, junio 2010,

3.2. AUTORREGULACIÓN

16. Los operadores económicos desarrollan una actividad de producción normativa en materia medioambiental (estándares técnicos y comportamiento negociado) tanto a escala nacional como internacional, siendo realizada individual o colectivamente –organizaciones no gubernamentales–, así como de forma general o por sectores concretos de actividad, en los que, de este modo, va apareciendo una regulación específica. Más allá de los incentivos a la autorregulación que aparecen en las normas vinculantes internacionales o nacionales⁶³ y del propio interés de las empresas en su desarrollo (fijación de sus estándares de referencia, mejorar su posición competitiva frente a otras empresas), bien puede decirse que en muchos casos el motor de este desarrollo normativo reside también en la sociedad civil (presión de los consumidores o de una comunidad) y, a partir de ahí, en la demanda de los propios clientes. En efecto, con la autorregulación, los actores del comercio internacional pretenden también responder al compromiso de mejorar su comportamiento o actuación ambiental sin que una ley se lo imponga y sin que medie incentivo económico público para ello. En primer término, cabe mencionar el desarrollo de las prácticas que son generalmente aceptadas en el sector de que se trate como buenas, seguras, económicas y eficientes. La aparición de esta *lex mercatoria* requiere, por tanto, que las prácticas sean internacionalmente aplicadas,

especialmente G. Crespo Irigoyen, «Las obligaciones de los operadores (artículos 17, 19 y 20 LRM)», pp. 29-36. Los cambios normativos planteados en EEUU en materia de responsabilidad por daños medioambientales y para las explotaciones petrolíferas marítimas en aguas profundas y superficiales tras el vertido de petróleo en el Golfo de México parecen adoptar esta misma línea pues, además de requerir que los directivos de las compañías petrolíferas certifiquen personalmente que sus operaciones cumplen las normas para obtener licencias para trabajar en la plataforma continental (tendrán niveles de responsabilidad más elevados y condenas penales), impondrá que las empresas dispongan de determinada tecnología y procedimientos de seguridad verificados por consultores independientes. Sheila McNulty, «Industry feels the grip of tighter controls», *FT*, 10 de junio de 2010; y S. Kirchgaessner y A. Fifield, «Senate moves closer to oil liability bill», *FT* de 1 de julio de 2010

⁶³ En el caso de la UE, por ejemplo, así ocurre en las Directiva 2005/32, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía y por la que se modifica la Directiva 92/42 del Consejo y las Directivas 96/57 y 2000/55, *DO* (2005) L 191/29, y en el documento que lanzó la Política de Producto Integrado; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Política de Producto Integrado – Desarrollo del concepto de ciclo de vida medioambiental, COM (2003) 302 final. Otro ejemplo: el ordenamiento brasileño (Art. 44, VI de la Ley 9687, de 1997, del petróleo Brasileña. Arts. 176 y 177 de la Constitución; contrato de concesión de la sexta ronda (cláusula 2.2.21)) se refiere a «buenas prácticas internacionales de la industria del petróleo» (*good oil field practices*) para establecer el estándar de comportamiento de las partes. Las define como: «las prácticas y procedimientos generalmente empleados por la industria del petróleo en todo el mundo por operadores prudentes y diligentes en condiciones o circunstancias semejantes a las que se experimentan en cuanto a un aspecto o aspectos relevantes de las operaciones procurando sobre todo garantizar: a) la conservación de los recursos petrolíferos y gasísticos lo que implica la utilización de métodos y procesos adecuados para maximizar la recuperación de los hidrocarburos de forma técnica y económicamente sostenible con el correspondiente control de la reducción de las reservas y minimizando las pérdidas en superficie; b) seguridad operacional que impone el empleo de métodos y procesos que aseguren la seguridad del trabajo y la prevención de accidentes y c) protección ambiental que determina la adopción de métodos y procesos que minimicen el impacto de las operaciones en el medio ambiente».

cautelosas y deben ser racionales desde el punto de vista de la conservación de los recursos y seguras y respetuosas con el medio ambiente⁶⁴.

17. Dentro de los márgenes de actuación que permitan las normas internacionales y nacionales vinculantes que resulten aplicables, la producción normativa, referida tanto a cuestiones puramente técnicas como de comportamiento empresarial, responde tanto a una finalidad auxiliar –apoyo a la actuación de las empresas ofreciendo orientación ...etc.– como de estrategia empresarial –dada la preocupación de las empresas por la protección y mantenimiento de su reputación-. Está integrada mayoritariamente por reglas no vinculantes –*soft*-. De hecho, más allá de los usos y costumbres del comercio que devienen obligatorios, las únicas normas vinculantes generadas por los propios comerciantes son las que se encuentran en los contratos. El resto son recomendaciones, guías, modelos de contrato, e incluso códigos de conducta⁶⁵.

A pesar de que el carácter dispositivo de estas normas impida la exigencia de su cumplimiento si no puede establecerse respecto de alguna de ellas –especialmente en los códigos de conducta– la adquisición de un compromiso obligacional, no puede negarse su importancia⁶⁶. Así, no sólo sirven de base para el inicio de negociaciones –promoviendo y facilitando la contratación internacional– si no que, además de ofrecer cierta protección frente a las campañas organizadas por grupos de la sociedad civil que operan a través de la opinión pública⁶⁷, con el tiempo, pueden dar lugar al nacimiento de usos y costumbres profesionales vinculantes.

18. A título ilustrativo, entre las iniciativas internacionales colectivas de carácter general, además de la ya mencionada *Global Reporting Initiative*, cabe destacar los trabajos del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (*World Business Council for Sustainable Development* – WBCSD)⁶⁸, fundado a raíz de la Conferencia sobre la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992, cuya finalidad es involucrar a las empresas en aspectos relativos a la sostenibilidad que incluyen, entre otros, la energía y el clima por una parte y los ecosistemas por otro. El compromiso de WBCSD de «alinear las estrategias empresariales con las soluciones que se hayan identificado», así como el de «incorporar las medidas a largo plazo en la definición del éxito empresarial, persiguiendo unos beneficios sostenibles y

⁶⁴ A. Santos de Aragao, «O contrato de concessao de exploração de petróleo e gás», *REDAE*, num. 5, fevereiro, março, abril, 2006, p. 8.

⁶⁵ La atribución de carácter vinculante a estos códigos resulta conflictiva. En España, así lo acredita un análisis de la jurisprudencia desde 1998 hasta febrero de 2009, en la que sólo una sentencia lo ha reconocido (SAP de Vizcaya de 22 de diciembre de 2006), *vid.* O. Soro Rusell, «Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada», Barcelona, Indret, Abril 2010, http://www.indret.com/pdf/739_es.pdf. Visitado en julio de 2010.

⁶⁶ C. Otero García-Castrillón, «Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 329–355.

⁶⁷ T. Wälde, *op. cit.*, p. 227. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que aunque las campañas que ONGs, como *Greenpeace* difunden en Internet y en redes sociales no tienen demasiado impacto directo en las ventas de las empresas, «Oil Spill Protesters are Missing their Target», *FT*, 5 de julio de 2010, resultan efectivos.

⁶⁸ <http://www.wbcسد.org>. Tiene sus sedes en Ginebra (original) y Nueva York (abierto en 2007).

apoyados por unos resultados responsables en la gestión de los asuntos sociales, medioambientales y laborales»⁶⁹ puede llegar a ser recogido en los contratos.

4. Régimen de los contratos internacionales

19. Para abordar el régimen de los contratos internacionales es conveniente tener presente la diversidad tipos contractuales. En este sentido, cabe establecer una diferencia básica entre los clásicos contratos privados celebrados entre sujetos de Derecho privado y la contratación pública⁷⁰, en la que se involucran como parte contratante tanto instituciones u organismos públicos nacionales como internacionales. Entre estos últimos, cabe destacar aquellos que por su objeto tienen incidencia en cuestiones medioambientales (el ejemplo más claro es la explotación de recursos naturales) o que tienen directamente por objeto su protección (cabe destacar como ejemplo el caso de los *Entendimientos* firmados con autoridades locales por empresas que realizan inversiones petrolíferas en el territorio con compromisos relativos a la contribución al desarrollo sostenible, cuya evolución deriva hacia el reconocimiento de su carácter contractual⁷¹).

20. Sea como fuere, aunque la autonomía de la voluntad material de las partes constituye la base del régimen jurídico contractual⁷², la regulación material acordada en el contrato no es absolutamente independiente ni necesariamente completa. Siempre hay, cuando menos, un régimen regulador estatal de referencia que, además, de completar las posibles lagunas del contrato, determina el alcance de la libertad de pacto de las partes. De ahí que, para conocer la incidencia de la regulación del medio ambiente en los contratos internacionales, sea preciso determinar la ley rectora de los mismos así como analizar el alcance de las llamadas normas imperativas. Todo ello sin perder de vista que, a veces, resulta difícil diferenciar –incurriéndose también en errores⁷³– las cuestiones puramente contractuales de la responsabilidad extracontractual⁷⁴.

⁶⁹ En su sede se desarrollo en 1992 el concepto de «ecoeficiencia» referido a «crear más valor con menos impacto», de forma que las empresas que se comprometen producen bienes y servicios utilizando menos recursos y generando menos residuos y polución. En 1995, el WBCSD se fusionó con la *World Industry Council for Environment*.

⁷⁰ *Vid. supra* nota 8.

⁷¹ *Vid. infra* nota 89.

⁷² CVIM (*Vid. supra* nota 14), UNIDROIT, Principios de Derecho Contractual, 1994, que pueden ser utilizados por el legislador como fuente de inspiración, por los tribunales o árbitros para interpretar el contrato. En 2004 se adoptó una versión ampliada; Comisión Lando, Principios de Derecho Contractual Europeo, http://web.ebs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl. Visitado en julio de 2010.

⁷³ Analizando la sentencia que estableció las indemnizaciones a Repsol, propietaria de la mercancía (petróleo) perdida como consecuencia del accidente, con graves consecuencias medioambientales, sufrido por el buque *Mar Egeo* que, siendo contractuales, no deberían haber sido establecidas conforme al régimen (convencional) de responsabilidad extracontractual *vid. A. Crespo Hernández*, «Delimitación en materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional», *La Ley Unión Europea*, de 27 de noviembre de 1998, pp. 1-3.

⁷⁴ Sobre la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual medioambiental *vid. O. Boskovic*, «The law applicable to violations of the environment – regulatory strategies», en *The*

3.1. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

21. Para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, el recurso en primera instancia al criterio de la autonomía de la voluntad conflictual generalmente reconocido en los sistemas nacionales e internacionales⁷⁵ de DIPr. La elección de ordenamientos neutrales que, además, no establezcan grandes límites a la voluntad de las partes a través de normas imperativas (como ocurre con el ordenamiento suizo, en el que las normas imperativas son escasas) es una de las opciones tanto en la contratación privada como en los contratos públicos⁷⁶, destacando en estos últimos la posibilidad de elegir, sólo o en combinación con otras normas, la aplicación del Derecho internacional⁷⁷. En defecto de elección, las conexiones se orientan hacia el ordenamiento que presente los vínculos más estrechos con el contrato⁷⁸.

22. Sea determinado a partir del juego de la autonomía de la voluntad o a través de las conexiones subsidiarias, el Derecho nacional aplicable lo será tanto en su parte dispositiva como imperativa, exceptuando de entre ellas las normas de conflicto de leyes cuando, como ocurre habitualmente, se excluye el reenvío⁷⁹. En este sentido, conviene determinar, en primer lugar, si las normas relativas a la protección del medio ambiente tienen carácter imperativo y, a continuación, si normas

Regulatory Function of European Private Law, F. Cafaggi y H. Muir Watt, Eds., Edward Elgar, 2009, pp. 188-204, A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, Eurolex, 1999, G. Palao Moreno, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente (aspectos internacionales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998; K. Fach Gómez, *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado*, Bosch, 2002 y M. Vinaixa, *La responsabilidad de civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006.

⁷⁵ Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO (2008) L 177/6, Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994.

⁷⁶ Así lo reconoce la Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979. La aplicabilidad del Reglamento Roma I a los contratos de Estado resulta dudosa por cuanto, como señalara M. Eslava Rodríguez, *Contratos públicos internacionales*. Colex. Madrid, 2003, p. 157, respecto de su antecesor Convenio de Roma, al no indicar nada al respecto, salvo que el TJCE establezca en su momento que la calificación de un contrato como administrativo realizada de conformidad con el ordenamiento de un Estado miembro no deba primar sobre su naturaleza contractual, éstos quedarían fuera del ámbito del aplicación de este instrumento. La Convención de México el 17 incluye expresamente los contratos en los que sean parte Estados u organismos estatales, si bien permite a sus miembros excluir todos o algunos de ellos (art. 1.3).

⁷⁷ El art. 2 de la Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979 permite optar entre uno o varios ordenamientos internos o los principios comunes a estos, los principios generales del Derecho, los principios aplicables en las relaciones económicas internacionales, el Derecho internacional o bien una combinación de todas ellas..

⁷⁸ En cuanto a los contratos de Estado, así lo establece la Resolución del IDI de 11 de septiembre de 1979 (art. 1 y 5) y, para todos los contratos, la Convención de México (art. 9). El Reglamento Roma I establece dentro de su ámbito de aplicación material criterios de conexión concretos que pueden ser excepcionados al demostrarse la existencia de un vínculo más estrecho con un ordenamiento distinto al designado por la norma (arts. 5 a 8).

⁷⁹ Reglamento Roma I (art. 20).

imperativas de ordenamientos distintos a la *lex contractus* deben o pueden constituir parte del régimen jurídico del contrato.

3.2. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

23. Las normas estatales reguladoras del medio ambiente son imperativas. La imperatividad de las normas nacionales que, por lo demás, se nutren en su contenido de los compromisos internacionales adquiridos internacionalmente, aparece asociada al establecimiento de estándares que, lógicamente, determinan su ámbito de aplicación espacial conforme al principio de territorialidad⁸⁰. Con independencia de los vínculos espaciales del contrato con la que sea su ley rectora, las normas imperativas de éste, en particular las relativas a la protección del medio ambiente, son necesariamente aplicables.

24. Además de las de la *lex contractus*, las normas imperativas de un ordenamiento estrechamente relacionado con el contrato y, en caso de que se recurra a la jurisdicción para resolver un conflicto, las del foro, también pueden ser llamadas a regular el contrato⁸¹. Aunque respecto de las primeras no suele establecerse una aplicación obligatoria sino más bien, una facultad discrecional de la autoridad jurisdiccional sobre su puesta en práctica, parece difícil poder prescindir de las normas imperativas en materia medioambiental del lugar de ejecución del contrato. Así, por ejemplo, una normativa que exige una autorización gubernamental para explotar recursos naturales o requiere obtener una licencia medioambiental como condición para ejecutar un contrato, deben tener repercusiones sobre el contrato con independencia de cual sea la *lex contractus* y la *lex fori*. El incumplimiento de estas normas imperativas puede, entre otras cosas, derivar en la declaración de la nulidad de los contratos⁸². Desde este punto de vista, no sólo es perfectamente factible sino hasta usual, que las partes establezcan en el contrato cláusulas que condicionen su eficacia al cumplimiento de determinadas normas imperativas del país de ejecución del contrato.

25. No puede dejarse de notar que las normas imperativas medioambientales pueden plantear dificultades prácticas sobre el régimen de los contratos internacionales a las que, como se verá, puede tratar de hacerse frente mediante la inclusión de

⁸⁰ Siguiendo el concepto de territorialidad de F. Rigaux, Sobre el principio de territorialidad en DIPr. vid. F. Rigaux, *Droit International Privé*. Maison Ferdinand Larquier. Bruselas, 1968, pp. 13-17. y *Derecho internacional privado. Parte General*. Civitas, Madrid, 1985, pp. 64-71, según el cual, la territorialidad formal implica que las autoridades nacionales aplican su propio Derecho mientras que la material supone que las normas se aplican a situaciones localizadas en el Estado en el que fueron adoptadas.

⁸¹ Reglamento Roma I (art. 9) y Convención de México (art. 11). Principios de UNIDROIT (art. 1.4) y PDCE (1.102 y 1.103)

⁸² Por ejemplo, en España, el TS, sentencia de 24 de febrero de 2004, declaró la nulidad parcial de permisos de exploración (Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan permisos de investigación de hidrocarburos denominados «Canarias 1», «Canarias 2», «Canarias 3», «Canarias 4», «Canarias 5», «Canarias 6», «Canarias 7», «Canarias 8» y «Canarias 9», BOE de 23 de enero de 2002) concedidos sin que se hubieran presentado los informes sobre las medidas de protección medioambiental que serían adoptadas en la fase en la que se procedería a realizar perforaciones.

ciertas cláusulas en los contratos. Por una parte, las normas son susceptibles de cambios en el tiempo. La mutabilidad de las normas de protección de medio ambiente aplicables (sean las de la *lex contractus*, las del foro o las de un tercer ordenamiento relacionado con el mismo) pueden encarecer los costes o dificultar la ejecución del contrato. Por otra parte, es posible observar en la realidad negocial internacional que, en ocasiones, las normas medioambientales –o eventualmente, la amenaza de adoptar nuevas normas con estándares más elevados– son utilizadas por las administraciones públicas como instrumento de presión en el contexto de la negociación de distintas operaciones. Así, por ejemplo, la autoridad medioambiental rusa (*Rosprirnodzor*), aduciendo incumplimientos medioambientales, recomendó a la agencia estatal que concede las licencias de explotación petrolífera que retirase la concedida a la empresa conjunta TNK-BP sobre un campo de gas natural (*Kovykta*). Esta solicitud se produjo justo cuando estaban teniendo lugar enfrentamientos entre TNK-BP y Gazprom (monopolio ruso de exportación de gas) sobre el precio de la operación de venta de participaciones de la primera en dicha explotación; situación que ya se había materializado en 2008 tras una serie de acusaciones sobre incumplimientos medioambientales similares⁸³. Se trata, por lo tanto, de una estrategia de presión para forzar cesiones comerciales. Casos como éste no aparecen aisladamente como puede comprobarse, también en el sector petrolífero, en Kazajistán⁸⁴ y en Ucrania⁸⁵.

5. Cláusulas contractuales sobre el medio ambiente

26. Más allá de la determinación de la ley rectora del contrato y de la posibilidad, que resulta usual en la práctica, de aceptar y someterse expresamente a la aplicación de las normas imperativas del país de ejecución (coincida o no con la *lex contractus*) de forma que condicionen su eficacia al cumplimiento de las mismas, en el contexto del régimen jurídico del contrato, es importante detenerse sobre las posibilidades de prever y/o regular los aspectos medioambientales vinculados con el mismo. En particular, las exigencias medioambientales pueden aparecer tanto como requisito para la contratación la inversión, como en el texto del contrato en calidad de obligación para las partes. Asimismo, puede buscarse el aislamiento del contrato frente a eventuales cambios normativos en materia medioambiental, o

⁸³ C. Belton «BP facing growing pressure over Kovykta field», y «BP under pressure over Kovykta field», *FT*, 27 y 28 febrero de 2010.

⁸⁴ En Kazajistán se había iniciado un procedimiento penal contra BG y Eni (y sus socios –Chevron y Lukoil– en el campo Karachaganak) –el contrato se firmó en los años 90– en el que, entre otras, incluyeron acusaciones de abusos medioambientales que, en el momento en que se iniciaron las conversaciones entre las empresas y el gobierno, fueron retirados sin una explicación para ello. Los analistas indican que las acusaciones encubren un intento del gobierno de obtener una participación en el proyecto sin pagar por ella (de esta forma, contaría con nuevos medios para hacer frente a la crisis económica). I. Gorst, «Kazakhstan drops \$1.3 bn case against KPO», *FT*, mayo 2010.

⁸⁵ En Ucrania, el gobierno ha suspendido las licencias de explotación de gas de *Cardogan Petroleum* y de *Regal Petroleum* aduciendo problemas medioambientales después de que las autoridades ucranianas cuestionaran la legalidad de las licencias y los tribunales hubieran declarado su conformidad legal. M. Johnson, «Cardogan reveals Ukraine problems», y «Regal tumbles alter license suspension», *FT*, de 30 de junio de 2010

bien introducir el medio ambiente como causa para la rescisión o la modificación del contrato, e incluso como condición para que los directivos obtengan determinados beneficios salariales.

5.1. REQUISITO PARA LA CONTRATACIÓN/INVERSIÓN

27. Como requisito para seleccionar a los co-contratantes, las exigencias medioambientales aparecen en la contratación internacional tanto en los procesos de licitación abiertos por entidades públicas –internacionales y nacionales– como privadas. A título ilustrativo, cabe señalar que las normas de contratación pública suelen requerir a los co-contratantes en diversos tipos de proyectos (como, a título de ejemplo, la exploración y explotación de hidrocarburos o la construcción de oleoductos y gaseoductos) la aportación, antes de la celebración/adjudicación del contrato/licencia, de informes favorables sobre la incidencia medioambiental de los trabajos previstos⁸⁶. En el ámbito privado, cabe citar como ejemplo el caso de *Eurostar* –la empresa, propiedad de EUKL, SNCF y SNCB, gestiona el transporte por el ferrocarril subacuático en el canal de La Mancha– concede al comportamiento medioambiental un 15% de la valoración total para elegir a los suministradores con los que firmará contratos⁸⁷.

28. Asimismo, el respeto a determinados niveles de exigencia medioambiental aparece cada vez más como una condición exigida por quienes, con carácter público o privado, financian operaciones comerciales internacionales. Inversores, tanto públicos como privados, requieren –a través de operaciones contractuales de participación o adquisición de acciones– que las empresas en las que invierten satisfagan estándares medioambientales.

El principal problema reside entonces en acreditar el cumplimiento de tales estándares. A estos efectos, existen distintos tipos de iniciativas internacionales. Mientras que unas se dedican a evaluar la reputación ética de las empresas –por ejemplo, Covalence⁸⁸, empresa (sociedad limitada) creada en 2001 con el respaldo de diversas ONGs, medioambientales y de desarrollo, y del *Graduate Institute of International and Development Studies*– estableciendo clasificaciones o *rankings* que luego son utilizados por los inversores éticos; otras fomentan el desarrollo de buenas prácticas así como la transparencia de la gestión empresarial que atraigan la inversión. Entre ellas cabe destacar, por su visible y rápida trascendencia práctica, la Iniciativa para la Transparencia en las Industrias Extractivas (EITI)⁸⁹, que, lanzada en 2001 e integrada en la actualidad por una coalición de gobiernos empresas, grupos de la sociedad civil, inversionistas y organizaciones internacionales, fomenta la transparencia en la negociación y gestión de los contratos petrolíferos por las autoridades públicas para pro-

⁸⁶ En España, art. 18.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (*BOE* núm. 241 de 8 de octubre).

⁸⁷ Sobre la adaptación de su actividad empresarial a la protección del medio ambiente, *vid.* S. Montague, «Climate Change and Business: Eurostar's Environmental Action Plan and its Communication – Lessons Learned and Guidelines», *ARI*, 68/2020, Real Instituto Elcano, 12 de abril de 2010.

⁸⁸ <http://www.ethicalquote.com/>. Visitado en julio de 2010.

⁸⁹ <http://www.eitransparency.org>. Visitado en julio de 2010.

mover la gobernabilidad y la mejora del rendimiento de los recursos naturales. Además de beneficiar a los gobiernos y a los ciudadanos de países con abundancia de recursos al crear un mejor clima para la inversión y para controlar que los ingresos se destinan al desarrollo sostenible, la iniciativa contribuye a que los inversionistas tengan mayor seguridad en cuanto al riesgo político de las inversiones.

29. Explorando el margen de acción de los inversionistas-accionistas cabe mencionar, aunque quede fuera del marco de una situación precontractual, ciertas iniciativas en el terreno de la responsabilidad de los administradores de las empresas que tienden a incorporar elementos de control de comportamiento medioambiental. Así, una iniciativa auspiciada por la ONG *Greenpeace* –centrada en la protección del medio ambiente– que intentó, sin éxito, utilizar los votos de los accionistas para que la empresa petrolífera noruega *Statoil*, saliera de ciertas inversiones con riesgos medioambientales en Canadá (explotación de arenas petrolíferas). En este mismo sector, se han producido otras iniciativas con finalidades más modestas, como que los órganos de dirección de la empresa –concretamente, BP– informen sobre las asunciones de las que parten cuando deciden inversiones en este tipo de arenas –incluyendo factores como el coste de las emisiones de gas y los riesgos legales y de reputación derivados de los daños medioambientales locales o del menoscabo de las formas de vida tradicionales– que, si bien no han sido formalmente aceptadas, si han tenido influencia en el comportamiento empresarial posterior⁹⁰.

5.2. OBLIGACIÓN DEL CONTRATO

30. Las exigencias medioambientales pueden figurar como obligaciones de comportamiento o de resultado. Esto puede hacerse de forma directa o indirecta. En el primer caso, bien el objeto del contrato es precisamente una determinada actuación medioambiental o un contrato sobre un elemento del medio ambiente, o bien aparecen estándares precisos que deben ser satisfechos por las partes en las cláusulas del contrato, lo que suele ser más frecuente en los contratos de suministros de bienes o de prestación de servicios. En el segundo, aparecen cláusulas de remisión a los usos y costumbres generales o del sector de actividad de que se trate. A título de ejemplo, los contratos se refieren a la aplicación de estas prácticas del siguiente modo: «... *shall apply the generally accepted customs and usages of the international petroleum industry ...*»⁹¹.

31. Como ejemplos de contratos que tienen directamente por objeto la protección del medio ambiente, cabe destacar el caso de los *Entendimientos* firmados con autoridades locales por empresas que realizan inversiones petrolíferas en el territorio con compromisos relativos a la contribución al desarrollo sostenible, cuya evolución deriva hacia el reconocimiento del carácter contractual de los compromisos adquiridos e incluso en su formulación como contratos⁹².

⁹⁰ C. Hoyos, «Shell defends Canada oil sands investment», *FT*, de 12 de abril de 2010.

⁹¹ Contrato petrolífero modelo de Omán de 1981.

⁹² El caso de los contratos firmados por Total con comunidades locales en Nigeria y su evolución desde 1993, es analizado en C. Renouard, «La responsabilité sociale des multinationales spécialisées»

Igualmente, en el terreno de los recursos genéticos, el caso del Cactus *hoodia* resulta paradigmático. Tradicionalmente el pueblo San, que habita alrededor del desierto Kalahari en el sur de África, ha utilizado el cactus hoodia para hacer frente al hambre y la sed en sus cacerías. El Consejo Sudafricano para la Investigación Científica e Industrial obtuvo en 1995 la patente sobre el elemento de la planta que consigue suprimir el apetito (P57), que licenció a *Phitopharm* –una empresa biotecnológica del Reino Unido– en 1997. En 1998 *Phitopharm* vendió sus derechos a *Pfizer* para desarrollar y comercializar el P57 como un potencial medicamento para adelgazar y tratar la obesidad. El pueblo San amenazó con iniciar acciones legales contra el Consejo Sudafricano por biopiratería, pues consideraban que su conocimiento tradicional había sido robado y que el Consejo no había cumplido con la exigencia del CDB de obtener el consentimiento de todos aquellos involucrados en el proceso, incluyendo los descubridores y usuarios originales. En marzo de 2002, el Consejo y los San alcanzaron un acuerdo por el que se les reconocía como custodios del conocimiento tradicional asociado con el cactus y se establecía que recibirían una parte de cualquier futuro royalty⁹³.

32. Como ejemplo de obligaciones de contenido medioambiental que pueden ser directamente establecidas en los contratos de suministro cabe citar los casos de *Cargill* –la mayor multinacional de productos agrícolas–, *Nestlé* y *Unilever*, que en sus contratos de adquisición de aceite de palma pueden requerir a sus suministradores indonesios y malayos que la producción no proceda de terrenos que hayan sido ganados para la producción mediante tala indiscriminada de bosques protegidos⁹⁴. Otras empresas, como *IKEA*, requiere a sus proveedores de madera acreditar que en su obtención se ha respetado la normativa local y se ha planificado o llevado a cabo la reforestación⁹⁵.

33. Las obligaciones medioambientales pueden reflejarse en el contrato de modo indirecto por varias vías. Así, algunas cláusulas pueden remitirse a una *lex mercatoria* específica o bien hacer referencia a las buenas prácticas del sector de actividad de que se trate⁹⁶. Por ejemplo, con textos del siguiente tenor «prácticas y procedimientos generalmente empleados por operadores prudentes y diligentes en circunstancias semejantes para garantizar la protección ambiental, que determina

Dans l'extraction des minerais et hydrocarbures», J.D.I., núm. 2, 2008, pp. 485-496.

⁹³ «Marginalised San Wins Royalties from Diet Drug», *Science in Africa*. May, 2003. <http://www.scienceafrica.co.za/2003/may/san.htm> Visitado en diciembre de 2003.

⁹⁴ Concretamente, *Cargill* reconsidera su relación comercial, *Nestlé* anunció que cambiaría de suministrador y *Unilever*, dio por terminado un contrato, con una de las más importantes empresas indonesias suministradoras de aceite de palma (*Sinar Mas*), tras ser acusada por *Greenpeace* de talar bosques protegidos con el fin de abrir nuevas plantaciones para atender la creciente demanda de este producto –debido a su utilidad como biocombustible además de producto doméstico–. Los productores en Malasia también «están sufriendo esta presión». Un organismo de certificación (*Roundtable on Sustainable Palm Oil*) está investigando tras una denuncia realizada en diciembre de 2009 por *Greenpeace*. A. Deutsch, «Cargill considers dropping palm oil supplier», *FT* de 24 de marzo de 2010.

⁹⁵ http://www.ikea.com/ms/en_US/about_ikea/our_responsibility/forestry_and_wood/index.html. Visitado en julio de 2010.

⁹⁶ *Vid.* Principios de UNIDROIT (1.9.2 y 5.1.2 sobre las obligaciones implícitas) y CV –usos para la interpretación–

la adopción de métodos y procesos que minimicen el impacto de las operaciones en el medio ambiente». Además, las cláusulas contractuales también pueden hacer remisión expresa a los estándares medioambientales establecidos por organismos internacionales o incluso a códigos de conducta –de uno o varios de los contratantes así como de organizaciones de cualquier naturaleza– de cuyo texto quepa inferir la existencia de obligaciones claras. En este sentido, no puede perderse de vista que este suele ser un requisito para establecer el carácter vinculante del contenido de dichos códigos de conducta⁹⁷.

34. La utilización de este tipo de cláusulas contractuales permite introducir cierta prevención frente a una eventual exigencia de responsabilidad extracontractual que, teniendo causa en la ejecución de un contrato, pueda llegar a eximir de responsabilidad a una de las partes en función de las obligaciones adquiridas en el mismo. A modo de ilustración, sirva la referencia la responsabilidad extracontractual provocada por el vertido petrolífero del pozo Macondo en el Golfo de México que, una vez determinadas las causas del siniestro y considerando los términos establecidos en los diferentes contratos, podrá ser asignada, o no, además de a BP –titular del pozo– a otras empresas como *Transocean* –propietaria y operadora de la plataforma-, *Andarilo Petroleum* –que actúa en *joint venture* con BP-, *Halliburton* y *Cameron International* –que realizaron labores de construcción–⁹⁸.

Por lo demás, la introducción de estas cláusulas en los contratos sirve también para consolidar el marketing empresarial así como una potencial estrategia de defensa frente a las campañas de las ONG de la sociedad civil relativas al medio ambiente. En todo caso, no puede dejarse de notar que, si la parte obligada incumple las obligaciones medioambientales, la exigencia o no del cumplimiento o de la correspondiente responsabilidad dependerá del interés del co-contratante (normalmente, la parte que reclamó su inclusión) de forma que, si para ella la presencia de estas cláusulas cumple una función fundamentalmente de imagen, es posible que, de no trascender públicamente el incumplimiento, no inicie acciones al respecto.

5.3. AISLAMIENTO FRENTE A CAMBIOS NORMATIVOS

35. Uno de los problemas que plantean las normas medioambientales, con su carácter imperativo, es la susceptibilidad de cambiar con el paso del tiempo –como ha ocurrido recientemente con las disposiciones estadounidenses tras el vertido de petróleo en el Golfo de México⁹⁹– y, de esta forma, obligar al contra-

⁹⁷ *Vid. supra* nota 65.

⁹⁸ C. Hoyos, «Transocean prepares for law suit», *FT*, 4 de mayo de 2010.

⁹⁹ *Vid. supra* nota 62. En el caso de las aguas profundas se estableció, además, y en contra de la anunciada nueva orientación política (El Presidente Obama había señalado que se abrirían las posibilidades de exploración y explotación en el Golfo y así se especificaba en los cambios que se introducirían en la nueva normativa sobre el cambio climático estadounidense para reducir las emisiones de efecto invernadero, habiéndose incluso levantado la moratoria –salvo en Alaska– que existía sobre la exploración y explotación de recursos en aguas profundas desde hacía 20 años; *FT* de 31 de marzo de 2010), una moratoria de explotación que forzó la detención de los trabajos en treinta y tres pozos petrolíferos en la zona del Golfo, y, a pesar de que ante la demanda presentada por distintas empresas

tante a respetar nuevos estándares, normalmente más elevados. Igualmente, no puede perderse de vista que, en ocasiones, las normas medioambientales son utilizadas por las autoridades públicas como instrumento de presión¹⁰⁰. Aunque frente a esto último es difícil adoptar soluciones preventivas, el efecto de la mutabilidad de las normas ha tratado de ser contrarrestado en los contratos a través de las llamadas cláusulas de intangibilidad. Estas cláusulas «congelan» el contrato, lo «inmovilizan» o «estabilizan» en las circunstancias que se dieron en el momento de la contratación.

Obviamente, esta posibilidad sólo resulta viable en los contratos públicos y, en particular, en los llamados contratos de Estado pues, a través de estas cláusulas es el propio Estado contratante el que se compromete a respetar el mantenimiento de un determinado *status quo* normativo que incluye lo que al medio ambiente concierne¹⁰¹. Por supuesto, las partes en un contrato privado no pueden adquirir este tipo de compromisos (serían nulos) porque, sencillamente, no pueden impedir la aplicación de las normas imperativas llamadas a regir el contrato que hubieran sido adoptadas con posterioridad al mismo.

36. Conviene en todo caso diferenciar las cláusulas de intangibilidad, que inmovilizan el contrato, de las de estabilización, que permiten las acomodaciones que resulten necesarias¹⁰². Las cláusulas de estabilización, por lo tanto, abren la posibilidad de adaptar, renegociar o, en su caso, de terminar el contrato. La práctica moderna en este ámbito se ha trasladado de las cláusulas tradicionales de congelación a un mecanismo contractual híbrido que combina la intangibilidad con la estabilización, especialmente a través de la renegociación que, además de preverse en diferentes cláusulas, puede llegar a realizarse si los mecanismos de adaptación previstos en el contrato no resultan adecuados¹⁰³. Ello no quiere decir que hayan desaparecido por completo las cláusulas de intangibilidad tradicionales, sin embargo, si se detecta una clara preferencia por contratos que, más que perseguir confi-

petrolíferas que operan en la zona, un juez federal de Nueva Orleans (Louisiana) anuló dicha moratoria (la fundamentación de la sentencia adujo el carácter indeterminado y extenso en el tiempo de la moratoria sin que se acrediten causas que lo justificaran, de forma que ésta tenía un claro carácter sancionador A. Fifield, «Judge rejects hold on drilling ban decision», *FT* de 25 de junio de 2010) – decisión que ya ha sido apelada–, la administración estadounidense ha vuelto a adoptarla reajustando las condiciones, A. Fifield, «Obama renews ban on deepwater drilling», *FT* de 13 de julio de 2010.

¹⁰⁰ *Vid. supra* notas 83, 84 y 85.

¹⁰¹ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 2003, p. 526, las define como «cualquier cláusula insertada en un acuerdo entre un gobierno y una entidad legal extranjera en cuya virtud el gobierno se compromete a no anular el acuerdo ni a modificar sus términos mediante legislación o medidas administrativas». La polémica sobre la validez de estas cláusulas debe resolverse atendiendo a su aceptabilidad por la *lex contractus* pero, en caso de ser admitida, no puede llegar a aislar totalmente el contrato pues la renuncia del Estado no podrá afectar el interés general.

¹⁰² P. Weil, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les Accords de Développement Economique», en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. París, 1975, pp. 307-308.

¹⁰³ N. Horn, «Standard Clauses on Contract Adaptation in International Commerce», en Horn, N., Ed. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Studies in Transnational Economic Law, vol 3, Kluwer, 1985, p. 119.

guraciones estáticas optan por aproximaciones dinámicas que permitan hacer frente a nuevas situaciones¹⁰⁴.

5.4. CAUSA PARA LA RESCISIÓN/MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

37. La fuerza mayor y la excesiva onerosidad (*hardship*) son dos fenómenos diferenciables y, sin embargo, fácilmente confundibles en la contratación internacional. La fuerza mayor es una causa de exención de la responsabilidad en la terminación de un contrato por incumplimiento de una parte cuando tal incumplimiento (temporal o definitivo) se deba a alguna circunstancia ocurrida con posterioridad al nacimiento del contrato y no prevista en el momento de su celebración, que esté fuera de su control y resulte inevitable considerando el comportamiento de un operador diligente. La excesiva onerosidad, sin embargo, se produce en el caso de que se verifique un evento que altere sustancialmente el equilibrio económico del contrato; esto es, cuando su ejecución alcanza el «límite de sacrificio» exigible a una parte de forma que puede hablarse del «colapso» del contrato. En estos supuestos, las partes son llamadas a encontrar una solución que reestablezca el equilibrio original del negocio o, de otro modo dicho, adquieren el deber de renegociar¹⁰⁵.

Realidades y fenómenos medioambientales, así como cambios normativos relativos a la protección del medio ambiente, pueden dar lugar tanto a situaciones de fuerza mayor como de excesiva onerosidad. Ambas cláusulas se encuentran muy próximas en su objeto puesto que las dos abordan circunstancias de carácter fundamental, más allá del control de las partes, completamente imprevisas, que en el caso de fuerza mayor, impiden o retrasan la debida ejecución del contrato y, en caso del *hardship*, hacen que sea demasiado gravosa para una parte. Así, en función del nivel de precisión de las definiciones contenidas en cada una de ellas, no es extraño que algunos acontecimientos puedan encajar en ambas y ello aunque sus consecuencias legales sean distintas, pues la cláusula de fuerza mayor prevé la resolución del contrato y el *hardship* no. Sin embargo la práctica –e incluso la formulación de ciertas normas¹⁰⁶– ha provocado la paulatina aproximación contractual de la

¹⁰⁴ M. Sornarajah, «Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts», *J. Int. Arb.* vol. 5 núm. 2, 1988, p.101-105.

¹⁰⁵ S.A. Sánchez Lorenzo, «La frustración del contrato», en *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*. S. Sánchez Lorenzo (Ed), Madrid, Thomson Reuters, 2009, pp. 665-722; *vid.* también, «La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional», *RCEA*, 2005, pp. 45-68; y «*Hardship* en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el Derecho comparado», *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. Libro homenaje al prof. J.A. Carrillo Salcedo. Tomo II, Sevilla, 2005, pp. 1273-1292; H. Lesguillions, «Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage», *D.P.C.I.* vol. núm. 5, 1979, pp. 507-532.

¹⁰⁶ El CVIM (*vid supra* nota 14) define la fuerza mayor como un «impedimento» más allá del control de una parte (art. 79) y la doctrina discrepa sobre la posibilidad de que este término pueda dar entrada a situaciones que no provoquen la imposibilidad del cumplimiento o, simplemente, lo hagan más gravoso (*hardship*). En términos equivalentes se expresan los Principios de UNIDROIT (art. 7.1.7) y los PDCE (art. 3.108) (*vid supra* nota 81) que, sin embargo, marcan claramente la diferencia

solución de los problemas de fuerza mayor a la adoptada tradicionalmente para las situaciones de *hardship*, diluyéndose las diferencias. En todo caso, también la práctica revela la coexistencia de ambas en los contratos, de forma que la cláusula de *hardship* sirve para completar a la cláusula de fuerza mayor.

38. Las cláusulas de fuerza mayor en los contratos internacionales pueden incorporar el concepto tal y cómo es comprendido en un determinado sistema de Derecho, sea o no el de la *lex contractus*, u optar por describir los casos que serán calificados como tales¹⁰⁷. Una clasificación de los asuntos que pueden aparecer en estas listas incluye: (1) los hechos del hombre, como las guerras civiles o internacionales, los cambios de legislación o actos de gobiernos, huelgas o conflictos laborales; (2) los actos causados por el hombre en sentido amplio, como los accidentes, incendios, explosiones, cambios fundamentales negativos en el mercado internacional o en los tipos de cambio, problemas en las comunicaciones, y (3) los desastres naturales, como terremotos, sunamis etc. Al redactar la lista de casos debe cuidarse también de que la cláusula de fuerza mayor no anule los efectos de otras cláusulas contractuales como, por ejemplo, las cláusulas de intangibilidad¹⁰⁸. Así, incidentes o circunstancias relacionadas con el medio ambiente pueden ser incluidos en la lista.

39. En particular, cabe considerar como una causa de fuerza mayor específica las circunstancias excepcionales en las que dar cumplimiento a las obligaciones del contrato dañaría el medio ambiente. La inclusión de este tipo de causa de exclusión de responsabilidad, preferiblemente redactada en una cláusula especial, permitiría ampliar la cobertura de la fuerza mayor de manera que cabría calificarla, más que como fuerza mayor, como «cláusula de circunstancias excepcionales» o «cláusula de excepción»¹⁰⁹, que justificaría «preventivamente» determinados incumplimientos. La formulación de esta cláusula podría tener el siguiente tenor:

«Una parte que haya actuado y actúe como un operador razonable no será considerada responsable por un incumplimiento de contrato si ocurre cualquier circunstancia más allá de su control razonable y el cumplimiento dañaría muy seriamente el medio ambiente y la seguridad de la población»¹¹⁰.

entre la fuerza mayor y la excesiva onerosidad sin perjuicio de que dispongan distintas consecuencias jurídicas para cada caso. Los Principios de UNIDROIT señalan que la excesiva onerosidad (art. 6.2.1, 2 y 3) y la fuerza mayor, aun constituyendo realidades diferentes, pueden concurrir, correspondiendo al perjudicado optar por cualquiera de ellas teniendo en cuenta que la fuerza mayor sólo admite la resolución del contrato y no su adaptación o revisión, que sí está prevista para los casos de *hardship*

¹⁰⁷ Refiriéndose a los contratos petrolíferos *vid.* Z. Al Qurashi, *International Oil and Gas Arbitration*. OGEL Special Study vol. 3, January, 2005, pp. 257-259.

¹⁰⁸ N. David, «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien», *Journal de Droit International*, vol. 113 núm.1, 1986, p. 99.

¹⁰⁹ M. Marmursztejn, «Les clauses de force majeure dans les contrats de l'amont d'une compagnie pétrolière: un étude de cas», *RDAI/IBLJ*, núm. 7, 1998, p. 797.

¹¹⁰ «A party having acted and acting as a reasonable operator shall not be deemed liable for breach of contract in the event that any circumstance beyond its reasonable control should happen and that performance would very seriously damage the environment and the security of people»

40. La excesiva onerosidad medioambiental también puede aparecer expresamente en los contratos internacionales en diferentes circunstancias. A título de ejemplo, *ExxonMobil* –la mayor empresa petrolífera occidental– negociaba (en marzo de 2010) la firma de un contrato para adquirir XTO Energy –una empresa pequeña especializada en gas de pizarra, cuya explotación, que se realiza en tierra firme, resulta más limpia en emisiones de efecto invernadero–. Su intención es incorporar una cláusula que le permita abandonar la operación si la nueva reglamentación medioambiental hace que la utilización de la tecnología requerida –actualmente en estudio pues implica introducir en los pozos agua con arena a presión junto con algunos productos químicos que podrían contaminar los reservorios y acuíferos subterráneos– no resulte ya económicamente rentable¹¹¹.

41. Como puede inferirse, la utilización de estas cláusulas en los contratos puede servir, como en caso de las obligaciones contractuales, para consolidar una reputación empresarial de preocupación por el medio ambiente que, a su vez, pueda presentarse para defender esta reputación frente a posibles campañas de las ONG.

5.6. CONDICIÓN PARA OBTENER BENEFICIOS SALARIALES

42. Aunque sólo sea brevemente, cabe destacar que recientemente, algunas empresas multinacionales han incorporado a su régimen retributivo, especialmente en el caso de los contratos internacionales de gestores y ejecutivos, un sistema en el que se tienen en cuenta los resultados empresariales en materia medioambiental. Por ejemplo, *Akzo Nobel*, *TNT* (ambas holandesas) vinculan el pago de ciertos emolumentos a sus ejecutivos a la consecución de ciertos logros en la mejora de la gestión medioambiental de la empresa, además de a la satisfacción de empleados y consumidores¹¹².

6. Conclusiones

43. La contratación internacional es la principal manifestación jurídica del desarrollo del comercio transfronterizo cuyos principales actores son –o actúan como– sujetos de Derecho privado. La regulación internacional del comercio, que incide sobre dichas operaciones transfronterizas, pretende facilitar la realización de estos intercambios a través del compromiso que los Estados adquieren de eliminar,

¹¹¹ S. McNulty, «US energy policy: The ‘shale gale’ turns outlook on its head» *FT*, 25 de mayo de 2010, y «Fears raised over process of extraction» *FT* de 7 de marzo de 2010. La técnica no está prohibida a escala federal pero los legisladores estatales en EE.UU. están considerando la posibilidad de limitar el alcance de las perforaciones por esta causa. Un congresista miembro de la comisión de energía del Congreso federal, solicitó información a las empresas petrolíferas sobre los productos químicos utilizados y resultó que todas las empresas petrolíferas (salvo Schlumberger) utilizaron un producto (diesen) que «potencialmente viola un acuerdo voluntario» que las empresas hicieron previamente con los reguladores medioambientales en cuya virtud se comprometían a dejar de utilizarlo, *FT*, de 19 de febrero de 2010.

¹¹² . Wilson y R. Milne, «Puma gives the boot to cardobard shoeboxes», *FT*, 13 de abril 2010.

o al menos, reducir progresivamente, los obstáculos –sobre todo administrativos– que para ello existen, o pueden llegar a existir, en las legislaciones nacionales, salvaguardando la posibilidad de aplicar medidas restrictivas –de forma proporcionada y no discriminatoria– con el fin de preservar el medio ambiente. Paralelamente, con el régimen internacional para la protección del medio ambiente, los Estados se comprometen a respetar ciertos estándares medioambientales mínimos, que incorporan a su legislación nacional. De esta forma, dado el carácter internacional de ambos regímenes, bien puede decirse en una rápida aproximación que las normas internacionales de protección del medio ambiente establecen el estándar básico que permitiría a un Estado aplicar medidas restrictivas al comercio internacional. Así, aunque el operador internacional no sea sujeto de Derecho internacional a estos efectos, sí es el último y directamente interesado destinatario del régimen internacional del comercio cuya aplicación, como se ha indicado, puede venir condicionada por el relativo a la protección del medio ambiente.

44. De esta forma, las normas internacionales de protección de medio ambiente proporcionan cierta seguridad jurídica al fijar estándares básicos comunes y obligatorios. Además de asumir la existencia y la importancia del comercio internacional, de prohibir ciertas operaciones y de instar a la contratación de ciertos aspectos, estas normas internacionales revelan la importancia de hacer frente; primero, a la necesidad (y conveniencia empresarial) de proteger el medio ambiente y, segundo, a la fragmentación jurídica existente más allá de el sustrato común. En este sentido, sin perjuicio del desarrollo del *soft law* privado internacional y nacional sobre medio ambiente, el conocimiento del régimen del contrato, fuente de sus obligaciones particulares, resulta esencial. El régimen del contrato pasa por la inicial determinación del Derecho aplicable y la concreción de las normas imperativas medioambientales que habrán de ser aplicadas en cada caso. El margen de acción de la autonomía de la voluntad material permite a los contratantes introducir cláusulas contractuales específicas que, al tiempo que detallan compromisos en la materia que pueden tratar de salvaguardar sus respectivas posiciones, sirven también a una estrategia empresarial que revela su preocupación en la materia. Así, los actores del comercio internacional pueden convertirse en verdaderos catalizadores de la protección medioambiental que sirva a un desarrollo sostenible.