

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Aaron Cosby
Howard Mann
Luke Eric Peterson
Konrad von Moltke

iisd International
Institute for
Sustainable
Development

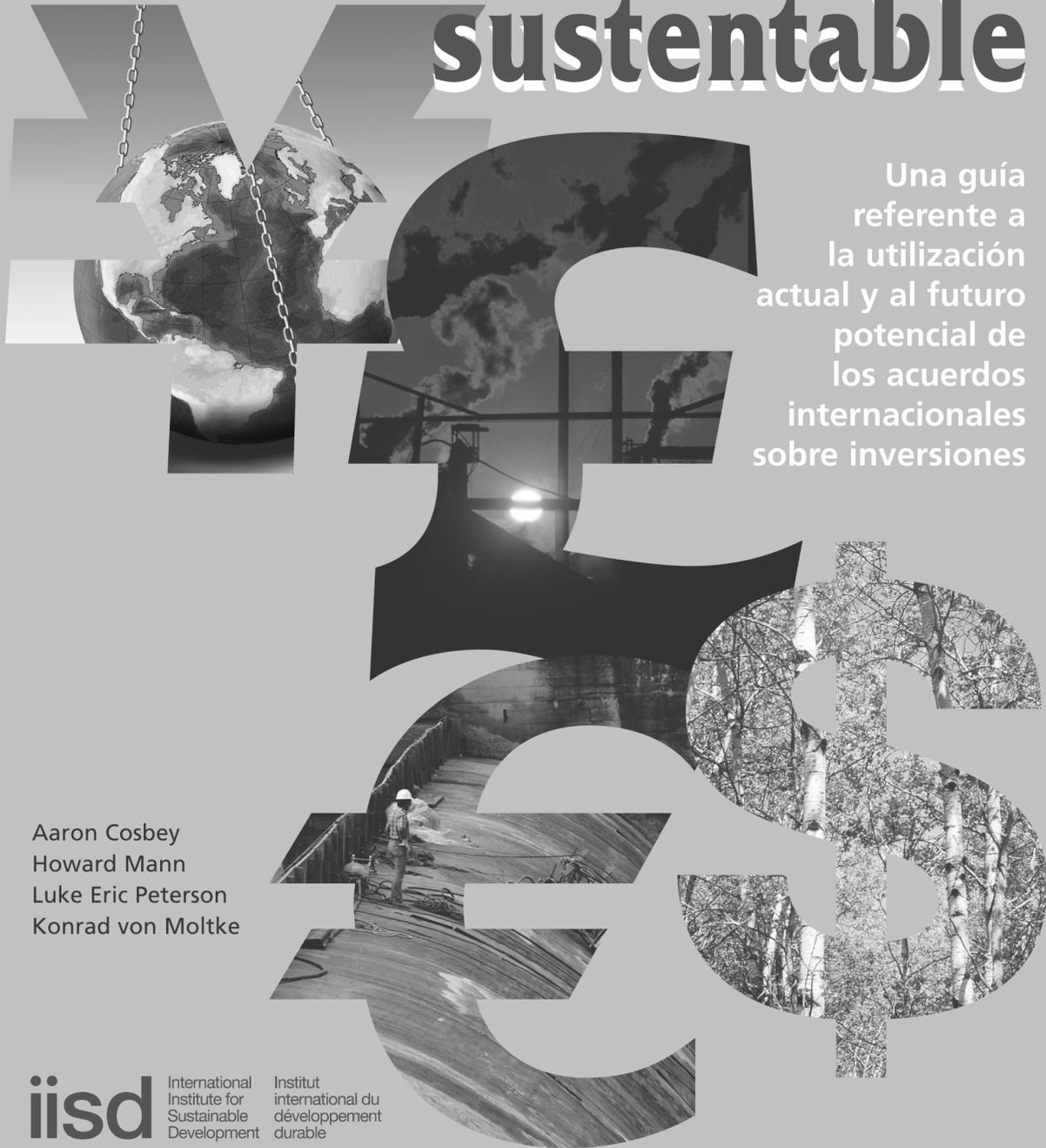
Institut
international du
développement
durable

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Aaron Cosbey
Howard Mann
Luke Eric Peterson
Konrad von Moltke

iisd International Institute for Sustainable Development
Institut international du développement durable



Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

ii

El International Institute for Sustainable Development [instituto internacional de desarrollo sostenible] contribuye al desarrollo sostenible al proponer recomendaciones sobre comercio e inversión internacionales, política económica, cambio, medición e indicadores climáticos y administración de recursos naturales. A través de comunicaciones por internet, informamos sobre negociaciones internacionales y experiencia intermediaria adquirida a través de proyectos de colaboración con socios globales, que dan como resultado investigación y desarrollo de capacidad más profunda en países en vías de desarrollo y un mejor diálogo entre el norte y el sur.

La visión del IIDS es una mejor calidad de vida para todos, de manera sustentable. Su misión es abogar por la innovación, permitiendo que las sociedades vivan de manera sostenible. El IIDS recibe subvención operativa del gobierno de Canadá, a través de la Canadian International Development Agency (CIDA) [agencia canadiense de desarrollo internacional] y del Ministerio de Medioambiente de Canadá y del gobierno de la provincia de Manitoba. El instituto recibe fondos del gobierno de Canadá, la provincia de Manitoba, otros gobiernos nacionales, agencias de la Organización de las Naciones Unidas, fundaciones y el sector privado. El IIDS está registrado como organización benéfica en Canadá y tiene el estado legal 501(c)(3) en los Estados Unidos.

Copyright © 2004 International Institute for Sustainable Development

Publicado por el International Institute for Sustainable Development

Todos derechos reservados.

ISBN 1-895536-47-2

International Institute for Sustainable Development

161 Portage Avenue East, 6th floor

Winnipeg, Manitoba

Canadá R3B 0Y4

Teléfono: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Correo electrónico: info@iisd.ca

Sitio web: <http://www.iisd.org>

El IISD agradece sinceramente el apoyo financiero de la C.S. Mott Foundation y de la Ford Foundation para el desarrollo de esta publicación.

Agradecimientos

Este libro es el resultado de muchas contribuciones. Se originó en una serie de reuniones trinacionales sobre el Capítulo XI del TLCAN celebradas en Ottawa, México y Washington en la primavera de 2002; esta iniciativa recibió el apoyo generoso de la Fundación Ford y la Fundación C.S. Mott. Los participantes en esos eventos ayudaron enormemente a dar forma a este producto, pero en definitiva los responsables de su contenido son los autores mismos. Los documentos y otros resultados de los talleres pueden encontrarse en: http://www.iisd.org/trade/ilsdworkshop/default_es.htm.

Las observaciones formuladas en esa reunión se elaboraron ulteriormente en un taller de expertos en cuestiones relacionadas con las inversiones celebrado en Chatham House, en Londres, y convocado conjuntamente por el IIDS y el Royal Institute of International Affairs en abril de 2003. Dicho taller se tituló *Trade and Sustainable Development Priorities Post-Doha*. Los conceptos se pulieron aun más en los talleres sobre inversiones celebrados en el marco del Foro de Comercio y Desarrollo Sustentable de las Américas, un evento paralelo a la Reunión Ministerial del Área de Libre Comercio de las Américas celebrada en noviembre de 2003 en Miami. La Fundación C.S. Mott prestó apoyo para la celebración de esas reuniones, así como para la producción de este volumen.

Nuestra concepción de la forma ideal de un acuerdo internacional sobre inversiones debe mucho al apoyo del Organismo Suizo de Cooperación para el Desarrollo; éste financió el trabajo explorador en esa esfera, que estamos prosiguiendo.

Nuestras investigaciones sobre los tratados bilaterales de inversión se beneficiaron enormemente de la valiosa asistencia de la Secretaría del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI).

Mark Halle, en su calidad de Director de los trabajos sobre comercio e inversiones del IIDS, ha sido una fuente fiable de apoyo e ideas, como también lo ha sido el Presidente del IIDS, David Runnalls. Stuart Slayen, del IIDS, prestó una asistencia editorial inestimable y Don Berg fue responsable de la diagramación y el diseño.

**Inversiones y
desarrollo
sustentable**

**Una guía
referente a la
utilización actual
y al futuro
potencial de los
acuerdos
internacionales
sobre inversiones**

iii

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

iv

Indice

Agradecimientos	iii
Resumen de orientación	v
1. Introducción	1
2. Acuerdos regionales y bilaterales sobre inversiones	3
2.1 Reglas de arbitraje en materia de inversiones recogidas en TBI y en acuerdos comerciales	3
2.1.1 Falta de transparencia y de apertura	4
2.1.2 Selección de los árbitros	6
2.1.3 Falta de precedencia	7
2.1.4 La posibilidad de arbitrajes múltiples	7
2.1.5 Recursos posteriores a los laudos	8
2.1.6 Resumen del procedimiento de solución de controversias	8
2.2 Derechos y obligaciones en el marco de los AII	9
2.2.1 Alcance y ámbito de aplicación	10
2.2.2 Trato nacional	11
2.2.3 Trato de nación más favorecida	12
2.2.4 Nivel internacional mínimo de trato: trato justo y equitativo; y seguridad y protección plenas	12
2.2.5 Expropiación	14
2.2.6 Resumen de los derechos y obligaciones de los inversionistas	16
2.3 La creciente utilización de los acuerdos sobre inversiones	17
3. Acuerdos multilaterales sobre inversiones	23
3.1 Intentos iniciales de establecer reglas multilaterales sobre inversiones	23
3.2 El convenio multilateral de la OCDE sobre inversiones	24
3.3 Inversiones en la OMC: las MIC y el AGCS	25
3.4 Las inversiones después de la Conferencia de Singapur, de la OMC	26
4. El camino por delante: perspectivas para la creación de un programa positivo sobre derecho de las inversiones	31
4.1 Obstáculos a la reforma	31
4.1.1 Obstáculos políticos	31
4.1.2 Obstáculos jurídicos	31
4.1.3 Evolución hasta la fecha	32
4.2 Reformulación de los objetivos de los AII	34
4.3 Estructura y alcance de los AII	34
4.3.1 Un equilibrio entre derechos y obligaciones	34
4.3.2 Derechos y obligaciones de los inversionistas	35
4.3.3 Derechos y obligaciones del Estado anfitrión	37
4.3.4 Derechos y obligaciones del Estado de origen	38
4.4 Procedimientos de solución de controversias	38
4.5 Instituciones internacionales de inversiones	40
5. Conclusiones	43

Resumen de orientación

Es difícil exagerar la importancia de las inversiones para el desarrollo sustentable. Éste requiere cambios económicos estructurales, y esos cambios sólo pueden introducirse mediante inversiones. En los países con escaso ahorro interno, las inversiones deben venir del exterior, en particular en forma de inversión extranjera directa.

Este libro analiza la función desempeñada por los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) — ideados fundamentalmente para que las inversiones extranjeras sean una actividad menos arriesgada — en el fomento del desarrollo sustentable. Este no es un marco poco razonable para hacer una evaluación; se está aceptando cada vez más ampliamente que es preciso atraer inversiones de calidad, en lugar de cantidad. En definitiva, si una inversión no mejora de manera sostenible el bienestar, no vale la pena acogerla, y mucho menos buscarla activamente.

Hay actualmente en vigor más de 2000 tratados bilaterales de inversión (TBI). También hay un número creciente de acuerdos sobre inversiones incorporados en convenios comerciales más amplios; el Capítulo XI del TLCAN es el más conocido. Estos acuerdos obligan a los Estados anfitriones a cumplir con ciertas normas de comportamiento en relación con los inversionistas extranjeros y sus inversiones. El acuerdo característico exige que no se discrimine contra los extranjeros; condiciona la capacidad del Estado para expropiar; garantiza la indemnización en caso de expropiación; prevé niveles mínimos de trato justo y equitativo; y ofrece otras modalidades de protección de los inversionistas extranjeros y sus inversiones.

Los AII también especifican procesos mediante los cuales los inversionistas pueden recurrir en caso de incumplimiento de esas obligaciones, generalmente por arbitraje directo entre el inversionista y el Estado anfitrión. Estos procesos — en diferentes grados, según las reglas aplicadas — carecen de las cualidades básicas de legitimidad, responsabilización y transparencia que solemos encontrar en los procesos judiciales. Hasta la fecha, en todos los casos menos dos, las audiencias han estado cerradas al público. Hasta hace poco, los alegatos del proceso no se hacían públicos; la presión ejercida por la sociedad civil ha generado cambios en el contexto del TLCAN, pero no en otros. Se dan a conocer los laudos finales sobre todos los casos en el marco del TLCAN y sobre muchos casos de TBI, pero un gran número de laudos todavía no se hacen públicos. Se desconoce su número exacto; según el sistema de reglas arbitrales elegido, puede no haber siquiera un requisito de hacer público el aviso de que se está procediendo a un arbitraje. Los árbitros son elegidos por las partes litigantes, y no a partir de una nómina permanente, sino de un conjunto de abogados en ejercicio que posteriormente pueden utilizar sus decisiones en otros casos para argumentar en favor de otros clientes que sean inversionistas extranjeros (esta es una situación de riesgo moral). No hay ningún proceso de apelación eficaz, no se puede prever la consolidación de casos semejantes o relacionados, y no hay manera de garantizar una aplicación uniforme de la ley.

Nada de esto sería tan problemático si el sistema sólo se aplicara a controversias comerciales entre partes contratantes. Pero el arbitraje amparado por tratados entre inversionistas y Estados a menudo se ha referido a cuestiones importantes de política pública, como el derecho del Estado a gravar con impuestos o a reglamentar en las esferas de la salud pública y el medio ambiente. En ese contexto el sistema actual, aunque muestre signos alentadores de evolución en algunos ámbitos, es alarmantemente inadecuado.

En los últimos años ha habido una escalada de casos de arbitraje entre inversionistas y Estados, en parte debido a que se han utilizado algunas cláusulas de maneras nuevas posiblemente no previstas por sus redactores. Se ha sostenido, por ejemplo, que la reglamentación gubernamental en beneficio del público, si tiene repercusiones bastante grandes para un inversionista, puede constituir una expropiación susceptible de indemnización. También se ha sostenido que incluso una medida adoptada de buena fe por un gobierno podría violar obligaciones legales de nivel mínimo de trato si no se ha seguido un procedimiento adecuado, que en gran parte no está definido; la exigencia es muy inferior a la tradicional. Las obligaciones de trato de nación más favorecida se han utilizado para “importar” disposiciones de acuerdos en los cuales el Estado en cuestión ni siquiera es Parte. Y la definición de trato nacional es tal que ha dado lugar a la impugnación de reglamentaciones legítimas que tenían repercusiones mayores sobre algún inversionista extranjero que sobre los inversionistas nacionales que competían con éste.

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

V

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

vi

Una vez más, el problema no sería tan grave si estos casos no afectaran a asuntos clave de política pública, y a la capacidad de los Estados para actuar en beneficio del público. Debe haber un equilibrio entre los derechos de los inversionistas a estar protegidos contra posibles actos indebidos de los gobiernos (un derecho importante, dada nuestra necesidad de inversiones), y los derechos de los ciudadanos a estar protegidos contra los perjuicios que causan algunas actividades económicas. Para ello, los gobiernos adoptan políticas que equilibran objetivos en competencia. Pero es peligroso dejar el equilibrio en manos de abogados comerciales guiados por reglas que con demasiada frecuencia se inclinan hacia objetivos comerciales, reglas que por otro lado se basan en las tradiciones del derecho comercial, y por consiguiente no se prestan para aplicarse al nutrido complejo de relaciones entre una inversión y el Estado anfitrión.

No es fácil llegar a un equilibrio. Los intentos de establecer reglas multilaterales aplicables a las inversiones extranjeras han dado lugar a varios fracasos espectaculares a nivel multilateral, empezando con el esfuerzo mortuorio de posguerra de crear una Organización Internacional del Comercio, pasando por el cierre notable del Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales y, más recientemente, el descarrilamiento del muy divulgado Convenio Multilateral de la OCDE sobre Inversiones. Los esfuerzos desplegados para establecer un acuerdo sobre inversiones en la Ronda de Doha de negociaciones entabladas en el marco de la OMC probablemente se añadirán a esta lista ilustre.

En todos esos casos el fracaso obedeció al desacuerdo fundamental sobre la finalidad que debería tener un acuerdo sobre inversiones. ¿Debe un AII promover la inversión? ¿Debe promover el desarrollo económico? ¿Debe obligar a los inversionistas a comportarse con respeto hacia el interés público?

La respuesta se encuentra en el argumento con el cual comenzamos: la inversión debe fomentar el desarrollo sustentable. Por lo tanto, los AII deben tener por objeto promover las inversiones que lo fomenten. Esto comprenderá necesariamente la protección de los inversionistas y de sus inversiones, como en los AII tradicionales (aunque con importantes cambios de procedimiento y de fondo teniendo presentes las preocupaciones expresadas más arriba). Pero también comprenderá necesariamente un fortalecimiento de los derechos de los Estados a reglamentar. Dicho de otra manera, se establecerán las obligaciones y los derechos de los inversionistas. No es poco razonable exigir, a cambio de la protección extraordinaria proporcionada por los AII y sus mecanismos de solución de diferencias inversionista-Estado, que los inversionistas respeten ciertas normas mínimas básicas de comportamiento aceptable, como la revelación total de sus prácticas pasadas, la celebración de consultas y la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, así como otras difundidas prácticas de responsabilidad social institucional. También es concebible que los AII asignen obligaciones a los Estados de origen — de donde proviene la inversión — para asegurar que en último término los inversionistas puedan ser responsabilizados en el propio país por los pasivos generados en el exterior.

El camino hacia este nuevo tipo de acuerdos sobre inversiones está lleno de obstáculos, tanto jurídicos como políticos. Hay una oposición intensa contra cualquier reducción de la protección acordada por los varios miles de TBI existentes, y ninguna manera práctica de modificar todos ellos, ni siquiera en caso de necesidad. Y la mayor parte de los inversionistas se oponen predeciblemente a que sus responsabilidades se eleven al mismo nivel que sus derechos legalmente exigibles. Mientras que los obstáculos pueden intimidar en el corto plazo, un examen claro de los principios básicos, en primer lugar de las razones por las que valoramos las inversiones y lo que esperamos que realicen, nos conducirá necesariamente en la dirección correcta.

1. Introducción

Es difícil exagerar la importancia de las inversiones para el desarrollo sustentable. Éste requiere cambios económicos estructurales; se sabe que el modelo actual de actividad económica es insostenible en el sentido doble de que es ambientalmente destructor y no promueve suficientemente la equidad. En consecuencia, la búsqueda de un desarrollo sustentable es la búsqueda de una economía diferente. Dichos cambios estructurales sólo pueden introducirse mediante inversiones, y en los países con bajos niveles de ahorro interno las inversiones deben venir del exterior.¹ Por lo tanto, en muchos países, la promoción del desarrollo sustentable es en último término la promoción de inversiones que mejoren la sostenibilidad. En este sentido, no hay actividad económica más importante para el logro del desarrollo sustentable que la inversión.

Parte de la importancia de las inversiones radica en su carácter de largo plazo. Mientras que se suele destacar la naturaleza a corto plazo de los negocios, con un acento en el próximo informe trimestral, las inversiones se realizan sistemáticamente con una perspectiva a largo plazo, de unos treinta años o más. Incluso en el sector dinámico de la tecnología, las inversiones se realizan con un horizonte cronológico quinquenal. Las inversiones en la agricultura, la silvicultura o la minería pueden tardar hasta diez años en mostrar un rendimiento positivo. Algunas inversiones establecen modelos de producción que pueden durar decenios, incluso siglos. La mayor parte de las centrales eléctricas se reconstruirán y se remodelarán una y otra vez; algunos sitios del centro oeste de los EE.UU. donde se originan lluvias ácidas que caen en el noreste se establecieron hace más de cien años. Una inversión destinada a transformar tierras vírgenes para la producción agrícola o la silvicultura produce cambios que pueden perdurar a lo largo de los siglos: los cultivos podrán cambiar, pero no se restablecerá el ecosistema inicial. Una actividad minera puede tener repercusiones irreversibles en una escala cronológica humana. Una política que prevea un plazo más largo — como las de desarrollo sustentable — debe considerar que las inversiones constituyen uno de los factores centrales que determinan las posibilidades de logro de las metas establecidas.

Pero, por una diversidad de razones, las inversiones no siempre se dirigen a los destinos que más necesitan un desarrollo económico sostenible. Para las inversiones productivas, el acceso a los insumos y a la fuerza de trabajo (capacitada) es fundamental, como lo es el acceso a los mercados para los productos y servicios generados mediante las inversiones. La existencia de una infraestructura fiable y la calidad de los servicios — de transporte, bancos, seguros y de la administración pública en particular — son también de vital importancia.² La inversión depende en grado significativo de la existencia de varios requisitos previos en el país destinatario, requisitos que en muchos países en desarrollo no se hallan suficientemente presentes. Así pues, tenemos una paradoja: los países que necesitan inversiones para el desarrollo sustentable son aquellos que, por causa de su subdesarrollo, probablemente no recibirán muchas.

Una de las medidas comúnmente adoptadas por los gobiernos en procura de inversiones consiste en concertar acuerdos internacionales que aclaren las normas de trato aplicables a los inversionistas extranjeros. Esos acuerdos internacionales sobre inversiones son en teoría una buena manera de reducir los riesgos afrontados por los inversionistas extranjeros, gracias a lo cual éstos pueden prever un mayor rendimiento procedente de un destino determinado.

Sin embargo, a pesar de la existencia de un gran número de acuerdos semejantes, sigue siendo difícil determinar su eficacia para atraer inversiones. En efecto, en gran parte de la bibliografía reciente no parece encontrarse una correlación significativa entre los acuerdos de inversión y el volumen de los flujos de inversiones.³ Esto no es muy sorprendente, dada la multiplicidad de otras variables que debe tener en cuenta una empresa para adoptar una decisión en materia de inversiones. Pero sí lleva a plantear la siguiente pregunta: si nuestro objetivo es el desarrollo sustentable y nuestro interés es fomentar las inversiones que lo apoyan, ¿qué lugar ocupan los acuerdos internacionales sobre inversiones?

En el presente documento se examina esa cuestión y se pregunta qué tipo de acuerdo internacional sobre inversiones promovería efectivamente el desarrollo sustentable. La respuesta, analizada en el capítulo 4, poco se asemeja a los modelos existentes.

Pero en primer lugar el documento pasa revista a la experiencia resultante de los acuerdos vigentes, no en lo concerniente a la atracción de inversiones sino a los tipos de motivos de preocupación que

suscitan en materia de política pública. Los acuerdos de inversión generalmente acabarán otorgando a los inversionistas extranjeros derechos que generan tensiones entre los objetivos de política comercial del Estado anfitrión y objetivos no comerciales como la protección del medio ambiente y la salud pública y la seguridad de la población. El capítulo 2 considera primero la manera en que las reglas establecidas en un acuerdo de inversión característico pueden generar esos tipos de tensión. Si bien no hay un modelo único para esos acuerdos, la mayor parte de ellos tienen varios elementos en común. Aquí se analiza la experiencia resultante de las disposiciones en materia de inversiones establecidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y en muchos tratados bilaterales vigentes sobre inversiones.

Dadas las implicaciones de política pública de los acuerdos de inversión, los mecanismos que crean para resolver las controversias también son importantes. La segunda parte del capítulo 2 se refiere al proceso de solución de controversias inversionista-Estado que es común a casi todos los acuerdos internacionales modernos sobre inversiones. Plantea preguntas sobre la legitimidad, la transparencia y la responsabilización de esos procesos, observando que estas tres cualidades son esenciales para las instituciones establecidas a fin de llegar a un equilibrio entre los derechos privados y los objetivos de política no comerciales.

El capítulo 3 versa sobre la experiencia a que han dado lugar las reglas en materia de inversiones a nivel multilateral, tanto históricamente en foros como el Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, como más recientemente las del fallido Convenio Multilateral de la OCDE sobre inversiones y las reglas en materia de inversiones vigentes y propuestas en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

El capítulo 4 se basa en el análisis arriba descrito y pregunta cómo podemos mejorar. ¿Qué tipos de cambios deben introducirse en un acuerdo internacional sobre inversiones característico, atendiendo tanto al proceso como a las disposiciones sustantivas? Este capítulo también explora los obstáculos potenciales para el progreso y formula preguntas difíciles sobre el tipo de entorno institucional que podríamos establecer para nuestro mencionado “acuerdo modelo sobre inversiones.”

Notas finales

- 1 A menos que se especifique otra cosa, la palabra “inversión” se utilizará en este texto para referirse a la “inversión extranjera directa.”
- 2 Se encontrará una lista de factores clave para atraer inversiones en: V.N. Balasubramanyam, “Foreign Direct Investment in Developing Countries: Determinants and Impacts,” documento preparado para el Foro Mundial de la OCDE sobre Inversiones Internacionales, México, D.F., 26–27 de noviembre de 2001.
- 3 Véase, por ejemplo, Hallward-Driemeier, Mary, 2003. “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite.” World Bank Policy Research Working Paper 3121, Washington, D.C.: Banco Mundial; y UNCTAD, 1998. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Nueva York: Naciones Unidas.

2. Acuerdos regionales y bilaterales sobre inversiones

Este documento considerará tres tipos generales de acuerdos internacionales sobre inversiones (AII): los tratados bilaterales sobre inversiones (TBI); las disposiciones sobre inversiones incorporadas en los acuerdos comerciales regionales o bilaterales; y los acuerdos multilaterales sobre inversiones. Esta sección agrupa los primeros y los segundos porque comparten varias características comunes, mientras que la sección siguiente examina el enfoque multilateral. Aquí se analizan primero las reglas y procesos utilizados en el arbitraje de las controversias sobre inversiones, se explican los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado y se expresan inquietudes sobre el proceso desde una perspectiva de interés público. Luego se examinan los tipos de obligaciones sustantivas encontradas en la mayor parte de los acuerdos de inversión, y se destacan nuevamente las áreas que son motivo de preocupación teniendo presente nuestra experiencia hasta la fecha.

De los dos tipos de tratados abordados en esta sección, el más frecuente es el de los TBI. Durante la mayor parte de su existencia de más de 40 años, los TBI han tenido un perfil extremadamente bajo. Son resultado de la evolución de una generación anterior de tratados de amistad, comercio y navegación. A diferencia de estos últimos, los TBI tienden a estar estrechamente centrados en un número limitado de cuestiones relativas a las inversiones, y otorgar diversos derechos y protecciones a los inversionistas de un país que operan en otro. En particular, fueron ideados para dar mayor certidumbre y protección jurídica en periodos de descolonización y debate internacional acérrimo sobre las indemnizaciones debidas a los inversionistas en caso de nacionalización o expropiación.

Prácticamente ignorados tanto por los analistas como por los inversionistas durante gran parte de su historia, desde mediados de los años noventa los TBI despiertan cada vez más interés entre los inversionistas extranjeros que circulan por el mundo en desarrollo. Según el último recuento, el número de estos tratados ascendía a 2099.⁴ Los países de la OCDE han concertado docenas de TBI con una muestra representativa de países en desarrollo, a menudo con discreción y escasa publicidad.

Últimamente, algunos países como los EE.UU. y el Canadá también han empezado a incorporar cláusulas sobre inversiones en convenios comerciales bilaterales o regionales más amplios negociados con socios comerciales.⁵ El más conocido de éstos quizás sea el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1994, entre el Canadá, los Estados Unidos y México, que ocasionó las primeras controversias en materia de inversiones que suscitaron la atención de un público amplio.⁶ Pero en los primeros años del decenio ha habido una ola de convenios comerciales bilaterales nuevos que también comprenden las inversiones. En la propuesta Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que abarca 34 países del continente americano y se quiere concretar en 2005 (aunque muchos no lo deseen), se supone que también se aplicarán cláusulas sobre inversiones.

Tanto los TBI como los convenios comerciales bilaterales y regionales ofrecen a los inversionistas una diversidad de derechos y protecciones que varían de un caso a otro pero que tienen un carácter más o menos estándar. Además, la mayoría de estos tratados (en particular los negociados a partir de los años ochenta) ofrecen a los inversionistas el derecho de demandar a los Estados anfitriones ante tribunales internacionales de arbitraje por el trato recibido. La sección siguiente presenta el proceso de arbitraje previsto en un acuerdo bilateral o regional característico. Luego se hace un análisis minucioso de los derechos y obligaciones sustanciales que constituyen la base de estas controversias.

2.1 Reglas de arbitraje en materia de inversiones recogidas en TBI y en acuerdos comerciales

Los tratados bilaterales sobre inversiones y los acuerdos sobre inversiones incorporados en los convenios comerciales prevén de manera característica que partes privadas (inversionistas) inicien directamente procesos de arbitraje contra Estados anfitriones, utilizando lo que se conoce como mecanismo para el arreglo de controversias inversionista-Estado. Este procedimiento se distingue del proceso de solución de diferencias al amparo de la legislación comercial, por ejemplo en la OMC, que es estrictamente Estado-Estado.

Estos tratados no suelen incluir reglas procesales detalladas para el arbitraje de las diferencias en materia de inversiones. Más bien, tienden a referirse a reglas de arbitraje preexistentes o a la posibilidad de recurrir al denominado arbitraje especial clásico amparado por reglas acordadas por las dos partes litigantes. Hay cinco conjuntos de reglas arbitrales preexistentes a las que se suele hacer referencia en los tratados sobre inversiones. Pueden dividirse en reglas institucionales (conforme a las cuales una institución supervisora administra el arbitraje), y reglas de arbitraje especial (que comprenden un conjunto de reglas aplicables pero no una institución supervisora), como las de 1976 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

De las formas institucionales de arbitraje a las que se hace referencia en los tratados, las dos más comunes son las previstas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI se estableció en 1965 como parte del Grupo del Banco Mundial. El Centro se ocupa del arbitraje y la conciliación supervisados de diferencias en materia de inversiones y es el único que pone sus casos a disposición del público en un registro central de sumarios de procedimiento. Sus reglas ordinarias son aplicables si ambas partes son Estados Miembros del CIADI (o, en el caso del inversionista, si éste es nacional de un Estado Miembro del CIADI), mientras que las denominadas reglas del Mecanismo Complementario del CIADI son aplicables si una parte no reúne los requisitos para el arbitraje al amparo de las reglas regulares del CIADI.

Otros dos órganos internacionales de arbitraje mencionados en algunos tratados sobre inversiones, que pueden utilizarse cuando las partes no cumplen con los requisitos para el arbitraje del CIADI, son el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la referencia a estas reglas es mucho menos frecuente. Las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo tienden a encontrarse más a menudo en los tratados entre países occidentales y de Europa oriental o Asia, lo que refleja la función histórica de Estocolmo como foro para resolver diferencias comerciales entre Este y Oeste. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional se hallan con menor frecuencia en los tratados sobre inversiones, pero aparecen en algunos tratados concluidos por países como el Reino Unido y Cuba y se propuso su inclusión en las fallidas negociaciones de la OCDE para establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones (AMI).⁷

Los países que acceden al mecanismo especializado del CIADI (en el momento de redactarse el presente texto habían accedido al mismo 140 países) no suelen incluir referencias a otros foros de arbitraje institucional en sus posteriores tratados sobre inversiones.

De los procedimientos de arbitraje ad hoc, con creces los más utilizados son los de la CNUDMI de 1976, previstos muy a menudo en los tratados bilaterales sobre inversiones. La naturaleza deslocalizada y no supervisada del arbitraje de la CNUDMI dificulta particularmente los análisis de quienes procuran vigilar las controversias inversionista-Estado.

Una distinción importante entre las reglas del CIADI y las de los otros foros de arbitraje mencionados — y una que explica algunas de las características singulares del CIADI — es que las primeras han sido diseñadas expresamente para la solución de diferencias inversionista-Estado; el CIADI no se ocupa de arbitrajes comerciales entre dos empresas. Los otros foros, en cambio, se establecieron precisamente para ese tipo de controversias comerciales, pero también se utilizan (probablemente cada vez más) para la solución de diferencias inversionista-Estado.

Las siguientes secciones exploran algunas de las implicaciones y deficiencias de estas diversas reglas utilizadas para el arbitraje inversionista-Estado.

2.1.1 Falta de transparencia y de apertura

La transparencia y la participación son salvaguardias esenciales utilizadas por la mayor parte de las sociedades democráticas para asegurar la legitimidad y la responsabilización de los procedimientos judiciales. Hay varios tipos de mecanismos deseables de transparencia y apertura previstos en un acuerdo internacional ideal sobre inversiones. Son los siguientes:

- La publicación de la notificación de intención de someter una controversia a arbitraje (presentada por el inversionista) y de iniciación del proceso;
- La publicación de todos los argumentos presentados a un tribunal;

- La publicación de los laudos y decisiones del tribunal;
- El acceso del público a las audiencias arbitrales;
- La posibilidad de presentar una petición para comparecer como amigo del tribunal de arbitraje (*amicus curiae*).⁸

Las instituciones mencionadas en la sección anterior, por sí mismas, tienen exigencias sorprendentemente rudimentarias de transparencia y apertura. De los diversos foros de arbitraje en materia de inversiones, sólo el CIADI tiene un registro público de sumarios de todas las causas. La Secretaría de la CNUDMI es conocida por no llevar siquiera registros internos de los procesos iniciados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Esto obedece a la naturaleza especial de sus reglas, que pueden aplicarse a los arbitrajes en cualquier lugar del mundo sin necesidad de asistencia alguna de la Secretaría de la CNUDMI. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y las de la Cámara de Comercio de Estocolmo, por su parte, están administradas por una secretaría permanente, pero ninguna de esas instituciones lleva un registro público de las controversias presentadas en el marco de tratados.

En cuanto a las decisiones y los laudos del tribunal, las reglas del CIADI, la CNUDMI y la Cámara de Comercio de Estocolmo estipulan que, si ambas partes lo consienten, los laudos pueden publicarse (en el caso del CIADI, generalmente se publican). En el marco del CIADI cualquiera de las partes también tiene derecho a publicar el laudo unilateralmente, si así lo desea. Si el CIADI no tiene el consentimiento de las partes puede, no obstante, publicar extractos de los laudos para ilustrar desarrollos jurídicos importantes.

En cuanto a la posibilidad de otorgar la condición de *amicus curiae* a no litigantes, todas las reglas arbitrales conocidas, incluso las del CIADI, exigen autorización explícita de ambas partes para permitir que otras partes interesadas asistan o intervengan en juicios arbitrales *orales*⁹ (pero no hacen ninguna mención de presentaciones escritas). Y ninguna permite el acceso del público a los procedimientos — algo que es, desde luego, corriente en la mayor parte de los procesos judiciales (aunque sería concebible que este acceso se pudiera permitir con el consentimiento explícito de las partes).

Esta falta de transparencia refleja el hecho de que reglas como las de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional o la Cámara de Comercio de Estocolmo se propusieron inicialmente para la solución de diferencias comerciales privadas, generalmente entre dos entidades comerciales, una forma de arbitraje comercial caracterizado por un par de autores como un sistema de “justicia privada al servicio de los comerciantes.”¹⁰ Sin embargo, el uso moderno abarca un número cada vez mayor de arbitrajes entre inversionistas y Estados, en casos cuyas implicaciones van mucho más allá de lo comercial porque afectan a objetivos de política pública como el medio ambiente, la salud y la seguridad. En tales casos, un grupo de interesados directos mayor que el de los dos litigantes tendrá un interés legítimo en la controversia, lo que aboga en favor de medidas de transparencia y de apertura a la participación del público.¹¹

En respuesta a críticas públicas sobre el carácter cerrado de los procedimientos previstos en los AII existentes, ha surgido — al menos en el contexto norteamericano — una bienvenida tendencia a incorporar mejores condiciones de apertura y transparencia en los acuerdos mismos; esto modificará el carácter de los procedimientos que tendrán lugar en el marco de las instituciones arbitrales existentes. En el contexto del TLCAN, los argumentos de los litigantes y de terceros en una controversia se publican ahora sistemáticamente en sitios web de los gobiernos de las Partes en el TLCAN.¹² Es más, en octubre de 2003 las Partes en el TLCAN dieron a conocer, entre otras cosas, una declaración conjunta con orientaciones para los tribunales que examinan peticiones de reconocimiento de la condición de *amicus curiae*.¹³ Y recientemente se sentó un precedente cuando un tribunal establecido en el marco del Capítulo XI del TLCAN aprobó peticiones para intervenir como *amicus curiae* presentadas por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y otra ONG. El tribunal aceptó tanto las presentaciones escritas como la presentación oral de los argumentos.¹⁴

También en octubre de 2003, el Canadá y los EE.UU. dieron a conocer declaraciones que indicaban que fomentarían la celebración de audiencias públicas en todos los casos presentados en el marco del

Capítulo XI que los afectaran — México aparentemente no estaba preparado para asumir ese compromiso.¹⁵ Mientras que esto es alentador, el resultado final será el determinado en cada caso por el tribunal, que también tomará nota de los deseos del inversionista. Las Partes en el TLCAN están facultadas para formular interpretaciones vinculantes de las disposiciones sustantivas del Capítulo XI, pero sus facultades respecto de los procedimientos de los tribunales — que se rigen por las reglas del CIADI o de la CNUDMI — son limitadas.

Sin embargo, esto no plantea problemas en relación con acuerdos futuros, que sencillamente pueden prever la manera en la cual las Partes quisieran que se desarrollaran los procesos arbitrales.¹⁶ En efecto, en gran medida debido al reconocimiento de las deficiencias del TLCAN, los EE.UU. han empezado a hacer esto. En febrero de 2004 los EE.UU. elaboraron un borrador modificado de lo que llaman su “TBI modelo” — que utilizan para negociar TBI. Las nuevas obligaciones previstas son:

- La revelación pública obligatoria de los alegatos, transcripciones y laudos finales de los tribunales sobre inversiones;
- Audiencias abiertas al público; y
- El derecho de quienes no sean partes de solicitar permiso para intervenir como *amicus curiae*.¹⁷

Este cambio bienvenido en la práctica ya se había aplicado a los acuerdos de libre comercio de los EE.UU. (a diferencia de los TBI) con Chile, Singapur y los cinco Estados centroamericanos, concluidos a finales del año anterior. Por el momento, sin embargo, estas novedades parecen limitarse a los EE.UU.

2.1.2 Selección de los árbitros

Los métodos por los cuales se eligen los tribunales también son motivo de inquietud. Cada una de las partes en la disputa seleccionará a uno de los tres árbitros, y estos dos seleccionarán juntos al tercer árbitro. Como es de prever, las partes en una diferencia suelen nombrar a un árbitro que, aunque no sea parcial respecto de su caso, será no obstante “solidario.” Dos comentaristas expertos observan:

“La capacidad de nombrar a uno de los encargados de adoptar las decisiones es un aspecto definitorio del sistema arbitral y ofrece un instrumento potente cuando una parte lo utiliza con habilidad. Es también evidente que una parte procurará seleccionar a un árbitro que tenga alguna inclinación o predisposición favorable a su posición en el caso, como la de compartir referentes jurídicos o culturales u opiniones doctrinales que, casualmente, coincidirán con los argumentos de una parte.”¹⁸

Otros expertos en el derecho internacional de las inversiones han sido mucho más severos en su evaluación del proceso por el cual se seleccionan los árbitros. En una conferencia reciente, el Profesor M. Sornarajah ha planteado temores sobre el sesgo comercial de los árbitros:

“Su preocupación por los valores de la comunidad internacional es más débil que su preocupación por las obligaciones contractuales y por asegurar su próximo nombramiento en un tribunal sobre la base de sus muestras de probidad comercial y lealtad con los valores de las empresas multinacionales.”¹⁹

Hay también razones para estar preocupados porque los abogados trabajan a ambos lados de la vía arbitral, por así decir, en sus funciones como árbitros en algunos casos y como abogados en otros. Los miembros de los tribunales de arbitraje no necesariamente se extraen de una nómina permanente de árbitros, sino en general de lo que quizá se podría llamar “Colegio internacional de árbitros comerciales.” Este es el caso especialmente del tercer árbitro seleccionado como presidente del tribunal. Como resultado, los árbitros pueden emitir laudos sobre casos, por un lado, y arbitrar en nombre de clientes sobre cuestiones jurídicas semejantes, por otro lado. Las decisiones que toman como árbitros pueden influir en las posiciones que adopten sus propios clientes, o bien colegas en sus empresas, u otros contactos.

En un ejemplo reciente de esta dinámica, un ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia actuó como asesor de una empresa multinacional de aguas alegando incumplimiento por el Gobierno de

la Argentina de las cláusulas del TBI relativas a expropiación, “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas.” En otros casos se asignó al mismo individuo una función directa, como árbitro nombrado por una parte, en la interpretación de esos mismos compromisos amparados por tratados en una controversia entre la República Checa y una empresa de radiodifusión registrada en los Países Bajos. Gozó así de la posibilidad de influir en la orientación de la interpretación de tratados sustantivos en áreas de interés para sus clientes.

La cuestión no es que los árbitros carezcan de integridad personal, sino sencillamente que el sistema de selección de los árbitros permite que algunos aboguen en nombre de sus clientes en favor de interpretaciones amplias de los derechos amparados por un tratado, mientras quizá estén actuando como árbitros en otras demandas en el marco de tratados semejantes. El principio jurídico más básico de cualquier proceso legal democrático, el de que la justicia debe ser ciega, claramente no se aplica aquí.

2.1.3 Falta de precedencia

Debido a los orígenes del arbitraje como método de solución privada de diferencias, los laudos arbitrales sólo son vinculantes para las dos partes involucradas; en efecto, en uno de sus casos más famosos, un comité de anulación del CIADI advirtió explícitamente que no había ninguna regla de precedencia en el sistema de arbitraje del CIADI.²⁰ No obstante, los tribunales a menudo examinan las decisiones arbitrales anteriores y las utilizan como orientación en sus deliberaciones. En efecto, los observadores señalaron por primera vez hace más de diez años que las controversias estaban contribuyendo a “un nuevo derecho internacional de la inversión extranjera en respuesta a las demandas de la nueva economía mundial.”²¹

Dada la probabilidad de que las decisiones arbitrales anteriores sean consideradas por tribunales posteriores, es notable, como se señala más arriba, que no haya un requisito uniforme de que se divulguen esas decisiones. Por ejemplo, un conocido bufete de abogados de Washington se jacta en su sitio web de que ha obtenido un laudo contra el gobierno de Kazajstán en nombre de una empresa petrolera multinacional en el marco del TBI EE.UU.-Kazajstán. Sin embargo, ese laudo no se ha publicado debido a un acuerdo de confidencialidad entre las partes. No obstante, está claro que en el laudo había una interpretación — y en consecuencia, una elaboración — de las circunstancias en las cuales la reglamentación y los procesos de autorización de un Estado anfitrión hubieran servido para expropiar los activos de un inversionista.²²

Más allá del problema obvio que implica para los Estados anfitriones que no pueden informarse plenamente del significado sustantivo posible de los compromisos que han contraído con los diversos TBI, esto crea un desequilibrio de información injusto. Los Estados o los inversionistas con recursos financieros para contratar a grandes bufetes de abogados internacionales que se especializan en esta área, gracias a los vínculos formales e informales de éstos, gozarán de mayor acceso a ese conjunto desigual de decisiones arbitrales que muchos asesores de países en desarrollo que deben recurrir a fuentes dispersas e incompletas.

2.1.4 La posibilidad de arbitrajes múltiples

Un problema adicional planteado por los arbitrajes inversionista-Estado es que la mayor parte de los tratados prevén la posibilidad de arbitrajes múltiples sobre situaciones esencialmente iguales, con el riesgo de que diferentes tribunales lleguen a conclusiones ampliamente divergentes. Dado que los TBI (a diferencia de las reglas de inversión previstas en los acuerdos comerciales) no suelen incluir cláusulas que prevean la consolidación de los casos relacionados, los procesos paralelos son muy probables. Dos arbitrajes recientes de la CNUDMI relativos a diferentes TBI negociados por la República Checa ilustran esta deficiencia.

En el primer caso, una empresa de radiodifusión presentó una demanda en el marco de un TBI, y en el segundo caso el mayor accionista de esa misma empresa presentó otra demanda en el marco de un TBI diferente.²³ Los dos tribunales arbitrales examinaron esencialmente los mismos hechos y reclamaciones y sacaron conclusiones opuestas. Un tribunal no encontró ninguna violación significativa del TBI pertinente, mientras que el otro tribunal emitió un laudo según el cual la República Checa había incumplido cinco cláusulas importantes del tratado, y generó las condiciones

para que se pagara al inversionista una indemnización sin precedentes de más de 330 millones de dólares de los EE.UU.

Será difícil que una nueva legislación internacional sobre inversiones recoja laudos tan contradictorios. Análogamente, muchos temen que una serie de reclamos relacionados pero separados contra la República Argentina podría sembrar la confusión en el ámbito del arbitraje sobre inversiones.²⁴ En efecto, los arbitrajes múltiples iniciados por inversionistas relacionados pero legalmente diferenciados son ahora cada vez más comunes, por lo que la credibilidad misma del proceso inversionista-Estado corre un riesgo cada vez mayor.

2.1.5 Recursos posteriores a los laudos

Otra debilidad del sistema existente de solución de controversias inversionista-Estado radica en la dificultad de revisar las decisiones de los tribunales arbitrales. Según las reglas arbitrales que se utilicen, los recursos posteriores al laudo variarán significativamente. Conforme a las reglas del CIADI, los arbitrajes se aíslan de los sistemas jurídicos nacionales y las partes sólo pueden recurrir a unos pocos argumentos circunscritos precisos para la anulación del laudo final por otro panel de árbitros del CIADI. Algunos críticos han planteado inquietudes por este aislamiento de los laudos del CIADI respecto de la revisión externa; el Profesor Sornarajah advierte que el grado en que se socava la soberanía mediante el desarrollo de un régimen que está totalmente fuera del control de los Estados es un factor intranquilizador.²⁵

Por el contrario, en el caso de los arbitrajes que se rigen por otro conjunto de reglas arbitrales, como las del Mecanismo Complementario del CIADI, los litigantes pueden apelar el laudo ante los tribunales de la sede legal del arbitraje. En efecto, la República Checa intentó (infructuosamente) impugnar uno de los dos laudos relacionados con la controversia mencionada sobre radiodifusión. Dado que los arbitrajes suelen ser confidenciales — y ni siquiera se puede conocer públicamente la existencia de un caso — la apelación ante los tribunales locales sirve a veces para exponer a la luz del día casos hasta entonces desconocidos.²⁶

La revisión judicial de los laudos que estén disponibles se regirá por las leyes nacionales de arbitraje aplicables y por las convenciones internacionales sobre arbitraje. Éstas prevén en general razones mucho más limitadas para la revisión que un verdadero proceso de apelación; los tribunales revisores pueden devolver los casos a los tribunales originales sólo cuando se haya cometido un error jurídico muy grave — de una magnitud que invalide la competencia del tribunal para emitir ese laudo.²⁷ Las partes también pueden tratar de impugnar la aplicación del laudo en cualquier sistema judicial nacional en que la parte victoriosa intente que se aplique. Por lo tanto, algunos laudos estarán sujetos a una revisión limitada por sistemas judiciales nacionales, mientras que otros, por ejemplo los amparados por la Convención del CIADI, nunca entrarán en contacto con esos sistemas.

En definitiva, no hay un verdadero proceso de apelación; tras la revisión no se puede emitir un dictamen sobre errores sencillos de hecho o derecho, ni sustituir una decisión del tribunal. El valor ampliamente reconocido del Órgano de Apelación de la OMC para dar coherencia y predecibilidad al proceso debe considerarse instructivo.

Aquí, al igual que en el área de la transparencia y la apertura, ha habido algunos signos prometedores en el contexto de acuerdos nuevos. El TBI modelo de los EE.UU. prevé que las partes consideren, dentro de un plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del tratado, el posible establecimiento de un órgano de apelación que examine las decisiones arbitrales. Esta formulación también se encuentra en los capítulos sobre inversiones de los acuerdos de libre comercio de los EE.UU. con Chile, Singapur y los Estados centroamericanos.

2.1.6 Resumen del procedimiento de solución de controversias

Dado que algunos elementos del proceso de solución de controversias existente provienen del mundo del arbitraje comercial internacional, donde la solución ad hoc opaca era considerada deseable por los medios empresariales, no sorprende que se exhorte cada vez más a que se aplique un proceso más formalizado y transparente a las controversias relacionadas con los tratados sobre inversiones. Incluso el proceso del CIADI, diseñado expresamente para los arbitrajes inversionista-Estado, ha sido criticado por falta de transparencia sobre los casos en curso, y por el aislamiento del régimen respecto

de la revisión por tribunales nacionales. En el contexto del TLCAN se ha pedido el establecimiento de un tribunal permanente de comercio de América del Norte o un proceso de apelación, y la creación de mecanismos semejantes en la propuesta Área de Libre Comercio de las Américas.²⁸ Los recientes acuerdos comerciales de los EE.UU. con Chile y los Estados centroamericanos tienen cláusulas en las que se prevé que el mecanismo inversionista-Estado comprenda un proceso de apelaciones en el contexto del ALCA, si con el tiempo ésta se estableciera. Hasta la fecha, sin embargo, ha habido menos propuestas de reformar y consolidar los procedimientos de solución de controversias en el contexto de los TBI.²⁹

Ninguna de estas inquietudes sería tan apremiante si no fuera por el hecho de que las controversias presentadas en esos foros se refieren cada vez más a asuntos de política pública — como reglamentaciones ambientales, protección de la salud y la seguridad públicas, suministro de servicios públicos — en los cuales el público en general tiene claramente un interés legítimo. Este interés fue identificado claramente por el tribunal en el caso *Methanex c. los Estados Unidos de América*: “Indudablemente, este caso es de interés público. Las cuestiones de fondo van mucho más allá de las planteadas en un arbitraje transnacional corriente entre partes comerciales.”³⁰

Más allá de las cuestiones tratadas en esta sección, cabe preguntar en primer lugar si los foros y procesos existentes son apropiados para esos casos, dado que se refieren a objetivos de política pública contrapuestos y sus resultados tienen repercusiones sobre el bienestar público. En un caso pendiente en el marco del TLCAN, por ejemplo, el derecho del inversionista de importar su producto se debe sopesar teniendo presente el derecho del público de limitar su exposición a presuntos carcinógenos.³¹ Las instituciones nacionales competentes, como la judicatura y diversos órganos gubernamentales, hacen sistemáticamente este tipo de balances. Sin embargo, hay un contraste sorprendente en las características de estas instituciones bien desarrolladas y las del modelo de arbitraje descrito anteriormente. En los sistemas democráticos de gobierno, las primeras generalmente se construyen velando por la legitimidad, la responsabilización y la transparencia; estas cualidades faltan en el segundo. Toda vez que la tarea consista en equilibrar los derechos privados y el bien público, el foro de adopción de decisiones ofrecido por el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado será completamente inadecuado.

Pero incluso el foro mejor ideado para la solución de controversias sólo será tan bueno como las reglas que rigen sus juicios. La próxima sección presenta un análisis crítico de los derechos y las obligaciones de los inversionistas y los gobiernos anfitriones en el marco de los acuerdos internacionales sobre inversiones.

2.2 Derechos y obligaciones en el marco de los AII³²

La sección anterior de este documento examina el proceso utilizado para arbitrar diferencias inversionista-Estado en el marco de acuerdos de inversión previstos en TBI y en convenios comerciales bilaterales/regionales. Esta sección considera los derechos y las obligaciones en las cuales se basan esas diferencias, es decir los derechos otorgados a los inversionistas en virtud de los acuerdos y las obligaciones concomitantes aceptadas por los Estados signatarios (los acuerdos de inversión generalmente no dan ningún derecho al Estado anfitrión, ni imponen obligaciones a los inversionistas).

Las cláusulas de los AII no son uniformes; mientras que algunos de los principales países de la OCDE tienen sus propios modelos preferidos de acuerdos, éstos evolucionan constantemente, de manera que el acuerdo “estándar” de mediados del siglo XX es muy diferente del acuerdo “estándar” de hoy. El resultado es una trama compleja de acuerdos, con cláusulas que difieren incluso entre diversas partes en acuerdos con el mismo país.

Dicho esto, hay un conjunto central identificable de cláusulas características de la mayor parte de los tratados recientes, y esta sección se dedicará al análisis de las mismas. Éste no podrá menos que basarse en gran medida en la jurisprudencia extraída del contexto del TLCAN, puesto que el TLCAN es el único acuerdo que hace sistemáticamente públicos los laudos y alegaciones.

Las cláusulas centrales establecen las obligaciones de los gobiernos anfitriones para con los inversionistas extranjeros, a saber:

- Normas absolutas de trato, por ejemplo “trato justo y equitativo,” o “seguridad y protección plenas.”
- Trato nacional, o trato no peor que el otorgado a los inversionistas nacionales en circunstancias similares.
- Trato de nación más favorecida, o trato no peor que el otorgado a los inversionistas de terceros países en “circunstancias” similares.
- Indemnización en caso de expropiación directa o indirecta.
- Exención de requisitos de desempeño obligatorios como condición para ingresar o realizar actividades, por ejemplo requisitos de transferencia de tecnología, requisito de exportar un cierto porcentaje de la producción, requisitos de compra de insumos dentro del país.³³

Cada una de estas cláusulas se examina a continuación. Pero antes conviene presentar las obligaciones en su contexto y describir el alcance del acuerdo tipo: ¿Qué abarcan exactamente esos compromisos?

2.2.1 Alcance y ámbito de aplicación

En todos los sectores se aplican normalmente acuerdos de inversión, con la excepción de los que estén explícitamente excluidos; la mayor parte de los acuerdos prevén excepciones para ciertos sectores sensibles.

Las inversiones están definidas de forma amplia, en particular en la nueva generación de acuerdos. En el marco del TLCAN, por ejemplo, las inversiones abarcan no sólo la inversión directa de una empresa, sino también un instrumento de deuda o préstamo a una empresa, o el certificado de participación en una empresa. Un tenedor de un bono de una empresa multinacional es por lo tanto un inversionista, con los extensos derechos legales examinados a continuación. Esta definición ha sido ampliada por varios fallos según los cuales la *participación* de una empresa *en el mercado* es un activo de inversiones que se puede proteger. Así pues, cuando la participación en el mercado de los *EE.UU. de Pope & Talbot* — una empresa de productos forestales de los EE.UU. que opera en el Canadá — disminuyó como resultado de la política del Gobierno canadiense, el tribunal acordó que la participación misma en el mercado era un activo del inversionista, protegido por las disposiciones del Capítulo XI.³⁴ En efecto, este enfoque podría llevar a que todas las medidas aplicables al *comercio*, como prohibiciones y restricciones, pasen a ser de la competencia de la legislación sobre inversiones en el marco del TLCAN, porque la mayor parte de las medidas que se adopten en materia de comercio afectarán a la participación en el mercado.

Las medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación — es decir, las que podrían afectar a las inversiones — también están definidas de forma amplia. Nuevamente, en el Capítulo XI del TLCAN, una medida es “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.” Esto abarca la mayor parte de los actos concebibles de un gobierno (en todos los niveles, del federal al municipal), desde la actividad legislativa hasta el establecimiento de códigos de zonificación, y se extiende incluso a las acciones de los tribunales.

En general, las disposiciones de un tratado sólo se aplicarán a las inversiones una vez que se les haya permitido establecerse en el Estado anfitrión. Sin embargo, algunos tratados — en particular los abogados por los EE.UU., el Canadá y el Japón — pueden hacerse extensivos al *derecho a invertir* en el Estado anfitrión, merced a los denominados derechos previos al establecimiento.³⁵ La extensión de este derecho al establecimiento elimina o restringe significativamente el derecho legal de un Estado anfitrión a seleccionar las inversiones y escoger las más apropiadas para las prioridades nacionales, o a proteger las “industrias incipientes” mediante la prohibición de inversiones en determinados sectores. Los derechos previos al establecimiento pueden hacerse aplicables en general, con sujeción a ciertas excepciones declaradas y enumeradas (como se hizo en el TLCAN), o limitarse a sectores específicamente enumerados (como se hizo en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, de la OMC). Sea cual fuere el enfoque elegido, si un sector está cubierto, el Estado anfitrión debe permitir a los inversionistas extranjeros beneficiarios de esos derechos que vayan cuando quieran, pero una vez allí deben cumplir con las mismas reglas aplicables a operadores nacionales semejantes.

2.2.2 Trato nacional

Esta obligación clave se encuentra en todos los tratados ordinarios sobre inversiones. El texto del TLCAN sobre el trato nacional obliga a las Partes a otorgar “a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.” Es importante señalar que un fallo de incumplimiento de las obligaciones de trato nacional no parece requerir ninguna prueba sobre la *intención* de discriminar — dos tribunales del TLCAN concluyeron que una diferencia *de facto* en el trato era suficiente.³⁶ Si lo siguieran otros tribunales, este razonamiento colocaría una carga pesada en las instancias normativas y reguladoras de los gobiernos; la mayor parte de las medidas tendrán repercusiones diferenciales sobre los diversos actores del mercado y no están claros los tipos de “armaduras” que necesitaría una medida reguladora legítima para prevenir el incumplimiento de la obligación de trato nacional.

Desde una perspectiva ambiental, el principal motivo de preocupación respecto de la obligación de trato nacional es la dificultad de determinar si las circunstancias son “similares.”³⁷ Claramente el texto no significa “idénticas,” pero los tratados tampoco dan orientación alguna sobre cómo determinar si las circunstancias son suficientemente semejantes para desencadenar esta obligación.

Por ejemplo, si varias empresas existentes ya se hallan establecidas en un lugar y tienen licencias de emisión que sobrepasan la capacidad receptiva del ecosistema pertinente, ¿constituiría incumplimiento de las obligaciones de trato nacional el expedir a un inversionista extranjero que quisiera abrir otra planta en el mismo sitio una licencia con requisitos mucho más estrictos? Sin duda el inversionista extranjero no está siendo tratado como las compañías nacionales existentes. Si la legislación vigente autoriza claramente esta clase de diferenciación, quizá no se plantearían problemas — en ese caso cualquier panel razonable daría precedencia a la autoridad normativa. Pero si la diferenciación queda librada a la discreción administrativa, y el recién llegado está sujeto a un proceso de concesión de licencias que reduce sus perspectivas de competir con éxito, o a una nueva legislación diseñada para reducir la contaminación excesiva en el sitio, el jurado no sabrá cómo se interpretaría la situación en un panel.

Los fallos emitidos en el marco del TLCAN hasta la fecha han sido ambiguos y no nos aproximan mucho a un común acuerdo acerca de cómo determinar que las circunstancias son similares. Recurriendo a un razonamiento retorcido, un panel establecido en el marco del TLCAN (*S.D. Myers*) determinó que un procesador canadiense de desechos peligrosos estaba en circunstancias similares a las de una oficina canadiense establecida por el inversionista de los EE.UU. para gestionar la exportación de los desechos peligrosos. Una vez determinado esto, era sencillo mostrar que una prohibición de exportación de los desechos peligrosos otorgaba un trato muy diferente a los dos, y por consiguiente representaba una discriminación *de facto*.

El fallo de otro panel del TLCAN (ADF) también invita a reflexionar. ADF era un contratista que se había presentado a una licitación para suministrar componentes estructurales de acero a un proyecto de construcción de carreteras en Virginia, pero como sus oficinas estaban ubicadas en el Canadá, entraba en conflicto con la reglamentación federal “Buy USA” (“Compre EUA”) aplicable a cualquier proyecto que recibiera apoyo federal. El tribunal dictaminó que tanto ADF como sus competidores de los EE.UU. se hallaban en circunstancias similares, y ambos debían cumplir con los mismos reglamentos locales. Pero también parecía sugerir que, si ADF hubiera aducido más firmemente que sufría daños económicos como resultado de la reglamentación, habría demostrado con éxito un incumplimiento de las obligaciones de trato nacional.³⁸

El Tribunal del TLCAN en *Pope & Talbot*, por otro lado, siguió un razonamiento que parece una aplicación más racional de las obligaciones de trato nacional. Pope & Talbot, una empresa de productos forestales de los EE.UU. que opera en la provincia canadiense de British Columbia, había argumentado que estaba en circunstancias similares a las de los productores de las provincias a las que no se aplicaban las cuotas del *Canadá - US Softwood Lumber Agreement*. El tribunal rechazó estas alegaciones, observando que el trato diferencial guardaba una “relación razonable con políticas racionales no motivadas por la preferencia por las inversiones nacionales respecto de las extranjeras.” Este es un signo bienvenido de deferencia para con la autoridad gubernamental porque tiene en cuenta las numerosas prioridades contrapuestas de las políticas públicas.

2.2.3 Trato de nación más favorecida

Esta obligación requiere que los Estados otorguen a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el que otorgan, en circunstancias similares, a los inversionistas de los demás países. En otras palabras, todos los inversionistas amparados por esta cláusula deben ser los “más favorecidos.”

Desde luego, se plantea el mismo problema que plantean las cláusulas de trato nacional: ¿En qué consisten las circunstancias similares? Pero las obligaciones de NMF suscitan además otras preocupaciones porque pueden ofrecer una manera de introducir en los AII el trato más favorable previsto en cualquier tratado sobre inversiones firmado por el demandado en una diferencia. Si una Parte está obligada por un TBI a otorgar cierta protección, pero en un TBI firmado por esa Parte con otro país se prevé una protección mayor, ¿significa la obligación de nación más favorecida que prevalece la mayor? Por ejemplo, si el TBI EE.UU.-Zaire (ahora República Democrática del Congo) existente fijara un umbral muy bajo para determinar una expropiación reglamentaria, ¿podría ese umbral, en virtud del Capítulo XI o de obligaciones de NMF basadas en el TBI, otorgarse a los inversionistas extranjeros no procedentes de la RDC presentes en los EE.UU.?

Esta posibilidad no es puramente especulativa. Al menos en una diferencia en el marco de un tratado bilateral sobre inversiones (*Maffezini c. el Reino de España*³⁹) se falló a favor de una aplicación semejante de las cláusulas de NMF del tratado en relación con algunos elementos procesales. Se han esgrimido argumentos semejantes en algunos casos del TLCAN alegándose que esto debe extenderse también a elementos sustantivos.⁴⁰ Hasta el presente, sin embargo, no han tenido éxito.

La cuestión sigue siendo polémica. En el contexto de *Maffezini* el tribunal tuvo la precaución de recalcar que el trato de NMF no podía, en su opinión, aplicarse de una manera que fuera incompatible con la intención clara de las partes. En casos posteriores también se ha limitado la aplicación posible de tratados de terceros a situaciones en las que un derecho “importado” no afecta significativamente a los derechos sustantivos, para ir al meollo de los asuntos que deben negociar específicamente las partes contratantes.⁴¹

La polémica sobre este tipo de utilización de las cláusulas de NMF difícilmente se resolverá en un futuro próximo. Señala la necesidad de que los acuerdos se redacten examinando detenidamente su relación con diferentes tratados. Si las obligaciones de NMF dan lugar al riesgo de una “transposición” de los derechos de los inversionistas y de los recursos negociados en otro contexto, y a la ampliación potencial de cualquier derecho, obligación y recurso negociados en el contexto de la OMC, esto suscitaría inquietudes muy importantes desde una perspectiva tanto jurídica como política.

Éste es otro ejemplo de los riesgos que conlleva extrapolar reglas y conceptos desarrollados para una finalidad — en este caso el trato de NMF en el comercio de mercancías — y aplicarlos a una actividad diferente, como la inversión. Mientras que el trato de NMF en el comercio de mercancías se aplica en general a normas y otros requisitos reglamentarios de los productos así como a los impuestos, en el caso de las inversiones se refiere a los derechos adquiridos por un inversionista. Mientras que el principio de no discriminación es desde luego idealmente irreprochable, los medios para aplicarlo en relación con las inversiones tendrán que ser muy diferentes de los desplegados para asegurar la no discriminación en el comercio de mercancías.

2.2.4 Nivel internacional mínimo de trato: trato justo y equitativo; y seguridad y protección plenas

El acuerdo de inversión típico tiene una norma absoluta de trato a los inversionistas extranjeros, independientemente del trato otorgado a los inversionistas nacionales en circunstancias similares: una especie de norma mínima de trato. La mayor parte de los TBI formulan esto en obligaciones gemelas de seguridad y protección plenas y de trato justo y equitativo. Las primeras corresponden principalmente a periodos de insurrección, disturbios y otros trastornos públicos. Abarcan los daños sufridos por un inversionista durante esos periodos, se deban a actos del gobierno mismo o a actos de otros contra los cuales el gobierno o la policía no lograron proteger a los inversionistas.

Hasta la fecha, las segundas son las que se han utilizado con mayor frecuencia como motivo de controversia. Sus raíces históricas se hallan en casos del derecho internacional consuetudinario en los

que sólo se consideró que se había incumplido la responsabilidad estatal general de proteger a los extranjeros cuando la conducta había sido atroz y escandalosa.⁴²

Sin embargo, en casos recientes en los contextos del TLCAN y de TBI se han aplicado normas más estrictas a comportamientos de gobiernos.⁴³ Un fallo reciente (en el caso de un procedimiento judicial) caracterizó la prueba pertinente como “injusticia manifiesta en el sentido de una falta de debido proceso cuyo resultado viola el sentido de comportamiento judicial correcto.”⁴⁴

En *Mondev v. United States* el tribunal emitió tres veredictos de interés decisivo en lo referente al nivel internacional mínimo de trato. Primero, sostuvo que la norma es de carácter evolutivo, de manera que hoy es muy diferente a la de los primeros TBI de los cuales deriva.⁴⁵ Segundo, la norma no consiste en que cada tribunal aplique su propia interpretación “idiosincrática,” sino que debe deducirla en cada caso de la legislación internacional vigente.⁴⁶ Por último, en un fallo del que se han hecho eco casos posteriores, el tribunal señaló que, conforme a la norma moderna, un Estado puede en efecto incumplir esa obligación sin actuar necesariamente de mala fe.⁴⁷ Esto representa un cambio importante respecto del criterio de conducta “atroz y escandalosa.”

En el caso *TECMED c. México* en el marco de un TBI, el tribunal se concentró en el incumplimiento de las expectativas del inversionista respecto de un trato justo y equitativo.⁴⁸ Aquí el tribunal manifestó para con el comportamiento del Gobierno exigencias bastante altas: que el Estado anfitrión actuara de una manera que fuera, entre otras cosas, transparente, exenta de ambigüedad y coherente. Desde luego, estas son expectativas razonables. Pero al considerarlas elementos de un nivel internacional mínimo de trato, el tribunal las elevó de expectativas a obligaciones jurídicamente vinculantes.

En sólo dos casos de TBI parece haberse adoptado el enfoque más tradicional de la norma. En uno de éstos, *Genin v. Estonia*, el tribunal dictaminó que se habían cometido “actos que demostraban una falta voluntaria de responsabilidad, una insuficiencia extrema en una acción que estaba muy por debajo de las normas internacionales, mala fe subjetiva, o una omisión voluntaria del debido proceso.”⁴⁹ Esto es más cercano a la prueba de conducta atroz y escandalosa encontrada en *Neer* que el razonamiento aplicado en la mayor parte de los demás fallos recientes.

La situación resultante de la “evolución” de la concepción de nivel internacional mínimo de trato es la existencia de una norma mucho más estricta que la tradicional aplicable al comportamiento del gobierno. Conforme a esta norma, los esfuerzos de buena fe manifiesta que infringen las expectativas de los inversionistas pueden considerarse como incumplimientos. El resultado es que una diversidad de medidas que no serían impugnables en los tribunales nacionales al amparo de las normas jurídicas administrativas tradicionales pueden someterse ahora a arbitraje aplicando un mecanismo para el resarcimiento que está disponible sólo para los inversionistas extranjeros. Entre los casos recientes en los que esta norma se ha aplicado a fin de dictaminar que se había cometido una violación de las obligaciones del Estado anfitrión figuran:

- La no renovación de una licencia para realizar actividades de vertido de desechos en México;⁵⁰
- El requisito de producir lo que se ha calificado de documentación excesiva para expedir licencias de exportación en el sector de la silvicultura en el Canadá;⁵¹
- La transferencia inadecuada por un funcionario gubernamental de fondos de una cuenta bancaria privada domiciliada en España;⁵²
- El incumplimiento de un contrato inversionista-Estado.⁵³

Seamos claros: en varios de estos casos el comportamiento de los gobiernos interesados era mucho menos que ejemplar. Los mencionamos aquí, no para defender sus actos ni para alegar que los fallos eran equivocados, sino sencillamente para demostrar que las normas estándar modernas abarcan una variedad amplia de comportamientos de gobiernos, y dejan a los Estados mucho más expuestos a esta clase de retos que la prueba tradicional de conducta “atroz y escandalosa.”

Para los gobiernos conlleva la exigencia de un nivel de desarrollo institucional que puede no existir en muchos Estados, en particular en países en desarrollo. Las medidas que afectan a los inversionistas extranjeros deben apoyarse en un análisis riguroso, la transparencia y la equidad del proceso, la

apertura al público, y la posibilidad de participación de éste, el derecho de apelar y otras prácticas que pueden ser incipientes en muchas jurisdicciones. Es contradictorio que una de las principales razones ostensibles de los AII sea el desarrollo insuficiente de las instituciones nacionales para administrar las inversiones en los países en desarrollo. La norma emergente de trato justo y equitativo corre ahora el riesgo de ser un criterio procesal internacional inalcanzable para esos países.

2.2.5 Expropiación

Las obligaciones internacionales ordinarias mínimas han evolucionado significativamente en los últimos años, así como la obligación muy común relativa a la expropiación, recogida prácticamente en todos los acuerdos internacionales sobre inversiones.

Los textos referentes a la expropiación generalmente, pero no siempre, estipulan que toda expropiación debe cumplir cuatro condiciones, a saber.

- a) Tener una finalidad pública
- b) No ser discriminatoria (o sea, no dirigirse a una empresa ni una nacionalidad específicas)
- c) Efectuarse de conformidad con el debido proceso previsto por la ley; y
- d) Dar lugar a una compensación por parte del gobierno que expropia.

La mayor parte de los acuerdos también prevén la expropiación tanto directa como indirecta (algunos mencionan sólo la expropiación y medidas equivalentes a la expropiación). Pero es importante señalar que no se extienden en la definición de estos términos. Esto no es tan problemático en el caso de la primera; la expropiación directa — la apropiación física o la nacionalización de una empresa, que conlleva generalmente una transferencia de propiedad al Estado — es fácil de identificar y hay un caudal significativo de textos de derecho internacional que pueden orientar a los árbitros al respecto.

Pero la expropiación indirecta es mucho más difícil. Hasta la fecha se han examinado varias formas en diferentes observaciones o casos:

- Una medida equivalente a la expropiación es una medida que, aunque no se confisque directamente la propiedad, tiene las mismas repercusiones de privar en efecto al dueño de todos los beneficios de la propiedad (por ejemplo, el reemplazo de la Junta Directiva o el bloqueo del perímetro de un establecimiento para impedir la entrada o salida de productos);
- La expropiación progresiva, consistente en utilizar una serie de medidas para lograr una expropiación directa o indirecta. En este caso, ninguna medida por sí sola equivaldría a una expropiación, pero la suma de las medidas podría considerarse como tal; y
- Lo que ha pasado a considerarse como expropiación reglamentaria (de hecho, un subconjunto de medidas equivalentes a la expropiación), en cuyo caso una medida se adopta con finalidades reglamentarias tradicionales pero tiene tales repercusiones sobre un inversionista extranjero que se considera una expropiación.

A esta última modalidad se aplica la denominada doctrina de los EE.UU. de apropiaciones reglamentarias que, según algunos, sostiene que una reglamentación puede equivaler a una forma de expropiación indirecta si tiene repercusiones negativas significativas en el valor económico de una inversión. Por ejemplo, un gobierno quizá prohíba la utilización de un producto peligroso para el medio ambiente que un inversionista hace o utiliza, y cause con ello un daño económico significativo al inversionista. Según esta doctrina, se debería pagar una indemnización. Con el advenimiento del Capítulo XI del TLCAN, el debate sobre este concepto ampliado de expropiación pasó de los sistemas judiciales y políticos de los EE.UU. a la palestra de los arbitrajes internacionales, impulsado por los inversionistas extranjeros que ponen a prueba las cláusulas. Las observaciones que siguen se refieren a esta tercera forma de expropiación indirecta.

La pregunta clave respecto de la expropiación reglamentaria es la siguiente: Si una medida gubernamental se adopta por razones claras de bienestar público (como la salud y la seguridad, el medio ambiente, la moral o el orden públicos, etc.) y no es discriminatoria, pero tiene el efecto de perjudicar a un inversionista extranjero, ¿hay circunstancias en las cuales esa medida puede

considerarse como una expropiación indirecta, por la que el gobierno debe pagar una indemnización? En ese caso, ¿cuáles son esas circunstancias?

La inquietud es obvia: la mayor parte de la gente estaría de acuerdo en que los contribuyentes no deben pagar a los inversionistas para que se corrija un comportamiento contrario al interés público. Una inquietud secundaria es que, si los reguladores son responsabilizados por las repercusiones de sus medidas para los inversionistas, no reglamentarán en la medida en que deberían (el argumento del *enfriamiento reglamentario*).

¿Cómo se podrían calmar estas inquietudes? Lo más obvio sería una declaración clara de que las reglamentaciones que se aplican a todas las empresas (o sea, las no discriminatorias, de aplicación general) no pueden considerarse como expropiación. Sin embargo, un criterio semejante daría a los gobiernos amplias posibilidades para encubrir la expropiación con el disfraz de la reglamentación. Los analistas situados a ambos lados del debate sobre las reglas aplicables a las inversiones están de acuerdo en que una declaración tan amplia no es viable.⁵⁴

En su defecto, quizá busquemos alguna formulación según la cual una reglamentación establecida *de buena fe* para proteger el bienestar público no se considere expropiación. O sea, las reglamentaciones no discriminatorias cuyo objetivo claro sea el bien público, por ejemplo la protección del medio ambiente y la salud humana y medidas de seguridad, aunque quizá afecten a la rentabilidad de algunas empresas, no podrían considerarse como expropiación. Esto requeriría una definición de las reglamentaciones “intocables,” o al menos una orientación sobre sus características. Mientras que para los negociadores del TLCAN trazar esa línea en la arena ha resultado demasiado difícil hasta la fecha (debido en gran parte a la renuencia mexicana en esta esfera), los EE.UU., en su nuevo proyecto de TBI modelo y en las obligaciones estipuladas en sus acuerdos de libre comercio con Chile, Singapur y los Estados de América central, han establecido límites bastante firmes al alcance de la doctrina de las confiscaciones reglamentarias.⁵⁵

Por último, a falta de orientación procedente de las instancias legislativas, quizá esperemos ver al menos algunos indicios de que los tribunales tomen en consideración la finalidad y la intención de las reglamentaciones, en lugar de limitarse a determinar el perjuicio causado a los inversionistas. En definitiva, esto se aproximaría a una determinación caso por caso de las reglamentaciones que deben quedar exentas, presumiblemente porque se han adoptado *de buena fe* y tienen objetivos de bienestar público. En uno de los primeros casos en los que se consideró el argumento de la expropiación reglamentaria, el tribunal de *Metalclad* examinó el caso de una empresa de desechos peligrosos de los EE.UU. (*Metalclad Corp.*) a la que se había negado la posibilidad de establecer una instalación de procesamiento de desechos peligrosos en México, primero por medios burocráticos y finalmente por un decreto de que la tierra en la cual estaba ubicada la planta sería en adelante una reserva natural destinada a la preservación de especies raras de cactus. El tribunal en este caso dictaminó que “no necesita determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico.”⁵⁶ El hecho de que había una interferencia sustancial fue suficiente para dictaminar que había habido expropiación, y consideró innecesario preguntarse *por qué* había ocurrido esa interferencia.

El tribunal de *Pope & Talbot*, considerando si las actividades de exportación de productos forestales de esa empresa canadiense habían sido objeto de expropiación por causa de las reglamentaciones canadienses de ordenación forestal, adoptó una posición semejante: la prueba de que había habido expropiación no guardaba relación alguna con los objetivos de la medida, sino que se decidía sólo si el grado de interferencia había sido suficientemente grande.⁵⁷ Si se sigue aplicando, este razonamiento amenaza con erosionar seriamente la capacidad de los gobiernos de reglamentar en pro del interés público. O, más precisamente, obligará a los gobiernos a pagar cada vez que esa reglamentación afecte suficientemente a un inversionista extranjero, aunque la reglamentación no sea discriminatoria y esté destinada legítimamente al bien público.

En fallos posteriores se ha adoptado un enfoque algo diferente, especificándose que, mientras que una reglamentación puede constituir claramente una expropiación, sólo rara vez lo será. En el caso *S.D. Myers*, en que un procesador de BPC basado en los EE.UU. alegó que su inversión en el Canadá había sido expropiada por una prohibición canadiense de exportación de BPC, el tribunal dictaminó que la “conducta reglamentaria de las autoridades públicas tiene pocas probabilidades de ser objeto

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

de una demanda legítima al amparo del Artículo 1110 del TLCAN, aunque el tribunal no descarta esa posibilidad. Las expropiaciones tienden a llevar aparejada la privación de los derechos de propiedad; las reglamentaciones son una interferencia menor.”⁵⁸ Pero la mayoría del tribunal sólo consideró el carácter temporal de la medida en este caso, en lugar de su finalidad, al negarse a fallar que había habido expropiación.

Posteriormente se siguió la misma línea en el caso *Feldman*, en el que las autoridades tributarias mexicanas habían cerrado en efecto un negocio de exportación de cigarrillos del “mercado gris” mediante medidas tributarias (estrictamente hablando no se trataba de reglamentaciones) con las cuales el negocio no podía cumplir.⁵⁹ En ese caso, el tribunal se guió en sus consideraciones por el “Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States,” del American Law Institute, que dice lo siguiente sobre el tema de la expropiación reglamentaria:

“.. Un Estado no es responsable de la pérdida de propiedad u otra desventaja económica resultante de la tributación general establecida de buena fe, la reglamentación, la confiscación por delito u otra acción semejante que se acepte comúnmente como parte del poder regulador de los Estados, si no es discriminatoria ...”⁶⁰

En otras palabras, si la medida en cuestión se propone y se ejecuta de buena fe y no es discriminatoria, no puede constituir una expropiación, independientemente del grado de daño. El tribunal de *Feldman* no llegó a utilizar explícitamente este razonamiento en su fallo, y en realidad no consideró si la medida satisfacía estos criterios. Pero el hecho de que hizo referencia a este texto y lo utilizó como orientación muestra al menos que hay una opción viable al enfoque utilizado en *Metalclad* y en *Pope & Talbot*.

En un caso de TBI más reciente, sin embargo, se vuelve a utilizar la prueba del grado de impacto para determinar si hubo expropiación. En *Tecmed c. México*, el Gobierno mexicano cerró efectivamente una planta de procesamiento de desechos peligrosos al negarse a renovar su licencia.⁶¹ El tribunal en ese caso dictaminó que:

“... las medidas adoptadas por un Estado, sean reglamentarias o no, constituyen una expropiación *de facto* indirecta si son irreversibles y permanentes y si los activos o derechos a los que se aplica la medida han sido afectados de tal manera que ha desaparecido toda forma de explotación. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas para el dueño de los activos o los beneficios de los activos afectados por las medidas; y la forma de la medida de privación es menos importante que sus efectos reales.”⁶²

El tribunal aplicó sus pruebas sobre la naturaleza y el grado de impacto, así como una prueba adicional diseñada para evaluar si las repercusiones eran proporcionales a los objetivos declarados de la medida. Pero lo más importante aquí es que el tribunal en realidad estableció una jerarquía de intereses por proteger: si la intención del gobierno es menos importante que los efectos sobre el inversionista, luego el razonamiento debe extenderse a una determinación de que *el interés público es un factor menos importante que los intereses de los inversionistas extranjeros privados*.

En fin de cuentas, la interpretación de lo que constituye una expropiación en el contexto de los AII es ambigua y cambiante.⁶³ Desde una perspectiva de política pública, es de importancia evidente que, sea cual fuere la interpretación que con el tiempo prevalezca, los gobiernos puedan adoptar reglamentaciones y emprender otras actividades legítimas sin la limitación de tener que asumir la responsabilidad de cualquier repercusión económica significativa sobre los inversionistas extranjeros.

2.2.6 Resumen de los derechos y obligaciones de los inversionistas

Antes de sacar una conclusión sobre la situación de los derechos y las obligaciones de los inversionistas en el marco de los AII existentes, debe advertirse que la solución de controversias en este contexto es reciente, y que la gran mayoría de las causas sometidas a arbitraje están todavía pendientes ante tribunales arbitrales. En el momento de redactarse el presente documento (marzo de 2004), los tribunales habían emitido laudos sobre no más de 15 casos de TIB, y no todos ellos se habían hecho públicos; en cambio, se sabe que el CIADI tiene actualmente pendientes en su registro al menos 39 demandas en el marco de TIB y un número indeterminado de otros casos en el marco de otras reglas de arbitraje.

No obstante, ahora tenemos una jurisprudencia suficiente al menos para ver las principales cuestiones de interés público que se abordarán en arbitrajes futuros, y para tener al menos alguna idea de la evolución posible de cada una. Desde luego, los diversos fallos no constituyen en realidad un precedente formal — como se señala más arriba, éste es uno de los problemas — pero las decisiones anteriores indudablemente influyen de manera importante en las interpretaciones pronunciadas por los tribunales posteriores.

Los planteamientos expuestos más arriba se refieren a una preocupación por el balance entre el interés público y el interés de los inversionistas extranjeros. O sea, en muchos de los casos arriba examinados los tribunales hacían un balance, por ejemplo sopesaban los derechos de una población a no tener un establecimiento de desechos peligrosos en sus inmediaciones frente a los derechos de los inversionistas de tener ese negocio. Ambos tienen razones legítimas. Y, como se señala más arriba, la mayor parte de los gobiernos hace regularmente esta clase de balances. Pero la pregunta es si los tribunales reunidos hasta la fecha y los del futuro encontrarán el equilibrio adecuado. Se ha sugerido que para ello sería conveniente que hubiera más orientaciones sobre algunos aspectos de fondo del derecho. A este respecto hay adelantos bienvenidos como el nuevo proyecto de texto sobre expropiación del TBI modelo de los EE.UU. Pero no se abordan las cuestiones planteadas por los miles de tratados existentes, examinadas en la sección 4.1.

Las dificultades encontradas para desarrollar una interpretación estable de conceptos tan importantes como el de expropiación muestran una vez más que las deficiencias procesales pueden dar lugar a problemas de fondo. La cuestión de la expropiación es particularmente delicada porque el concepto de confiscación reglamentaria es el tema de un debate entre eruditos e instancias normativas de los EE.UU. que lleva tres decenios sin llegar a un resultado claro. Parece particularmente peligroso lanzar acuerdos internacionales sobre inversiones en este contexto cuando los propios mecanismos de solución de controversias no recogen ninguna de las salvaguardias institucionales que han impedido que las interpretaciones más extremas prevalezcan en el contexto de los EE.UU. Es más, las tradiciones de los distintos países difieren ampliamente con respecto a la indemnización pagadera como consecuencia de medidas reglamentarias. Los tribunales que se ocupan de las controversias internacionales en materia de inversiones tienen poca orientación útil para encontrar una vía en medio de estas tradiciones diferentes.

2.3 La creciente utilización de los acuerdos sobre inversiones

Todos los datos indican un aumento significativo de la utilización de TBI y otros acuerdos de inversión desde fines de los años noventa. En el contexto del TLCAN esto no es tan evidente. El cuadro 1 muestra una utilización más o menos constante del arbitraje desde que se concertó el Acuerdo. En el contexto de los TBI la imagen parece diferente. Debe advertirse que las deficiencias procesales destacadas anteriormente hacen imposible una contabilidad adecuada de los casos sometidos a arbitraje en el marco de tratados sobre inversiones. Más bien, dependemos mucho del registro público de los casos presentados en el CIADI, y de información fragmentaria sobre otras diferencias encontradas en diversos medios alternativos. No obstante, el cuadro 1 muestra claramente que el arbitraje en el contexto de los TIB va en aumento. Hasta cierto punto, estas cifras están aumentando debido a una ola sin precedentes de demandas contra un único país: la República Argentina; hasta la fecha se han presentado más de una docena de demandas — muchas de ellas relacionadas con la crisis financiera de ese país.

Sin embargo, aun dejando de lado las demandas contra la Argentina y teniendo presente la insuficiencia del registro visible, es evidente que los inversionistas están recurriendo con mayor frecuencia al arbitraje en el marco de tratados sobre inversiones. Al mismo tiempo, los tipos de causas sometidas a arbitraje han evolucionado considerablemente desde las primeras demandas presentadas en el marco de TBI, contra Sri Lanka y la República Democrática del Congo (entonces Zaire) a mediados de los años ochenta. En éstas se pedía indemnización por la destrucción evidente y atroz de la propiedad por acción (u omisión) de las fuerzas de seguridad estatales en los territorios anfitriones. Las demandas más recientes presentadas en el marco de TBI, así como del Capítulo XI del TLCAN, se refieren a una amplia diversidad de formas de trato reglamentario y administrativo que pueden haber disminuido supuestamente el valor de una inversión. Las investigaciones del

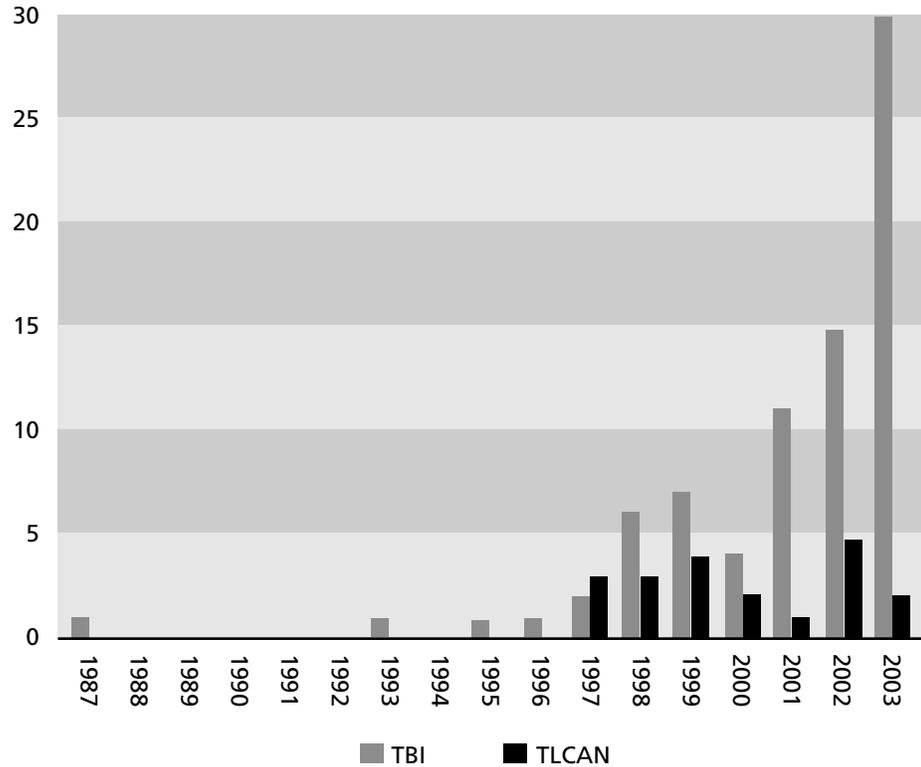
Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

18

Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS) han revelado que en las nuevas controversias presentadas en el marco de TBI hay demandas relacionadas con la reglamentación ambiental, la planificación del uso de la tierra y la supervisión de servicios públicos esenciales, como el agua y el saneamiento, por parte de gobiernos.⁶⁴

Cuadro 1: El crecimiento de los arbitrajes presentados en el CIADI en el contexto de TBI y del Capítulo XI del TLCAN⁶⁵



Este aumento no es muy sorprendente y podría atribuirse a varios factores. Entre ellos figura sin duda una creciente toma de conciencia por parte de los inversionistas y sus asesores jurídicos de que el instrumento está disponible y, según muestran los fallos recientes, es útil. Además, como se indica más arriba, hay una proliferación de clases de posibles inversionistas demandantes (inversiones, grandes inversionistas, inversionistas minoritarios), y de tipos de medidas abarcadas. También existe la posibilidad de procesos múltiples, y de que quienes buscan un Estado que ofrezca la protección de un TBI estén también en busca de un foro.

Estas conclusiones no son nuevas ni originales.⁶⁶ Los Estados anfitriones deben prever ahora que los litigios en el marco de TBI son probables, e incluso pueden convertirse en frecuentes, como este año pasado en la Argentina.

Notas finales

- 4 UNCTAD, "Developing Countries Further Liberalize their FDI Regime in 2001," comunicado de prensa, 20 de agosto de 2002, (http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/bit_dtt.htm).
- 5 Véanse, por ejemplo, los acuerdos de libre comercio entre Singapur y Australia, entre Tailandia y Australia, o entre los EE.UU. y Chile; entre los EE.UU. y Singapur; entre los EE.UU. y Marruecos; y entre los EE.UU. y los cinco Estados de América Central.
- 6 Véase Howard Mann y Konrad von Moltke, "NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment." Winnipeg: IISD, 1999. (<http://www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=409>).
- 7 Véanse referencias a las reglas de la CCI en los TBI del Reino Unido con Cuba y del Reino Unido con Santa Lucía.

- 8 En el alegato de *amicus curiae*, un instrumento utilizado en varios sistemas jurídicos, quien no sea parte puede someter argumentos a la consideración del tribunal. Se ha utilizado ampliamente en los EE.UU. como instrumento para suscitar discusiones de interés público sobre casos que de otro modo no se conocerían.
- 9 Un tribunal del CIADI en el caso *Aguas del Tunari c. Bolivia* subrayó recientemente esto; véase la carta del tribunal dirigida a posibles intervinientes: http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/ICSID%20Arbitrations/ARB-02-3_NGO_Petition_ICSID_Response_2003.pdf.
- 10 Yves Dezalay y Bryant G. Garth, *Dealing In Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, pág. 53.
- 11 La voluntad de los Estados de utilizar las reglas de arbitraje comercial en las controversias relativas a inversiones muestra un alto grado de pragmatismo y una resistencia a la creación de instituciones nuevas. Sin embargo, se corre el riesgo de que las reglas se utilicen para finalidades para las cuales no han sido diseñadas y no son adecuadas. Véase Konrad von Moltke y Howard Mann, "Misappropriation of Institutions: Some Lessons from the Environmental Dimension of the NAFTA Investor-State Dispute Settlement Process," *International Environmental Agreements*, vol. 1 N° 1 (January 2001), pág. 103–123.
- 12 Los sitios en cuestión, del Canadá en (<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-en.asp>), de México en (www.economia-snci.gob.mx/sic_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1) y de los Estados Unidos en (www.state.gov/s/l/c3439.htm), difieren en cuanto al grado de información que suministran.
- 13 Véase <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-en.pdf>. Para un análisis del contenido de las declaraciones de octubre de 2004 y sus repercusiones, véase Howard Mann, "The Free Trade Commission Statements of October 7, 2003, on NAFTA's Chapter 11: Never-Never Land or Real Progress?" Winnipeg: IISD, 2003. (<http://www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=578>).
- 14 Esta es la controversia *Methanex c. Estados Unidos de América*. Para más detalles, véase http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_methanex_background.pdf.
- 15 Véase <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/open-hearing-en.asp> y <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta2003/statement-openhearings.pdf>.
- 16 Tampoco plantearía problemas en el contexto del TLCAN si el Acuerdo se pudiera abrir fácilmente y enmendar. Pero semejante perspectiva también abriría el Acuerdo a la renegociación de muchas otras cuestiones con las cuales los diversos gobiernos están descontentos, por lo que no es probable que ocurra en un futuro próximo.
- 17 El proyecto de TBI modelo puede encontrarse en <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsr/2004/28923.htm>.
- 18 Doak Bishop y Lucy Reed, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration," junio de 2001, disponible en línea en el sitio web de King & Spalding Attorneys: <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop4.pdf>.
- 19 M. Sornarajah, "The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment," the Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, en 10 *Canadian Foreign Policy*, N° 2 (winter 2003), 2–10.
- 20 Véase "The Rise and Rise of ICSID," Sophie Nappert, Legalease Special Report Disputes 2001, refiriéndose a *Amco Asia v. Republic of Indonesia Decision on Annulment*, 16 May 1986, ICSID Reports 1, 509, 521; véase también Philippe Pinsolle, "The Annulment of ICSID Arbitral Awards," *Journal of World Investment*, July 2000, vol. 1, N° 1, en 243–4.
- 21 Jeswald Salacuse, "BIT by BIT" The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 *International Law*, 675, 1990.
- 22 Esto se basa en entrevistas con abogados que trabajaron en el caso; véase: "US oil company won damages in 1999 investment treaty claim against Kazakhstan," by Luke Eric Peterson, *INVEST-SD News Bulletin*, Oct. 11, 2003.
- 23 *Ronald S. Lauder v. the Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Proceedings Final Award, y *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Proceedings Partial Award. Disponible en línea en: http://www.mfcr.cz/index_en.php.
- 24 Luke Eric Peterson, "Research Note on Emerging BITs Disputes," April 2003, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_note_2003.pdf.
- 25 M. Sornarajah, "The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment," the Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, en 10 *Canadian Foreign Policy*, N° 2 (winter 2003), 2–10.
- 26 Esto ha sucedido en el caso del proceso por lo demás opaco de la CNUDMI, en el cual un arbitraje sobre un TBI entre un inversionista sueco, Swembalt, y Letonia sale a la luz después de emitido el laudo porque el Gobierno de Letonia intentó impugnarlo ante los tribunales.
- 27 Esta es una lectura clásica de la norma común aplicable a la revisión, pero actualmente se ejercen presiones para que los tribunales y revisores sean más flexibles.
- 28 En el contexto del TLCAN, véase la propuesta de un tribunal norteamericano permanente sobre comercio e inversiones en Robert Pastor, "Toward a New North American Community," Institute for International Economics, 2001.
- 29 Véase, sin embargo, S.M. Schwebel, "The Creation of an International Court of Arbitral Awards," en *The Internationalization of International Arbitration*, M. Hunter, A. Marriott, V.V. Veeder (eds.), 1995, pág. 115.
- 30 "In the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation and the United States of America: Decision of the

- Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*Amicus curiae*,” January 2001, párr. 49. (http://www.iisd.org/pdf/methanex_tribunal_first_amicus_decision.pdf).
- 31 Crompton Corp. v. Canada, Amended Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration, September 2002. El caso se refiere a la utilización de un presunto carcinógeno, el lindano, en los plaguicidas. Aunque el arbitraje mismo no comenzó realmente hasta abril de 2004, Crompton sigue discutiendo con el Gobierno del Canadá amenazado por el arbitraje.
 - 32 Esta sección se inspira en gran medida en Howard Mann, “Review of Investment Disputes Arising from NAFTA and BITs: A Preliminary Assessment of the Implications for Developing Countries,” preparado para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2003.
 - 33 Las medidas sobre los requisitos de desempeño se encuentran en relativamente pocos TBI más antiguos, pero forman parte del nuevo acuerdo estándar que quieren los EE.UU., el Japón y el Canadá.
 - 34 Sin embargo, el tribunal dictaminó finalmente que esta “inversión” no había estado suficientemente afectada como para que la medida en cuestión pudiera considerarse expropiación. Véase *Pope & Talbot v. Canada* párrs. 97–98.
 - 35 UNCTAD, “Admission and Establishment,” 1999, pág. 26–8.
 - 36 *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Partial Award (on merits), 13 de november 2000; *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo final, 16 de diciembre de 2002.
 - 37 No todos los AII reproducen la formulación del TLCAN sobre “circunstancias similares.” En todo caso, un panel deberá decidir de alguna manera si es legítimo comparar el trato recibido por dos inversores diferentes.
 - 38 *ADF v. United States of America*, párr. 157. Obsérvese que esto mismo no hubiera sido considerado incumplimiento por el hecho de que el tribunal dictaminó que el contrato de Virginia era una “compra del sector público” definida en el TLCAN y, por consiguiente, no estaba sujeta a las obligaciones del Capítulo XI sobre no discriminación (conforme al artículo 1108(7)).
 - 39 Caso ARB/97/7 del CIADI, 25 de enero de 2000; 40 ILM 1129 (2001).
 - 40 Véase *ADF v. United States of America*, “Post-Hearing Submission of the Claimant ADF Group Inc. on NAFTA Article 1105(1) and the Damages Award in *Pope & Talbot v. Canada*,” párrs. 59 - 62 (<http://www.state.gov/documents/organization/12001.pdf>); y *Pope & Talbot v. Canada*, “Response of the Investor to the Tribunal’s Letter of August 14, 2001,” de fecha 10 de septiembre de 2001, pág. 7 (<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/D-3.pdf>).
 - 41 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 69; esto se aplica en la práctica en *ADF v. United States of America*, Final Award, 9 January 2003.
 - 42 El original de la prueba de conducta “atroz y escandalosa” se encuentra en el caso que marcó un hito, U.S.A. (L.F. Neer) c. Estados Unidos Mexicanos, (1926), pág. 62.
 - 43 El examen más riguroso, y la negativa final, de la prueba de Neer se encuentran en el caso de TBI de *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003; y los casos al amparo del NAFTA *Pope & Talbot v. Canada*, Award on damages, 31 May 2002, parr. 57 et seq; *ADF v. United States of America*, Final Award, 9 January 2003, párrs. 179-180; *Mondev International Inc v. United States of America*, Final Award, 11 October 2002, parr.114–116.
 - 44 *R. Loewen and Loewen Corp. v. United States of America*, Final Award, 26 June 2003, párr. 132.
 - 45 *Mondev International Inc v. United States of America*, Final Award, 11 October 2002, párr. 123.
 - 46 *Mondev International Inc v. United States of America*, Final Award, 11 October 2002, párr. 120.
 - 47 *Ibid.*, párr. 116.
 - 48 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154 et seq.
 - 49 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc v. Republic of Estonia*, (Case N° Arb/99/2) Award, June 25, 2001, párr. 367, 371. Véase también *Eudoro Armando Olguin c. República del Paraguay* (Caso N° ARB/98/5 del CIADI); Laudo, 26 de julio de 2001.
 - 50 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.
 - 51 *Pope & Talbot v. Canada*, Final Award on Merits, 10 April 2001; Award on Damages, 31 May 2002.
 - 52 *Emilio Agustin Maffezini c. el Reino de España* (Caso N° ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, 25 de enero de 2000; Laudo, 13 de noviembre de 2000; Rectificación del Laudo, 31 de enero de 2001. Como en esta determinación en realidad se rechaza la transferencia como un acto de fraude o robo, su inclusión aquí es significativa para ver una norma aplicable inferior a la históricamente utilizada.
 - 53 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003; donde la cuestión radica más bien en contratos implícitos antes que en términos escritos; *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° 98/4; Decision published in 41 ILM 896 (2002); Annulment decision of 28 January 2002, 41 ILM 933 (2002); *Marvin Feldman c. México*, Laudo final, 16 de diciembre de 2002.
 - 54 Véase Howard Mann y Julie Soloway, “Untangling the Expropriation and Regulation Relationship: Is there a way forward?” A Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade (Canada), March 31, 2002. (<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/regulation-en.asp>).

- 55 El texto del proyecto de TBI modelo dice en parte que, salvo en circunstancias excepcionales, las medidas reglamentarias no discriminatorias adoptadas por una Parte, si han sido ideadas y son aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas. (Anexo B (4)B).
- 56 Véase *Metalclad Corp. c. México*, Laudo final, 2 de septiembre de 2000, Caso N° ARB(AF)/97/1, párr. 111.
- 57 Véase *Pope & Talbot v. Canada*, Interim Award on Merits, 26 June 2000, párr. 102.
- 58 *S.D. Meyers Inc. v. Canada*, Partial Award (on merits), 13 November 2000, párr. 282.
- 59 *Marvin Feldman c. México*, Laudo final, 16 de diciembre de 2002, párrs. 152–153.
- 60 USA, American Law Institute Publishers, vol. 1, 1987, Section 712, comment g (citado en *Feldman*, párr. 99)
- 61 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.
- 62 *Ibid.*, párr. 116.
- 63 Se hace eco de esta posición el conocido árbitro L. Yves Fortier, “Caveat Investor: The Meaning of “Expropriation” And The Protection Afforded Investors Under NAFTA,” *NEWS From ICSID*, vol. 20, N° 1, Summer 2003.
- 64 Luke Eric Peterson, “Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development,” Research Note, International Institute for Sustainable Development, 2003, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_note_2003.pdf.
- 65 Fuente: Howard Mann, *supra* en 32, p. 9.
- 66 Algunos árbitros destacados han planteado recientemente la misma cuestión, como lo ha hecho al menos un abogado internacional respetado. Véase, por ejemplo, William Rogers, “The Emergence of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ICSID as the Most Significant Forum for the Submission of Bilateral Investment Treaty Disputes,” presentación realizada en la Conferencia del Banco Interamericano de Desarrollo, 26–27 de octubre de 2000; Barton Legum, “Trends and Challenges in Investor-State Arbitration,” *Arbitration International*, 2003, en www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=25008.

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía
referente a la
utilización actual
y al futuro
potencial de los
acuerdos
internacionales
sobre inversiones

22

3. Acuerdos multilaterales sobre inversiones

El deseo de abordar la inversión extranjera a nivel multilateral y mundial surgió primero de su relación con el comercio. Las relaciones entre comercio e inversión son obvias. Muchas inversiones extranjeras están previstas para reemplazar el comercio, o dependen de las oportunidades comerciales. Por lo tanto, un acuerdo multilateral sobre inversiones se consideró como una extensión obvia del régimen de comercio, tan evidente que su finalidad nunca fue objeto de mucho debate. No obstante, los acuerdos sobre inversiones son diferentes de muchos de los acuerdos concertados en el marco de la OMC, la mayor parte de los cuales se refieren a cuestiones que constituyen potenciales obstáculos al comercio o buscan limitar el riesgo de proteccionismo oculto.⁶⁷ Este aspecto es en el mejor de los casos marginal en los acuerdos sobre inversiones, que hasta ahora han dado lugar a la adquisición de derechos por los inversionistas.

Durante la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, varios países, en particular países europeos, pidieron con insistencia un convenio sobre inversiones en el marco de la OMC. Su deseo, expresado con más fuerza por países pequeños con grandes inversiones en el extranjero, era proteger a sus inversionistas por medio de un acuerdo multilateral, que se consideraba más eficaz que los TBI concluidos. El acuerdo final, que suscitó resistencia por parte de algunos países en desarrollo, estaba estrictamente limitado a medidas sobre inversiones *relacionadas con el comercio*, pero la cuestión quedó pendiente en el programa de la OMC. Una de las paradojas de los textos de los acuerdos comerciales es que la utilización de la expresión “relacionado con el comercio” indica que la cuestión abordada más a fondo no está principalmente relacionada con el comercio. El examen precedente de las obligaciones establecidas en los TBI y del alcance de sus repercusiones aporta amplios datos probatorios de esta verdad.

La inversión extranjera directa ha sido durante mucho tiempo objeto de preocupación para los países en desarrollo, la mayor parte de los cuales tienen una grave escasez de capital. En este ambiente de limitaciones, algunas inversiones extranjeras grandes pueden ser abrumadoras y dejar a las autoridades públicas pocas opciones para asegurar que el comportamiento de los inversionistas extranjeros sea correcto. Por consiguiente, la cuestión de un régimen internacional de inversiones se ha considerado en un contexto dinámico de necesidades en competencia: el deseo de proteger a los inversionistas extranjeros, el deseo de atraer inversiones para complementar el capital nacional y la necesidad de los países más pequeños de tener ayuda internacional para tratar con grandes inversionistas extranjeros.

3.1 Intentos iniciales de establecer reglas multilaterales sobre inversiones

Uno de los primeros intentos de acordar reglas multilaterales en materia de inversiones fue el de las cláusulas sobre inversiones de la Carta de La Habana de 1948, un acuerdo de la posguerra en el que se preveía el establecimiento de la Organización Internacional del Comercio. La OIC sería el tercer pilar de la tríada de Bretton Woods, junto con el FMI y el Banco Mundial. La Carta comprendía medidas sobre inversiones, así como sobre prácticas comerciales restrictivas, políticas de pleno empleo, normas laborales y reglas de comercio. Sólo estas últimas sobrevivieron de alguna forma, en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, porque el Senado de los EE.UU. no ratificó la Carta. Las cláusulas sobre inversiones contribuyeron mucho a impedir la aprobación de la Carta por los EE.UU. (y por lo tanto a impedir que la OIC se convirtiera en una realidad). Hay consenso en el sentido de que las cláusulas sobre inversiones de la Carta eran las más polémicas.⁶⁸ Otorgaban al país anfitrión considerable margen para establecer su propia escala de prioridades en relación con las inversiones.

En los años setenta, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que se había establecido para ocuparse de las necesidades particulares del desarrollo en el marco del orden económico internacional, a través de su Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales (UNCTNC), procuró establecer un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales que fuera vinculante.⁶⁹ Este esfuerzo suscitó la oposición vehemente de

algunas empresas que tenían probabilidades de verse afectadas, generó dificultades graves a la UNCTAD y finalmente dio lugar al cierre del UNCTNC. Dado que la influencia de las empresas multinacionales sigue aumentando, y que el hecho de cerrar una institución internacional es extremadamente infrecuente, esta medida debe considerarse verdaderamente llamativa.

Retrospectivamente, parece que cualquier intento de acordar un conjunto vinculante de reglas detalladas que rigieran el comportamiento de los inversionistas internacionales privados estaba destinado a fracasar. Debido a la diversidad de las necesidades, la variedad de prácticas nacionales en los países anfitriones, la multiplicidad de requisitos de gobernanza en los países de origen, las perspectivas de consenso internacional eran improbables. En efecto, éstas son muchas de las cuestiones que siguen pesando sobre los intentos de negociar acuerdos multilaterales sobre inversiones.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) trabajó en estas cuestiones en paralelo y en competencia con el UNCTNC. En 1961 estableció un Código de la OCDE de liberalización de los movimientos de capital que se ha actualizado regularmente (260 veces hasta marzo de 2003).⁷⁰ El Código no se basa en la negociación multilateral sino en la “liberalización unilateral y la presión de los homólogos.”⁷¹ Se concentra en el movimiento efectivo de capital en lugar de los derechos (u obligaciones) de los inversionistas, pero sus principios se inspiran en gran parte en los del régimen de comercio: no discriminación y transparencia.

La OCDE también formuló directrices para las empresas multinacionales, adoptadas primero en una Declaración de la OCDE de 1976 y enmendadas significativamente después en un proceso prolongado que condujo a la adopción de las Directrices revisadas en 2000.⁷² Aparte de que carecen de fuerza jurídica obligatoria, la principal diferencia entre las Directrices de la OCDE y el Código del UNCTNC es que las primeras se negociaron entre países que exportaban capital y albergaban la mayor parte de las grandes empresas multinacionales, mientras que los países que importaban capital eran el centro del proyecto del UNCTNC. Todo este proceso, en el que participaron gobiernos e intereses privados durante más de 30 años, es una muestra de las dificultades que pueden encontrarse en negociaciones integrales sobre inversiones — y de la importancia asignada a esas negociaciones por todas las partes interesadas.

3.2 El convenio multilateral de la OCDE sobre inversiones

Casi inmediatamente después de la conclusión de la Ronda Uruguay de la OMC en 1995, los ministros de economía de los países de la OCDE iniciaron negociaciones para establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones (AMI) entre los países de la OCDE.⁷³ La OCDE ha sido tradicionalmente el foro en el cual los países desarrollados podían enunciar un programa de negociaciones comerciales y explorar acuerdos y desacuerdos antes de llevar la cuestión al foro más amplio del GATT. Caben pocas dudas de que el AMI estaba destinado a convertirse en la base de un acuerdo sobre inversiones en el marco de la OMC. Aunque este objetivo no se ha reconocido públicamente, hay varias indicaciones a tal efecto en el texto mismo del proyecto de AMI. Por ejemplo, el acuerdo no prevé un marco institucional, y ello sugiere claramente que se anticipaba que éste sería la OMC. Es más, la OCDE entabló consultas sobre el AMI con los gobiernos de las “economías dinámicas de Asia y América Latina.” Esencialmente, ésta era una forma de presión política de unos gobiernos sobre otros a fin de establecer una base favorable para la acción en un régimen internacional.

En la versión inicial se reflejaban muchos de los derechos y obligaciones de los inversionistas examinados arriba, y en el último borrador no había ninguna idea nueva significativa.⁷⁴ Entre los negociadores del AMI había un consenso que consideraban tan reconocido que no requería mucho debate. La finalidad del acuerdo era tan evidente para ellos que nunca se enunció explícitamente en el borrador ni parece haberse debatido seriamente el objetivo último que los negociadores procuraban lograr. Un acuerdo multilateral sobre inversiones se consideraba el paso lógico siguiente en el proceso de liberalización, y los principios y reglas aplicables parecían bien conocidos. En efecto, en las negociaciones del AMI se tomaron los diversos elementos existentes — acuerdos bilaterales de inversión, acuerdos regionales como el TLCAN y su Capítulo XI y ciertas partes de los acuerdos de

la OMC — para crear lo que se consideraba como una estructura más coherente y unitaria. Desde esta perspectiva estrecha, todo el ejercicio podría verse como un ejercicio técnico en lugar de una innovación sorprendente.

Las negociaciones del AMI dieron lugar a un fracaso más espectacular que el del UNCTNC. En marzo de 1998, después de una campaña internacional sin precedentes, desencadenada por los ambientalistas pero apoyada después por una amplia variedad de grupos, las negociaciones del AMI tomaron un curso más lento sin fijarse plazos. En octubre de 1998 el proceso fue abandonado después de que Francia se retiró, principalmente porque los Estados Unidos no aceptarían las cláusulas que protegerían las industrias culturales francesas de las reglas del AMI. El nuevo Gobierno alemán también decidió insistir en la “compatibilidad social y ecológica,” que no tenía cabida en el borrador técnico que se estaba examinando. El resultado fue un texto muy extenso lleno de corchetes, lo que significaba que la cuestión del acuerdo sobre inversiones de la OMC debía plantearse sin acuerdo previo de la OCDE y con la carga de preocupación pública que necesariamente suscitaría un proyecto semejante en el marco de la OMC.

3.3 Inversiones en la OMC: las MIC y el AGCS

Después del establecimiento de la OMC, la cuestión de un acuerdo sobre inversiones se planteó sin demora en la primera Conferencia Ministerial, celebrada en Singapur (1997). Se convirtió en uno de los cuatro “temas de Singapur” que fueron considerados por algunos como una extensión natural de la OMC y por otros como un paso de más.⁷⁵ Ocuparon un lugar intermedio entre el medio ambiente, que se aceptó en el programa de negociación, aunque con alguna resistencia de los países en desarrollo, y el trabajo, que se rechazó porque las cuestiones laborales eran de la competencia de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).

Los dos acuerdos de la OMC que actualmente abordan las inversiones son el Acuerdo sobre las MIC y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). El AGCS incorpora reglas sobre inversiones, pero sólo en la medida en que son necesarias para los servicios que se prestan merced a las inversiones realizadas en el lugar, mediante una presencia local (denominada “presencia comercial” en los textos jurídicos) en el país extranjero. El Acuerdo sobre las MIC, por otro lado, fue propuesto por sus partidarios como un primer paso hacia un acuerdo mucho más exhaustivo sobre inversiones.

Esta diferencia de enfoque entre el AGCS y el Acuerdo sobre las MIC refleja diferencias en la relación entre las reglas sobre inversiones y el comercio de servicios, por un lado, y el comercio de mercancías, por el otro. Como el comercio de servicios a menudo incluye alguna forma de inversión (como cuando un banco extranjero establece oficinas en un país anfitrión), las reglas del AGCS sobre inversiones están allí porque se necesitan. La relación entre las inversiones y el comercio de mercancías, sin embargo, es mucho más sutil. La inversión extranjera directa (IED) y el comercio de mercancías están claramente relacionados: muchas IED se realizan para facilitar el comercio, o para reemplazar el comercio. No obstante, el hecho de que estén relacionados no lleva a ninguna conclusión clara: no significa que el comercio y las inversiones deban ser tratados esencialmente de la misma manera ni que las negociaciones sobre inversiones deban inscribirse necesariamente en el régimen de comercio. En efecto, una hipótesis simple sobre cualquiera de estos puntos pasaría por alto los tipos sumamente diferentes de relaciones con el medio ambiente y los ecosistemas locales, el trabajo, el bienestar de la población y los derechos humanos, así como con las instituciones políticas, jurídicas y administrativas, que tendría en una comunidad y un país una inversión, en comparación con el comercio de un producto.

La palabra “inversión” aparece sólo dos veces en el AGCS, en el Artículo XVI (Acceso a los mercados).⁷⁶ Esto es porque las disposiciones sobre inversiones incorporadas en el AGCS están subordinadas a las que liberalizan el comercio de servicios, y diseñadas para impedir un proteccionismo oculto y proteger las inversiones que son parte integrante de servicios como la actividad bancaria y el transporte. Debe observarse que, como tales, estas disposiciones sobre inversiones están sujetas al Artículo XII (Restricciones para proteger la balanza de pagos) y al Artículo XIV (Excepciones generales), que no tienen ningún equivalente en la mayor parte de los acuerdos sobre inversiones.⁷⁷

Las implicaciones del AGCS para las inversiones se derivan en gran parte de la definición clave del Artículo I.2, que identifica las “modalidades” conforme a las cuales pueden suministrarse servicios. Varias de éstas conllevan una presencia significativa en el país donde se proporciona el servicio, y otorgan las protecciones básicas del AGCS a las inversiones que son parte integrante de esta presencia. En consecuencia, las disposiciones sobre inversiones del AGCS se asemejan poco o nada a las disposiciones que se encuentran de manera característica en los acuerdos sobre inversiones, y en el Acuerdo sobre las MIC en particular.

En un aspecto, sin embargo, las reglas del AGCS negociadas se asemejan a las reglas en materia de inversiones: han suscitado la preocupación del público por su posible efecto limitador del “espacio normativo” nacional para reglamentar en beneficio del público. Específicamente, el artículo sobre la reglamentación nacional establece un tipo de prueba de necesidad aplicable a cualquier reglamentación que afecte a los servicios (“no sean más gravosas de lo necesario”) y ha encendido luces rojas en varios críticos no gubernamentales.⁷⁸

El Acuerdo sobre las MIC es un documento bastante limitado, resultante del deseo de algunos países de ir mucho más lejos hacia el establecimiento de un acuerdo multilateral sobre inversiones y de la resistencia de otros países a cualquier acuerdo sobre inversiones en el marco de la OMC. Sus cláusulas dispositivas se encuentran en una sola oración del Artículo 2.1: “Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994, ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994.” Estas son, respectivamente, las disposiciones que obligan a los Estados a otorgar un trato nacional en el comercio de mercancías y las disposiciones que prohíben las restricciones cuantitativas a las importaciones o las exportaciones. El Acuerdo es conocido por su falta de referencia al trato de nación más favorecida y por la falta de una definición específica de “inversión” y de las “medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio.” Más bien, en un anexo hay una lista ilustrativa de MIC que son incompatibles con los artículos III u XI del GATT. En la terminología de los acuerdos internacionales sobre inversiones, las medidas que se enumeran en un anexo son “requisitos de desempeño,” como el requisito de que los inversionistas adquieran insumos de proveedores nacionales.

Sobre la base de estas disposiciones, se ha argumentado que “las inversiones ya están en la OMC” y que la propuesta de negociar más al respecto no representa un cambio importante. Sin embargo, si las negociaciones propuestas siguen el modelo más tradicional de los acuerdos sobre inversiones, como en la negociación de los AMI y como se describe más arriba en el contexto de los acuerdos bilaterales y regionales, es imposible sostener este argumento. En efecto, las limitadas disposiciones sobre inversiones existentes en los actuales acuerdos de la OMC no abordan prácticamente ninguna de las numerosas cuestiones que han demostrado ser polémicas en otros acuerdos sobre inversiones.

3.4 Las inversiones después de la Conferencia de Singapur, de la OMC

La Conferencia Ministerial de Singapur estableció un Grupo de Trabajo sobre Inversiones que inició un proceso basado más ampliamente en la labor de la OMC sobre la relación entre comercio e inversiones. En el momento de la Conferencia Ministerial de Singapur, resultó imposible avanzar en lo referente a las inversiones. La mayor parte de los países en desarrollo no estaban dispuestos o eran renuentes a negociar cuestiones nuevas después del Acuerdo de Marrakech de 1994, porque se hallaban a la espera de una aplicación adecuada de los acuerdos vigentes.

El alcance del estudio del Grupo de Trabajo se decidió sobre la base de su recomendación al Consejo General de la OMC en 1998. El programa abarca la relación entre inversiones y comercio; las consecuencias para el desarrollo y el crecimiento; diversos aspectos de la relación económica entre las inversiones y el comercio; un inventario y análisis de los acuerdos vigentes (bilaterales, regionales, disposiciones de la OMC) sobre comercio e inversiones; y un conjunto de cuestiones variadas que comprendían análisis de las ventajas y desventajas de adoptar reglas bilaterales, regionales y multilaterales sobre inversiones, incluso desde una perspectiva de desarrollo. El fracaso del AMI era reciente, y se optó por evitar, en lugar de afrontar, las cuestiones que habían conducido al fracaso.

El informe de 2001 del Grupo de Trabajo sobre el cumplimiento de este mandato revela pocos resultados sólidos.⁷⁹ Había habido un amplio debate, pero poco encaminado al logro de un consenso

o a la búsqueda de enfoques comunes sobre las cuestiones planteadas. Una razón clave de esto es evidente: seguía habiendo gran disconformidad acerca de cuán lejos debía llegar la OMC en su examen de las cuestiones relacionadas con las inversiones, y ello dificultaba un informe prospectivo sobre asuntos específicos.

Los temas de Singapur se convirtieron en una parte central de los compromisos establecidos en la Declaración Ministerial de Doha. La Unión Europea, en particular, esperaba que se llegara a un acuerdo para negociar los temas de Singapur a cambio de una mayor voluntad de considerar reducciones de las subvenciones a la exportación de productos agrícolas.

Hay dos preguntas fundamentales: ¿Tenía la Conferencia Ministerial de Doha el mandato de negociar un acuerdo sobre inversiones? En caso afirmativo, ¿qué alcance se preveía que tuviera?

La respuesta breve a la primera pregunta es que la Conferencia de Doha tenía un mandato *condicional* de negociar sobre inversiones; la condición era que se llegara a un acuerdo “por consenso explícito” sobre las modalidades de negociación en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003. La expresión “consenso explícito” no tiene precedentes en el GATT ni en la práctica de la OMC, de manera que su significado es poco claro.⁸⁰ Todas las partes se pusieron de acuerdo acerca de una de las principales cuestiones relativas a las modalidades, a saber: que los derechos previos al establecimiento se incluirían solamente en una lista positiva. Esto ya se había planteado en el párrafo 22 de la Declaración de Doha, que también especifica que el objetivo son las “inversiones transfronterizas a largo plazo,” en una frase probablemente destinada a excluir las inversiones de cartera a corto plazo. A falta de un acuerdo final sobre las modalidades, el alcance probable de las negociaciones de la OMC sobre inversiones sigue siendo incierto. Pero de la diversidad de cuestiones abordadas expresamente en Doha y de las posteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre inversiones se desprende alguna orientación.

Lo fundamental es que, si tienen lugar, las negociaciones no se limitarán a cuestiones relacionadas con el comercio, como en el Acuerdo sobre las MIC, sino que abordarán una variedad más amplia de cuestiones específicas a las inversiones, como en los acuerdos bilaterales y regionales sobre inversiones. Esto se plantea en el párrafo 20 de la Declaración de Doha: “Reconociendo las razones en favor de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas que contribuirán a la expansión del comercio...” Ello también está implícito en el párrafo 22, que enumera varios elementos específicos para su inclusión en las negociaciones, mediante una referencia a la labor ulterior del Grupo de Trabajo hasta el próximo periodo de sesiones de la Conferencia Ministerial. Éstos incluirán varios elementos clásicos de cualquier AII:

- no discriminación;
- las modalidades de los compromisos previos al establecimiento inscriptos en listas positivas;
- excepciones y salvaguardias por razones de balanza de pagos; y
- celebración de consultas y solución de diferencias entre los Miembros.

Sin embargo, el párrafo 22 también agrega elementos no previstos en los acuerdos bilaterales y regionales más recientes. Comprenden cláusulas sobre el desarrollo como un elemento especificado, y un requisito más amplio de que los resultados deberán “reflejar de forma equilibrada los intereses de los países de origen y los países receptores y tener debidamente en cuenta las políticas y los objetivos de desarrollo de los gobiernos receptores así como su derecho a reglamentar en función del interés público.” También se piden consideraciones especiales para los países menos adelantados. Por lo tanto, el párrafo 22 requiere un programa más amplio que un AII tradicional.

Los párrafos 20 a 22 de la Declaración de Doha siguen estando poco claros después de la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Cancún en septiembre de 2003. La falta de acuerdo sobre los cuatro temas de Singapur fue la causa inmediata de la ruptura de las negociaciones, aunque todavía no se había explorado a fondo la espinosa cuestión de la agricultura. En una etapa posterior del proceso, la Unión Europea, el principal defensor de los temas de Singapur, manifestó su voluntad de considerar diferentes enfoques de los cuatro temas de Singapur, pero esto no bastaba para conseguir que prosiguieran las negociaciones. La resistencia de los principales países en

desarrollo a las negociaciones sobre inversiones había aumentado en los meses previos a la Conferencia Ministerial de Cancún, resistencia alimentada por la creciente crítica de los AII existentes y la falta de datos probatorios de que éstos hubieran aportado beneficios tangibles a los países en desarrollo.⁸¹

Después de Cancún, los negociadores comerciales están buscando un equilibrio nuevo dentro del programa de Doha. Mientras que la Declaración de Doha sigue siendo el marco formal, en la práctica es casi inconcebible que las negociaciones sobre inversiones avancen como parte del “compromiso único” que une a todas las Partes en la Declaración de Doha. La Unión Europea quiere ahora negociaciones “plurilaterales,” es decir fuera del compromiso único y sólo con los países que deseen participar. En la práctica, sin embargo, cualquier acuerdo plurilateral dará lugar a presiones para que pase a formar plenamente parte de la estructura de la OMC, por lo que muchos países en desarrollo probablemente se resistirán a esto.⁸²

La Declaración de Doha establece un mandato de negociación que ahora parece haber sido demasiado ambicioso. La reducción de su alcance puede resultar esencial para el éxito de las negociaciones sobre otras cuestiones que figuran en el programa, en particular la agricultura. En ese caso, retrospectivamente, el fracaso de Cancún puede parecer más bien una reestructuración exitosa del programa de negociaciones. No obstante, el hecho es que, por tercera vez, un intento de negociar reglas multilaterales sobre inversiones ha conducido a un fracaso. Como mínimo, esto indica que los países todavía no han logrado formular un programa apropiado que pueda dar lugar a beneficios significativos para todos los participantes.

Notas finales

- 67 El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) es claramente una excepción.
- 68 Daniel Drache, *The Short but Significant Life of the International Trade Organization: Lessons for Our Time*, Centre for the Study of Globalization and Regionalism Working Paper N° 62/00, University of Warwick, 2000, pág. 20. (<http://www.warwick.ac.uk/fac/soc/CSGR/wpapers/WP6200a.pdf>). Véase también Americo Beviglia Zampetti y Torbjörn Fredriksson, “The Development Dimension of Investment Negotiations in the WTO: Challenges and Opportunities,” *Journal of World Investment*, vol. 4, N° 3, 2003, p. 399: “... the investment provisions of the Havana Charter proved to be among the most controversial, contributing to the downfall of the ITO project ...”
- 69 Véase UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*. vol. 1: Multilateral Instruments. Nueva York: Naciones Unidas, 1996, págs. 161-180.
- 70 Disponible en: http://www.oecd.org/document/14/0,2340,en_2649_34887_2030158_1_1_1_37467,00.html.
- 71 OCDE, “OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Operations: Users Guide.” Paris: OECD 2003. Disponible en: http://www.oecd.org/document/6/0,2340,en_2649_37467_1838086_1_1_1_37467,00.html.
- 72 Textos básicos disponibles en: [http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/daffe-ime\(2000\)20](http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/daffe-ime(2000)20).
- 73 Las negociaciones se iniciaron por decisión del Consejo de la OCDE. Estas decisiones no están, sin embargo, a disposición del público. El sitio web de la OCDE no tiene ningún enlace con las decisiones del Consejo, y una búsqueda utilizando los números de los documentos no permite obtener resultados. Mientras que en sentido estricto esto no es un secreto, la decisión de iniciar las negociaciones sólo está disponible a través de funcionarios gubernamentales.
- 74 El proyecto final está disponible actualmente (marzo de 2004) en la web en: <http://multinationalmonitor.org/mai/contents.html>.
- 75 Los otros temas eran la competencia, la facilitación del comercio y las compras del sector público.
- 76 Las inversiones se mencionan primero en una disposición que prohíbe las restricciones cuantitativas a la participación del capital extranjero (en sectores donde se han asumido compromisos de acceso al mercado); y nuevamente en un anexo sobre los servicios financieros.
- 77 Los Códigos de la OCDE sobre liberalización prevén las excepciones “clásicas” relativas al orden público o a la protección de la salud, la moral y la seguridad públicas, intereses esenciales de seguridad, y el cumplimiento de las obligaciones relativas a la paz y la seguridad internacionales. El proyecto de AMI prevé excepciones mucho más restrictivas, pertinentes a la seguridad y al desarme; sin embargo, el Presidente de las negociaciones ha propuesto excepciones ambientales sumamente condicionadas inspiradas en el Artículo XX del GATT. El Capítulo XI del TLCAN está sujeto a las excepciones generales de seguridad nacional del TLCAN, pero no tiene ninguna excepción sobre medio ambiente. La mayor parte de los TBI no prevén tales excepciones.
- 78 AGCS, artículo VI(4)b. Para una buena panorámica de estas inquietudes, y de otras críticas desde una perspectiva de desarrollo, véase la sección sobre servicios en: PNUD, 2003. *Making Global Trade Work for People*. London: Earthscan.

- 79 Informe (2001) del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones al Consejo General, WT/WGTI/5, 8 de octubre de 2001.
- 80 El Presidente de la Conferencia Ministerial dijo: “Permítanme decir que con respecto a la referencia que se hace en esos párrafos a la necesidad de un “consenso explícito” para que se adopte una decisión en el quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial, entiendo que, en ese período de sesiones, será efectivamente necesario adoptar una decisión por consenso explícito antes de que se puedan poner en marcha las negociaciones sobre la relación entre comercio e inversiones, la interacción entre el comercio y la política de competencia, la transparencia de la contratación pública y la facilitación del comercio.” El texto completo se encuentra en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/min01_chair_speaking_s.htm.
- 81 Véase Hallward-Driemeier, Mary, 2003. “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite.” World Bank Policy Research Working Paper 3121, Washington, D.C.: Banco Mundial; y UNCTAD, 1998. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Nueva York: Naciones Unidas.
- 82 Se encuentra una formulación fuerte de esta posición en Bhagirath Lal Das (2001) “Pitfalls in Plurilateral Path on Investment Talks,” *SUNS News Service*, November 9. (<http://www.twinside.org.sg/title/pitfalls.htm>).

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía
referente a la
utilización actual
y al futuro
potencial de los
acuerdos
internacionales
sobre inversiones

30

4. El camino por delante: perspectivas para la creación de un programa positivo sobre derecho de las inversiones

Nuestro análisis indica una necesidad imperiosa de reconsiderar las finalidades fundamentales, el contenido de fondo y los procesos asociados a los AII. En esta sección examinamos primero algunos de los problemas jurídicos y políticos que se plantean para crear una nueva forma de AII. Luego pasamos, por orden, a áreas específicas en las que se pueden identificar programas positivos de cambio: los objetivos de los AII, la estructura y el alcance de éstos, los procedimientos de solución de controversias y las instituciones de gobernanza.

4.1 Obstáculos a la reforma

Mientras que uno puede postular que un acuerdo multilateral único sobre inversiones orientado al desarrollo quizá represente una opción preferible al entorno actual casi anárquico de TBI y acuerdos regionales, hay algunos obstáculos políticos y jurídicos que dificultan el giro en esa dirección. La descripción de estos obstáculos da una buena idea del esfuerzo que se necesitará para cambiar el rumbo de la evolución actual del régimen internacional de inversiones.

4.1.1 Obstáculos políticos

Quizás el obstáculo principal sea político: hay pocos indicios de que los países que han abogado por los TBI y los tratados regionales durante los dos o tres decenios últimos deseen dismantelarlos. Más bien, en la medida en que los países han reconocido que los tratados plantean problemas, se ha tendido a introducir reformas graduales y a mejorar los tratados posteriores, en lugar de enmendar los anteriores.⁸³ Esto significa que un esfuerzo de reforma más amplio tendría una posición precaria.

En efecto, los intereses empresariales de los EE.UU. y de otros miembros de la OCDE han procurado *sostener* los compromisos de los TBI existentes. En particular, funcionarios de los EE.UU. habían señalado, antes de la Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún, que procurarían conseguir protección para su programa existente de TBI en caso de que en un acuerdo multilateral no se establecieran los mismos niveles de protección de los inversionistas.⁸⁴ Esta orientación generará obstáculos políticos que será necesario superar para que se pueda reconstruir el régimen internacional más amplio de las inversiones.

4.1.2 Obstáculos jurídicos

Además de la oposición de los medios empresariales y políticos, los esfuerzos para promover la reforma de los existentes tratados sobre inversiones pueden encontrar varias complicaciones jurídicas potenciales. La primera de éstas es que los tratados sobre inversiones suelen tener cláusulas que permiten que una parte denuncie el acuerdo — generalmente después de un periodo mínimo — pero estipulan que los derechos y protecciones de los inversionistas establecidos se mantendrán durante un periodo más prolongado. Por ejemplo, el TIB de 1999 entre Australia y la India prevé que cualquiera de las partes puede rescindir el acuerdo con un aviso previo de un año, después de que el acuerdo haya estado en vigor durante al menos un decenio. Sin embargo, estipula además que a partir de la fecha de terminación, el acuerdo seguirá en vigor durante un periodo adicional de 15 años respecto de las inversiones realizadas o adquiridas antes del estado de terminación del acuerdo. En efecto, se estipula que los derechos se conservarán durante algún tiempo, a pesar de la terminación del acuerdo. Este tipo de cláusulas constituyen un estorbo especial cuando una parte desea retirarse de un TBI.

Si *ambas* partes desean modificar o terminar un TBI, parecería que una prerrogativa de las naciones soberanas fuera la de poder hacerlo en cualquier momento. Pero queda poco claro si los derechos de los inversionistas extranjeros seguirían siendo válidos si así lo previera el texto original del tratado, o si se podrían anular o modificar con efecto inmediato por acuerdo de las partes. Mientras que la

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados permite a las partes enmendar o modificar sus obligaciones contraídas en virtud de tratados, también se podría argumentar que los derechos otorgados a terceros seguirán en vigor independientemente del acuerdo, dada la importancia de la confianza de los inversionistas en esos derechos.

Una complicación adicional que pueden encontrar las partes en un tratado si quieren modificar gradualmente disposiciones de un TBI es que la mayor parte de los TBI prometen a los inversionistas el trato de nación más favorecida. Como se señala anteriormente, la cláusula de NMF fue utilizada con éxito por un inversionista argentino que quería obtener acceso a los derechos más favorables ofrecidos por el Gobierno de España en el marco de sus tratados con partes no argentinas. Después de este fallo, queda poco claro si los inversionistas utilizarán la cláusula de NMF para impedir que los Estados reduzcan el alcance de las disposiciones en algunos TBI, pero mantengan esos mismos derechos de forma más extensa en otros tratados vigentes.

Los casos existentes ofrecen escasa orientación sobre cuán lejos se podría aplicar este enfoque en la práctica. Como mínimo, se recomendaría que los gobiernos procedieran con cautela cuando prevean introducir reformas y modificaciones en esos tratados porque se empieza a conocer el significado concreto y las implicaciones de los TBI. Si contemplan la posibilidad de introducir cambios en las cláusulas sustantivas de los tratados, quizá necesiten circunscribir el alcance de la cláusula de NMF, para que no se permita que los inversionistas encuentren maneras de eludir cambios introducidos en un TBI determinado.

Los Estados quizá consideren la posibilidad de asumir el gran desafío de negociar simultáneamente todos los cambios en las cláusulas del TBI con las diversas partes con las que han concertado acuerdos, para no permitir que algunos de ellos pasen a ser anacrónicos. Quizá prevean incluso renunciar a todos sus TBI a favor de un acuerdo multilateral único. Evidentemente, estas opciones son más ambiciosas.

Una tercera opción es la de una negociación multilateral más amplia en la que se revisen simultáneamente y por igual las reglas de la mayor parte de los TBI, si no de todos ellos. Cualquiera que sea el alcance de una negociación multilateral, sin duda tendrá que considerar la relación jurídica entre sus resultados y el universo de los AII existentes.

Estos factores jurídicos y políticos destacan precisamente algunas de las dificultades que se presentarían en una negociación de acuerdos sobre inversiones en la OMC o en otro foro. Aunque son importantes, cabe observar que el alcance y la utilización mayores de estos instrumentos también hace que sean elementos importantes del régimen económico mundial actual y futuro, por las razones ya examinadas. En consecuencia, la investigación en curso y los esfuerzos encaminados a mejorar los modelos existentes siguen siendo una necesidad fundamental.

4.1.3 Evolución hasta la fecha

Los Gobiernos de los Estados Unidos y del Canadá parecen haber sido los que llegaron más lejos en el reconocimiento de ciertas deficiencias de los AII. Castigados por la aparición de tipos no previstos de demandas en el marco del Capítulo XI del TLCAN, los EE.UU. han introducido cambios y el Canadá está considerando abiertamente la modificación de los modelos de los acuerdos futuros. Pero ninguno de ellos parece dispuesto a enmendar los TIB anteriores (con una excepción reciente y limitada, examinada más abajo).

El Congreso de los EE.UU. ha establecido una serie de requisitos procesales y de fondo que deben incorporarse en toda regla sobre inversiones incluida en los nuevos acuerdos comerciales concertados por el Gobierno de los Estados Unidos. Estos cambios formaban parte de un conjunto de concesiones que aceptó la Administración de George W. Bush para obtener el denominado procedimiento acelerado de negociación en 2002.⁸⁵ Incluían, por ejemplo, el requisito de que ningún AII diera a los inversionistas extranjeros derechos sustancialmente mayores que los otorgados a los inversionistas nacionales en virtud de la legislación de los EE.UU. Además, como se describe más adelante, los EE.UU. han introducido cambios en su TBI modelo (cambios que se ven reflejados en todas las cláusulas sobre inversiones establecidas en los acuerdos de libre comercio recientes) para aumentar la transparencia y la apertura, y para limitar el alcance de las obligaciones sobre expropiación y nivel internacional mínimo de trato. El Canadá también está debatiendo la

introducción de cambios en el modelo que se aplicaría a todas las reglas sobre inversiones, sea en TBI o en acuerdos de libre comercio más amplios.⁸⁶

Los Ministros de Comercio del Canadá, los Estados Unidos y México, actuando como Comisión de Libre Comercio (CLC) del TLCAN, pronunciaron en dos ocasiones separadas declaraciones en las que tratan de modificar la manera en que se interpreta el TLCAN y abrir el proceso de arbitraje.⁸⁷ La Declaración de 2001 de la CLC constaba de dos partes: la primera era una interpretación del Artículo 1105 (nivel internacional mínimo de trato) y la segunda, una aclaración y un compromiso sobre la cuestión de la transparencia.⁸⁸ En esta última, la CLC afirmaba que los redactores del TLCAN, cuando se comprometieron a un trato conforme al derecho internacional, en realidad querían decir *derecho internacional consuetudinario* — lo que significa un nivel de protección mucho más débil. Varios paneles del TLCAN habían utilizado este artículo para “importar” obligaciones de quienes no eran partes en el Capítulo XI del TLCAN, así como de otros acuerdos comerciales, lo que no complació a ninguno de los tres gobiernos. Como se señala más adelante, esta norma más débil forma ahora parte del TBI modelo enmendado de los EE.UU. y se encuentra en los acuerdos de libre comercio de los EE.UU. con Chile, con Singapur y con los cinco Estados centroamericanos.

La Declaración de 2001 también abordaba cuestiones de procedimiento y enunciaba el compromiso de que las Partes en una disputa relativa al Capítulo XI pondrán a disposición del público de manera oportuna todos los documentos presentados ante o emitidos por un tribunal constituido conforme al Capítulo XI. Esta promesa está sujeta a tres excepciones posibles, una de las cuales es de vital importancia: la de la “información que la Parte deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes, según éstas se apliquen.” Esto podría quitar sentido al compromiso, ya que las reglas pertinentes son las que establecen al comienzo de cada caso los tribunales, sobre los cuales la CLC no tiene jurisdicción. Los tribunales, como se señala más arriba, se guían por las reglas del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI o de la CNUDMI. Sin embargo, la declaración sí envió una señal importante con compromisos tanto legales como políticos. En efecto, desde entonces los tres Gobiernos han colocado sistemáticamente en sus sitios web respectivos los documentos sobre casos del TLCAN.⁸⁹

El conjunto siguiente de declaraciones de la CLC (examinado a fondo en la sección 2.1.1) se formuló en 2003.⁹⁰ Esta vez los Ministros se concentraron enteramente en el proceso de solución de controversias. Las declaraciones abarcaban una declaración conjunta con sugerencias para los tribunales que consideraran peticiones de otorgamiento de la condición de *amicus curiae*.⁹¹ Como se señala más arriba, la CLC no tiene jurisdicción para determinar la manera en que los tribunales conducirán el arbitraje, pero esta declaración contribuye de alguna manera a legitimar esas peticiones e imponer orden en el proceso.

Otro resultado de la reunión de 2003 fue un par de declaraciones del Canadá y de los EE.UU. (México aparentemente se resistió) según las cuales éstos procurarían que las audiencias fueran públicas en todos los casos relativos al Capítulo XI. Nuevamente, no se trata de una decisión jurídicamente vinculante, y la opinión del inversionista sobre esta cuestión es importante, pero significa que en cada caso contra alguno de los dos gobiernos, éstos se comprometen a abogar por la apertura. Y, como ya se ha observado, hasta la fecha dos casos se han abierto al público.

Fuera del contexto del TLCAN, los capítulos sobre inversiones de los acuerdos comerciales recientes establecidos por los EE.UU. con Singapur, con Chile y con los cinco Estados centroamericanos (así como el TBI modelo de los EE.UU. modificado) también alimentan la esperanza de que algunos cambios son posibles en los AII.⁹² Entre los cambios de procedimiento incluidos en estos acuerdos figuran el que los procesos de solución de controversias estarán abiertos al público, y procedimientos para que posibles *amici curiae* hagan presentaciones a los tribunales. Además, los acuerdos siguen el ejemplo del TLCAN y prevén un procedimiento por el cual las reclamaciones relacionadas se pueden reunir y someter a la jurisdicción de un solo tribunal; esto ayuda a prevenir la clase de situación en la que se encontró la República Checa cuando una empresa y su accionista principal le iniciaron procesos de arbitraje separados. Esto representa un mejoramiento respecto de los TBI ordinarios que no se ocupan de la necesidad potencial de consolidar reclamos semejantes.

Estos acuerdos tienen fórmulas ideadas para limitar el alcance sustantivo de sus cláusulas sobre inversiones. En particular, los acuerdos están formulados de manera que tienen por objeto reducir el

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

riesgo de que las medidas normativas adoptadas para proteger el bienestar público se consideren expropiaciones “indirectas.” Y repiten el texto de la declaración interpretativa de la CLC de 2001 que limita el alcance de las obligaciones sobre nivel internacional mínimo de trato.

A pesar de los esfuerzos arriba mencionados, es importante señalar que no se sabe de ningún país que esté tratando de introducir modificaciones o enmiendas de sus TBI *existentes*. La excepción a esta regla es un acuerdo EE.UU.-Unión Europea en virtud del cual los EE.UU. deben enmendar sus TIB con los nuevos Estados miembros de la Unión Europea.⁹³ Este acuerdo era necesario para aliviar las inquietudes acerca de que las cláusulas de los TIB entrarían en conflicto con las políticas de la Unión Europea. Aun en estas circunstancias, la lucha para lograr la enmienda fue larga y difícil, y este conjunto muy específico de circunstancias no indica una inclinación más amplia a enmendar los TIB existentes a fin de resolver los tipos de problemas analizados en este documento.

4.2 Reformulación de los objetivos de los AII

El replanteamiento de los AII existentes pone de manifiesto la necesidad fundamental de considerar exhaustivamente los objetivos de éstos. Se ha alegado más arriba que los acuerdos sobre inversiones por sí solos no llevan a lograr uno de sus principales objetivos declarados: aumentar la IED. Esto deja sólo la protección de los inversionistas extranjeros como justificación del mantenimiento de las estructuras actuales de los AII. En sí misma, esa protección quizá sea deseable. Pero teniendo presentes los problemas asociados a este enfoque estrecho, examinado en la sección anterior, parece que se necesitan nuevos objetivos para que los AII reflejen adecuadamente una finalidad de política internacional pública apropiada.

El IIDS cree que la finalidad apropiada de un régimen internacional sobre inversiones es la promoción del desarrollo sustentable mediante la inversión extranjera directa.⁹⁴ Cabe señalar aquí que no toda IED es deseable desde una perspectiva de desarrollo sustentable, y ni siquiera desde una perspectiva económica más estrecha. En algunos casos las IED desalojan sencillamente las inversiones nacionales y no dan lugar a un aumento neto de las inversiones en general, o pueden erosionar la capacidad de la economía nacional para innovar o para desplegar actividades de investigación y desarrollo.⁹⁵ En otros casos, las repercusiones de las IED sobre el medio ambiente y la salud humana pueden acarrear costos a largo plazo mayores que los beneficios económicos a corto plazo. Y es posible que la riqueza generada por las IED en el país anfitrión aumente las desigualdades en materia de ingresos. Por lo tanto, un AII debe promover las inversiones que respondan a las necesidades económicas de crecimiento y desarrollo sostenidos y las necesidades ambientales que aseguran la protección y la viabilidad intergeneracional de la base de recursos. La idea de inversiones de *calidad* quizá sea útil aquí como síntesis, si se entiende que abarca las dos mitades del paradigma del desarrollo sustentable, es decir, el desarrollo y la sostenibilidad.

Además, la idea de inversiones de calidad incorpora otros indicadores a menudo asociados a un concepto amplio del desarrollo sustentable, como la promoción de mejores condiciones laborales y la protección de los derechos humanos. Desde luego, se debe tener la precaución de no imponer cada cuestión y cada causa en todo instrumento jurídico o campo del derecho internacional. Sin embargo, esta advertencia no significa que un régimen internacional sobre inversiones no deba abordar a fondo las cuestiones fundamentales relacionadas con las IED.

Para resumir, no es necesario que hoy día los acuerdos sobre inversiones se concentren exclusivamente en liberalizar los flujos de capital: éstos ya son libres en gran parte, y cada vez más. Esos acuerdos deben asegurar un trato justo y equitativo a los inversionistas, y equilibrar correctamente los derechos privados y los bienes públicos en un mundo donde los flujos de capital están cada vez más liberalizados. Y deben promover instituciones nacionales capaces de respaldar este objetivo.

4.3 Estructura y alcance de los AII⁹⁶

4.3.1 Un equilibrio entre derechos y obligaciones

Si uno opta por un objetivo diferente para los AII, es lógico que el paso siguiente sea definir un alcance y una estructura diferentes. Si los acuerdos vigentes ponen el acento unidimensionalmente

en los derechos de los inversionistas, un objetivo más amplio dará lugar a un conjunto más amplio de actores, derechos y responsabilidades. Como se indica en el cuadro 2, los derechos y responsabilidades de los inversionistas extranjeros, de los Estados anfitriones y de los Estados de origen pueden ordenarse en dos periodos temporales: uno previo al establecimiento — o sea, antes de que una inversión se efectúe y sea operativa — y otro posterior al establecimiento, o sea, después de que la inversión se ha efectuado o es operativa. Si se adopta esta estructura, se puede examinar luego detenidamente la naturaleza y el alcance de esos derechos y obligaciones. Además, los vínculos existentes entre estos diversos derechos y responsabilidades se pueden plantear claramente, y se puede prever un equilibrio entre los intereses privados y los públicos mediante una interacción explícita entre ellos.

Cuadro 2: Elementos básicos de un AII equilibrado

	Periodo previo al establecimiento	Periodo posterior al establecimiento
Inversionista extranjero	■ derechos	■ derechos
	■ obligaciones	■ obligaciones
Estado anfitrión	■ derechos	■ derechos
	■ obligaciones	■ obligaciones
Estado de origen	■ derechos	■ derechos
	■ obligaciones	■ obligaciones

4.3.2 Derechos y obligaciones de los inversionistas

La inversión extranjera no puede ser forzosa: sólo se puede atraer por medio de estrategias sólidas que aseguran un rendimiento justo del capital invertido. La ayuda puede complementar pero no puede reemplazar plenamente las cualidades económicas y sociales de la inversión extranjera de calidad, de manera que la inversión es necesaria para alcanzar la meta del desarrollo sustentable.

A pesar de la falta de datos empíricos que asocien los AII con los flujos de IED, parte del proceso encaminado a conseguir esos flujos puede seguir dependiendo de la articulación de derechos internacionales específicos como los de trato nacional y nivel internacional mínimo de trato. En otras palabras, incluso en un acuerdo destinado a lograr un desarrollo sustentable, se presentarán muchos de los elementos de los AII tradicionales, como los derechos de los inversionistas extranjeros.

Al mismo tiempo, debe reconocerse que los inversionistas sí se convierten en ciudadanos económicos del Estado anfitrión. Adquieren amplios derechos merced a los contratos privados, la legislación del Estado anfitrión y los acuerdos internacionales sobre inversiones. La primera obligación y la más obvia que también adquieren es la de respetar las leyes y los reglamentos del Estado anfitrión. Pero más allá de esto, también puede preverse la obligación más básica, un mínimo común de obligaciones o responsabilidades previas y posteriores al establecimiento, como se indica en el cuadro 3. Las normas mínimas podrían incluir la evaluación de las repercusiones que tendrían en el medio ambiente las inversiones propuestas, obligaciones de abstenerse de corrupción y obligaciones en materia de información plena por parte de los inversionistas. Los instrumentos para asegurar esto existen y se aplican actualmente de diversas maneras.

La idea de que los inversionistas extranjeros tienen obligaciones se planteó hace unos treinta años, como ya hemos visto. Según se observa en la sección 3.2., en las negociaciones del AMI se previeron responsabilidades voluntarias y se propuso la adopción del Código de Conducta de la OCDE para las Empresas Multinacionales como un anexo no vinculante del Acuerdo. Muchos observadores están preocupados, naturalmente, porque se prevén derechos legales pero obligaciones sólo voluntarias. Éste es un elemento que requiere un análisis más a fondo tanto desde una perspectiva conceptual del derecho internacional como desde el punto de vista de la exigibilidad. Sin embargo, sugerir que se requiere un análisis más a fondo no significa que las cuestiones conceptuales o prácticas sean insuperables. Por ejemplo, si el acceso al proceso de solución de controversias inversionista-Estado se condicionara al cumplimiento de determinadas obligaciones, podría generarse una forma de cumplimiento voluntario.

La introducción de la idea de normas mínimas comunes en determinadas áreas no significa que el AII mismo deba estipular cada una de esas normas. A este respecto el AII podría seguir el ejemplo del derecho comercial, que hace referencia a órganos exteriores de establecimiento de normas en esferas fundamentales como las de las normas técnicas sanitarias y fitosanitarias. Por lo tanto, es posible prever el establecimiento de un AII bien estructurado que establezca normas mínimas de desempeño aplicables a los inversionistas extranjeros en áreas tales como evaluaciones ambientales previas y posteriores al establecimiento, ordenación del medio ambiente después del establecimiento, derechos humanos y laborales y normas contra la corrupción, haciéndose referencia a otros instrumentos existentes. Un elemento adicional posiblemente apropiado sería un reconocimiento mayor de la responsabilidad del inversionista en las decisiones asociadas al comportamiento de sus inversiones. La responsabilidad prevista en el Estado de origen es una cuestión particular que merece un estudio adicional a este respecto.

Puede alegarse que los Estados anfitriones ya tienen el derecho de aplicar requisitos del tipo especificado anteriormente. Por ejemplo, muchos Estados ya requieren una evaluación de las repercusiones de las nuevas inversiones extranjeras o nacionales en el medio ambiente. Por lo tanto, ¿qué aporta un AII que incorpore estas obligaciones de los inversionistas? La respuesta se puede ilustrar con un ejemplo: las amplias restricciones impuestas por el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco a la conducta de las empresas tabacaleras (que equivalen esencialmente a nuevas obligaciones). Todas las obligaciones recogidas en el Convenio Marco podrían aplicarse eficazmente entre Estados — aquí no hay ningún problema evidente de beneficiarios gratuitos de bienes públicos que haga imperiosa la acción internacional, en contraposición con la nacional. ¿Cómo se justifica entonces este acuerdo que fue tan difícil concertar?

Se justifica porque hay un desequilibrio de poder entre las empresas involucradas y muchas de las economías pequeñas que procuran reglamentar el comportamiento de aquéllas. Mientras no haya ninguna norma internacional reconocida, cualquier Estado por sí solo deberá librar una batalla campal para aplicar controles que tiene claramente el derecho legal de aplicar. Algunos Estados están mejor equipados para esas batallas que otros, y los Estados menos equipados — la mayoría de los signatarios — necesitaban el respaldo de un acuerdo internacional.

Las obligaciones de los inversionistas especificadas en un AII se utilizarían para los mismos fines. Darían a los Estados — en particular a los menos desarrollados — el respaldo que necesitan para imponer obligaciones a los inversionistas. También quitarían poder a las amenazas de los inversionistas de establecerse en otras jurisdicciones menos reglamentadas.⁹⁷

Cuadro 3: Derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros potenciales

Inversionista extranjero	Antes del establecimiento	Después del establecimiento
Derechos	<ul style="list-style-type: none"> ■ Alcance del derecho al establecimiento ■ Trato nacional ■ NMF ■ Nivel mínimo de trato/transparencia ■ Requisitos de desempeño 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Trato nacional ■ NMF ■ Nivel mínimo de trato/transparencia ■ Requisitos de desempeño ■ Expropiación ■ Repatriación, dotación de personal
Obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> ■ Normas mínimas en materia de: <ul style="list-style-type: none"> ● Evaluación de las repercusiones en el medio ambiente ● Prevención de la corrupción ● Revelación total de objetivos 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Normas mínimas en materia de: <ul style="list-style-type: none"> ● Ordenación del medio ambiente ● Normas ambientales internacionales ● Prevención de la corrupción ● Responsabilización institucional ● Cumplimiento de las leyes nacionales ● Derechos humanos básicos ● Normas laborales fundamentales ■ Responsabilidad del inversionista y respecto de la inversión

4.3.3 Derechos y obligaciones del Estado anfitrión

En general, en los textos de los AII no se enuncian los derechos del Estado anfitrión. Puede alegarse que esta renuencia es innecesaria. En efecto, la articulación de esos derechos daría un equilibrio interpretativo a los derechos de los inversionistas, sin denegarlos.

El que se enuncien ciertos derechos de los Estados anfitriones no significa que cada Estado anfitrión actuará de la misma manera a ese respecto. En efecto, se trataría de establecer una plataforma jurídica para adoptar las decisiones más conducentes al desarrollo nacional y a estrategias de sostenibilidad, reconociendo la diversidad de las condiciones locales y nacionales. Por ejemplo, si se enuncia claramente el derecho de un Estado anfitrión a aplicar reglamentaciones *de buena fe* en beneficio del público, no se requiere ningún otro tipo de reglamentación de alcance particular. Se reserva sencillamente el espacio jurídico y normativo de los Estados anfitriones para adoptar decisiones apropiadas.

Un AII quizá insista también en el derecho de un Estado anfitrión a seleccionar básicamente las inversiones para cerciorarse de que respondan a las prioridades nacionales del Estado anfitrión. El ejercicio de este derecho, donde se ejerza, reflejaría una combinación de objetivos del Estado anfitrión e instrumentos disponibles, por un lado, y del mercado internacional de las inversiones, por el otro.

Los derechos del Estado anfitrión pueden equilibrarse también con un conjunto de obligaciones. En efecto, muchas obligaciones potenciales corresponden al alcance de los derechos y responsabilidades de los posibles inversionistas extranjeros. Por ejemplo, una obligación de no reducir las normas para atraer inversiones concuerda con los requisitos generales de responsabilidad social institucional de los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, si recogen el lenguaje exhortatorio del TLCAN,⁹⁸ los AII podrían incorporar obligaciones del Estado anfitrión contrarias a la reducción de exigencias ambientales para atraer inversiones. Además, tanto los Estados anfitriones como los Estados de origen deben compartir la obligación de prevenir la corrupción en el contexto de las inversiones extranjeras. Estos ejemplos muestran una variedad de oportunidades para equilibrar adecuadamente los derechos y obligaciones de los tres intervinientes. En el cuadro 4 se presenta una lista posible de derechos y obligaciones del Estado anfitrión.

Cuadro 4: Derechos y obligaciones del Estado anfitrión potencial

Estado anfitrión	Antes del establecimiento	Después del establecimiento
Derechos	■ Mantener las prioridades de desarrollo	■ Mantener las prioridades de desarrollo conforme a lo acordado, de conformidad con la ley
	■ Requisitos de desempeño (disciplinas del mercado)	■ Derecho a reglamentar en pro del interés público (bienestar público, medio ambiente, etc.)
	■ Establecer niveles ambientales y de salud humana elevados	
Obligaciones	■ Establecer procesos judiciales y administrativos transparentes	■ No reducir los niveles para mantener las inversiones
	■ Medidas contra la corrupción	■ No discriminación, indemnización por la propiedad expropiada, debido proceso, etc.
	■ No reducir los niveles ambientales para atraer inversiones	■ Prevenir la subversión de los acuerdos multinacionales sobre medio ambiente, de las normas laborales internacionales
	■ Prevenir la subversión de los acuerdos multinacionales sobre medio ambiente, de las normas laborales internacionales	

Una responsabilidad fundamental de los Estados anfitriones debe ser la de establecer y mantener instituciones de buena gobernanza: o sea, instituciones capaces de equilibrar los derechos privados y los bienes públicos de una manera legítima, transparente y responsable, por ejemplo mediante una judicatura que funcione. Éste quizá sea un objetivo a más largo plazo para muchos países en desarrollo, especialmente países menos adelantados. Al mismo tiempo, el enunciar esta visión ofrece mayores posibilidades de apoyo internacional a este aspecto del desarrollo.

4.3.4 Derechos y obligaciones del Estado de origen

Pocos acuerdos actuales sobre inversiones prevén que los Estados de origen desempeñen una función apropiada en el marco de un régimen internacional de inversiones, y mucho menos comprenden disposiciones sobre las obligaciones de los Estados de origen. Sin embargo, se puede sostener que todos los Estados — tanto los de origen como los anfitriones — tienen la obligación de asegurar que los inversionistas y las inversiones respeten las normas esenciales del desarrollo sustentable.

Con este fin, los Estados de origen podrían fomentar las instituciones requeridas en los países en desarrollo mediante el establecimiento de normas mínimas de conducta aplicables a sus exportadores de capitales. Algunos ejemplos claros (como los enumerados en el cuadro 5) podrían consistir en normas de notificación contable y empresarial, leyes contra la corrupción y reglamentaciones sobre la evaluación de las repercusiones en el medio ambiente (especialmente donde haya fondos procedentes de gobiernos).

La reglamentación de la conducta institucional e individual en el extranjero no es nueva en los sistemas jurídicos nacionales o internacional. Ya tenemos ejemplos como la condena de los adultos que viajan con fines de comercio sexual de niños. Sin embargo, los países en desarrollo podrían temer con razón que este enfoque limitara las inversiones. Una respuesta a esta inquietud consistiría en procurar que estos tipos de normas se establecieran a nivel internacional, lo que reduciría las posibilidades de que las limitaciones desalentaran la inversión extranjera y, en consecuencia, perjudicaran los objetivos de desarrollo, mientras que contribuiría a asegurar que se aplicaran las normas mínimas de conducta.

Una dificultad práctica fundamental en esta esfera es la definición de “Estado de origen.” Conforme a las definiciones actuales, una empresa del país A podría establecer una empresa en el país B para luego aprovechar un TBI entre el país B y el país C. En efecto, la empresa adopta un nuevo Estado de origen. Este nuevo giro del fenómeno del pabellón de conveniencia puede incitar a las empresas a adoptar Estados de origen que no reconozcan o no velen por el cumplimiento de las responsabilidades del Estado de origen, pero que sean signatarios de un gran número de TBI.

Cuadro 5: Derechos y obligaciones del Estado de origen potencial

Estado de origen	Antes del establecimiento	Después del establecimiento
Derechos	■ Promoción de las condiciones acordadas	■ Ayuda a los inversionistas
		■ Subrogación de derechos
		■ Controversias Estado-Estado
Obligaciones	■ Respeto de las normas básicas del desarrollo sustentable	■ Respeto de las normas básicas del desarrollo sustentable
	■ Obligaciones contra la corrupción	■ Eliminación de lo que dificulta la responsabilización de los inversionistas
	■ Ayuda a los Estados anfitriones para promover el desarrollo institucional	■ Obligaciones contra la corrupción

4.4 Procedimientos de solución de controversias

En la sección 2.1 se sostenía firmemente que, desde una perspectiva de interés público, el modelo actual de solución de controversias tiene deficiencias de transparencia, legitimidad y responsabilización.

Tanto los TBI como el TLCAN prevén procesos de solución de controversias Estado-Estado relativas a inversiones mediante consultas tradicionales entre los Estados interesados, arbitraje o procesos de adjudicación. Para subsanar las deficiencias arriba esbozadas se ha propuesto utilizar el modelo de la OMC para la solución de diferencias entre Estados, en particular, con su proceso de apelación. Éste podría ser un enfoque útil, a condición de que también se puedan abordar otras cuestiones de transparencia y participación del público.

Sin embargo, es difícil que la solución de diferencias Estado-Estado resulte suficiente en el contexto de las controversias relativas a inversiones. En efecto, la falta de una referencia a las diferencias inversionista-Estado en la Declaración Ministerial de Doha fue aparentemente una de las razones por las cuales los principales grupos empresariales han tratado de apuntalar los TBI para prevenir su posible erosión como resultado de las negociaciones sobre inversiones en el marco de la OMC.

La razón principal de esto es que las diferencias no suelen surgir entre un Estado de origen y un Estado anfitrión sino entre un *inversionista* y un Estado anfitrión. En la mayor parte de estas controversias son fundamentales las circunstancias específicas de la inversión, y no los obstáculos legales más sistémicos aplicados a las inversiones.⁹⁹ Además, la historia muestra que los mecanismos Estado-Estado son más fácilmente distorsionados por la política y las influencias para otorgar mejor trato a las empresas grandes que a las pequeñas y medianas, y están sujetos a la dinámica política del momento. En otras palabras, hay argumentos importantes a favor del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, pero también hay argumentos irrefutables en contra de la utilización de los modelos existentes.

Más arriba escribimos que: “Para resumir, no es necesario que los acuerdos sobre inversiones de hoy se concentren exclusivamente en liberalizar los flujos de capital: éstos ya son libres en gran parte, y cada vez más. Deben asegurar un trato justo y equitativo a los inversionistas, y equilibrar correctamente los derechos privados y los bienes públicos en un mundo donde los flujos de capital están cada vez más liberalizados. Y deben promover las instituciones nacionales capaces de respaldar este objetivo.”

De acuerdo con el objetivo de fortalecimiento de las instituciones nacionales, una primera recomendación es que se vuelva a considerar la posibilidad de agotar todos los recursos locales (o sea, que se establezca el requisito de agotar primero todas las posibilidades que ofrezca la justicia nacional) como requisito previo a los arbitrajes inversionista-Estado, que era el enfoque anterior en esta esfera. Esto parece especialmente apropiado para los países respecto de los cuales no haya temores de corrupción del sistema judicial, una meta deseable para todos los países participantes en AII. Si hubiera cada vez menos razones para temer que sistemas judiciales corruptos apoyen sin más las posiciones de los gobiernos, y si el proceso de arbitraje inversionista-Estado se encontrara cada vez más cuestionado desde el interior por falta de rapidez y eficiencia y por no ser concluyente,¹⁰⁰ ¿qué justificación quedaría en último término para el proceso inversionista-Estado como primer recurso?

Es más, si se recurre al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, éste debe cumplir con las normas básicas de legitimidad, responsabilización y transparencia en todo el proceso de solución de controversias, desde la iniciación de una queja hasta la publicación de toda decisión. Muchos modelos judiciales abiertos de este tipo existen en el derecho internacional, en particular el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Mientras que los Estados Unidos hasta ahora no han estado dispuestos a participar en la creación de un nuevo marco institucional mundial, en sus dos acuerdos de libre comercio más recientes han sugerido un enfoque más próximo al establecimiento de un tribunal para la solución de diferencias inversionista-Estado. Como ya se ha observado, los acuerdos de libre comercio de Chile y de Singapur con los Estados Unidos establecen mayores requisitos de transparencia en los procedimientos, pero mantienen el proceso actual de nombramiento de los árbitros.¹⁰¹ Sin embargo, ambos acuerdos prevén la introducción futura de un posible mecanismo de apelación, lo que sugiere que los EE.UU. y sus interlocutores desarrollarán ideas al respecto. Por lo tanto, se puede prever el establecimiento de un tribunal multilateral y/o un proceso de apelación orientado específicamente a las cuestiones relativas a los acuerdos sobre inversiones extranjeras y las normas del derecho internacional consuetudinario.

El IIDS considera que un proceso inversionista-Estado que cumpla con los principios básicos de transparencia, legitimidad y responsabilización debe satisfacer actualmente los requisitos mínimos siguientes:

- La condición de que se hayan agotado los recursos locales, lo que implica un apoyo más decidido a favor de las instituciones nacionales y su fortalecimiento;
- Que el proceso inversionista-Estado respete los principios judiciales democráticos básicos de transparencia, responsabilización y legitimidad:
 - Que haya un cuerpo permanente de panelistas exentos de conflictos de intereses, sistémicos u otros;
 - Que los procesos estén abiertos al público;
 - Que se prevea el otorgamiento de la condición de *amicus curiae* a interesados no estatales;
 - Que haya acceso público a todos los documentos y reclamaciones; y
 - Que haya un proceso de apelación válido.

Mientras que lo anterior se debe recoger en todos los acuerdos futuros, cabe observar que, en teoría, los acuerdos vigentes se podrían modificar de manera relativamente fácil para que reflejen esos mismos principios. Eso es porque, en lo concerniente al proceso inversionista-Estado, la mayor parte de los acuerdos hacen referencia a las reglas de arbitraje del CIADI y de la CNUDMI. Si se procediera a enmendar estas reglas para reflejar estos principios, en la práctica se enmendarían también casi todos los acuerdos vigentes. A nivel procesal, por consiguiente, la modificación de los mecanismos imperfectos existentes es una tarea intrínsecamente realizable.¹⁰²

Desde luego, por más que se mejore el sistema de solución de diferencias, será tan legítimo como la legislación sustantiva que deba aplicar; las reformas previstas aquí son complementarias de las reformas sustantivas propuestas en la sección anterior.

4.5 Instituciones internacionales de inversiones

En los dos últimos años se ha pensado mucho en la OMC como foro para las negociaciones en materia de inversiones. Como esta probabilidad ha disminuido ahora significativamente, cabe preguntar sin ambages: si esto no se hiciera en la OMC ¿dónde se haría?

Mientras que muchos observadores creen que un acuerdo multilateral sobre inversiones no es deseable, el IIDS estima que la clase correcta de acuerdo es muy deseable y podría ser incluso un elemento esencial en un sistema económico mundial que tomara en serio la sostenibilidad. Si esta posición es correcta, la próxima pregunta es ¿cuál debe ser la sede institucional de ese sistema? ¿Debe ser la OMC, en Ginebra? ¿Debe ser el Banco Mundial, que alberga ya el proceso de solución de controversias en el marco del CIADI? ¿Deben ser las Naciones Unidas, quizás por intermedio de un organismo relacionado a la UNCTAD? En realidad, ninguna de estas opciones es especialmente satisfactoria, porque ninguna de estas instituciones está realmente preparada para ser la sede del desarrollo y de la aplicación de un sistema mundial de inversiones, que es mucho más amplio y más complejo que el del comercio, más normativo que un sistema de solución de diferencias, y cuyas actividades deben estar menos politizadas que las de un organismo de las Naciones Unidas.

El resultado probable es que se necesite un organismo nuevo, o al menos una combinación de funciones de organismos existentes. A este respecto conviene abstenerse de formular una recomendación específica. El IIDS cree que la forma debe surgir de la función y no a la inversa. Sólo cuando empiece a materializarse todo el alcance de un acuerdo, podrá determinarse la sede (o grupo de sedes) correspondiente. Pero la cuestión clave es que no debe elegirse un foro que no pueda garantizar un sistema cabal, equilibrado, transparente y responsable, con la única excusa de que ese foro quizá pueda hacer parte del trabajo. El establecimiento del sistema internacional de inversiones hasta la fecha se caracteriza por tener una base institucional fragmentaria, carente de orientación. Si se le añadiera la institución que sea momentáneamente más conveniente, los problemas actuales se multiplicarían en lugar de resolverse.

Notas finales

- 83 Obsérvese la voluntad de los EE.UU. de modificar su TBI modelo y las cláusulas sobre inversiones en los recientes acuerdos de libre comercio en lo que se refiere a la apertura del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado y los límites a las obligaciones sustantivas relativas a la expropiación y el nivel internacional mínimo de trato. Esto está en contraposición con el contexto del TLCAN, donde las Partes sólo han abordado el último punto, y han hecho tentativas limitadas de abordar la transparencia en la solución de controversias. Está en contraste aun mayor con la incapacidad completa de los EE.UU. de enmendar los TBI pasados en cualquiera de estos aspectos.
- 84 Luke Eric Peterson, "US Administration Warns WTO on Inviolability of its Bilateral Investment Treaties," *INVEST-SD News Bulletin*, May 9, 2003.
- 85 Para una panorámica de estos cambios, véase John Audley, "Environment's New Role in US Trade Policy," Carnegie Endowment for International Peace, Trade, Equity and Development Series, Issue #3, 2002. Disponible en: http://www.ceip.org/files/pdf/TED_3.pdf.
- 86 Comunicación con el Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Canadá, 4-5 de junio de 2003.
- 87 El artículo 1131(2) del TLCAN otorga a la CLC la facultad de interpretar el Artículo 11: "La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección."
- 88 La Declaración puede encontrarse en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp. Un análisis del contenido y las implicaciones de esta declaración se encuentra en Aaron Cosbey, "Note on NAFTA Commission's July 31, 2001, Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions," Winnipeg: IISD, 2001. (www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=375).
- 89 Véase *supra* en 12.
- 90 Véase www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta_commission-en.asp. Se halla un análisis en Howard Mann, "The Free Trade Commission Statements of October 7, 2003, on NAFTA's Chapter 11: Never-Never Land or Real Progress?" Winnipeg, IISD, 2003. (www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=578).
- 91 Véase www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-en.pdf.
- 92 Véase Luke Eric Peterson, "US-Singapore FTA Text Released; Investment Provisions Reveal Many Changes," *INVEST-SD News Bulletin*, March 14, 2003, disponible en: www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_march_2003.pdf.
- 93 "Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties," Sept. 22, 2003, disponible en línea en: <http://www.useu.be/Categories/US&EUEnlargement/Sept2203BITsUnderstanding.html>.
- 94 Varios otros han expuesto ya este mismo argumento. Véase, por ejemplo, Zampetti y Fredriksson, *supra* at 68; y PNUD *supra* en 81.
- 95 Véase Manuel R. Agosin y Ricardo Mayer, "Foreign Investment in Developing Countries: Does it Crowd in Domestic Investment?" UNCTAD Discussion Paper 146, Ginebra, 2000 (http://www.unctad.org/en/docs/dp_146.en.pdf); y Kevin P.Gallagher y Lyuba Zarsky, "Sustainable Industrial Development? The Performance of Mexico's IED-led Integration Strategy," Global Development and Environment Institute, Tufts University, 2004 (<http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/MEXICOFDIREPORT11-03.pdf>).
- 96 Esta sección se basa en gran medida en los trabajos realizados por el IIDS en colaboración con el Royal Institute of International Affairs: "Investment, Doha and the WTO," Background paper to the Chatham House meeting convened by IISD and RIIA: Trade and Sustainable Development Priorities Post-Doha, London, April 7-8, 2003. También se basa en von Moltke, Konrad, "A Model International Agreement for the Promotion of Sustainable Development," paper prepared for the Swiss Agency for Development Cooperation, Winnipeg: IISD, 2003.
- 97 Este es el problema del beneficiario automático, hasta cierto punto evidente en el caso de la IED pero no en el del control del tabaco.
- 98 El artículo 1114(2) del TLCAN dice en parte: "Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, ..., dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio."
- 99 Este tipo más general de controversia ha sido recientemente objeto de litigio Estado-Estado en el marco del TLCAN. *En el asunto de: Servicios de transporte transfronterizo*, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Panel Arbitral establecido en términos del Capítulo Veinte, (Expediente del Secretariado Núm. EUA-MEX-98-2008-01), Informe final del Panel, 6 de febrero de 2001.
- 100 E.g. Charles Brower, "A Crisis of Legitimacy," *National Law Journal*, October 7, 2002, pág. 1.
- 101 Véase el Acuerdo de libre comercio entre Singapur y los Estados Unidos de América, <http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/final.htm>; y el Acuerdo de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos de América, <http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/final/index.htm>.
- 102 Sin embargo, como se señala más arriba, las reglas de la CNUDMI (a diferencia de las del CIADI) se utilizan casi exclusivamente para el arbitraje entre empresas comerciales. Es sumamente improbable que estas reglas se modifiquen para que reflejen las dificultades encontradas en los casos relativamente escasos de la CNUDMI que surgen de AII.

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía
referente a la
utilización actual
y al futuro
potencial de los
acuerdos
internacionales
sobre inversiones

42

5. Conclusiones

Las inversiones tienen una importancia fundamental para el desarrollo sustentable. Sin la clase correcta de inversiones no será posible reemplazar las actuales estructuras económicas insostenibles por otras menos gravosas para la tierra, y no conseguiremos sacar de la pobreza a la mayor parte de la humanidad que está sumida en ella. Pero, como se ha argumentado en este libro, es necesario concentrarse en la calidad de las inversiones y hacerlo de una manera que no limite excesivamente la capacidad de los Estados para actuar ni para reglamentar en pro del interés público.

Señalamos que la mayor parte de los miles de AII existentes comparten ciertos problemas de procedimiento y de fondo que, juntos, amenazan con limitar las valiosas posibilidades de adoptar medidas en pro del desarrollo y del medio ambiente. Y sostenemos que la solución de estos problemas quizá sea difícil porque enmendar un acuerdo es una tarea muy compleja, en particular en el contexto político del fracaso espectacular de varios intentos importantes de multilateralizar reglas aplicables a las inversiones.

En definitiva: si queremos inversiones favorables al desarrollo sustentable, necesitamos un nuevo tipo de AII, que proponga este objetivo como punto de partida. Hemos comenzado a preguntarnos por la forma que revestiría semejante acuerdo, y también hemos señalado los obstáculos considerables que será necesario superar para que esa clase de acuerdos entre en vigor. Estos obstáculos quizá puedan intimidar en el corto plazo. Pero un examen claro de los principios básicos — en primer lugar las razones por las cuales valoramos las inversiones y lo que esperamos que realicen — nos conducirá necesariamente en esa dirección.

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones

Inversiones y desarrollo sustentable

Una guía
referente a la
utilización actual
y al futuro
potencial de los
acuerdos
internacionales
sobre inversiones

44

Inversiones y desarrollo sustentable

Este libro analiza las funciones que desempeñan y *podrían* desempeñar los acuerdos internacionales sobre inversiones en la promoción del desarrollo sustentable. Es un análisis esperado desde hace largo tiempo; se está aceptando cada vez más ampliamente que es preciso atraer inversiones de *calidad*, en lugar de *cantidad*. En definitiva, si una inversión no mejora de manera sostenible el bienestar, no vale la pena acogerla, y mucho menos buscarla.

¿Cómo se desempeñan los acuerdos actuales en ese marco? Nada bien. Hay actualmente en vigor más de 2000 tratados bilaterales de inversión. También hay un número creciente de acuerdos sobre inversiones incorporados en convenios comerciales más amplios; el Capítulo XI del TLCAN es el más conocido. Todos adolecen de tres fallas fundamentales.

Primero, los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado previstos en estos acuerdos no son transparentes, no están sujetos a ningún control y no son legítimos — en grados variables. Esto preocupa en particular cuando los casos se refieren a cuestiones de política pública, como el derecho de los Estados a reglamentar y cobrar impuestos en beneficio del público. Segundo, las reglas incorporadas en los acuerdos dan lugar a argumentaciones e interpretaciones favorables a los derechos de los inversionistas, y desfavorables a los objetivos de política no comerciales como los de medio ambiente y salud pública. Tercero, los acuerdos no aseguran la calidad de las inversiones, lo cual es muy problemático en los Estados cuyas instituciones son débiles y no pueden hacerlo ellas mismas.

Basado en el cúmulo de trabajos del IIDS sobre inversiones y desarrollo sustentable, el presente libro explora esos problemas y posibles maneras de resolverlos mediante un nuevo tipo de acuerdos.

