
desarrollo productivo

Arbitraje internacional basado
en cláusulas de solución de
controversias entre los inversionistas
y el Estado en acuerdos
internacionales de inversión:
desafíos para América Latina
y el Caribe

Michael Mortimore



Santiago de Chile, noviembre de 2009

Este documento fue preparado por Michael Mortimore, Jefe de la Unidad de Investigaciones y Estrategias Empresariales hasta el 28 de febrero de 2009, División de Desarrollo Productivo, de la CEPAL.

El autor agradece las contribuciones y comentarios de Stanimir Alexandrov (Sidley), Américo Beviglia-Zampetti (EEC), Álvaro Calderón (CEPAL), Gus Van Harten (York University), Torbjorn Fredriksson (UNCTAD), Sebastián Sáez (Banco Mundial), Karl Sauvart (Columbia University), Miguel Solanes (CEPAL), Leonardo Stanley (CEDES) y Marcia Tavares (CEPAL).

Las opiniones expresadas en este documento, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN versión impresa 1020-5179 ISSN versión electrónica 1680-8754

ISBN: 978-92-1-323329-0

LC/L.3049-P

N° de venta: S.09.II.G.51

Copyright © Naciones Unidas, noviembre de 2009. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	7
I. Introducción	9
II. Arquitectura internacional de la inversión extranjera y la solución de controversias	11
1. Logros en la arquitectura internacional del comercio exterior: un sistema comercial multilateral basado en la liberación del comercio y la solución de controversias ...	11
2. Caminos sinuosos hacia la protección y la liberalización de la inversión extranjera.....	12
a) Iniciativas de las instituciones financieras de Bretón Woods y de la OCDE.....	13
b) Negociaciones en la OMC (AMIC, AGCS y ADPIC).....	17
c) Acuerdos internacionales bilaterales y plurilaterales de inversión.....	20
3. Poder de negociación y solución de controversias entre los inversionistas y el Estado: situación excepcional de los principales países en desarrollo y economías en transición (países BRIC)	26
III. Riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el estado en acuerdos internacionales de inversión y desafíos que enfrentan los países receptores	31
1. ¿Los beneficios de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión justifican los riesgos que asumen los países receptores?	32

a) ¿Las garantías previstas en las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión producen un mayor flujo de inversión extranjera?	32
b) ¿Las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los tratados internacionales de inversión justifican los problemas y riesgos que suponen?	33
i) Asuntos de legitimidad que afectan las prácticas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluídas en los acuerdos internacionales de inversión	33
ii) Una jurisprudencia cada vez mayor sobre el tema, que transfiere el riesgo a los países receptores y reduce su espacio de política internacional	36
iii) Principales riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión y desafíos que se enfrentan	43
2. ¿Pueden los mecanismos previstos en las cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado de los acuerdos internacionales de inversión establecerse de tal modo que los beneficios justifiquen los riesgos?	44
IV. La gestión del riesgo del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el estado en América Latina y el Caribe	49
1. Dos divisiones diferentes sobre los riesgos del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión de América Latina y el Caribe	50
2. Experiencias en la gestión de los riesgos del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en la región	52
a) Costos financieros de la jurisprudencia en material de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado	52
b) Interpretaciones expansivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado	53
c) Cuestiones de legitimidad	63
3. Estrategias de desarrollo basadas en recursos naturales	63
4. La crisis de la Argentina y el estado de necesidad	66
V. Conclusiones	73
Bibliografía	77
Serie Desarrollo Productivo: números publicados	85

Índice de cuadros

CUADRO 1	Características de los grupos de países de América Latina y el Caribe con caos en el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), 2008.....	51
----------	---	----

Índice de recuadros

RECUADRO 1	Solución de controversias entre los inversionistas y el estado en los tratados internacionales de inversión.....	14
RECUADRO 2	El modelo de tratados bilaterales de inversión de los estados unidos	22
RECUADRO 3	Solucion de controversias en el capitulo 11 del tratado de libre comercio de america del norte	24
RECUADRO 4	METALCLAD Corporación contra los Estados Unidos Mexicanos: interpretación del trato justo y equitativo y la exspropiación indirecta.....	54
RECUADRO 5	MTD Equity contra la República de Chile: interpretación expansiva del trato justo y equitativo	55
RECUADRO 6	¿Quiénes pueden recurrir al arbitraje internacional en materia de inversiones? La definición “inversionista” en la jurisprudencia sobre el arbitraje internacional	

	para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en América Latina y el Caribe	56
RECUADRO 7	Trato de la nación más favorecida en tres casos de la Argentina: gas natural, Siemens y Suez / Aguas Barcelona/ Interaguas	59
RECUADRO 8	Sometimiento de los contratos estatales a la jurisdicción de los tratados: casos de la Argentina	60
RECUADRO 9	Expropiación indirecta en el sector del agua y el alcantarillado en la Argentina: ¿una cuestión de grado?	61
RECUADRO 10	Los casos CMS y LG&E contra la Argentina y el estado de necesidad respecto de las medidas de emergencia adoptadas por la Argentina.....	69

Resumen

A lo largo de este documento se abordan los riesgos que suponen para los países receptores de inversión extranjera los procedimientos basados en cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado establecidas en acuerdos internacionales de inversión, como los acuerdos bilaterales de inversión y los acuerdos comerciales regionales que incluyen capítulos de inversión.

En la arquitectura internacional actual existen formas muy diversas de tratar las controversias en las áreas del comercio internacional y la inversión extranjera. Con respecto al comercio internacional, en el contexto de la Organización Mundial de Comercio (OMC) se estableció un tribunal internacional ante el que se presentan las controversias entre Estados. Este sistema funciona relativamente bien puesto que todos los países participan en el comercio internacional como importadores y exportadores, y los que llevan a cabo la mayor parte del comercio (países de Europa, América del Norte y Asia oriental) respetan por lo general las decisiones del tribunal. En el caso de la inversión extranjera, el arbitraje internacional entre los inversionistas extranjeros privados y los países receptores ha reemplazado en gran medida los mecanismos de solución de controversias entre Estados. Este sistema no ha funcionado tan bien porque aunque muchos países en desarrollo y economías en transición son países receptores, relativamente pocos de ellos invierten en el extranjero. Además, muchos países receptores han considerado que los procedimientos basados en cláusulas de arbitraje internacional les eran impuestos por la comunidad internacional de inversionistas. Unos pocos países receptores con grandes mercados internos, como los países BRIC (el Brasil, la Federación de Rusia, la India y China), han podido emplear su poder de negociación para limitar los riesgos asociados a esas cláusulas en los acuerdos internacionales de inversión.

Las dudas acerca de la legitimidad, las interpretaciones amplias de los tribunales y los costos financieros son los mayores riesgos para los países receptores en el ámbito de esos procedimientos. Las dudas acerca de la legitimidad se vinculan al origen del arbitraje comercial entre empresas privadas. Incluyen los conflictos de interés evidentes de los árbitros privados y las prácticas poco democráticas que socavan los principios básicos del derecho público con respecto a la rendición de cuentas, la transparencia y la independencia judicial, que reduce el estatus del país receptor al de una entidad comercial. Algunos países han denunciado los procedimientos de arbitraje previstos en las cláusulas y se han retirado parcial o completamente del marco institucional internacional correspondiente. Las interpretaciones amplias de los conceptos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión, como el de la expropiación indirecta, el trato justo y equitativo, el trato nacional (en “circunstancias similares”), el alcance de la aplicación del trato de la nación más favorecida, las definiciones de inversionista e inversión, y las cláusulas generales y de estabilización, entre otros aspectos, han incrementado considerablemente el riesgo para los países receptores asociado a los acuerdos de inversión internacional existentes. El impacto de las interpretaciones amplias puede verse en la parálisis política o el congelamiento regulatorio que limita el espacio de política del país receptor. Los costos financieros pueden ser prohibitivos, sobre todo para los países más pequeños y pobres, y los costos finales, incluidos los correspondientes a laudos, honorarios de abogados y costos administrativos, algunas veces llegan a cientos de millones de dólares.

Los intentos de reformar los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado con el fin de reducir los riesgos del país receptor han tenido un éxito parcial en el mejor de los casos y se han referido principalmente a los acuerdos internacionales de inversión más invasivos, es decir, a los acuerdos comerciales regionales más que a los tratados bilaterales de inversión. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, los cambios que promovieron sobre todo los Estados Unidos se tradujeron en lineamientos para las interpretaciones sobre los conceptos de expropiación indirecta y trato justo y equitativo en los procesos arbitrales internacionales, introdujeron una mayor transparencia e intentaron establecer un medio para apelar las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional (que finalmente fracasó). Actualmente siguen existiendo los mismos riesgos que en los primeros acuerdos bilaterales de inversión.

Existen cuatro enfoques respecto de esos riesgos en América Latina y el Caribe. Un grupo amplio de países de la costa del Pacífico (excepto el Ecuador) parecen estar dispuestos a asumir los riesgos del arbitraje entre inversionistas y el Estado asociados a los capítulos de inversión de los acuerdos comerciales regionales del tipo de los de los Estados Unidos mientras buscan lograr otras reformas. Los países del Caribe han sido cautelosos, sobre todo en su acuerdo de asociación económica con la Unión Europea, que no incluye cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado, aunque sus acuerdos bilaterales de inversión originales sí las incluyen. Un grupo más pequeño de países ha rechazado en forma parcial (como en el caso de la República Bolivariana de Venezuela y el Ecuador) o total (Estado Plurinacional de Bolivia) los procedimientos de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado empleados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, o han demostrado claramente su disconformidad con las decisiones del Centro (Argentina). Por último, el Brasil nunca ratificó los acuerdos bilaterales de inversión ni los demás compromisos internacionales negociados en la década de 1990 y, por lo tanto, no corre ningún riesgo en ese sentido. La experiencia de América Latina y el Caribe parece indicar que no se logrará una arquitectura internacional duradera para la inversión extranjera, como sí ocurrió en el área del comercio internacional, hasta que existan mejores condiciones para los países receptores.

I. Introducción

Los países de América Latina y el Caribe son parte en un gran número de casos de arbitraje internacional (100), que alcanzan un 35% del total mundial (UNCTAD, 2008a, pág. 14). Los casos surgen a partir de cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión. La mayoría de los países de la región enfrenta desafíos de desarrollo que se derivan de los riesgos asociados a estos procedimientos de arbitraje internacional. Con respecto a la protección de la inversión extranjera, los compromisos y obligaciones son relativamente imprecisos y dan lugar a controversias. En términos de liberalización de la inversión extranjera, en muchos de los acuerdos comerciales regionales de América Latina y el Caribe se establecen estrictos compromisos y obligaciones. Esto ha generado un nivel de riesgo más elevado con respecto al arbitraje internacional que resulta de los acuerdos internacionales de inversión de la región que incorporan este mecanismo de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

En la década de 1990, en muchos países de la región, al igual que ocurrió en el resto del mundo, se adoptaron reformas orientadas al mercado. Durante más de una década, el cuestionamiento de esas reformas (incluida la postura adoptada con respecto a los acuerdos internacionales de inversión) se mantuvo fuera de la agenda de política. La actual crisis y la reevaluación de muchos aspectos del modelo anterior, entre ellos la arquitectura financiera, brindan la oportunidad de abrir un debate sobre los beneficios y riesgos asociados a esos acuerdos. El propósito de este documento es examinar la situación de los países de América Latina y el Caribe y la dinámica que condujo a ella, identificar los riesgos asociados y presentar algunas ideas que contribuyan al debate. El conocimiento de los costos y de los beneficios a largo plazo

de estos acuerdos es fundamental para asegurar un equilibrio adecuado entre las garantías que se ofrecen a los inversionistas extranjeros y el espacio de política de los países que buscan alcanzar objetivos de desarrollo.

II. Arquitectura internacional de la inversión extranjera y la solución de controversias

1. Logros en la arquitectura internacional del comercio exterior: un sistema comercial multilateral basado en la liberalización del comercio y la solución de controversias

Después de la segunda guerra mundial, se registraron avances impresionantes respecto de la arquitectura internacional del comercio exterior. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue firmado en 1947 para crear un foro internacional en el que se promoviera la liberalización del comercio entre los Estados miembros mediante la regulación y la reducción de los aranceles aplicados a los bienes comercializados, de acuerdo con dos principios básicos, el trato nacional y el trato de la nación más favorecida, y suministrando un mecanismo permanente para la solución de diferencias¹. La iniciativa de crear una organización mundial del comercio no tuvo éxito en

¹ De acuerdo con la Organización Mundial del Comercio (OMC), el trato nacional consiste en dar a los demás el mismo trato que se da a los nacionales del propio país. En el artículo III del GATT se establece que los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional una vez que hayan pasado la aduana. En el artículo XVII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el artículo 3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) también se prevé el trato nacional para la protección de los servicios y la propiedad intelectual. El trato de la nación más favorecida (artículo I del GATT, artículo II del AGCS y artículo 4 del ADPIC) es el principio de no discriminación entre los propios socios comerciales.

un primer momento y hubo siete rondas consecutivas del GATT en las que se llevaron a cabo negociaciones sobre la liberalización arancelaria (siendo la última de ellas la Ronda Uruguay) antes de que una organización permanente de comercio —actualmente denominada Organización Mundial del Comercio (OMC)— se constituyera formalmente el 1° de enero de 1995 con 51 miembros originales. Las funciones principales de la OMC son las de servir como foro para las negociaciones comerciales, administrar sus acuerdos comerciales, servir como medio para la solución de diferencias comerciales y como mecanismo para el seguimiento de la política comercial de los países². Los 150 miembros actuales acordaron colectivamente practicar el comercio de acuerdo con las normas establecidas multilateralmente.

El cambio del GATT a la OMC fue quizás el acontecimiento más importante de la historia del comercio mundial. Una parte importante de ese éxito se debió a la introducción del procedimiento de solución de diferencias comerciales, de garantías en el cumplimiento de las normas y de un mecanismo de apelación. El acuerdo de la OMC implementa un sistema formal de solución de diferencias que funciona como tribunal de comercio internacional, en el que se aplican normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. El procedimiento depende de las decisiones de expertos (no representantes de los miembros), que son revisadas por un órgano de apelación único y supervisadas por el Órgano de Solución de Diferencias de acuerdo al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Un factor significativo para el adelanto de las negociaciones comerciales multilaterales fue el amplio consenso entre los negociadores respecto de que todos los países tenían algo para ganar de la liberalización del comercio en un sistema multilateral de comercio. De este modo, primero Europa y los Estados Unidos, luego otros países industrializados y en desarrollo y, por último, varias economías en transición llegaron a apreciar los beneficios del sistema comercial multilateral a pesar de los numerosos conflictos específicos que surgieron. Sin embargo, no hubo un consenso equivalente acerca de los beneficios mutuos de la inversión extranjera. La arquitectura internacional de la inversión extranjera resultó considerablemente más compleja.

2. Caminos sinuosos hacia la protección y la liberalización de la inversión extranjera

El período que siguió a la segunda guerra mundial se caracterizó por un aumento de las nacionalizaciones, primero las de los gobiernos comunistas de China, Europa oriental y Cuba y luego, durante las décadas de 1960 y 1970, las llevadas a cabo en otros numerosos países en desarrollo. La expropiación de la inversión extranjera se realizó, sobre todo, en el sector de los recursos naturales (principalmente petróleo y productos minerales). Durante este período se nacionalizó gran parte del sector petrolero de Oriente Medio y África septentrional (Argelia, Arabia Saudita, el Irán, el Iraq y la Jamahiriya Árabe Libia). En América Latina y el Caribe la nacionalización de las inversiones de varias empresas también se llevó a cabo en el sector petrolero (subsidiarias de Standard Oil Company

en el Perú y la República Bolivariana de Venezuela y subsidiarias de Gulf Oil en el Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia) y en el sector minero (subsidiarias de Kennecott y Anaconda en Chile, y de Alcoa, Kaiser y Reynolds en Jamaica). Estos hechos dieron lugar a controversias por las compensaciones entre los gobiernos de los países de origen de las inversiones y de los países receptores de estas.

² Los textos jurídicos de la OMC tratan temas de agricultura, textiles y vestido, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, normas industriales y de seguridad de los productos, seguridad alimentaria y propiedad intelectual, entre otros. Otras funciones de la OMC han sido la prestación de asistencia técnica y la realización de actividades de capacitación para países en desarrollo, así como el mantenimiento de la cooperación con instituciones internacionales.

Los países en desarrollo, a menudo respaldados por el bloque soviético, se volvieron muy activos en la Asamblea General de las Naciones Unidas en la defensa de su soberanía con respecto a los derechos de los inversionistas extranjeros. En 1962, la resolución 1803 (XVII) reconoció el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, incluida la nacionalización, caso en que se pagaría la compensación correspondiente. En la resolución 3171 (XXVIII) de 1973 se aclara que el Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago (a diferencia de lo que sostenía la posición estadounidense respecto de la fórmula Hull)³. En la resolución 3201 (XXIX) de 1974 se declaraba que en el nuevo orden económico internacional no se puede someter a un Estado a ningún tipo de coerción por la nacionalización o transferencia de los derechos de propiedad a sus nacionales de los activos de inversionistas extranjeros. También en 1974, en la resolución 3281 (XXIX) sobre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados se establece el derecho de todo Estado de reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, así como de reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales. Asimismo, las Naciones Unidas se transformaron en un foro de negociaciones para la redacción de un código de conducta para las empresas transnacionales, que contuviera nuevas reglas de conducta para las empresas extranjeras⁴.

Dado lo conflictivo de esas primeras etapas históricas de la inversión extranjera, los países inversionistas emplearon varios medios en sus intentos por establecer una nueva arquitectura internacional para la inversión extranjera, desde iniciativas de las organizaciones internacionales como las instituciones financieras de Bretton Woods y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), hasta las negociaciones sobre temas relativos a la inversión extranjera en la OMC y los acuerdos internacionales bilaterales y plurilaterales de inversión, como los tratados bilaterales de inversión y los capítulos sobre inversión en los acuerdos comerciales regionales.

a) Iniciativas de las instituciones financieras de Bretton Woods y de la OCDE

Después de la segunda guerra mundial, las primeras medidas de los países industrializados en materia de inversión extranjera, tras la desaparición de la iniciativa de crear una organización internacional de comercio, supusieron simplemente la búsqueda de la recuperación económica y el desarrollo y la promoción de la empresa privada. En este sentido, las instituciones financieras de Bretton Woods fueron fundamentales⁵. El Fondo Monetario Internacional (FMI) se centró inicialmente en los asuntos financieros y los regímenes cambiarios para facilitar el comercio exterior y la inversión extranjera. Sin embargo, después de que los Estados Unidos abandonaron el patrón oro en 1971, el FMI se volcó hacia una evaluación general de las políticas y el ofrecimiento de lineamientos a los países miembros, sobre todo países en desarrollo y, más tarde, las economías en transición, cuando sufrían crisis financieras o

³ La fórmula Hull para las expropiaciones supone el pago de una compensación pronta, justa y efectiva, y surge de los reclamos del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, al Gobierno de México tras la nacionalización del sector petrolero en 1939.

⁴ En la resolución 1721 (LIII) de 1972 del Consejo Económico y Social se plasmó el mandato para la formación de un grupo de personalidades encargado de estudiar los efectos de las empresas transnacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales. El estudio recomendó el establecimiento de una Comisión de Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales y un Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales. La primera propondría un código de conducta para las empresas transnacionales y el segundo constituiría un organismo técnico para el apoyo a la Comisión por medio de tareas de investigación sobre la naturaleza de las operaciones de las empresas transnacionales y el impacto de estas en los países miembros. Hacia 1992 era evidente que no se llegaría a ningún consenso con respecto al código de conducta y se suspendieron las actividades. Con respecto al Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, la oposición de los Estados Unidos finalmente limitó la factibilidad de sus actividades en Nueva York, y lo que quedaba de la institución se transfirió a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en Ginebra. En Sagafi-Nejad (2008) puede verse la historia completa del papel de las Naciones Unidas en el área de las empresas transnacionales.

⁵ Debe recordarse que tanto el Fondo Monetario Internacional como el Grupo del Banco Mundial estaban directamente controlados, en términos de derecho de voto, por los Estados Unidos y Europa; el primero generalmente elegía al presidente del Banco Mundial y el segundo al director gerente del Fondo Monetario Internacional.

dificultades en su balanza de pagos. El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la institución original del Grupo del Banco Mundial, en un inicio financió la reconstrucción de economías devastadas por la segunda guerra mundial; sin embargo, su papel se amplió progresivamente mediante nuevas instituciones, como la Corporación Financiera Internacional (CFI) en 1956, la Asociación Internacional de Fomento (AIF) en 1960, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en 1968 y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) en 1988, que juntos se transformaron en lo que hoy se denomina Grupo del Banco Mundial⁶. De estas instituciones, el CIADI en particular se volvió muy importante para los inversionistas extranjeros.

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que comenzó con 30 Estados miembros y ahora cuenta con más de 140. El propósito principal del CIADI es brindar medios para la conciliación y el arbitraje de controversias relativas a inversiones internacionales. El convenio buscaba eliminar los principales impedimentos para el libre flujo internacional de la inversión privada que planteaban los riesgos no comerciales y la ausencia de métodos internacionales especializados para la solución de controversias relativas a inversiones. En un principio, se centró en las diferencias relativas a las inversiones entre los inversionistas y el Estado en las que había contratos de concesión, asociados con los riesgos de la inversión extranjera en un clima de guerra fría (Gal-Or, 2005). Sin embargo, pronto abarcó diferencias relacionadas con tratados internacionales sobre inversiones, como los acuerdos bilaterales de inversión y los capítulos sobre inversiones de los acuerdos comerciales regionales (véase el recuadro 1). El CIADI finalmente cambió la relación entre los inversionistas extranjeros y los países receptores con respecto a la solución de controversias.

RECUADRO 1 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS INVERSIONISTAS Y EL ESTADO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Los inversionistas y los países de origen de las inversiones no estaban satisfechos con los procedimientos existentes para la solución de controversias y exigían soluciones más rápidas, eficaces y definitivas. Una alternativa promovida por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) fue el uso de procedimientos similares al arbitraje comercial disponible para empresas privadas a efectos de solucionar controversias relativas a la inversión extranjera. En estos procedimientos, un grupo especial de arbitraje decide sobre los méritos de un caso de acuerdo con las leyes internacionales de arbitraje. Los foros de arbitraje internacional más comunes son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), incluido su mecanismo complementario, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, además de otras alternativas ad hoc. Los procedimientos habitualmente están de acuerdo con las reglas de arbitraje del CIADI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Algunas de las limitaciones para llegar, por medio del arbitraje internacional, a una decisión definitiva cuyo cumplimiento fuera exigible se eliminaron mediante las acciones multilaterales. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de las Naciones Unidas de 1958 (Convención de Nueva York) ofreció un panorama más amplio para la aplicación de los laudos arbitrales mediante la sustitución del requisito de que un laudo debía cumplir con las leyes del Estado en que se debía aplicar, por el de que debía cumplir solo con las leyes del Estado en que se llevaba a cabo el arbitraje. El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio del CIADI) fue el primer tratado multilateral que previó la ampliación del modelo de arbitraje privado para abarcar diferencias entre los inversionistas y los Estados de los países receptores.

El CIADI no concilia ni arbitra controversias, ofrece un marco institucional y procesal para que las comisiones de conciliación independientes y los tribunales arbitrales constituidos en cada caso solucionen una controversia

(Continúa)

⁶ Se pensaba que las preocupaciones acerca de los entornos para la inversión y las percepciones del riesgo político a menudo inhibían la IED y que la mayoría de los flujos se dirigían a un grupo reducido de países en lugar de a las economías más pobres del mundo largamente ignoradas. El OMGI abordó estos temas mediante tres servicios clave: seguros de riesgo político para la inversión extranjera en países en desarrollo; asistencia técnica para mejorar los climas de inversión y promover las oportunidades de inversión en países en desarrollo, y servicios de mediación en controversias para eliminar los posibles obstáculos para futuras inversiones. La estrategia del OMGI tuvo un papel muy destacado en el mercado, atrayendo inversionistas y aseguradores privados a entornos operativos difíciles. La estrategia del organismo se dirigía a áreas específicas donde podía tener mayor relevancia: desarrollo de infraestructura, mercados de frontera e inversión Sur-Sur.

RECUADRO 1 (conclusión)

sobre la base de un tratado que establece un sistema autónomo y autosuficiente para el inicio, la conducción y la conclusión de los procedimientos. El arbitraje y la conciliación previstos en el convenio son voluntarios, pero una vez que las partes han prestado su consentimiento no pueden retirarlo de manera unilateral. El Secretariado del CIADI mantiene las listas de conciliadores y de árbitros para las cuales los Estados contratantes nombran a cuatro personas y el Presidente del Consejo Administrativo nombra a 10 personas. Los laudos se consideran definitivos; sin embargo, podrán anularse si se cumplen cinco condiciones específicas, a saber: que el tribunal se hubiera constituido incorrectamente, que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades, que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal, que hubiera quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o que no se hubieran expresado en el laudo los motivos en que se funda. Otro rasgo distintivo es que un laudo dictado de acuerdo con el Convenio no puede ser ignorado por los tribunales del Estado contratante y solo está sujeto a los recursos posteriores a su pronunciamiento previstos en el convenio. Todos los Estados contratantes, sean o no parte en la controversia, reconocen y aseguran el cumplimiento de los laudos arbitrales del CIADI. Actualmente, el CIADI se considera la principal institución de arbitraje dedicada a las controversias entre los inversionistas y el Estado.

Inicialmente, el Convenio del CIADI no constituía en sí mismo un sistema de protección al inversionista extranjero porque la mera ratificación, aceptación o aprobación del Convenio por parte del Estado contratante no se reputaba como constituyente de una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, según lo establecía el preámbulo del convenio. El arbitraje entre el inversionista y el Estado aún podía realizarse en diferentes foros (como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), según diferentes reglas de arbitraje (como las de la CNUDMI) y someterse a diferentes autoridades para el nombramiento de los árbitros que presiden el procedimiento (como el Presidente de la Corte Internacional de Justicia). Si bien la solución de controversias relativas a la inversión entre los inversionistas y el Estado resultó un gran cambio, en el CIADI solo se concluyeron 26 casos de arbitraje internacional antes del auge de la inversión extranjera de la década de 1990. De estos, 16 casos tuvieron que ver con países receptores de inversión de África y se relacionaron principalmente con servicios, mientras que en cuatro casos participaron países de América Latina y el Caribe (tres relativos a la nacionalización de tres empresas estadounidenses de bauxita que operaban en Jamaica y uno sobre petróleo en Trinidad y Tabago).

El arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado previsto en los acuerdos internacionales sobre inversiones dio nuevas opciones a los inversionistas extranjeros (en un principio, la posibilidad de buscar soluciones mediante el arbitraje internacional una vez agotados los medios locales), dio calidad de tratado a estos procedimientos (que finalmente recibieron el consentimiento general para el arbitraje internacional por parte de los Estados de los países receptores) y transformó las decisiones arbitrales internacionales en definitivas y ejecutables.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y G. Van Harten, "Judicial supervision of NAFTA chapter 11 arbitration: public or private law?", *The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 21, N° 4, 2005.

^a Las reglas de arbitraje de la CNUDMI fueron aprobadas el 28 de abril de 1976. Consisten en un conjunto integral de normas procesales con respecto a las cuales las partes pueden prestar su consentimiento para la dirección de los procedimientos arbitrales que surjan a partir de su relación comercial y se utilizan ampliamente en arbitrajes ad hoc y administrados. Las reglas abarcan diferentes aspectos de los procedimientos arbitrales, ofrecen un modelo de cláusula de arbitraje, establecen las normas procesales respecto del nombramiento de árbitros y la dirección del procedimiento arbitral, y establecen reglas con relación a la forma, el efecto y la interpretación del laudo.

Las principales instituciones financieras multilaterales (el FMI y el Grupo del Banco Mundial) también fueron importantes en la promoción de las políticas económicas y entornos de negocios favorables a la inversión extranjera en los países que sufrían crisis financieras o problemas en la balanza de pagos. Las instituciones financieras de Bretton Woods lo hicieron mediante el condicionamiento de sus préstamos a los países en desarrollo y economías en transición a la adopción de políticas económicas ortodoxas, que fueron cada vez más favorables a los inversionistas extranjeros. Estas instituciones a menudo emplearon condicionalidades cruzadas en sus programas y a veces funcionaron en coordinación con bancos regionales de desarrollo. Las reformas específicas a menudo incluyeron la reducción del tamaño y las actividades del sector público y la liberalización del comercio internacional y la inversión extranjera. En 1992, el Banco Mundial formuló las directrices sobre el trato de la inversión extranjera directa (IED), a las que consideró, no como normas definitivas, pero sí como un paso importante en la evolución de las normas internacionales generalmente aceptadas. De este modo, las instituciones de Bretton Woods apoyaron directamente la expansión de la inversión extranjera.

Una misión fundamental de la principal institución de los países industrializados, la OCDE, era aumentar la contribución de la inversión extranjera al crecimiento y el desarrollo en todo el mundo mediante el avance en la reforma de la política sobre inversión extranjera y la cooperación internacional. Los gobiernos de los países miembros de la OCDE establecieron disciplinas y recomendaciones

vinculantes respecto de la conducta adecuada de las empresas transnacionales por medio de instrumentos jurídicos a cuyo cumplimiento los países adherentes se comprometían, como los Códigos de Liberalización (1961) y la Declaración y Decisiones sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales (1976). Los países que adhirieron a los instrumentos de la OCDE se vieron obligados a asegurar un trato transparente y no discriminatorio para los inversionistas extranjeros. En un principio, la OCDE estaba a la vanguardia de los esfuerzos para desarrollar las reglas de juego internacionales relativas a los movimientos internacionales de capital y la inversión extranjera, sobre todo con respecto a la nacionalización y la expropiación. En este sentido, los miembros sostuvieron que, según el derecho internacional consuetudinario, la inversión extranjera podía expropiarse solo si se cumplían cuatro condiciones: i) se hacía con un fin público; ii) se hacía sobre una base no discriminatoria; iii) se hacía mediante el debido procedimiento legal y iv) se basaba en el pronto pago de una compensación justa y efectiva. En ese momento, muchos países en desarrollo negaron que esas condiciones fueran parte del derecho internacional consuetudinario (UNCTAD, 2007a, pág. 47). Los miembros de la OCDE mostraron opiniones y políticas convergentes en esta área.

En mayo de 1995, los gobiernos de los países miembros de la OCDE lanzaron el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones en la reunión anual del Consejo de la OCDE a nivel ministerial. Este acuerdo fue el primer intento de combinar en un solo acuerdo multilateral las disciplinas en tres áreas clave de la formulación de normas para la inversión extranjera: la protección de la inversión extranjera, la liberalización de la inversión extranjera y la solución de controversias. Se concibió como un tratado internacional autónomo abierto a todos los miembros de la OCDE, que permitiera la adhesión de países que no fueran miembros de la OCDE. Estos últimos no participaron formalmente en las negociaciones. El acuerdo reflejaba sobre todo los intereses y prioridades de los países inversionistas⁷.

En abril de 1998, las negociaciones del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones cesaron y, de acuerdo con la OCDE, no se reanudarán. Varios problemas explican este resultado (Geiger, 2008, págs. 23-24). No se llegó a un consenso con respecto a temas sustantivos específicos, por ejemplo, si el punto principal era la IED o todos los tipos de transacciones y activos relacionados con la inversión extranjera. Existían ambigüedades conceptuales acerca de si el acuerdo tendría la forma de un acuerdo de inversión con obligaciones que supusieran exclusiones precisas o si se seguiría un enfoque de inclusión expresa de las ofertas y compromisos negociados para el acceso al mercado y el trato nacional. Entre las dificultades sin resolver se incluían la falta de acuerdo entre los Estados Unidos y los países europeos sobre temas que iban desde la diversidad cultural y la seguridad nacional hasta el alcance de la solución de controversias. Otras dificultades tenían que ver las circunstancias políticas cambiantes y la reacción contra la globalización (UNCTAD, 1999). Las organizaciones no gubernamentales en los países de la OCDE organizaron una fuerte resistencia a las negociaciones del acuerdo y criticaron, sobre todo, los efectos previstos en los países en desarrollo, en términos de limitaciones a su derecho de legislar en el contexto de la solución de controversias, así como el hecho de que los países en desarrollo no participaran directamente en las negociaciones del acuerdo⁸. El sector empresarial comenzó a perder

⁷ El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, junto con otros instrumentos de la OCDE, estipulaba el trato nacional antes y después del establecimiento de las inversiones, la repatriación sin obstáculo de las utilidades y el capital, la transparencia de las regulaciones, mecanismos de solución de controversias, la revisión por pares para reducir las restricciones restantes, la prohibición de las prescripciones en materia de resultados tanto para bienes como para servicios, así como lineamientos voluntarios para la conducta de las empresas transnacionales, la protección del medio ambiente y el consumidor, la competencia y las prácticas comerciales restrictivas, la gobernanza a nivel de las empresas, la rendición de cuentas y la elaboración de informes, los tributos y las condiciones laborales, entre otros. Un argumento común era que los países receptores que ofrecieran una mejor protección y un acceso más amplio a la inversión extranjera en los acuerdos internacionales de inversión recibirían mayores flujos de IED. La OCDE promovió el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones mediante diversas declaraciones, entre ellas, aquella en la que se afirmaba que la adhesión al acuerdo enviaría una señal a los inversionistas de que el país que adhería al acuerdo aceptaba también a los elevados estándares de liberalización y la protección de la inversión, lo que daría al país una ventaja competitiva para atraer IED (Dymond, 1997, pág. 9).

⁸ Un grupo reducido de países en desarrollo (la Argentina, el Brasil, Chile, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania y la Región Administrativa Especial de Hong Kong) participaron en las negociaciones en carácter de observadores.

interés en el acuerdo cuando fue evidente que no se abordaría el tema tributario. Por último, muchos encargados de formular las políticas nacionales en los países de la OCDE opinaron que el acuerdo terminaría por reducir los niveles de protección de la inversión extranjera en comparación con los que estaban disponibles en los acuerdos internacionales existentes sobre inversiones. Fue claro que la negociación de un tratado multilateral para la liberalización de las inversiones, aun entre los países inversionistas, era bastante más complicado de lo que se esperaba.

En mayo de 2006, la OCDE cambió su posición y adoptó un nuevo marco de políticas para las inversiones diseñado para estimular los diálogos globales y regionales sobre inversión extranjera y ofrecer una evaluación de la política nacional y una revisión por pares. Comparado con el fallido Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, el nuevo enfoque era no prescriptivo, comprensivo pero no exhaustivo y participativo. Ese marco de política para las inversiones buscaba promover políticas transparentes, la coherencia de los enfoques de política y un sistema basado en normas respaldado por el diálogo entre el sector público y el sector privado y la participación de los accionistas (Geiger, 2008, págs. 24-25).

En suma, los intentos de los países inversionistas de incrementar la protección de la inversión extranjera a través de las instituciones de Bretton Woods y la OCDE funcionaron razonablemente bien en lo que respecta a la compensación por expropiación y nacionalización y el establecimiento del arbitraje internacional como medio para abordar las controversias entre el Estado y los inversionistas. Los esfuerzos para hacer aprobar un programa aún más exigente con respecto a la liberalización de la inversión extranjera finalmente fracasaron y tanto la OCDE como las instituciones financieras de Bretton Woods dejaron de lado sus objetivos iniciales de establecer una nueva arquitectura internacional para la inversión extranjera.

b) Negociaciones en la OMC (AMIC, AGCS y ADPIC).

A medida que las iniciativas de comercio multilateral fueron progresando, como lo muestra la creación de la OMC, se pusieron en práctica varias innovaciones en los instrumentos multilaterales de inversión extranjera.

El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (AMIC) fue uno de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de bienes negociados durante la Ronda Uruguay, en el que se prohibían las medidas de inversión relacionadas con el comercio, como los requisitos obligatorios respecto de los insumos adquiridos localmente (contenido nacional), que se contradecían con las disposiciones básicas del GATT. Se creía que ciertas medidas sobre la inversión extranjera podrían tener efectos distorsionantes y restrictivos en el comercio y que los miembros no deberían aplicar ninguna medida que estuviera prohibida en el artículo III (trato nacional) o el artículo XI (restricciones cuantitativas) del GATT. En la lista ilustrativa del anexo del acuerdo de 1996 se encuentran ejemplos de medidas contradictorias con las del GATT.

En cuanto a las decisiones significativas adoptadas por los grupos especiales de solución de diferencias de la OMC, en la dictada en el caso Indonesia - Automóviles hubo un pronunciamiento acerca de la legalidad de un programa para la industria automotriz de Indonesia que vinculaba beneficios tributarios para los automóviles fabricados en ese país con requisitos de contenido nacional y los beneficios aduaneros para componentes importados de automóviles fabricados en Indonesia con requisitos similares de contenido nacional. El grupo concluyó que estos requisitos de contenido nacional constituían medidas de inversión porque tenían un impacto significativo en la inversión extranjera en el sector automotor y que estaban vinculadas al comercio porque afectaban al comercio internacional. El grupo también concluyó que era necesario el cumplimiento de los requisitos para la compra y el uso de productos de origen nacional para obtener beneficios impositivos y aduaneros, y que esos beneficios eran ventajas en el sentido expresado en el anexo ilustrativo.

El AGCS se inspiró fundamentalmente en los mismos objetivos que su homólogo en el área del comercio de mercaderías, el GATT: crear un sistema creíble y confiable de normas de comercio internacional, asegurar el trato justo y equitativo de todos los participantes, estimular la actividad económica mediante obligaciones de política y promover el comercio internacional y el desarrollo mediante la liberalización progresiva. En el área de

los servicios, el AGCS intentó ser un primer paso en un proceso de más largo plazo de elaboración multilateral de normas y liberalización internacional del comercio.

El AGCS estaba constituido por tres elementos: el texto principal, en el que se indicaban las obligaciones y disciplinas generales; los anexos, con reglas para sectores específicos, y compromisos de determinados países de permitir el acceso a sus mercados (y la suspensión temporal del trato de la nación más favorecida). Los compromisos se enumeraban en anexos que indicaban el sector al que se aplicaba la apertura, la extensión del acceso al mercado que se daba y las limitaciones que hubiera en el trato de la nación más favorecida. Este ha sido el primer y único conjunto de normas multilaterales que rigió el comercio internacional de servicios.

La liberalización progresiva se consideró uno de los principios básicos del AGCS. Sin embargo, si bien las negociaciones arrojaron buenos resultados en cuanto al establecimiento de una estructura principal del acuerdo, se han logrado solo modestos efectos en el ámbito de la liberalización. Hubo un progreso en los servicios financieros y de telecomunicaciones, pero los avances en la mayoría de los demás servicios confirmaron las condiciones existentes de mercado. En parte, esto reflejó el alto grado de flexibilidad, tanto en términos de marco normativo como de compromisos de acceso al mercado por parte de países cuya preocupación era que el AGCS socavara su capacidad de lograr objetivos de política nacional y limitara sus facultades de regulación.

El Acuerdo sobre los ADPIC estableció los niveles mínimos de protección que cada gobierno debía dar a la propiedad intelectual de los demás miembros de la OMC. Fue un documento muy innovador que abarcaba un terreno tangencialmente relacionado con el comercio internacional, que no se había cubierto en el GATT de 1994. Históricamente, el vínculo entre la propiedad intelectual y el comercio internacional se ha forjado bajo el liderazgo de los Estados Unidos. Tras la conclusión de la Ronda de Tokio en 1979, los Estados Unidos se preocuparon y frustraron por la renuencia de los países en desarrollo de adoptar estándares normativos elevados y medidas de cumplimiento estrictas para los derechos de propiedad intelectual y por ello planteó el tema en el programa de negociación de la Ronda Uruguay. El Acuerdo sobre los ADPIC, que entró en vigor en 1995 fue, en gran medida, una afirmación de la posición preeminente del mundo industrializado en el debate comercial. El acuerdo establecía estándares mínimos relativamente elevados para cada una de las principales categorías de derechos de propiedad intelectual, fijaba normas de protección y aplicación e incluía disposiciones sobre la aplicación del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para resolver diferencias entre miembros de esta organización⁹.

El Acuerdo sobre los ADPIC integró por primera vez a la propiedad intelectual en el sistema multilateral de normas y abarcó cinco grandes temas: i) la manera en que debían aplicarse los principios básicos del sistema de comercio y otros acuerdos sobre propiedad intelectual internacional; ii) la adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual; iii) la manera en los países deberían velar por la protección adecuada de estos derechos en sus propios territorios; iv) la manera de solucionar diferencias sobre propiedad intelectual entre los miembros de la OMC, y v) los acuerdos especiales de transición durante el período en que se introducía el nuevo sistema. A los creadores de propiedad intelectual se les daría el derecho de evitar que otros empleasen sus invenciones y diseños y de negociar pagos a cambio del uso que otros hicieran de esas invenciones y diseños mediante la aplicación de derechos de autor, patentes o marcas registradas. El Acuerdo sobre los ADPIC intentó reducir las brechas en la manera en que se protegían estos derechos en diferentes países y someterlos a normas multilaterales comunes mediante el establecimiento de niveles mínimos de protección que cada gobierno debía dar a la propiedad intelectual de otros miembros.

El caso Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos fue significativo. La ley de patentes del Canadá preveía dos excepciones a los derechos de patente, ambas dirigidas a acelerar

⁹ El Acuerdo no resolvió muchos de los problemas de compatibilidad. Por ejemplo, en los Estados Unidos se empleaba un criterio de "primero en inventar" para otorgar prioridad a las solicitudes de registro de patentes, mientras que en el resto del mundo se usaba el sistema de "primero en registrar".

el ingreso al mercado interno de copias genéricas de productos farmacéuticos patentados. Las excepciones fueron: i) la posibilidad de que los competidores de productos genéricos cumplieran con los trámites durante la vigencia de la patente existente para obtener la aprobación reglamentaria de los fármacos cubiertos por la patente para que esta aprobación no demorara su ingreso al mercado después del vencimiento de esta y ii) una excepción relacionada con el almacenamiento que permitía a los competidores fabricar cantidades comerciales del producto farmacéutico patentado en una etapa avanzada de la vigencia de la patente existente para que el producto pudiera ingresar al mercado tan pronto como esta venciera. La Unión Europea cuestionó ambas excepciones sobre la base de que restringían de manera ilegítima los derechos de patente. El grupo especial de arbitraje concluyó que la excepción a la revisión reglamentaria estaba permitida en el ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC, pero que la excepción relativa al almacenamiento no lo estaba: sostuvo que el titular de la patente no tenía interés legítimo en obtener el beneficio comercial de ninguna extensión de facto del plazo como consecuencia de que la aprobación reglamentaria de productos genéricos comenzara solo después de que la patente venciera. Esto parece indicar que el Acuerdo sobre los ADPIC incluye varios temas importantes sin resolver que podrían derivar en más diferencias entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y las necesidades de los consumidores¹⁰.

Por lo tanto, los acuerdos de la OMC ampliaron la frontera de la liberalización de la inversión extranjera e incluyeron algunas prescripciones en materia de resultados, la protección de algunos servicios y de la propiedad intelectual; sin embargo, resultaron ser menos exigentes para los países receptores que las iniciativas más firmes, como el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE o los acuerdos internacionales de inversión entre los Estados Unidos y Europa que se describen más adelante. Asimismo, la solución de diferencias según estos acuerdos se basó en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, que empleaba los procedimientos aplicables a las diferencias entre Estados, más que los aplicables a las diferencias entre los inversionistas y el Estado, comunes en los acuerdos bilaterales de inversión y en los capítulos de inversiones de los acuerdos comerciales regionales (que incorporaban cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado). La participación directa de los países en desarrollo y algunas economías en transición —algunas veces como bloques— en las negociaciones mundiales de la OMC les dio cierta fortaleza en la negociación colectiva, lo que contribuye a explicar por qué las iniciativas multilaterales en el marco de la OMC tienden a ser menos exigentes para los países receptores.

Las mejoras en la arquitectura financiera internacional mediante las iniciativas de la OMC se detuvieron cuando no pudo alcanzarse un consenso claro para negociar nuevas normas o compromisos sobre inversiones extranjeras en el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones de la OMC. Este era uno de los tres grupos de trabajo establecidos por los ministros en la Conferencia Ministerial de Singapur en 1996. Dada la falta de consenso en la Conferencia Ministerial de Cancún de la OMC celebrada en 2003, la inversión extranjera se eliminó del programa de la Ronda de Doha, lo que produjo una considerable preocupación. El Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones no cumplió con las expectativas, lo que confirmó que los compromisos multilaterales vinculados con la inversión extranjera eran mucho más difíciles de negociar y acordar que los vinculados

¹⁰ Con respecto a los países en desarrollo, el Acuerdo sobre los ADPIC incluía disposiciones compensatorias que, según se suponía, eran suficientes para permitirles un acceso íntegro a los recursos relativos a los alimentos y las semillas. En el artículo 8.1 se permitía a los miembros proteger la salud pública y la nutrición de la población y promover el interés público en sectores de vital importancia para su desarrollo socioeconómico y tecnológico. Asimismo, los miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar la de los vegetales (artículo 27.2). Sin embargo, desde 2005, los países en desarrollo que han sido miembros de la OMC (como el Brasil, la India y Tailandia) se han visto obligados por el acuerdo a emitir patentes. Obligar a los países en desarrollo a cumplir la legislación sobre patentes ha complicado el suministro de medicamentos genéricos, sobre todo los relacionados con el tratamiento del VIH/SIDA. Aunque las patentes de varios medicamentos de primera línea contra el VIH han vencido (lo que hace más económico obtenerlos de fabricantes de medicamentos genéricos), las patentes aún existen en la mayoría de los medicamentos nuevos y de segunda línea. Por ejemplo, en el Brasil, el Ministerio de Salud actualmente gasta el 80% de su presupuesto en medicamentos patentados importados, aunque representan solo una pequeña parte de los medicamentos empleados.

al comercio internacional, sin duda porque las motivaciones de los participantes eran diferentes y los fines menos evidentes.

Para la consolidación de las normas internacionales sobre inversión extranjera no había ningún concepto destacado similar a la ventaja comparativa que existía en el ámbito del comercio internacional y que alcanzaba a todos los países. Si bien todos los países practicaban el comercio, importando y exportando, la inversión extranjera se realizaba casi exclusivamente por parte de una escasa minoría de países industrializados, sobre todo durante el período inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, cuando la gran mayoría de los demás países eran solo receptores de inversión extranjera.

c) Acuerdos internacionales bilaterales y plurilaterales de inversión.

Antes de que los acuerdos bilaterales de inversión se generalizaran, los inversionistas extranjeros que en el período posterior a la segunda guerra mundial vivieron la experiencia de la expropiación o nacionalización de sus activos en países en desarrollo se veían enfrentados a tres situaciones en el proceso de solución de controversias. La primera era que cuando decidían presentar una demanda quedaban a merced de sus respectivos gobiernos nacionales, del gobierno receptor, o de ambos, puesto que estas controversias se resolvían entonces exclusivamente entre gobiernos; la segunda era que podían litigar en los tribunales del país receptor, sin embargo los demandados a menudo recurrían a la defensa basada en la inmunidad de soberanía, y la tercera era que los inversionistas extranjeros podían simplemente absorber los costos de las medidas adversas del país receptor, y presentar quizás una demanda amparada en el seguro de riesgo político (Franck, 2007b, págs. 190-191). Evidentemente, estas escasas opciones no satisfacían a los inversionistas extranjeros.

Un factor importante en el surgimiento de los acuerdos bilaterales de inversión en la escena internacional fue el interés de los países europeos que buscaban proteger su inversión en países en desarrollo —lo que incluía a sus ex colonias—, y despolitizar las controversias relativas a la inversión extranjera en esos países. Los gobiernos de Europa, de manera individual, tenían una influencia considerablemente menor sobre los gobiernos que expropiaban o nacionalizaban los activos de los inversionistas, en comparación con la influencia de los Estados Unidos.

Según el número de acuerdos bilaterales de inversión en vigor hasta la década de 1990, cuando comenzó el auge de la inversión extranjera, Alemania y Suiza habían sido los países más activos en la década de 1960. Firmaron 33 de los 35 acuerdos bilaterales de inversión existentes, 29 de ellos con países de África. Mientras que Alemania y Suiza continuaron su expansión en la década de 1970 (ocho y siete nuevos acuerdos, respectivamente), otros países europeos se volvieron más activos, como Francia (nueve), el Reino Unido (cinco) y los Países Bajos (cinco), esta vez con varios países en desarrollo de Asia y África. En la década de 1980, la cantidad de acuerdos bilaterales de inversión de países europeos aumentó vertiginosamente y los acuerdos en vigor negociados en esa década superaron los 73, principalmente con países en desarrollo de Asia y África. En todo este período, los acuerdos negociados entre estos países europeos y los países de América Latina y el Caribe llegaron a solo uno en 1960 (Ecuador), uno en la década de 1970 (Haití) y 14 en la de 1980 (sobre todo con los ex territorios del Reino Unido en el Caribe y Panamá). En otras palabras, los países europeos lograron que la mayoría de los países africanos y varios países en desarrollo de Asia rompieran, por lo menos a nivel bilateral, con la postura más conflictiva del Grupo de los 77, liderado por América Latina, con respecto a la protección de la inversión extranjera.

En un principio, dos de los principales propósitos de los acuerdos bilaterales de inversión eran, por una parte, consolidar la protección de la inversión extranjera contra el riesgo de expropiación ilegítima y, por otra, institucionalizar la solución de controversias dándole a los inversionistas extranjeros más opciones respecto de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversiones, eliminado así gradualmente la necesidad de agotar los recursos locales y mejorar la aplicación de las normas. El acuerdo bilateral de inversión típico de la década de 1990 contenía determinadas disposiciones para la protección de la inversión extranjera, pero las observaciones específicas a estas disposiciones en cada acuerdo, fruto de las negociaciones que se realizaban, creaban una

diversidad en las obligaciones concretas de los signatarios, manteniendo la fortaleza de negociación relativa del inversionista y los gobiernos de los países receptores.

Los encargados de formular políticas de los Estados Unidos optaron, desde la década de 1980, por los acuerdos bilaterales de inversión específicos para los países en desarrollo, sobre la base de los buenos resultados de los países inversionistas de Europa. En este proceso se incluyeron nuevos objetivos para los acuerdos, como reforzar el reclamo de que la fórmula Hull fuera considerada derecho internacional consuetudinario mediante el establecimiento de una red de tratados que incluyeran este principio, proteger la inversión extranjera actual y futura de la intervención del gobierno del país receptor y beneficiarse del consenso general en el marco del CIADI respecto de la solución de controversias relativas a la inversión extranjera para las que no se recurría a un tribunal local o no se requería la participación directa del Gobierno de los Estados Unidos (Vandeveld, 1993). Los nuevos acuerdos incorporaban obligaciones más firmes respecto de la protección del inversionista extranjero, aunque pocos de ellos entraron en vigor antes de 1990.

El aumento de la cantidad de acuerdos bilaterales de inversión tras el auge de la inversión extranjera fue asombroso, de 386 en 1990 a 2.619 en junio de 2008, en los que participaron 179 países. Otros acuerdos internacionales de inversión, la mayoría de ellos regionales, aumentaron de menos de 10 a 259 en el mismo período (UNCTAD, 2009, pág. 2). Una abrumadora mayoría de los acuerdos a los que se llegó desde 1990 eran tradicionales en el sentido de que admitían las inversiones extranjeras de otras partes contratantes solo si esas inversiones estaban de acuerdo con la legislación del país receptor (UNCTAD, 1998 y 2007b). Esto representa el denominado “modelo de admisión”, que era común en los acuerdos bilaterales de inversión entre los países europeos y los países en desarrollo. Este modelo permitía al país receptor aplicar cualquier mecanismo de admisión o selección previa para la inversión extranjera y, de este modo, determinar las condiciones para el ingreso de la inversión extranjera en el país. No había obligación por parte del país receptor de eliminar la legislación discriminatoria que afectara el establecimiento de inversión extranjera en el país, a menos que el acuerdo bilateral de inversión estableciera explícitamente algo diferente. En los acuerdos tradicionales se enfatizaba la protección de la inversión, en comparación con lo que se conocería como liberalización de la inversión extranjera (o acceso mejorado al mercado con menores restricciones a la inversión extranjera) en los acuerdos bilaterales de inversión en los que participaron los Estados Unidos y acuerdos similares, y eran considerados por los países en desarrollo y economías en transición como menos invasivos y con impactos más predecibles para las partes contratantes. Por este motivo, los acuerdos bilaterales de inversión tradicionales eran los más numerosos, no solo entre los países en desarrollo, sino también entre los países en desarrollo y las economías en transición.

Un grupo relativamente pequeño de países inversionistas, encabezados por los Estados Unidos, se beneficiaron de hechos históricos únicos en las décadas de 1980 y 1990 en el camino hacia la liberalización de la inversión extranjera, en particular en países en desarrollo y economías en transición. El proceso de liberalización de las inversiones fue mucho más allá de la mera protección de la inversión extranjera ya existente. Incluyó la disminución o la eliminación de medidas y restricciones al ingreso y el funcionamiento de empresas extranjeras (propiedad y control, autorización e información), la reducción de las calificaciones y excepciones para la aplicación de estándares positivos de trato (trato nacional, trato justo y equitativo, transferencia de fondos, transparencia) y un mayor recurso al arbitraje internacional (para la solución de controversias sobre inversiones) con miras a la eliminación de la discriminación percibida contra las empresas extranjeras y la implementación de medidas y políticas que buscan reorientar la operación de los mercados de los países receptores (incluida la política de competencia, la regulación de los monopolios, la supervisión prudencial y divulgación de información en los países receptores, entre otros) (UNCTAD, 1999, pág. 3; Gugler y Tomsik, 2006). Los acuerdos bilaterales de inversión en los que participan los Estados Unidos y los acuerdos similares (como los del Canadá) se basaban en modelos respecto de cuales los países inversionistas permitían relativamente pocos cambios.

El impulso de la liberalización de la inversión extranjera fue evidente en la mayor exigencia de los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados Unidos y en los acuerdos comerciales regionales, sobre todo en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en un sinnúmero de acuerdos comerciales regionales similares (Gagne y Morin, 2006). La liberalización de la inversión extranjera avanzó a una velocidad variada y registró diferentes niveles de éxito según los instrumentos empleados.

Los principales elementos del proceso de liberalización de la inversión extranjera impulsada por los Estados Unidos se vincularon con el establecimiento de inversionistas extranjeros, la naturaleza permanente y progresiva de las obligaciones de liberalización de la inversión extranjera, la ampliación de la cobertura sectorial, las cláusulas específicas para reducir la interferencia gubernamental en las operaciones de los inversionistas extranjeros y las mejoras de los procedimientos para la aplicación de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión. Los acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos y los acuerdos bilaterales de inversión basados en el modelo de 1994 (véase el recuadro 2), siguieron un “modelo de derecho de establecimiento” (en comparación con el “modelo de admisión” de los países europeos), que preveía disciplinas más rigurosas en términos de trato nacional y de la nación más favorecida en la fase previa al establecimiento (admisión), así como en la fase posterior al establecimiento de la inversión extranjera¹¹.

RECUADRO 2 EL MODELO DE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

El modelo de tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos protegía la inversión extranjera privada, desarrollaba políticas orientadas al mercado en países que eran socios comerciales y promovía las exportaciones de los Estados Unidos. El programa se dirigía a proteger la inversión en países donde los derechos de los inversionistas extranjeros no estaban aún protegidos mediante los acuerdos existentes (como los modernos tratados de amistad, comercio y navegación o los acuerdos de libre comercio); en él se alentaba la adopción de políticas nacionales orientadas al mercado que trataban a la inversión extranjera privada de manera abierta, transparente y no discriminatoria, y se apoyaba el desarrollo de normas de derecho internacional consistentes con estos objetivos.

Los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados Unidos brindaban a las inversiones extranjeras seis beneficios principales, a saber:

- Exigían que los inversionistas y sus “inversiones cubiertas” (es decir, la inversión extranjera de un nacional o empresa de una de las partes del acuerdo en el territorio de la otra parte) recibieran un trato tan favorable como el que la parte receptora daba a sus propios inversionistas e inversiones o a inversionistas e inversiones extranjeras de un tercer país. En el acuerdo generalmente se proporcionaba el mejor trato nacional o de la nación más favorecida durante la vigencia de la inversión extranjera, desde el establecimiento o adquisición, pasando por la administración, operación y expansión, hasta su finalización.
- Establecían límites claros acerca de la expropiación de inversiones extranjeras y preveían el pago de una compensación pronta, justa y efectiva cuando ocurría la expropiación.
- Preveían la posibilidad de transferir fondos relacionados con la inversión extranjera hacia fuera y dentro del país receptor sin demora y empleando el tipo de cambio del mercado.
- Restringían la imposición de prescripciones en materia de resultados, como las metas de contenido nacional o las cuotas de exportación, como condición para el establecimiento, adquisición, expansión, gestión, dirección u operación de la inversión extranjera.
- Otorgaban a las inversiones extranjeras cubiertas el derecho de contratar a los altos ejecutivos de su preferencia, independientemente de su nacionalidad.
- Daban a los inversionistas extranjeros de cada parte el derecho de someter una controversia sobre inversión extranjera con el gobierno de la otra parte a un proceso de arbitraje internacional. No había obligación de recurrir a los tribunales del propio país.

Los Estados Unidos negociaron acuerdos bilaterales de inversión sobre la base de un texto modelo. El texto modelo de 1994 fue reemplazado por una versión modificada en 2004.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Representante de Comercio de los Estados Unidos (RCEU), “Summary of U.S. Bilateral Investment Treaty (BIT) Program” [en línea] [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/BIT/Summary_of_US_Bilateral_Investment_Treaty_\(BIT\)_Program.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/BIT/Summary_of_US_Bilateral_Investment_Treaty_(BIT)_Program.html).

¹¹ Esto se denomina modelo combinado de trato nacional y de la nación más favorecida con respecto a la admisión y el establecimiento de la inversión extranjera. Según esos acuerdos, cada parte debe dar a los inversionistas extranjeros de la otra parte la mejor alternativa entre el trato de la nación más favorecida y el trato nacional con respecto, tanto al establecimiento de la inversión como al tratamiento de la inversión en la fase posterior al establecimiento, sujeto a la capacidad de las partes de hacer o mantener excepciones en sectores o materias especificadas en el anexo del tratado (UNCTAD, 2004, pág. 5).

Los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados Unidos (basados en el modelo de 1994) aplicaron las normas de trato nacional y de la nación más favorecida como obligación general con respecto a la planificación de la liberalización sectorial. Este enfoque de “lista negativa” establecía que a menos que un país exceptuara específicamente la aplicación del trato nacional y de la nación más favorecida a actividades particulares, se entendía que se aplicaban a todas las actividades (UNCTAD, 2004, págs. 120 y 125). Este enfoque difería drásticamente del de “lista positiva”, que es más común en los acuerdos de la OMC, en los que una obligación se aplica a un sector en particular solo si el Estado ha incluido específicamente a ese sector en su lista de compromisos (Houde y Kolse-Patil, 2008).

La naturaleza permanente y progresiva de la liberalización de la inversión extranjera supuso que, una vez aceptadas las obligaciones, estas se hicieran permanentes, es decir que no había retorno a la situación anterior. Estos conceptos se encontraban en los acuerdos de los Estados Unidos y acuerdos similares, y en los acuerdos bilaterales de inversión. Sin embargo, esto se vio reflejado sobre todo en el intento de la OCDE de negociar un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, y en particular, en los conceptos de acuerdo de statu quo y el principio de reversión con respecto a las derogaciones (Sikkel, 1997, págs. 21 y 25). El acuerdo de statu quo prohíbe la existencia de nuevas restricciones o de restricciones más estrictas al estándar mínimo de trato (trato nacional o de la nación más favorecida). El principio de reversión es el aspecto del proceso de liberalización de la inversión extranjera por el cual se reducen y eliminan las disposiciones no conformes. Está vinculado con un acuerdo de statu quo, que sirve de punto de partida. En combinación con este tipo de acuerdo, produce un “efecto de retén”, en el cual toda nueva medida de liberalización de la inversión extranjera queda “retenida” para que no pueda rescindirse o anularse más adelante. El efecto principal es en principio limitar, y luego reducir, las medidas no conformes a un estándar mínimo de trato según las excepciones del país receptor.

Algunas cláusulas específicas en acuerdos comerciales regionales y en muchos acuerdos bilaterales de inversión (modelo de 1994) afectaban la manera en que los Estados receptores podían influir en las operaciones de la inversión extranjera en su territorio. Incluían cláusulas sobre prescripciones en materia de resultados (una lista más extensa que la del acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de la OMC)¹², adquisiciones gubernamentales, transparencia, liberalización de los servicios financieros y otros servicios, nuevas áreas de protección de la propiedad intelectual, la facilitación de visas para altos ejecutivos y el requisito de suministro de más información para inversionistas extranjeros, entre otros elementos. Además, los recientes acuerdos internacionales de inversión de los Estados Unidos requerían un anexo formal en el que se detallaran las medidas no conformes del país receptor. En otras palabras, las cláusulas específicas de los acuerdos comerciales regionales para la liberalización de la inversión extranjera y los acuerdos bilaterales de inversión dirigidos a lograr una mayor apertura de los mercados de los países en desarrollo redujeron la interferencia del país receptor con las operaciones y activos locales de los inversionistas de los Estados Unidos y aumentaron la responsabilidad de los gobiernos de los países receptores frente los inversionistas extranjeros.

Uno de los principales efectos de la liberalización de la inversión extranjera en los acuerdos internacionales de inversión del estilo de los estadounidenses era dar a los inversionistas extranjeros soluciones de arbitraje internacional más amplias en caso de existir controversias con los países receptores. El TLCAN representó la institucionalización de la equiparación de los inversionistas extranjeros a los Estados soberanos en el derecho internacional público y brindó a los inversionistas privados del TLCAN un derecho sin precedentes a cuestionar la política pública de los gobiernos de los países miembros. Esto supuso una variedad más amplia de disciplinas y afectó a más áreas de la política del país receptor de una manera compleja. El efecto fue ampliar el número de posibles disparadores de procedimientos previstos en las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias

¹² Los artículos de los acuerdos OMC plus o los que están fuera del anexo ilustrativo de los acuerdos sobre las MIC incluían requisitos para i) transferir tecnología, un proceso de producción u otro conocimiento patentado a una persona en el país receptor y ii) actuar como proveedor exclusivo de los bienes que produce o los servicios que presta a una región específica o mercado mundial.

entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión por parte de empresas privadas extranjeras (véase el recuadro 3).

La iniciativa de liberalización de la inversión extranjera impulsada por los Estados Unidos se caracterizó por los intentos de alterar la relación entre los países inversionistas y los países receptores, en beneficio de los primeros. Transformó la base de los acuerdos internacionales de comercio e inversión. Actualmente, los Estados Unidos tienen acuerdos comerciales regionales vigentes con 16 países, tres están pendientes de la aprobación del Congreso y se están llevando a cabo negociaciones para concretar otros cuatro acuerdos comerciales regionales. A la fecha, los Estados Unidos tienen 39 acuerdos bilaterales de inversión en vigor con países en desarrollo y economías en transición. También buscan celebrar acuerdos marco de comercio e inversiones menos estrictos con otros 36 países. En otras palabras, los Estados Unidos han forjado un esquema global de comercio internacional y de inversión extranjera, principalmente por medio de normas en los acuerdos comerciales regionales y acuerdos bilaterales de inversión en las que se pone el énfasis en la liberalización de la inversión extranjera, y que van más allá de las obligaciones y compromisos de los acuerdos bilaterales de inversión tradicionales.

RECUADRO 3 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CAPÍTULO 11 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

En el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se estableció un mecanismo para la solución de controversias sobre inversión extranjera. Un inversionista de una de las partes del Tratado que alegara que un gobierno receptor había incumplido sus obligaciones relativas a la inversión extranjera de acuerdo con el capítulo 11 podía, a su elección, recurrir a uno de los siguientes mecanismos de arbitraje: el convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); las reglas del mecanismo complementario del CIADI (que abarca a países que no son miembros del CIADI, como el Canadá y México en el comienzo del TLCAN), y las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El inversionista también podía elegir los recursos disponibles en los tribunales nacionales del país receptor. Un elemento importante de las disposiciones de arbitraje del capítulo 11 era la aplicabilidad en los tribunales nacionales de los laudos definitivos de los tribunales de arbitraje. La única instancia de apelación disponible era el sistema judicial nacional del tribunal correspondiente.

El TLCAN fue el primer tratado internacional integral que daba a los particulares un acceso directo a la solución de controversias como derecho (Trebilcock y Howse, 1999). Como consecuencia, en muchos de los primeros casos presentados de conformidad con el capítulo 11 del TLCAN surgió el concepto de "expropiación indirecta", presente en la jurisprudencia estadounidense, y que hacía referencia a los actos del gobierno que conducían a la pérdida de la administración, el uso o el control de los activos extranjeros, o una depreciación significativa del valor de estos (por oposición a la expropiación directa, que se caracterizaba por los actos de gobierno que transfieren el título y la posesión material de esos activos).

El aspecto más importante del proceso de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en el capítulo 11, sobre todo en lo que respecta a la expropiación indirecta, era que en el contexto de la liberalización de la inversión extranjera, se ampliaron enormemente los derechos de los inversionistas extranjeros y su influencia en las decisiones de política pública del gobierno receptor. Esto colocó a la maquinaria del arbitraje internacional de los regímenes comerciales al servicio directo de los inversionistas extranjeros que ahora podían hacer cumplir los derechos de que gozaban gracias a un tratado internacional en el que no eran parte y según el cual no tenían obligaciones.

El capítulo 11 del TLCAN sobre el proceso de solución de controversias significó un gran cambio con implicaciones revolucionarias. Su principal innovación fue eliminar el principio jurídico internacional de que el gobierno de un Estado era el único sujeto plenamente legitimado en el derecho internacional público y que era representante de sus ciudadanos en su carácter de gobierno (este principio regía desde hacía más de un siglo). Si bien los acuerdos bilaterales de inversión generalmente abordaban diferencias comerciales pequeñas, el capítulo 11 pudo incluir aspectos fundamentales de la política pública en un sentido más amplio.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) [en línea] <http://www.nafta-sec-alena.org/>; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), "Key terms and concepts in IIAs: a glossary", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UNCTAD/ITE/IIT/2004/2), Ginebra, 2004. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E. 04.II.D.31; N. Gal-Or, "NAFTA Chapter Eleven and the implications for the FTA: the institutionalization of investor status in public international law", *Transnational Corporations*, vol. 14, N° 2, agosto de 2005; M. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade*, Londres, Routledge, 1999; y T. Clark, *Silent Coup: Confronting the Big Business Coup of Canada*, Toronto, Lorimer, 1997.

Los socios de los Estados Unidos en el TLCAN también buscaban llegar a acuerdos comerciales regionales y a acuerdos bilaterales de inversión de naturaleza similar. El Canadá actualmente tiene acuerdos comerciales regionales con siete países, está negociando con otros 23 y tiene acuerdos bilaterales de inversión vigentes con 22 países. México estableció acuerdos comerciales regionales con 12 países, está negociando con la República de Corea y tiene acuerdos bilaterales de inversión con otros 19 países. El efecto de esta red de acuerdos comerciales regionales y acuerdos bilaterales de inversión de los miembros del TLCAN fue la formación de un grupo creciente de países que buscaban lograr acuerdos internacionales de inversión que incorporaran procesos más exigentes de liberalización de la inversión extranjera. Esta red amplió la frontera de la liberalización de la inversión extranjera (obligaciones OMC plus) a grandes áreas de América Latina y, cada vez más, a Asia. Ejemplo del potencial de esta última es el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), que ahora tiene 21 miembros y que actualmente trabaja en pro de un programa basado en el comercio y la liberalización de la inversión internacional (UNCTAD, 2008b; Sauvé, 2008; CEPAL, 2008).

A diferencia de la red centrada en el TLCAN para el comercio internacional y la liberalización de la inversión extranjera, la Unión Europea tiene una red de acuerdos internacionales de inversión que comprenden 27 acuerdos comerciales regionales y cientos de acuerdos bilaterales de inversión. Aunque la red de la Unión Europea es más numerosa, es considerablemente menos exigente que la red centrada en el TLCAN, que se centra en el comercio internacional y la liberalización de la inversión extranjera de la OMC plus. La Unión Europea ha intentado negociar acuerdos de asociación económica más exigentes (que incluyen algunos elementos de liberalización de la inversión extranjera) con ex colonias de países europeos; sin embargo, hasta la fecha solamente ha llegado a un acuerdo con un grupo de países del Caribe¹³.

A pesar de estos avances en la expansión de las redes de liberalización por medio de acuerdos internacionales de inversión bilaterales y plurilaterales, los Estados Unidos y varios gobiernos del continente americano que comparten su punto de vista y que estaban al frente de la iniciativa de comercio internacional y liberalización de la inversión extranjera tuvieron un grave retroceso que se tradujo en la suspensión de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Los Estados Unidos reaccionaron negociando otros acuerdos bilaterales regionales y un acuerdo comercial subregional (Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-RD)) para continuar su proyecto de liberalización del comercio internacional y de lograr tratados de inversión extranjera en la región.

Un problema aún más importante para sostener el auge de la inversión extranjera fue el marcado incremento de las controversias relativas a la inversión. A diferencia de las controversias comerciales que podían resolverse en el sistema de solución de diferencias de la OMC, los desacuerdos entre inversionistas extranjeros y países receptores se solucionaban según los tratados de inversión internacional individuales, que generalmente suponían alguna forma de proceso vinculado a las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. En la actualidad, la mayoría de los arbitrajes relativos a inversiones incluyen como demandados a países en desarrollo (60%) y economías en transición (19%). Los instrumentos en los que se basan esos reclamos son principalmente los acuerdos bilaterales de inversión (78%), el TLCAN (13%) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (6%)¹⁴. El foro de arbitraje es

¹³ El Acuerdo de Cotonú de 2000 estableció un nuevo marco para el programa de comercio entre 79 países de África, el Caribe y el Pacífico y la Unión Europea, que dio lugar a los denominados acuerdos de asociación económica, que eran acuerdos comerciales recíprocos, pero no preferenciales. Puesto que la Comisión Europea no tiene competencia directa en los temas de inversión extranjera en el ámbito de la política comercial común, está obligada a tratar los asuntos de inversión extranjera en términos de “relación con el comercio” o de “presencia comercial”. Por lo tanto, sus acuerdos de asociación económica tratan el acceso al mercado y la liberalización, pero no la protección (que se lleva a cabo por los miembros de la Unión Europea de manera individual mediante los acuerdos bilaterales de inversión). Los países, salvo los que integran la CARIFORUM (sin Haití), no llegaron a culminar las negociaciones en la fecha límite de fines de 2007, pero el acuerdo definitivo se firmó el 15 de octubre de 2008.

¹⁴ El propósito fundamental del Tratado sobre la Carta de la Energía fue fortalecer el Estado de derecho en temas de energía en los países que habían sido miembros de la Unión Soviética, mediante la creación de normas que todos los gobiernos participantes debieran observar, mitigando así los riesgos asociados a la inversión y el

habitualmente el CIADI (62%), la CNUDMI (18%), o ambos o, con menor frecuencia, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (UNCTAD, 2008a).

En otras palabras, en comparación con la arquitectura internacional de comercio internacional, las normas sobre inversión extranjera son parciales y fragmentadas y consisten en una combinación de derecho internacional consuetudinario, acuerdos bilaterales, plurilaterales, regionales y multilaterales, normas de las instituciones internacionales, textos autorizados (como las declaraciones de los Estados y las resoluciones de organizaciones internacionales) y decisiones judiciales (jurisprudencia nacional y decisiones en arbitrajes internacionales). En este contexto, los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado resultaron muy atractivos por su imparcialidad (por lo general cada parte designaba un árbitro y el tercero era designado de mutuo acuerdo), rapidez, costo e irrevocabilidad. Hasta 1990, el arbitraje internacional que surge de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias contenidas en acuerdos comerciales regionales y acuerdos bilaterales de inversión se refería solo a casos relacionados principalmente con la expropiación directa.

Sin embargo, una vez que se inició el auge de la inversión extranjera en la década de 1990, la cantidad de casos amparados en cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado aumentó rápidamente de 10 en 1998 a más de 300 en 2007. La creciente jurisprudencia sobre el tema parece indicar que prácticamente todos los aspectos de la política pública del país receptor que pudieran afectar el valor de los activos extranjeros en el país receptor podían ahora cuestionarse por parte de los inversionistas extranjeros. Se temía que el arbitraje unilateral para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado fuera demasiado arriesgado para los países receptores y pudiera provocar una fisura entre los países inversionistas, por una parte, y los países en desarrollo y economías en transición, por otra, de una magnitud que no se veía desde la crisis de nacionalización y expropiación de los años inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial.

3. Poder de negociación y solución de controversias entre los inversionistas y el Estado: situación excepcional de los principales países en desarrollo y economías en transición (países BRIC)

Las cláusulas que integran un acuerdo internacional de inversiones, ya sea un acuerdo bilateral de inversiones o un acuerdo comercial regional, reflejan en gran medida la situación de negociación de los participantes. Algunos países en desarrollo y economías en transición, interesantes para los inversionistas extranjeros, poseen un poder de negociación suficiente para evitar o limitar el riesgo de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión; en cambio, la gran mayoría de los países en desarrollo y economías en transición no lo poseen. ¿Cuál es la explicación del éxito de esos pocos países? El Brasil, la Federación de Rusia, la India y China (denominados en conjunto países BRIC) representan los mayores mercados fuera de los países de la OCDE y, como tales, son de un interés significativo para los inversionistas. El examen de cada uno de esos cuatro casos ofrece información relevante acerca de la naturaleza y el uso de su poder de negociación para evitar o limitar el riesgo derivado de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

El Brasil ha recibido favorablemente a la IED y ha acumulado un acervo significativo de esta, incrementando de esta manera su integración en la economía global. Al mismo tiempo, el Brasil ha empleado su

comercio relacionados con la energía (véase el Tratado sobre la Carta de la Energía [en línea] <http://www.encharter.org/index.php?id=7>).

creciente poder de negociación —que deriva, en parte, de su atractivo para las empresas transnacionales (dados su gran mercado y su economía en expansión)— para implementar políticas cautas que limitan cuidadosamente los riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión. El Brasil nunca ratificó el Convenio de Washington de 1965 (Convención del CIADI), los 14 acuerdos bilaterales de inversión que negoció en la década de 1990, ni los dos acuerdos de inversión extranjera del programa de integración del MERCOSUR para los miembros (Protocolo de Colonia) y los no miembros (Protocolo de Buenos Aires). Se opuso firmemente a varios aspectos del proceso del ALCA, al que consideraba asimétrico y con limitaciones no deseadas para los países de América Latina y el Caribe, incluso los procedimientos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. El Brasil no es parte en ningún procedimiento arbitral, principalmente porque no corre prácticamente ningún riesgo relativo a los acuerdos internacionales de inversión.

La Federación de Rusia es otro gran mercado y una economía de rápido crecimiento, que ha podido usar su creciente poder de negociación para reordenar su relación con inversionistas extranjeros con el propósito de reestablecer el control de su economía nacional y mejorar la definición del papel de las empresas transnacionales en ella. La Federación de Rusia firmó la Convención del CIADI en 1992, pero nunca la ratificó. En términos de acuerdos internacionales de inversión, la Federación de Rusia negoció pero no ratificó el Tratado sobre la Carta de la Energía; sin embargo, tiene 36 acuerdos bilaterales de inversión en vigor. La Federación de Rusia tiene pendientes una pequeña cantidad de casos de arbitraje internacional (UNCTAD, 2008a), y su relación con inversionistas extranjeros se vio sacudida por algunas de las medidas tomadas por el Estado (y las empresas estatales) para la reestructuración de la economía nacional.

La India ha sido cautelosa en cuanto a los riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión. Ese país no es signatario de la Convención del CIADI; sin embargo, actualmente tiene 48 acuerdos bilaterales de inversión en vigor con 14 economías industrializadas y otros 34 países. Los acuerdos internacionales de inversión de la India no brindan a los inversionistas extranjeros ningún derecho respecto de las inversiones en su territorio (D'Agostino y Nair, 2008). Más recientemente, la India se ha vuelto más activa en la negociación de acuerdos comerciales regionales (con el Canadá), llegando a firmar uno con Singapur que contiene un capítulo sobre inversiones. Sin embargo, en el acuerdo entre la India y Singapur se han diluido las típicas garantías incluidas en los acuerdos comerciales regionales asociadas con el proceso de liberalización de la inversión extranjera en el cual Singapur desempeña un papel cada vez mayor (en el acuerdo solo hay una lista positiva de obligaciones, no hay derechos preestablecidos, no hay trato de la nación más favorecida ni cláusulas sobre trato justo y equitativo o protección y seguridad plenas —excepto en el caso de las medidas de interés público— y no hay cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado). La India actualmente es parte en nueve casos de arbitraje internacional sobre inversiones de acuerdo con los mecanismos de la CNUDMI.

China constituye el caso más claro de gran mercado y economía de rápido crecimiento, lo que determinó claramente sus políticas de inversión extranjera en beneficio de su creciente poder de negociación. El país definió las metas económicas que quería alcanzar para aprovechar la inversión extranjera sin correr riesgos no deseados con respecto a las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. La política cautelosa de China respecto de la IED en un inicio se dirigió a restringirla a las actividades de exportaciones de productos ensamblados en zonas económicas especiales, reservando la mayor parte del mercado interno para las empresas nacionales o empresas conjuntas con socios locales. La actual política es más selectiva, al centrarse en la IED de calidad para actividades prioritarias, como la fabricación de productos de alta tecnología, dejando de lado las operaciones de exportación de productos ensamblados que requieren el uso de mano de obra barata (OCDE, 2008d). Desde 1982, China se transformó en signataria de la Convención del CIADI y reunió la segunda red en importancia de acuerdos bilaterales de inversión después de Alemania. Sin embargo, estas iniciativas tenían restricciones muy importantes que limitaban la protección a la IED y prácticamente no contemplaban ninguna liberalización de la inversión extranjera. Antes de 2003, los acuerdos bilaterales de inversión de China no permitían la inclusión de cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, excepto para

determinar el monto de la compensación en caso de expropiación y no tenían cláusulas explícitas relativas al trato nacional (Heymann, 2008). China actualmente tiene 89 acuerdos bilaterales de inversión en vigor, de los cuales 14 se celebraron con países industrializados.

China recientemente comenzó a negociar nuevos acuerdos bilaterales de inversión con riesgos más elevados (con Alemania, Bosnia-Herzegovina, Finlandia y los Países Bajos) y acuerdos comerciales regionales (con el Pakistán), que ampliaron la protección de la IED e incluyeron algunos aspectos de liberalización de la IED. Los nuevos acuerdos internacionales de inversión incorporaban procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, aunque limitados mediante precondiciones como la necesidad de una revisión administrativa local previa, entre otras (Moulis y Jun, 2007). La cláusula de trato nacional posterior al establecimiento era explícita y contenía una obligación de *statu quo*; sin embargo, los temas de reversión se planteaban en compromisos de realizar “el mayor esfuerzo”. Desde su adhesión a la Convención del CIADI, no se han presentado casos contra China (Jun, 2007). China ha confiado en su moderna política de IED a tal punto de comenzar los trámites de adhesión al Tratado sobre la Carta de la Energía e integrar un acuerdo comercial regional con la ASEAN, lo que supone ciertas medidas de liberalización de la IED.

Estos ejemplos de los países BRIC muestran que algunos grandes países en desarrollo y economías en transición fueron capaces, de diferente manera y a diferente velocidad, de utilizar su poder de negociación para definir mejor el papel de la inversión extranjera en sus estrategias de desarrollo y administrar los riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado contenidas en los acuerdos internacionales de inversión que suscribían. Generalmente evitaron o limitaron el recurso a los procedimientos previstos en esas cláusulas, no ratificando la Convención del CIADI u otros acuerdos internacionales de inversión, o limitando estos últimos a los términos de los acuerdos bilaterales de inversión más tradicionales. Cabe destacar que ninguno de estos países tiene acuerdos bilaterales de inversión o acuerdos comerciales regionales con los Estados Unidos.

En la sección A se ha examinado la arquitectura internacional del comercio y la inversión extranjera después de la segunda guerra mundial y se ha visto que ambas difieren entre sí. La arquitectura de comercio internacional era definida en su mayor parte por la OMC (sobre la base del trato nacional, el trato de la nación más favorecida y el mecanismo de solución de diferencias entre Estados). El sistema multilateral de comercio funcionaba muy bien en términos de solución de controversias, sobre todo entre los principales actores, aunque persisten los desafíos, como muestra la situación de estancamiento a la que ha llegado la Ronda de Doha.

La arquitectura internacional para la inversión extranjera es mucho más compleja. Los intentos de establecer un marco viable mediante las instituciones de Bretton Woods y la OCDE, la OMC y los acuerdos internacionales bilaterales y plurilaterales de inversión tuvieron un éxito relativo, basándose la arquitectura internacional para la inversión extranjera en argumentos limitados y parciales. Por ejemplo, los principios de trato nacional y de la nación más favorecida no se interpretan de la misma manera que en el comercio internacional; la ficción de que la actividad está “relacionada con el comercio” para las prescripciones en materia de resultados, servicios y propiedad intelectual se utiliza para introducir artificialmente los temas de inversión extranjera en las negociaciones comerciales de la OMC, y algunas cláusulas sin precedentes de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión reemplazan el mecanismo existente de solución de diferencias entre Estados. Así, muchas de las principales iniciativas de liberalización fallaron, como la del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE, el tema de la inversión se eliminó de la Ronda de Doha de la OMC y las negociaciones del ALCA se suspendieron, es decir que la arquitectura internacional para la inversión extranjera está lejos de tener la misma aceptación o efectividad que la del comercio internacional.

Como consecuencia, surge un proceso de dispersión de las diferentes redes de acuerdos internacionales de inversión, como los acuerdos comerciales regionales centrados en los Estados Unidos (de liberalización u OMC plus) en comparación con los acuerdos bilaterales de inversión centrados en Europa (que son más tradicionales). Asimismo, hay una variación más significativa con respecto a la participación de los países en desarrollo y economías en transición en esas redes. Mientras que los países

BRIC eran recelosos con respecto a esas redes, un número significativo de países en desarrollo y economías en transición integraron las prácticas de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en sus acuerdos internacionales de inversión, ya sea porque creían que iban a recibir más inversión extranjera o como consecuencia de su débil poder de negociación (o ambos). En la sección B se examinan con más detalle los riesgos de esas cláusulas y se intenta evaluar si se justifica correrlos.

III. Riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el estado en acuerdos internacionales de inversión y desafíos que enfrentan los países receptores

El marcado incremento de la cantidad de casos de arbitraje internacional basados en tratados, de 10 en 1998 a más de 300 en 2007, fue el primer indicador de que los procedimientos a partir de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión evidenciaban un nuevo riesgo, importante para los países receptores. Tras analizar la evolución de las decisiones basadas en esas cláusulas y algunos de sus principales problemas, la UNCTAD concluyó que ningún país puede estar seguro de que su acuerdo internacional de inversión no sea cuestionado ante los tribunales internacionales (UNCTAD, 2009, pág. 7). La naturaleza cada vez más impredecible de las decisiones basadas en esas cláusulas crearon una incertidumbre creciente para los países receptores, lo que dio lugar a dos preguntas fundamentales: ¿los beneficios de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión justifican los riesgos que asumen los países receptores? Si no es así, ¿pueden los mecanismos previstos en estas cláusulas establecerse de tal modo que los beneficios justifiquen los riesgos?

El propósito de esta sección es analizar estas dos preguntas en términos de los desafíos que representan para los países receptores. Este análisis se centra principalmente en los riesgos y procedimientos de estas cláusulas y sus causas, más que en los aspectos estrictamente jurídicos de ellas. En la sección siguiente se examinará la situación en América Latina y el Caribe.

1. ¿Los beneficios de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión justifican los riesgos que asumen los países receptores?

Los motivos predominantes para la adopción de cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión fue dar a los inversionistas extranjeros soluciones rápidas, económicas y definitivas a las controversias relativas a la inversión extranjera, ahorrar ese problema a los gobiernos de los países de origen de la inversión, que debían intervenir en las controversias en nombre de sus inversionistas, y estimular los flujos de inversión extranjera a los países receptores. La relación entre el costo y el beneficio de las garantías que ofrecían estas cláusulas no puede evaluarse estadísticamente, sino que debe considerarse de manera dinámica, ya que las pérdidas en el corto plazo pueden conducir a ganancias en el largo plazo o las ganancias en el corto plazo pueden conducir a pérdidas en el largo plazo. Por ende, no hay un punto de vista definitivo. En general, parecería que los inversionistas extranjeros están satisfechos con los procedimientos previstos en esas cláusulas, aunque han manifestado quejas importantes acerca de la lentitud de los procedimientos y los gastos que ellos suponen. Los gobiernos de los países de origen de la inversión parecen estar contentos con los resultados ya que continúan demandando que los nuevos acuerdos internacionales de inversión contengan este tipo de cláusulas, aunque lo hacen a un ritmo más lento y con modificaciones significativas en algunos casos (el Canadá, los Estados Unidos y Noruega, entre otros). Sin embargo, la premisa de que los acuerdos internacionales de inversión, en general, y las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado, en particular, ayudan a atraer más inversión extranjera a los países receptores no es segura. Esta falta de claridad con respecto a los beneficios para los países receptores se abordará en esta subsección junto con la interrogante de si el empleo de este tipo de cláusula se justifica en vista de determinados problemas significativos y nuevos riesgos que han surgido.

a) ¿Las garantías previstas en las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión producen un mayor flujo de inversión extranjera?

A primera vista, la confirmación de la premisa de que los acuerdos internacionales de inversión con cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado promueven mayores ingresos de inversión extranjera a los países receptores podría parecer una tarea relativamente trivial desde el punto de vista empírico, consistente en vincular el notable incremento de acuerdos internacionales de inversión que contienen esas cláusulas con el vertiginoso aumento de los flujos de inversión extranjera dirigidos a países en desarrollo y economías en transición. Ambos crecieron considerablemente durante la década de 1990. No obstante, la confirmación de una relación causal significativa entre estas dos variables no ha sido factible en una gran cantidad de análisis en la materia (Franck, 2007a; Peterson, 2004, pág. 10; Bhattacharya, 2007; Pate, 2006, pág. 14)¹⁵. Asimismo, los elevados flujos de IED recibidos por los países BRIC, que en general han sido muy cautelosos con respecto a su exposición a cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión (véase la sección A), contradicen todas las hipótesis relativas a la existencia de un vínculo causal directo entre la

¹⁵ Pueden consultarse también Egger y Pfaffermayr (2004); Elkins, Guzmán y Simmons (2006); Gallagher y Birch (2005); Hallward-Driemeier (2003); Hewko (2002); Neumayer y Spess (2005); Tobin y Rose-Ackerman (2005); Salasuse y Sullivan (2005); Tumman y Emmert (2004), y UNCTAD (1998).

firma de un acuerdo internacional de inversión con cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado y los flujos de inversión extranjera. La conclusión más realista es probablemente que si bien el arbitraje en los tratados de inversión puede no acelerar directamente la inversión extranjera, la disponibilidad de este tipo de mecanismo de solución de controversias es uno de los factores que pesan en la toma de decisiones de los inversionistas extranjeros (Franck, 2007a, pág. 340).

Para evaluar si los procedimientos previstos en las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los tratados internacionales de inversión justifican el esfuerzo, dado que el principal beneficio percibido (un aumento de los flujos de inversión) no es seguro y de ningún modo automático, es necesario analizar los problemas y riesgos asociados con ellos.

b) ¿Las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los tratados internacionales de inversión justifican los problemas y riesgos que suponen?

Partiendo de la premisa de que un poder de negociación y unas relaciones de poder asimétricos producen resultados asimétricos, que aun los más fervorosos partidarios de la liberalización de la IED parecen apoyar (Sauvé, 2008, pág. 32; y Pacquing, 2003, pág. 25), en esta subsección se identifican varias de las principales críticas de los mecanismos previstos en esas cláusulas, cuyas garantías no parecen funcionar como se esperaba (Clark y LaFortune, 2004, pág. 3). Más aun, parecen favorecer de manera desproporcionada los derechos de los inversionistas extranjeros en detrimento de las políticas nacionales del país receptor o, por lo menos, dejan mucho que desear en ese sentido (Franck, 2007c, pág. 83), siendo el equilibrio en esta materia muy necesario (Pate, 2006, pág. 11; van Aaken, 2008, pág. 19).

En el siguiente examen se agrupan en dos categorías las principales carencias de los mecanismos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión: los temas de legitimidad que rodean las prácticas de este tipo de arbitraje y una jurisprudencia cada vez mayor sobre el tema, que transfiere el riesgo a los países receptores y reduce su espacio de política nacional.

i) Asuntos de legitimidad que afectan las prácticas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión

Una de las principales consecuencias del uso cada vez mayor de procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidos en los acuerdos internacionales de inversión es que la facultad de determinar la legalidad de los actos soberanos ha sido delegada a árbitros privados. Esto ha planteado la interrogante acerca de si esas prácticas satisfacen los estándares básicos de la toma de decisiones judiciales en sociedades democráticas o si se han visto empañadas y han dejado de cumplir las condiciones básicas de un Estado de derecho (Van Harten, 2007b, págs. 5, 102 y 153). Al mismo tiempo, los inversionistas extranjeros y sus abogados han empleado estos procedimientos de arbitraje para poner a prueba los límites de los tratados de inversión internacional y las garantías contractuales en entornos donde no existía una jurisprudencia madura para guiar a los árbitros en los casos de inversión internacional (Franck, 2005, págs. 1586 y 1613). El uso creciente de los mecanismos de arbitraje internacional previstos en los acuerdos internacionales de inversión era demasiado importante como para no tomar medidas cuando se decidían de manera poco consistente y en privado temas de derecho internacional (Franck, 2005, pág. 1613), por lo que se observó una reacción muy fuerte (Álvarez y Park, 2003). En esta subsección se abordan dos de las principales críticas a la legitimidad de los procedimientos arbitrales referidos: los problemas vinculados con las raíces del arbitraje internacional, por una parte, y las dificultades relacionadas con su naturaleza poco democrática, por la otra.

Problemas vinculados con las raíces en el arbitraje internacional comercial de los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado incluidos en los acuerdos internacionales de inversión

Una publicación de la OCDE, citando a Nigel Blackaby, planteó la idea de que los árbitros que decidían una diferencia puramente comercial a puerta cerrada no violaban los principios fundamentales de la justicia, aunque no existiera un mecanismo que asegurara que el público conociera la demanda presentada, las posiciones adoptadas por las partes, las decisiones emitidas por los tribunales o las razones precisas para ellas (OCDE, 2005b, pág. 11). Aparentemente, esta manera de pensar podía extenderse rápidamente a los contratos puramente comerciales entre inversionistas extranjeros y los gobiernos de los países receptores y, por lo tanto, a áreas más amplias de la política pública. En el caso de los contratos, por lo menos en un inicio, el arbitraje internacional se limitaba a una diferencia, inversionista extranjero o proyecto específico, y las partes contratantes eran las mismas, por lo que el Estado tenía un sentido más claro de lo que había acordado arbitrar (Van Harten, 2007b, pág. 63). Las cosas cambiaron drásticamente cuando áreas más amplias de la política pública se volvieron vulnerables a ese arbitraje internacional ya que el sistema de arbitraje comercial evidentemente no estaba diseñado para la rendición pública de cuentas, la transparencia o la participación de los ciudadanos (Anderson y Grusky, 2007, pág. 9). El modelo privado para dirimir controversias que se originó en las normas y la estructura de aplicación del arbitraje comercial internacional desafía los principios de responsabilidad judicial, apertura e independencia (Van Harten, 2007b, pág. 6). Franck (2005, págs. 1538-1539) consideró que las principales innovaciones del arbitraje internacional sobre inversiones colocaba la aplicación del derecho internacional público en manos de particulares. El aspecto revolucionario del cambio del arbitraje contractual al arbitraje previsto en los acuerdos internacionales de inversión era la transformación de una forma modificada de arbitraje comercial en un sistema de control del ejercicio por parte del Estado de la facultad reguladora con respecto a los inversionistas extranjeros como grupo (Van Harten, 2005b, pág. 608), en que los árbitros privados tenían la facultad de resolver las controversias sobre regulación (Van Harten, 2007b, pág. 120).

El cambio del arbitraje comercial entre particulares al arbitraje internacional sobre inversiones entre particulares y el gobierno del país receptor fue excepcional y supuso una serie de dificultades.

Un problema importante se relacionó con los naturales conflictos de interés creados porque el sistema sometía la autoridad soberana y los presupuestos de los Estados al control de jueces privados, que podían despertar sospechas en cuanto a que interpretaban los tratados de inversión de manera amplia para extender el atractivo del sistema a posibles demandantes y, a su vez, mejorar su propia perspectiva para futuros nombramientos (Van Harten, 2007b, pág. vii). Los árbitros privados, en tanto que proveedores privados de servicios judiciales, tenían un interés financiero en la ampliación del atractivo del sistema para los demandantes y, como resultado, el sistema se vio empañado por el temor de que se permitiera la presentación de reclamos y el otorgamiento de indemnizaciones en perjuicio de los gobiernos (Van Harten, 2007b, págs. 152-153)¹⁶. De este modo, se creó un medio fértil para la creatividad de los abogados debido a las oportunidades creadas por la vaguedad y flexibilidad de las disposiciones de los tratados, sobre todo el abuso de las disposiciones basadas en el trato de la nación más favorecida (Van Harten, 2007b, pág. 110). Evidentemente, la percepción de que el arbitraje en los tratados de inversión dependía de los intereses de las empresas no se tuvo en cuenta cuando se diseñó el sistema, lo que contribuye a explicar la tendencia de los árbitros a interpretar su propia jurisdicción de manera amplia (Van Harten, 2005b, pág. 616).

En efecto, estos procedimientos de arbitraje podrían verse como un sistema parcial respecto de la responsabilidad del Estado, en el que solo los inversionistas extranjeros presentan reclamos y solo los Estados pagan indemnizaciones por el incumplimiento de los tratados, y en el que un árbitro es dependiente de los

¹⁶ García (2004, pág. 66) llegó a señalar que los árbitros eran fieles a sus estudios jurídicos. Dadas sus exigencias de cobro, era imposible que abordaran un caso de la misma manera que un juez y otros encargados de tomar decisiones que no tenían interés económico en la demanda ni en la duración prolongada del procedimiento.

posibles demandantes y por lo tanto no es imparcial, en sentido objetivo, hacia los gobiernos contra los que se reclama, aunque los gobiernos habitualmente nombran al menos uno de los árbitros del grupo. Si bien los tribunales nacionales, tanto del país receptor como del país de origen, algunas veces no habían sido imparciales al resolver una diferencia sobre inversiones, los árbitros se percibían como dependientes de intereses privados (Van Harten, 2007b, págs. 5-6). Por lo tanto, los conflictos de intereses constituyen uno de los principales problemas que surgen de los orígenes en el arbitraje comercial del arbitraje internacional relativo a inversiones y llevan a cuestionar la legitimidad de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión.

Dudas relacionadas con la naturaleza poco democrática de los procedimientos arbitrales entre los inversionistas y el Estado

Por varias razones, los procedimientos de arbitraje internacional según las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión pueden ser contradictorios con el Estado de derecho en sociedades democráticas. Como señala Van Harten (2007b, pág. 130), se ha disminuido el estatus del Estado receptor con relación a los inversionistas extranjeros. Conceptualmente el problema clave en la caracterización de la relación entre los inversionistas y el Estado como simétrica es que altera de manera fundamental la naturaleza de los derechos y deberes de los Estados. Cuando un árbitro considera la posición respecto de la regulación de un inversionista extranjero como si fuera simétrica respecto del Estado ocurre una de dos cosas: se reduce el estatus del Estado al de un particular, o se eleva al inversionista extranjero a un estatus de cuasi soberano, pero sin ninguna de las responsabilidades de este. En ambos casos, se niega el concepto de Estado como entidad única, con facultades que no posee ningún particular; en segundo lugar, esa posición favorece tanto a los inversionistas extranjeros que socava los principios fundamentales del derecho público, como la rendición de cuentas, la apertura y la independencia (Van Harten, 2007b, pág. 179). En este sentido, el arbitraje puede poner límites al funcionamiento del proceso democrático en los países receptores.

En términos de rendición de cuentas, los acuerdos internacionales de inversión han dado a los árbitros una jurisdicción amplia sobre una variedad de posibles controversias con inversionistas extranjeros, que a su vez se han eliminado de los tribunales nacionales (Van Harten, 2007b, pág. 72). Habitualmente, no ha habido un mecanismo competente para las apelaciones formales contra la decisión de los árbitros sobre temas de fondo (excepto por motivos de jurisdicción o por un error procesal manifiesto) como sí existe en el sistema judicial nacional.

Con respecto a la transparencia, aunque las controversias sobre inversiones extranjeras que suponen la participación del Estado atañen a temas de interés público, se deciden en procedimientos concebidos para abordar temas privados y comerciales, independientemente de la transparencia y los valores de participación de la gobernanza democrática (Bernasconi-Osterwalder, 2006, pág. 2). Este secreto (para los oponentes) o confidencialidad (para los partidarios) se ha transformado en norma en el arbitraje entre los inversionistas y el Estado. Sin embargo, existe un amplio reconocimiento de que los casos entre los inversionistas y el Estado presentan problemas diferentes a los del arbitraje comercial, y que esos problemas requieren la ponderación de los intereses públicos y privados. Ningún otro procedimiento judicial democrático que afecte el interés y bienestar públicos ha carecido tanto de las garantías básicas del acceso público y la rendición de cuentas como los procedimientos entre los inversionistas y el Estado (Mann, 2008b, pág. 30). En pocas palabras, el arbitraje en los acuerdos internacionales de inversión es el único de los procedimientos, de los que se llevan a cabo en organismos internacionales que se encargan de resolver controversias sobre regulación, que suprime totalmente la información esencial acerca del proceso (Van Harten, 2007b, pág. 164).

En cuanto a la independencia, el problema más complejo del uso del arbitraje privado para resolver las diferencias sobre regulación es la amenaza a la independencia judicial ya que los árbitros carecen de puestos permanentes y no enfrentan prohibiciones de recibir remuneraciones de terceros que son características de los jueces en sistemas judiciales maduros. El sistema ha vuelto a los árbitros dependientes de los posibles demandantes (inversionistas privados o gobiernos), algo que no ocurre con los jueces que

ocupan puestos permanentes (Van Harten, 2007b, pág. 167). La parcialidad de un árbitro es una explicación creíble de la tendencia de los tribunales a hacer una interpretación amplia acerca de su jurisdicción y de sus normas para la revisión de los casos, lo que aumenta la expectativa de compensación del sistema para los inversionistas extranjeros. Esta explicación es suficiente para concluir que el sistema no satisface los requisitos de independencia judicial del derecho público (Van Harten, 2007b, págs. 174-175).

En suma, han surgido importantes cuestionamientos acerca de la legitimidad del sistema de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión. Las raíces comerciales de estos requieren el secreto de los procedimientos y generan conflictos de interés en los árbitros. La naturaleza de estos procedimientos no permite un mínimo de rendición de cuentas, apertura o independencia. Asimismo, reducir a una entidad soberana con un gobierno representativo al nivel de un inversionista extranjero plantea graves dudas acerca de la capacidad del soberano de representar y defender los legítimos intereses de los ciudadanos.

ii) Una jurisprudencia cada vez mayor sobre el tema, que transfiere el riesgo a los países receptores y reduce su espacio de política nacional

Una de las principales críticas de los mecanismos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión es que la vaguedad de los términos y otras ambigüedades en los acuerdos otorgan a los tribunales arbitrales una discrecionalidad excesiva en la toma de decisiones, lo que da lugar a interpretaciones amplias que facilitan un uso mayor de los procedimientos previstos en las cláusulas por parte de los inversionistas extranjeros y limitan el espacio de política de los gobiernos receptores. Estas interpretaciones amplias se observan en un conjunto de conceptos de los acuerdos internacionales de inversión, como la expropiación indirecta, el trato justo y equitativo, el trato nacional en “circunstancias similares”, el alcance del trato de la nación más favorecida, las definiciones de inversionista e inversión, y cláusulas generales y de estabilización, entre otras. Si bien la facilitación del uso de esos mecanismos por parte de inversionistas extranjeros y el traslado de los riesgos a los gobiernos de los países receptores son más explícitos en los acuerdos comerciales regionales originales y los acuerdos bilaterales de inversión al estilo de los de los Estados Unidos, muchos de estos elementos también se encuentran en acuerdos bilaterales de inversión más tradicionales y contratos estatales. A continuación se presenta una lista de ejemplos que no es exhaustiva.

Expropiación indirecta (TLCAN)

La expropiación y la nacionalización directas eran el eje de los debates sobre la inversión extranjera en las décadas de 1960 y 1970, que se centraban en la protección de esta. Después de considerables controversias y conflictos, este tema se resolvió en gran medida mediante el acuerdo general de que deben cumplirse determinadas condiciones para legitimar las expropiaciones y las nacionalizaciones directas: debían hacerse con un fin público, según lo establecido en la ley, de una manera no discriminatoria y con una compensación adecuada. Desde entonces, el debate se centró en el concepto de expropiación indirecta, lo que incluía la expropiación progresiva y las expropiaciones regulatorias¹⁷. La expropiación progresiva supone el uso de una serie de medidas gubernamentales conducentes a la privación del valor económico de la inversión, aunque no haya una medida única que lleve por sí misma a la expropiación. Las expropiaciones regulatorias ocurren cuando una medida del gobierno se implementa con fines regulatorios, pero tiene un impacto en el valor económico del activo propiedad del inversionista extranjero, suficiente para considerarse expropiación (UNCTAD, 2005b, pág. 42). Las expropiaciones regulatorias son particularmente delicadas porque muchas regulaciones gubernamentales podrían tener un impacto en el valor de la propiedad privada y una interpretación amplia de estas expropiaciones podría limitar el espacio de política nacional al impedir el derecho del gobierno a regular, creando el riesgo de una parálisis regulatoria, es decir que el gobierno no esté dispuesto a

¹⁷ La expropiación o nacionalización directa se caracteriza por actos que transfieren el título y la posesión material de los activos, mientras que la expropiación o nacionalización indirecta supone actos que conducen a la pérdida de la administración, uso o control, o a una depreciación significativa de los activos (UNCTAD, 2004, págs. 68-69).

realizar una regulación legítima por temor a las demandas de los inversionistas extranjeros (UNCTAD, 2003b, pág. 111), entre otras reacciones.

El debate sobre el espacio de política en un comienzo se centró principalmente en los acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos, sobre todo el TLCAN, puesto que en comparación con los acuerdos internacionales de inversión europeos, se consideraba que los primeros acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos parecían limitar en mayor medida la política nacional del país receptor (Gallagher, 2008). Una razón se relacionaba con las opiniones divergentes sobre la naturaleza de la propiedad privada. La posición de los Estados Unidos tendía a ser de defensa absoluta de los derechos de propiedad y toda violación al goce de los derechos de los inversionistas extranjeros en su propiedad suponía la responsabilidad del Estado del país receptor; la postura de los países europeos, por su parte, reconocía en mayor medida la función social de la propiedad, considerada más importante que el derecho individual a esta (Sornarajah, 2008, pág. 49). Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia europea sobre la expropiación indirecta era bastante similar en naturaleza a la de los Estados Unidos. Pocos textos jurídicos intentaron abordar de manera directa la diferencia entre las regulaciones legítimas que no daban lugar a una compensación y que afectaban el valor económico de las inversiones extranjeras y la expropiación indirecta que requería compensación (OCDE, 2005b, pág. 53). De esta manera se dejaba en manos de los tribunales las decisiones al respecto. En un comienzo, las decisiones de los tribunales acerca de la expropiación indirecta en el ámbito del TLCAN preocuparon a quienes estaban recelosos de las interpretaciones amplias del tribunal arbitral por la manera en que facilitaban el incremento del uso por parte de los inversionistas extranjeros de los procedimientos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado y la consiguiente parálisis regulatoria de los gobiernos de los países receptores.

En suma, la práctica en el marco del TLCAN parece indicar que los términos vagos y ambiguos del acuerdo, como el de expropiación indirecta, podrían conducir a una excesiva discrecionalidad por parte de los tribunales arbitrales. A su vez, estos tribunales mostraron una tendencia a las interpretaciones que facilitaron el uso cada vez mayor de los procedimientos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado y que limitaron el espacio de política de los gobiernos de los países receptores.

Trato justo y equitativo (todos los acuerdos internacionales de inversión)

El trato justo y equitativo es una de las obligaciones sustantivas más importantes en los acuerdos internacionales de inversiones. Es una norma de trato absoluta y no contingente, cuyo significado exacto se determina en función de las circunstancias específicas de aplicación. Algunos piensan que la vaguedad del término fue intencional a los efectos de dar a los árbitros la posibilidad de articular una variedad de principios necesarios para lograr el propósito del tratado en determinadas controversias (OCDE, 2005b, págs. 74-75). A veces se considera una disposición que llena vacíos o que puede aplicarse en diversas situaciones, diseñada para garantizar a los inversionistas extranjeros un nivel internacionalmente necesario de protección, aun cuando no se vean afectadas otras normas más específicas. En los últimos años se han visto una serie de laudos importantes para los inversionistas extranjeros basados, en todo o en parte, en un incumplimiento de esta norma. Los tribunales arbitrales han empleado esta norma más que cualquier otro tribunal para que los gobiernos receptores otorguen indemnizaciones (Van Harten, 2007b, pág. 87) y han sido reacios a reducir el trato justo y equitativo a una única norma o fórmula jurídica (Shenkman, 2006, pág. 4).

Las normas de trato justo y equitativo brindan una extrema flexibilidad para asegurar la protección de los inversionistas extranjeros en diversas circunstancias. Por ejemplo, en la impugnación de una decisión judicial el problema puede ser el debido proceso. En un procedimiento administrativo, el factor clave puede ser la transparencia. En otras situaciones, el problema puede ser si un funcionario gubernamental actuó de manera arbitraria. La norma de trato justo y equitativo puede ofrecer un recurso aun cuando no haya ocurrido ninguna expropiación. Por ese motivo, casi todos los procedimientos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado incluyen un reclamo respecto del trato justo y equitativo (Shenkman, 2006, pág. 4).

Existen diferentes normas sobre el trato justo y equitativo en los acuerdos internacionales de inversión, sobre todo en los acuerdos bilaterales. Joubin-Bret (2008, pág. 138) destacó estas diferencias de la siguiente manera:

- Algunos acuerdos bilaterales de inversión no prevén el trato justo y equitativo para los inversionistas;
- Algunos de ellos lo prevén;
- Algunos se refieren al trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional, mientras que otros se refieren al derecho internacional consuetudinario;
- Algunos tratados se refieren al trato justo y equitativo como parte del estándar mínimo internacional de trato a extranjeros;
- Otros muchos combinan el trato justo y equitativo con el trato nacional y de la nación más favorecida, combinando una norma absoluta con dos normas relativas y refiriéndose a los estándares relativos como elementos de comparación para evaluar si un inversionista ha sido tratado de manera justa y equitativa.

Esta flexibilidad, junto con las normas ambiguas sobre trato justo y equitativo dio a los árbitros una gran discrecionalidad para la interpretación de las obligaciones correspondientes que surgen de los acuerdos internacionales de inversión en sus laudos arbitrales.

La UNCTAD (2005b, pág. 39) concluyó que el resultado general de la jurisprudencia hasta la fecha es que las disposiciones de trato justo y equitativo pueden interpretarse, ya no como aplicables solamente a lo que podrían considerarse abusos notorios del poder gubernamental o usos disimulados de este con un fin espurio, sino a un uso abierto y deliberado del poder público, que no cumpla con los requisitos de la buena gobernanza, como la transparencia, la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas, la libertad ante la coerción y el acoso, el debido proceso y los cánones procesales, y la buena fe. Shenkman (2006, pág. 4) subraya que uno de los principios más importantes que se extraen de la jurisprudencia reciente es el marcado enfoque hacia las expectativas legítimas y razonables de los inversionistas en el momento de realizar la inversión, y si esas expectativas se han visto frustradas de manera no razonable por acciones atribuibles al Estado, como se demostró en el caso CMS Gas Transmission Co. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/08) y Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2). El nivel de protección previsto por las normas de trato justo y equitativo ha sido variable (en algunos casos ha sido bajo, como en el caso Waste Management, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3), pero inusualmente elevado en el caso MTD Equity Sdn. Bhd. contra la República de Chile (Caso CIADI N° ARB/01/7) (véase la sección C). La interpretación amplia de estas obligaciones en los acuerdos internacionales de inversiones por parte de los tribunales arbitrales ha producido fuertes críticas, sobre todo por el hecho de que las decisiones discrecionales rara vez toman en cuenta los requisitos de la política nacional (Yu y Marshall, 2008, pág. 18; Porterfield, 2006)¹⁸.

¹⁸ Con referencia al caso MTD Equity Sdn. Bhd. contra la República de Chile (Caso CIADI No. ARB/01/7) (véase el recuadro IV.5), Solanes y Jouravlev (2007) alertan acerca de las implicancias en términos de riesgo moral y potencial para la corrupción y el abuso en la decisión del tribunal que un solo funcionario puede cometer. Los autores agregan que la combinación de problemas de riesgo moral, que pueden alentar a los inversionistas a evitar la renegociación aun a costa de la pérdida del proyecto, y la corrupción pueden explicar la rescisión de algunos contratos recientes relacionados con los servicios públicos. En alguno de estos casos, los grupos de presión sectoriales han convencido a los gobiernos para que rescindan los contratos, en circunstancias en que existen dudas importantes acerca de la conveniencia jurídica y económica de hacerlo.

*Trato nacional en “circunstancias similares”
(TLCAN y acuerdos bilaterales de inversión)*

El principio de no discriminación es una norma relativa que habitualmente se formula en una disposición que exige un trato que no sea menos favorable que el que se da a los inversionistas nacionales “en circunstancias similares” (UNCTAD, 2005b, pág. 32). Las empresas extranjeras que sientan que han recibido un trato menos favorable que el que se da a las empresas nacionales pueden alegar la existencia de discriminación sobre la base de la norma de trato nacional plasmada en los acuerdos internacionales de inversión. Por esta razón, los gobiernos nacionales que desean brindar apoyo especial a las empresas nacionales deben asegurarse de que estas se encuentran en diferentes circunstancias y ser cautelosos para evitar que una discriminación incidental dé lugar a los procedimientos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado, o establecer una excepción o reserva en el acuerdo correspondiente.

La interpretación de las disposiciones sobre trato nacional, como el artículo 1102 del TLCAN, hace necesaria la determinación de qué entidades o actividades sirven como punto de referencia para establecer el tipo de trato que se otorgará. La mayoría de los tribunales arbitrales que tratan el artículo 1102 hacen un análisis en tres etapas para determinar si en un caso particular un país receptor ha incumplido su obligación de dar trato nacional a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones. Estas etapas son: i) identificación de los sujetos para hacer la comparación; ii) consideración del tratamiento relativo que cada parte comparada recibe, y iii) si se observa un trato diferente, se examina si los sujetos comparados están en “circunstancias similares” o si hay algún factor que pueda justificar la diferencia en el trato (UNCTAD, 2007a, pág. 48).

En los casos abordados en la órbita del TLCAN se ha aceptado una norma de discriminación de jure y de facto sobre la base del análisis de cada caso en particular del impacto que una medida tiene en un inversionista extranjero. De este modo, no solo se examinan las medidas que muestran claramente una diferencia en el trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros que sea favorable a estos últimos, sino también medidas que no son claramente discriminatorias, pero que tienen el efecto de dar un trato menos favorable a los inversionistas extranjeros, en comparación con los nacionales en circunstancias similares (UNCTAD, 2005b, pág. 34). Se han dado interpretaciones más limitadas a las “circunstancias similares” por parte de algunos tribunales del TLCAN, como en la decisión tomada en el caso de Methanex contra los Estados Unidos y en el caso de United Parcel Service of America (UPS) contra el Canadá (laudo arbitral CNUDMI (TLCAN) sobre los méritos, 24 de mayo de 2007); mientras que en otros se ha empleado un enfoque amplio, como en el caso de S.D. Myers Inc. contra el Canadá (CNUDMI). Por lo tanto, no ha habido una interpretación uniforme del requisito “en circunstancias similares” de la norma de trato nacional en el TLCAN.

Más allá del TLCAN, en una decisión arbitral en el caso de Occidental Exploration and Production Company contra el Ecuador (Corte Internacional de Arbitraje de Londres Caso N° IN3467) se interpreta la expresión “circunstancias similares” del acuerdo bilateral de inversión entre el Ecuador y los Estados Unidos de 2007 de manera amplia (véase la sección C). En otras palabras, la expresión ha sido interpretada de una manera muy amplia en el TLCAN y en otros ámbitos.

*Trato de la nación más favorecida y alcance de su aplicación
(acuerdos bilaterales de inversión)*

El trato de la nación más favorecida es un segundo componente de la norma relativa de no discriminación que requiere que los países receptores otorguen a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones un trato que no sea menos favorable que el que se otorga a los inversionistas extranjeros de cualquier tercer Estado y sus inversiones (OCDE, 2005b, pág. 129). La formulación y aplicación de cláusulas de la nación más favorecida varía ampliamente en los acuerdos internacionales de inversión. En algunos casos el alcance de aplicación de estas cláusulas se extiende a todo el contenido del tratado, mientras que en otros, la cláusula se limita a solo algunos asuntos abordados en el tratado. La aplicación

e interpretación adecuada de una cláusula de este tipo en particular requiere el examen minucioso del texto correspondiente (OCDE, 2005b, pág. 158).

Esta norma ha sido objeto de controversia en cuanto a si puede emplearse para ampliar el alcance de los derechos sustantivos y procesales de los inversionistas más allá de los del acuerdo en que basan su reclamo de protección y donde se encuentra una cláusula de la nación más favorecida (UNCTAD, 2005b, pág. 35). Algunos inversionistas extranjeros han empleado la cláusula de la nación más favorecida para elegir las disposiciones más favorables de diversos acuerdos internacionales de inversión firmados por el mismo país receptor (UNCTAD, 2007a, pág. 52). Tradicionalmente, el principio de *ejusdem generis* limita la aplicación del trato de la nación más favorecida disponible en otros tratados al mismo asunto, categoría o clase de asunto (OCDE, 2005b pág. 159). Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme (UNCTAD, 2007a, pág. 52).

Aunque las cláusulas de la nación más favorecida se concibieron para aplicarse solo a temas sustantivos, se han extendido a temas procesales a través de la jurisprudencia (van Aaken, 2008, pág. 21). La mayoría de los casos de arbitraje han sido sobre la posibilidad de importar las disposiciones de terceros tratados, demostrándose así cierta tendencia al abuso del tratado (Faya Rodríguez, 2008, págs. 92 y 101). Las decisiones arbitrales parecen indicar que la aplicación de trato de la nación más favorecida no es simple ni consistente (OCDE, 2005b, pág. 127) y que ha facilitado el uso cada vez mayor de procedimientos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado por parte de inversionistas extranjeros y han creado una considerable incertidumbre para los gobiernos receptores.

Definiciones de inversionista e inversión extranjera (acuerdos bilaterales de inversión)

Las definiciones de inversionista e inversión extranjera determinan el alcance de los acuerdos internacionales de inversión y el establecimiento de la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Los inversionistas extranjeros pueden ser personas naturales o jurídicas. En el caso de las personas naturales, estos acuerdos generalmente determinan la nacionalidad exclusivamente sobre la base del derecho del Estado cuya nacionalidad se alega (en algunos momentos introduciendo criterios alternativos como el requisito de residencia o domicilio). En el caso de las personas jurídicas, la situación es más compleja por la manera en que las empresas se organizan en un mundo globalizado. Los tribunales generalmente han adoptado la prueba de constitución o lugar donde se encuentra el domicilio principal de la empresa más que el control a la hora de determinar la nacionalidad de una persona jurídica, a menos que se establezca el criterio de control en el acuerdo internacional de inversión (OCDE, 2008b, pág. 8). Algunos acuerdos internacionales de inversión incluyen cláusulas de denegación de beneficios que permiten la exclusión de inversionistas extranjeros en determinadas categorías (como las sociedades ficticias y los nacionales del país receptor).

Si bien no hay una definición única de inversión extranjera, la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión tienen un enfoque amplio. Las definiciones basadas en los activos son las más comunes en estos acuerdos y tienden a incluir activos y flujos de capital, bienes muebles e inmuebles, participaciones en sociedades, demandas monetarias, derechos de propiedad intelectual y concesiones (UNCTAD, 2003b, pág. 101). Habitualmente se incluye en los acuerdos internacionales de inversión una lista ilustrativa y no exhaustiva de ejemplos.

La jurisprudencia relativa a estas definiciones ha sido muy discutida. Por una parte, hubo un caso conocido en el que participaba la subsidiaria de Bechtel Corporation de los Estados Unidos en el Estado Plurinacional de Bolivia (Aguas del Tunari contra la República de Bolivia, Caso CIADI N° ARB/02/3), en que los inversionistas extranjeros trasladaron la sociedad inversionista de las Islas Caimán a Luxemburgo. Las acciones de la sociedad inversionista a su vez fueron adquiridas por una sociedad recién creada en los Países Bajos, haciendo posible de esta manera usar el acuerdo bilateral de inversión entre los Países Bajos y el Estado Plurinacional de Bolivia para recurrir al CIADI (van Aaken, 2008, pág. 20) (véase el recuadro IV.6 de la sección C). Por otra parte, recientemente se negó la jurisdicción a TSA en el caso TSA contra la Argentina, según el acuerdo bilateral de inversión entre los Países Bajos y

la Argentina porque se determinó que en definitiva el propietario era un ciudadano argentino y que, por lo tanto, no existía el control extranjero como lo exige la Convención del CIADI (IA Reporter, 5 de enero de 2008, págs. 2-3). En general, las interpretaciones amplias, en particular de la jurisprudencia que alcanza a la Argentina, han respaldado la posición de ciertas categorías de inversionistas extranjeros (inversionistas indirectos, inversionistas minoritarios, tenedores de bonos y otros inversionistas no accionarios), extendiendo el uso de las garantías del arbitraje entre los inversionistas y el Estado a esos inversionistas¹⁹. Como resultado de ello, prácticamente toda clase de actividad comercial y presencia en un país extranjero puede caer en el ámbito, por lo menos, de un típico acuerdo internacional de inversión (Shenkman, 2006, pág. 1).

*Cláusulas generales (acuerdos bilaterales de inversión)*²⁰

Una de las principales consecuencias imprevistas asociadas a los acuerdos internacionales de inversión más tradicionales tiene que ver con las interpretaciones amplias dadas a las cláusulas generales en las decisiones arbitrales. Estas tienen el efecto de colocar un conjunto de contratos estatales con inversionistas extranjeros bajo la protección de un tratado. Esta interpretación amplia en los acuerdos bilaterales de inversión es un fenómeno relativamente reciente.

El alcance de la jurisdicción por materia (*rationae materiae*) no es uniforme en los acuerdos bilaterales de inversión. Algunos cubren solamente diferencias relativas a una obligación según este acuerdo, es decir, solo demandas por violación del acuerdo, mientras que en otros casos la jurisdicción se extiende a toda diferencia relativa a las inversiones y otros crean una obligación de derecho internacional por la que un país receptor debe, por ejemplo, observar toda obligación asumida, garantizar permanentemente la observancia de los compromisos asumidos y otras fórmulas con respecto a las inversiones. Estas disposiciones se denominan comúnmente cláusulas generales, aunque se han empleado otros términos: efecto espejo, elevador, efecto paralelo, santidad del contrato, cláusula de respeto y *pacta sunt servanda*. Las cláusulas de este tipo se agregan para brindar protección adicional a los inversionistas extranjeros y se dirigen a los acuerdos de inversión extranjera que los países receptores habitualmente celebran con ellos²¹.

Las partes contratantes habitualmente han considerado los acuerdos bilaterales de inversión europeos menos invasivos que los acuerdos internacionales de inversión del estilo de los de los Estados Unidos. Sin embargo, la expansión de los derechos de los inversionistas extranjeros por medio de decisiones arbitrales relativas a las cláusulas generales sorprendieron a muchos países en desarrollo y economías en transición porque a menudo llevaron la toma de decisiones asociada con los contratos entre el gobierno del país receptor y los inversionistas extranjeros fuera del ámbito del sistema jurídico o administrativo local y brindaron a los inversionistas extranjeros la protección del arbitraje internacional²².

Cláusulas de estabilización (contratos estatales)

Otras de las principales consecuencias imprevistas de los acuerdos internacionales de inversión tienen que ver con las interpretaciones arbitrales amplias que se han dado a las cláusulas de estabilización, que también tienen el efecto de colocar un conjunto de contratos con inversionistas extranjeros bajo la protección de un tratado internacional de inversión.

¹⁹ Por ejemplo, Enron Corp. y Ponderosa Assets contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3); Siemens A.G. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/8); Azurix Corp. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/12); CMS Gas Transmission contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/8); Lanco International Inc. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/6), y los reclamos de los tenedores de bonos Giovanna A. Beccara, Giovanni Alemanni y otros.

²⁰ Esta sección se basa principalmente en Yannaca-Small (2006b).

²¹ En el recuadro IV.8 de la sección C se examina la aplicación de cláusulas generales y otros mecanismos para que las diferencias relativas a los contratos tengan el estatus de tratados en América Latina.

²² Podría mencionarse que los Estados Unidos dejaron de emplear las cláusulas generales en la modificación del modelo de acuerdo bilateral de inversión de 2004. Sin embargo, aún posee 38 acuerdos de este tipo que incluyen esas cláusulas.

Actualmente, a partir de las interpretaciones amplias de los tribunales arbitrales, las violaciones de un contrato individual con el gobierno de un país receptor suponen una violación de una obligación sustantiva de un acuerdo internacional de inversión, más allá de las cláusulas generales (OCDE, 2006b, pág. 26). Originalmente, los incumplimientos de contrato se resolvían en el sistema judicial nacional del país receptor. Las cláusulas de estabilización, es decir, las cláusulas contractuales para reducir o eliminar el impacto de los cambios en el sistema jurídico o las condiciones comerciales del país receptor durante la vigencia del proyecto cambiaron esto, puesto que se volvieron comunes como herramientas para mitigar los riesgos y proteger las inversiones extranjeras de la nacionalización o la expropiación (en las décadas de 1960 y 1970) y, más recientemente, de la expropiación progresiva, la anulación del contrato de conformidad con el derecho nacional y un conjunto de asuntos fiscales, como la depreciación acelerada y la amortización de activos, largos períodos de traspaso de los saldos negativos, las tasas de las regalías, las garantías de que la divisa extranjera podría repatriarse o mantenerse en una cuenta extraterritorial protegida, y las garantías generales o específicas con respecto a la legislación ambiental y social, entre otros riesgos (Shemberg, 2008, pág. 4).

Estas cláusulas se formulan habitualmente de tres maneras (Shemberg, 2008, pág. vii):

- Cláusulas de congelamiento, que “congelan” la ley del país receptor con respecto al proyecto de inversión extranjera durante la vigencia de este. Aunque en muchos países no se permite al soberano prometer no legislar en el futuro, esta clase de cláusula puede ser importante para el arbitraje internacional según los acuerdos internacionales de inversión.
- Cláusulas de equilibrio económico, que requieren que el inversionista extranjero cumpla con las nuevas leyes, pero que también exigen que este sea compensado por el costo de este cumplimiento (las compensaciones pueden ser aranceles ajustados, extensión de la concesión, reducciones impositivas o compensaciones monetarias, entre otras), aunque las excepciones no estén específicamente mencionadas en el contrato.
- Cláusulas híbridas (así llamadas porque combinan aspectos de ambas categorías), que disponen que el Estado coloque al inversionista en la misma posición que tenía antes del cambio de la ley, y que incluyen, según se establece en el contrato, la exención respecto de nuevas leyes.

En la práctica, estas cláusulas de estabilización en contratos con los países de la OCDE habitualmente establecen que los inversionistas extranjeros absorban el riesgo de los cambios en las leyes de aplicación general y, algunas veces, en las leyes específicas, y las concernientes a la política pública (seguridad), mientras que las de los contratos con países que no pertenecen a la OCDE a menudo no lo hacen y, además prevén cláusulas de estabilización respecto del trabajo, el medio ambiente y otras leyes sociales (Mann, 2008b).

Las principales críticas a las cláusulas de estabilización, no obstante la expectativa legítima de proteger a la inversión extranjera de la acción arbitraria del Estado, son que colocan las violaciones de los contratos estatales bajo esa protección y que limitan la política del país receptor en áreas como la no discriminación, la salud y la seguridad, el trabajo y el empleo, la herencia cultural, los derechos humanos y el medio ambiente, entre otras (Shemberg, 2008, págs. viii y 39).

Los acuerdos de estabilidad jurídica son similares a las cláusulas de estabilización y, aunque poseen una mayor relevancia jurídica, comparten objetivos similares y generan los mismos riesgos (Vielleville y Vasani, 2008).

En suma, las interpretaciones amplias de las decisiones de los tribunales arbitrales con respecto a los conceptos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión, como los ejemplos mencionados arriba (expropiación indirecta, trato justo y equitativo, trato similar con respecto al trato nacional, el alcance del trato de la nación más favorecida, las definiciones de inversión e inversionista, las cláusulas generales y de estabilización) han permitido a los árbitros revisar prácticamente todos los actos soberanos que puedan afectar los activos de un inversionista extranjero. Como consecuencia, puede observarse una tendencia marcada a usar cada vez más los procedimientos de arbitraje internacional

entre los inversionistas y el Estado por parte de los primeros y limitar el espacio de política de los gobiernos de los países receptores mediante el traslado de los riesgos adicionales a ellos. Esto ha constituido un desafío importante para esos gobiernos, puesto que la naturaleza de la jurisprudencia de un tribunal arbitral en muchos casos ha sido ambigua y ha producido una incertidumbre creciente, lo que por momentos ha limitado el espacio de los gobiernos para el logro de los objetivos de política pública legítimos por temor a dar lugar a procedimientos de arbitraje relativo a las inversiones extranjeras.

iii) Principales riesgos de las cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión y desafíos que se enfrentan

Los problemas de legitimidad, como la parálisis regulatoria o de política, pueden traducirse en la pérdida total o parcial por parte del país receptor del control de su propio proceso de desarrollo. En efecto, el consentimiento al que de manera general y prospectiva se obligan los países receptores en los acuerdos internacionales de inversión se ha comparado con un cheque en blanco (Redfern y Hunter, 2004, págs. 60-62). En todo caso, estas obligaciones que surgen de los tratados representan promesas o compromisos de duración indefinida que pueden inhibir la acción del gobierno. Al enfrentar estos riesgos, la parálisis de la política puede restringir el espacio de la política nacional que se encarga de la estrategia de desarrollo. La parálisis regulatoria en diferentes niveles gubernamentales tiene un efecto similar al de la parálisis de la política, pero se aplica estrictamente a la materia reguladora. Los gobiernos no se muestran dispuestos a llevar a cabo una regulación nacional legítima por temor a los procesos judiciales que puedan iniciar los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, la cautela necesaria para administrar los riesgos de estos procesos de arbitraje puede limitar la política reguladora nacional y reducir la acción del gobierno receptor en áreas como la salud y la seguridad, el trabajo y el empleo, la herencia cultural y el medio ambiente, entre otras. Por otra parte, en circunstancias extremas, los gobiernos de los países receptores pueden verse obligados a elegir entre el cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales de inversión o satisfacer las necesidades legítimas de sus ciudadanos en situaciones de crisis.

Un riesgo a más largo plazo son las interpretaciones amplias de conceptos fundamentales en los acuerdos internacionales de inversión, que pueden aumentar enormemente la dimensión y la naturaleza de la exposición de los países receptores. De este modo, sin que se suscriban nuevos acuerdos, las interpretaciones amplias de estos conceptos aumentan el nivel de riesgo, lo que a su vez genera una mayor incertidumbre en la política pública.

El riesgo más concreto que enfrentan los países en desarrollo y las economías en transición con respecto a los compromisos que surgen del arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión es el costo financiero de las decisiones adversas de los tribunales arbitrales. Como se ha señalado, las indemnizaciones, los honorarios y los costos administrativos de algunas de las decisiones más conocidas han llegado a cientos de millones de dólares, lo que puede constituir una restricción financiera debilitadora, sobre todo para un país en desarrollo o pequeño.

Respondiendo la pregunta inicial de si se justifica correr el riesgo que suponen las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de diferencias entre los inversionistas y el Estado incluidas en los acuerdos internacionales de inversión, pueden decirse dos cosas: en primer lugar, depende en gran medida de las situaciones específicas de los países receptores. Lo que es bueno para el Brasil puede no serlo para el Paraguay, por ejemplo. Los países en desarrollo y las economías en transición con grandes mercados, como los países BRIC, han sido, en su mayor parte, cautelosos con respecto a la asunción de compromisos relativos al arbitraje en los tratados internacionales de inversión y han recibido flujos considerables de inversión extranjera, mientras que los países en desarrollo y economías en transición más pequeños, con un poder de negociación menor, han sentido la necesidad de asumir niveles relativamente altos de compromisos para atraer la inversión extranjera, elevando así su nivel de riesgo. Es claro que asumir esos riesgos no necesariamente garantizará una mayor inversión extranjera y que, cuanto mayores sean estos, mayor es la probabilidad de que existan arbitrajes internacionales relativos a

las inversiones. En este contexto, conviene reevaluar la pertinencia de las prácticas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado de los acuerdos internacionales de inversión.

2. ¿Pueden los mecanismos previstos en las cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado de los acuerdos internacionales de inversión establecerse de tal modo que los beneficios justifiquen los riesgos?

Puede resultar sorprendente que la primera iniciativa significativa para modificar las garantías del arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión no haya sido una reacción a la jurisprudencia poco clara de los casos clásicos, como el de *Lauder contra la República Checa* o el de la República Checa contra *CME Czech Republic B.V.*, que arrojaron decisiones arbitrales contradictorias. La iniciativa, en cambio, provino de los Estados Unidos (véase el recuadro IV.3), que habían promovido los aspectos más exigentes de la liberalización de la inversión extranjera en general y las garantías mencionadas en particular. Cuando el capítulo 11 del TLCAN resultó perjudicial para los Estados Unidos, hubo una firme reacción en ese país. Aunque los Estados Unidos luego ganaron todos los casos de arbitraje entre los inversionistas y el Estado, surgió una oposición a la aplicación del capítulo 11 sobre procedimientos arbitrales. Por ejemplo, un grupo de gobiernos estatales y locales se opusieron a esos procedimientos y en 2002 el senador John Kerry - candidato presidencial del Partido Demócrata en 2004- propuso una enmienda dirigida a excluir las disposiciones del estilo del capítulo 11 en futuros acuerdos comerciales regionales. Algunos pensaban que quienes habían llevado a cabo las negociaciones para el TLCAN a principios de los años noventa no habían previsto que los abogados podrían emplear las disposiciones del capítulo 11 para iniciar las acciones legales que dieran lugar a esa oposición (Capling y Nossal, 2004, pág. 27). Cuando los riesgos de los arbitrajes fueron difíciles de sostener en los Estados Unidos, el representante de comercio de ese país prescindió de ellos y tomó medidas para modificar los mismos procedimientos que anteriormente se habían considerado fundamentales e incuestionables en la política de liberalización de la inversión extranjera. Se instruyó a los árbitros que trataban temas de inversión internacional para que fueran más allá de los aspectos formales de la inversión extranjera y evaluaran en mayor medida la esencia económica (en otras palabras, que hubiera un compromiso de capital, la expectativa de una utilidad o la asunción de un riesgo y, en el caso de los instrumentos de deuda, una perspectiva de largo plazo). Los conceptos de trato justo y equitativo y de expropiación indirecta se vincularon al derecho internacional consuetudinario en anexos de los nuevos acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos, siguiendo la práctica establecida por la Comisión de libre comercio del TLCAN en julio de 2001, que emitió una interpretación vinculante en la que se aclaraba, entre otras cosas, el artículo 1105(1) del TLCAN, relacionado con el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad y el artículo 1110 sobre expropiación indirecta (Gagne y Morin, 2006, págs. 367-372). En otras palabras, constituían obligaciones solo en la medida en que eran reconocidas por el derecho internacional consuetudinario y concordaban con la jurisprudencia estadounidense²³.

La principal iniciativa de los Estados Unidos fue proponer la creación de mecanismos de apelación para los procedimientos de arbitraje. El Congreso de los Estados Unidos, en su ley de la autoridad de promoción del comercio de 2002, estableció un objetivo de negociación para los acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos de prever la existencia de un órgano de apelación o un mecanismo similar que dotara de coherencia a las interpretaciones de las disposiciones sobre inversiones en los acuerdos comerciales (Legum, 2008, pág. 232). Como resultado, los acuerdos comerciales regionales subsiguientes (con Chile, Marruecos, Omán, el Perú y Singapur) incluyeron el compromiso de considerar el establecimiento de un órgano de apelación bilateral o un mecanismo similar en un plazo

²³ En este sentido, un incumplimiento del artículo 1105(1) no era un incumplimiento de otra disposición del TLCAN, a diferencia de lo que surge de la jurisprudencia del caso *Metalclad Corp contra los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1), *S.D. Myers, Inc. contra el Canadá*, y *Pope & Talbot, Inc. Contra el Canadá*, *Laudo sobre cuestiones de fondo*, etapa 2 (Tracton, 2008, pág. 204).

de tres años después de la entrada en vigor del acuerdo y de buscar el consenso para permitir que un órgano de apelaciones multilateral revisara los laudos según el acuerdo si el mecanismo de ese órgano se establecía en un acuerdo multilateral separado. El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR) además solicitó el establecimiento de un grupo de trabajo para estudiar el tema de la apelación y suministrar un borrador de enmienda sobre la apelación e incluyó una lista ilustrativa de temas a considerar (las normas aplicables a la revisión, la composición del panel de apelaciones, su relación con los acuerdos de arbitraje subyacentes y leyes sobre el reconocimiento y la aplicación de los laudos arbitrales, así como el efecto de las decisiones del órgano de apelación o mecanismos similares) (Tracton, 2008, págs. 202-203).

El nuevo punto de vista adoptado por el Gobierno de los Estados Unidos se aplicó a otras áreas. La búsqueda de una transparencia y una consistencia cada vez mayor condujo a la aclaración del TLCAN y a un nuevo modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos en 2004, entre otras cosas. Por ejemplo, por primera vez, se firmó un acuerdo comercial regional de los Estados Unidos (el acuerdo con Australia) que no incluía disposiciones sobre arbitraje entre los inversionistas y el Estado (Newcombe, 2005; Dodge, 2006). Las principales propuestas incluían:

- La revisión provisional de los borradores de decisiones o laudos. A solicitud de una de las partes de la controversia, el tribunal haría llegar un borrador de decisión o laudo a las partes de la controversia y al gobierno que no es parte en la controversia, para que las partes tuvieran la oportunidad de enviar comentarios por escrito (si no existía un mecanismo de apelación);
- La posibilidad de que las partes constituidas por gobiernos tuvieran la oportunidad de hacer, de manera conjunta, interpretaciones vinculantes del acuerdo. Toda decisión o laudo posterior debía ser consistente con la declaración conjunta;
- La posibilidad de que la parte que no participa en la controversia tenga el derecho de presentar propuestas al tribunal respecto de la interpretación del acuerdo;
- La puesta a disposición del público de las propuestas escritas de manera oportuna; las audiencias serían públicas;
- Un mecanismo para que el tribunal decida si acoge, en todo o en parte, la demanda de manera fundada;
- Directrices para los tribunales sobre factores a tener en cuenta en el momento de decidir si hubo una expropiación indirecta y aclarar de qué manera el derecho internacional consuetudinario se plasma en el modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos de 2004 (Tracton, 2008, págs.203-206).

Si bien todas estas modificaciones y aclaraciones se implementaron hasta cierto punto, la propuesta fundamental para crear mecanismos de apelación no prosperó.

Las iniciativas de los Estados Unidos provocaron reacciones. Por ejemplo, la OCDE finalmente organizó un simposio sobre el aprovechamiento de los acuerdos internacionales de inversión (“Making the most of international investment agreements: a common agenda”), que se realizó en París en diciembre de 2005, y la Universidad de Columbia llevó a cabo un simposio sobre la transparencia y la consistencia en el derecho internacional y la necesidad de un nuevo mecanismo de revisión (“Transparency and consistency in international law: is there a need for a review mechanism?”) en Nueva York, en abril de 2006. Se analizaron las principales ventajas y desventajas de los mecanismos de apelación (Yannaca-Small, 2008, págs. 224-225). Entre las ventajas se incluían poder evitar la inconsistencia, rectificar errores jurídicos y posibles errores de hecho, contar con la revisión de un mecanismo neutral (no un tribunal nacional) y mejorar la aplicación efectiva de las decisiones. Entre las desventajas, se contaron la limitación del principio de finalidad, la creación de demoras adicionales, los costos y el número de casos y la politización del sistema. A pesar del fuerte impulso del gobierno

estadounidense y de sus socios del TLCAN, la mayoría de los miembros de la OCDE no consideraron que este fuera un tema urgente que ameritara lo que consideraban un cambio radical²⁴.

Este es un resultado curioso si se considera que en la publicación de la OCDE (2006b) se reconoce plenamente que los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y el Estado necesitaban mejoras en áreas como la calidad de las decisiones, la consolidación de los procedimientos múltiples y paralelos y las cuestiones jurisdiccionales que rodeaban los contratos, entre otras. Asimismo, en mayo de 2006, la OCDE logró un hito tras la adopción de una herramienta para el diálogo global y regional sobre inversión extranjera, evaluación de la política nacional y revisión por pares, denominado marco político para las inversiones. Como se mencionó, esto representó una modificación de la posición sobre la inversión extranjera, ejemplificada por el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones. Supuestamente, las diferencias inherentes entre los acuerdos bilaterales de inversión del estilo de los de los Estados Unidos, que enfatizaban la liberalización de la inversión extranjera, y los acuerdos al estilo europeo, que enfatizaban la protección de la inversión extranjera (Gugler y Tomsik, 2006), influyeron en ese resultado, es decir, la imposibilidad de poner en práctica una propuesta para un mecanismo de apelación. De todas maneras, las posibilidades de implementar un mecanismo de apelación parecían desalentadoras (Brummer, 2008, pág. 284; Legum, 2008, pág. 238; Álvarez, 2008, págs. 31-32; Paulsson, 2008, pág. 242; y Qureshi y Khan, 2008, pág. 268).

Al mismo tiempo, se lanzó un número considerable de iniciativas de reforma y se introdujeron varios cambios significativos en las prácticas nacionales con respecto a los acuerdos internacionales de inversión. Se hicieron algunos cambios menores en los reglamentos del CIADI en 2006. Sin embargo, no incluyeron ninguno de los temas más importantes (Parra y otros, 2008a y 2008b), como el mecanismo complementario de anulación, actualmente “en espera” (Juillard, 2008, pág. 101) o el mecanismo de apelación, que ya no se analiza (Legum, 2008, pág. 233). Los cambios relativamente menores tomaron en cuenta la falta de transparencia o la limitada posibilidad de que el público tuviera participación en los casos que le concernían. Se consideraron otros cambios, aun menores, para las reglas de la CNUDMI por un grupo de trabajo establecido en 2006.

Las modificaciones más grandes relacionadas con las garantías y los mecanismos del arbitraje se introdujeron principalmente a través de iniciativas de países individuales. Es por esta razón que los nuevos acuerdos internacionales de inversiones son algo más equilibrados (Malik, 2008a, págs. 10 y 8). Los países están aprendiendo de los problemas que han surgido y, además, se han renegociado una cantidad de acuerdos internacionales de inversión (121 hacia fines de 2007). Más arriba se ha hecho referencia a las modificaciones al TLCAN y el nuevo modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos de 2004. El Canadá también participó en las modificaciones al TLCAN y desarrolló un nuevo modelo de acuerdo bilateral de 2004 (acuerdo de protección de la inversión extranjera). Si bien el cambio de los acuerdos bilaterales de inversión basados en la OCDE a los basados en el modelo de 1994 (TLCAN *light*) fue en el sentido de la liberalización, preestableciendo derechos, fortaleciendo el trato nacional y el trato de la nación más favorecida, restringiendo las prescripciones en materia de resultados y facilitando el ingreso de personal, el cambio a los acuerdos bilaterales de inversión sobre la base del modelo canadiense de 2004 supuso la implementación de varias aclaraciones de obligaciones de inversión sustantivas y el aumento de la transparencia y la eficiencia en los procedimientos de arbitraje para evitar más arbitrajes internacionales sobre inversiones; estas fueron lecciones de la experiencia del arbitraje en el ámbito del TLCAN. Algunas de las modificaciones canadienses más recientes se hicieron para excluir los lazos gubernamentales de la definición de inversión, equiparar el trato justo y equitativo con las normas mínimas de derecho internacional consuetudinario, limitar la aplicación de la garantía del trato de la nación más favorecida a futuros procedimientos de arbitraje, introducir excepciones generales

²⁴ La consideración de otras opciones, como el traslado del arbitraje sobre inversiones a la Cámara de Comercio Internacional para el análisis de los laudos, sumándose así un nuevo control antes de enviar los laudos a las partes, y el establecimiento de un mecanismo adicional de anulación similar a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI para que quienes no son miembros del CIADI también tengan acceso al sistema independiente de anulación tampoco logró el consenso. Se registraron algunos pequeños avances (de facto) en la transparencia y consolidación de los casos (Yannaca-Small, 2008, pág. 226).

para fortalecer el derecho de regular y para guiar la interpretación de la expropiación indirecta de la misma manera que lo hizo el TLCAN (Newcombe, 2004, págs. 3-7). Estos criterios recientemente quedaron de manifiesto en el nuevo acuerdo de protección de la inversión extranjera negociado con Colombia (*IA Reporter*, 22 de enero de 2009).

Noruega suspendió las negociaciones de los acuerdos bilaterales de inversión a mediados de los años noventa debido a su preocupación por las limitaciones que podrían imponer a la capacidad del gobierno de regular y expropiar con un fin público, lo que se garantizaba en la constitución nacional. Ese país finalmente optó por un nuevo modelo que definía estrictamente la expropiación de acuerdo con las disposiciones del derecho internacional, salvaguardaba la libertad reguladora general del Estado en su propio territorio e introducía una fórmula de compensación distinta de la de compensación pronta, justa y efectiva. De este modo Noruega definió un estándar de expropiación que cumplía con el nivel de protección que deseaba para los inversionistas extranjeros, al mismo tiempo que mantuvo la capacidad de regular en función del interés público sin temor a recibir reclamos de compensación (Malik, 2008a).

Con respecto a las prácticas regionales de negociación de los acuerdos internacionales de inversión individuales en general, los países asiáticos recientemente se han vuelto más activos, pero también han sido mucho más prudentes y cautelosos en términos de sus garantías de arbitraje (Stanley, 2007). En general, la tendencia de los países asiáticos era la de emplear cláusulas de escape y conservar su espacio de política nacional (Sonarajah, 2008, págs. 40, 47 y 74; Kumar y Gallagher, 2007). En este sentido, las ventajas específicas de los acuerdos internacionales de inversión asiáticos tienen que ver con la cobertura de menos asuntos relacionados con las inversiones, la incorporación de una liberalización relativamente reducida de la inversión extranjera, una definición más estrecha de esta, la limitación de las prohibiciones de los AMIC a las prácticas de la OMC, una extrema cautela hacia la expropiación y la expropiación indirecta y la exigencia de un alcance más limitado para los procedimientos de arbitraje (Kumar, 2007b). Aun en lo relativo a la tendencia de firmar acuerdos comerciales regionales con algunos de los países más activos de origen de la inversión en Asia, como el Japón y Singapur, algunos países asiáticos en desarrollo, como Filipinas y la India han demostrado su capacidad de negociar acuerdos comerciales regionales con límites significativos respecto de los riesgos del arbitraje. En el caso del acuerdo comercial regional de Filipinas con el Japón, no se dio abiertamente ningún consentimiento para los procedimientos de arbitraje y se incluyó una excepción general para invalidar las disposiciones sobre inversiones (y evitar las interpretaciones amplias que podían reducir el espacio de la política nacional para regular), para permitir que los gobiernos de los países receptores tomaran las medidas necesarias para proteger la vida humana, animal y vegetal, o la salud, así como la moral pública o mantener el orden público (*Investment Treaty News*, 2006). En el caso del acuerdo comercial regional de la India con Singapur que fue su primer acuerdo de base amplia, que abarcaba el comercio, la inversión extranjera y los servicios, se lograron importantes innovaciones por parte del país receptor. Los compromisos para una liberalización limitada de la inversión extranjera se incluían en una lista positiva y los procedimientos de arbitraje no estaban abiertos a inversionistas extranjeros para las controversias relativas al establecimiento, la adquisición o la expansión de la inversión extranjera. Además, para limitar las posibles interpretaciones amplias, no se incluyeron el trato de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo o la plena protección, ni las garantías de seguridad y se incluyeron cláusulas similares a las de los acuerdos de los Estados Unidos y el Canadá con respecto a la expropiación indirecta (*Investment Treaty News*, 2005). Por lo tanto, una cantidad de países asiáticos en desarrollo demostraron que los acuerdos internacionales de inversión, que incluyen los acuerdos comerciales regionales, podían negociarse de manera que se limitaran los procedimientos de arbitraje.

En respuesta a la pregunta de si los mecanismos previstos en las cláusulas de arbitraje internacional entre los inversionistas y el Estado de los acuerdos internacionales de inversión pueden establecerse de tal modo que los beneficios justifiquen los riesgos, puede concluirse que en el corto plazo es poco probable encontrar una solución general. Si bien parece haber un acuerdo en cuanto a que los mecanismos de arbitraje tienen fallas, la confusión que de ello deriva no conduce a una solución única. Los países de la OCDE parecen centrarse en sus propios puntos de vista en este ámbito (con diferencias entre Europa y América del Norte) y no en hallar una solución general. La falta de esfuerzos

para resolver el problema impedirá también evitar los impactos negativos de las cláusulas de arbitraje en los procesos democráticos, los límites que estas imponen al espacio de política nacional y otras cuestiones relativas a la legitimidad. Asimismo, la confusión en torno a la manera de ajustar las cláusulas de arbitraje agrava la incertidumbre y la falta de previsibilidad asociada con esos procedimientos. Hasta ahora, parecería que los países en desarrollo y las economías en transición deben aprender de la jurisprudencia sobre este tipo de arbitraje y centrarse en mejorar la gestión de los riesgos derivados de su propia exposición al arbitraje.

IV. La gestión del riesgo del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el estado en América Latina y el Caribe

Para determinar la eficacia de un país o una región en la gestión del riesgo que supone el arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado es necesario tener en cuenta muchos factores. Entre los más importantes cabe destacar la naturaleza de las inversiones extranjeras abarcadas por los acuerdos internacionales de inversión, las orientaciones básicas de los participantes en los principales acuerdos de ese tipo, la calidad de las políticas en materia de inversión del país receptor y el uso eficaz de la capacidad de negociación en las disposiciones de esos acuerdos. Estos factores explican en buena parte el mejor desempeño de los países en desarrollo asiáticos, en especial de Asia oriental, si se comparan con América Latina y el Caribe (Sauvé, 2007; Durán, Mulder y Onudera, 2008).

Las inversiones extranjeras abarcadas por los acuerdos internacionales de inversión en los países en desarrollo asiáticos difieren bastante de las de América Latina y el Caribe. En el primer grupo de países destacan las inversiones que buscan la eficiencia de las cadenas globales de valor de manufacturas, mientras que en el segundo destacan las inversiones que buscan mercados en los sectores privatizados (principalmente energía, telecomunicaciones, saneamiento e infraestructura de transporte) o las que buscan recursos naturales. Dado que han surgido controversias relacionadas con la expropiación y la nacionalización de los recursos naturales, que es necesario regular los servicios, que muchos de ellos tienen un gran impacto social, y que las negociaciones multilaterales de comercio

han avanzado sobre todo en el comercio de bienes (en especial en el de las manufacturas), cabe esperar que en América Latina y el Caribe se produzcan más procesos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado que en los países en desarrollo de Asia.

Por lo que respecta a las orientaciones básicas de los participantes en los principales acuerdos internacionales de inversión, el reciente aumento de este tipo de acuerdos entre los países asiáticos ha disminuido el peso de los inversionistas norteamericanos y europeos en la región. Las empresas transnacionales asiáticas suelen recurrir con menos frecuencia a procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado que las europeas y las norteamericanas (Stanley, 2007). La IED intrarregional en América Latina y el Caribe sigue siendo relativamente escasa y los participantes en los principales acuerdos internacionales de inversión siguen siendo los norteamericanos y europeos, quienes se han mostrado propensos a recurrir a ese tipo de procedimientos.

Muchos elementos entran en juego en la calidad de las políticas en materia de acuerdos internacionales de inversión. Naturalmente, los países o regiones que muestran una mayor claridad en su estrategia de desarrollo a largo plazo, que cuentan con un entorno institucional estable y eficiente, sobre todo en los planos democrático, macroeconómico y jurídico, y aplican políticas coherentes son los que suelen tener políticas en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado que reflejan esas mismas prioridades (Mortimore, 2009). Históricamente, la adaptación creativa (“flying geese”) de los países asiáticos ha cosechado resultados mucho mejores que el inmovilismo vulnerable (“sitting ducks”) de América Latina en lo que a estrategias de desarrollo coherente se refiere (Mortimore, 1993). Al mismo tiempo, los países en desarrollo de Asia aprendieron más de la crisis asiática de finales de los noventa que los países de América Latina y el Caribe de la crisis de la deuda los años ochenta (la “década perdida”). La aplicación de políticas en materia de IED activas y específicas (junto con una gestión eficaz del riesgo del arbitraje internacional) en los países en desarrollo de Asia ha dado mejores resultados que las políticas pasivas y horizontales de América Latina y el Caribe (Mortimore, 2008).

Por lo que respecta al uso eficaz del poder de negociación en los acuerdos internacionales de inversión, es difícil sacar conclusiones a nivel regional. Sin embargo, la escasez de acuerdos comerciales regionales de los Estados Unidos con los países en desarrollo de Asia (excepto en el caso de Singapur y quizás la República de Corea), contrasta notablemente con la proliferación de ese tipo de acuerdos con los países de América Latina y el Caribe (Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y, posiblemente, Colombia). Por otro parte, China y la India han sabido utilizar eficazmente su poder de negociación en sus acuerdos internacionales de inversión para lograr resultados concretos, lo que contrasta notablemente con la política del Brasil de no participar en acuerdos internacionales de inversión.

En resumen, existen muchos factores que determinan la eficacia de un país o una región en cuanto a arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. En esta sección se presentan la situación y las experiencias de América Latina y el Caribe.

1. Dos visiones diferentes sobre los riesgos del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión de América Latina y el Caribe

En 2008 los países de América Latina y el Caribe eran parte en más de 300 acuerdos internacionales de inversión y estaban involucrados en más de 200 casos conocidos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado²⁵. Salvo en un caso, el análisis que se

²⁵ Además, J. C. Hamilton, asociado en litigios y arbitraje internacional de White&Case, ha indicado que en 2006 existían también 151 casos de arbitraje comercial en la Cámara de Comercio Internacional que involucraban a países de América Latina, lo que supone un aumento respecto de los 83 casos de 2000 (IDQ, 2007).

presenta a continuación se centra únicamente en los 117 casos iniciados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y no en los de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres u otras alternativas ad hoc. Los casos del CIADI son los únicos para los que se dispone de un mínimo de información coherente y comparable.

En el cuadro 1 se presenta información sobre los 20 países de América Latina y el Caribe directamente involucrados en casos del CIADI (cerrados o pendientes) y que representan más de la mitad de los países de la región. Atendiendo a su enfoque de los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, pueden distinguirse dos grupos de países. Por un lado, Chile, Colombia, México, Panamá, el Perú, la República Dominicana y los países de Centroamérica (denominados en adelante países del tipo I) parecen haber considerado que los beneficios de esos acuerdos son superiores a los riesgos que implican. Por otro lado, la Argentina, el Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, el Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela (denominados en adelante países del tipo II) parecen haber considerado que los riesgos son superiores a los beneficios²⁶.

Recientemente se ha observado otra fisura en los países de América Latina y el Caribe (véase el cuadro 1) a raíz del Acuerdo de Asociación Económica CARIFORUM-Comunidad Europea firmado por 15 países del Caribe de los 79 miembros del grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, lo que puede sugerir que esos países están ahora más dispuestos a asumir mayores riesgos asociados a los procedimientos de arbitraje internacional en sus acuerdos internacionales de inversión. La situación de estos países del Caribe es bastante especial ya que i) han firmado relativamente pocos acuerdos internacionales de inversión (un total de 22 acuerdos para cinco países); ii) recientemente firmaron un acuerdo comercial regional con la Comisión Europea pero no con los Estados Unidos; iii) en el Acuerdo de Asociación Económica no se incluyen procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, y iv) ocho de los nueve casos del CIADI en los que están involucrados estos países del Caribe ya se han cerrado (tres antes de 1990). Los países del Caribe (excepto la República Dominicana) asumen un escaso nivel de riesgos en materia de arbitraje internacional, lo que les diferencia de los dos grupos de países presentados en el análisis. Por ello, han de analizarse de forma independiente al resto de América Latina y no se tratarán en el presente capítulo.

CUADRO 1
CARACTERÍSTICAS DE LOS GRUPOS DE PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE CON CASOS EN EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI), 2008
(Número de acuerdos internacionales de inversión y número de casos)

País	Acuerdos comerciales regionales ^a (tipo Estados Unidos)	Acuerdos bilaterales de inversión ^a	Casos cerrados	Casos pendientes	Total de casos
Tipo I (9)	35	171	17	14	31
Chile	8	39	1	2	3
México	8	19	9	4	13
Costa Rica	4	13	1	3	4
El Salvador	4	20	1	-	1
Panamá	3	17	-	1	1
Perú	2	28	3	2	5

(Continúa)

²⁶ Para seguir la línea del análisis realizado en la sección A, el Brasil no se incluye en esta clasificación ya que el congreso de ese país nunca ratificó ninguno de los acuerdos internacionales de inversión negociados (14 acuerdos bilaterales de inversión y los protocolos de Buenos Aires y Colonia del MERCOSUR). Desde esa perspectiva, el Brasil asume pocos riesgos en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

CUADRO 1 (conclusión)

Guatemala	2	14	-	1	1
Honduras	2	9	1	1	2
Nicaragua	2	12	1	-	1
Tipo II (5)	-	141	27	50	77
Argentina	-	54	15	33	48
Venezuela (República Bolivariana de)	-	24	5	5	10
Ecuador	-	23	5	8	13
Paraguay	-	21	1	2	3
Bolivia (Estado Plurinacional de)	-	19	1	2	3
Caribe (5)	^b	22	8	1	9
Jamaica	^b	10	3	-	3
Trinidad y Tabago	^b	7	2	-	2
Granada	^b	2	1	1	2
Guyana	^b	3	1	-	1
Saint Kitts y Nevis	^b	...	1	-	1
Total (19)	35	346	52	65	117

Fuente : Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

^a Vigentes.

^b Firmaron recientemente un Acuerdo de Asociación Económica con la Comisión Europea (que no incluye procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado).

2. Experiencias en la gestión de los riesgos del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en la región

Cabe destacar tres aspectos de la experiencia de América Latina y el Caribe: los costos financieros, algunas de las interpretaciones expansivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, y algunas cuestiones relacionadas con la legitimidad. Debido a la complejidad de las cuestiones tratadas, el análisis que se presenta a continuación es ilustrativo y no pretende reflejar la situación de la región con absoluta precisión.

a) Costos financieros de la jurisprudencia en material de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado

La información sobre los costos financieros (laudos, honorarios de abogados y costos administrativos) de los tribunales de arbitraje internacional del CIADI en procesos iniciados contra países de América Latina y el Caribe es relativamente escasa e incompleta pese a los constantes esfuerzos por mejorarla. Sigue existiendo un gran secretismo en el arbitraje internacional sobre inversiones y las iniciativas destinadas a aumentar la transparencia en este ámbito solo han tenido un éxito parcial.

En el análisis realizado de 102 laudos (52 de ellos finales) hasta junio de 2006, Franck (2007c, págs. 58-59) constató que el promedio de las indemnizaciones concedidas ascendía a 10,4 millones de dólares. Utilizando ese dato como referencia, los costos que se conocen para América Latina y el Caribe

pueden considerarse en general altos; sin embargo, están muy concentrados en un solo país, la Argentina. Si se toman en cuenta únicamente los principales daños evaluados sin incluir los intereses acumulados u otros costos no evidentes, los laudos otorgados por los tribunales del CIADI en el caso de países de América Latina y el Caribe superan los 1.000 millones de dólares, de los cuales más de 900 millones corresponden a la Argentina. Los demandantes en seis casos del CIADI contra la Argentina recibieron más de 100 millones cada uno²⁷. En otro caso la indemnización superó los 50 millones de dólares²⁸. Además, como se ha mencionado, aproximadamente la mitad de los 65 casos pendientes en la región corresponde a la Argentina (33 casos). Si bien cuando se conceden indemnizaciones las cantidades asignadas son por lo general inferiores a las reclamadas por los inversionistas, cabe destacar que solo en los casos iniciados durante la crisis argentina de 2001-2002 las reclamaciones ascendieron a 20.000 millones de dólares (Perrone, 2001). Una de las reclamaciones asciende a 4.400 millones dólares (véase el recuadro 6).

El Ecuador es el único país de los demás países del tipo II que ha tenido que pagar indemnizaciones (69 millones de dólares)²⁹. Sin embargo, más notable resulta el hecho de que esos países (con la excepción de la Argentina) estén involucrados en aproximadamente una cuarta parte de las reclamaciones pendientes. En otras palabras, en el futuro las indemnizaciones relacionadas con casos del CIADI tendrán probablemente un papel más prominente para esos países.

En los demás países, la situación ha sido mucho menos dramática. Los países del tipo I han tenido que hacer frente a indemnizaciones considerables pero nada parecido al caso de la Argentina. El Perú perdió un caso cuyo valor ascendió a 18 millones de dólares³⁰, México tuvo que pagar dos indemnizaciones por un monto total de 17 millones de dólares³¹, y Chile perdió un caso en el que la indemnización ascendió a unos 5 millones de dólares³². Los países del tipo I estuvieron involucrados en aproximadamente una tercera parte de los casos cerrados y solo están implicados en una quinta parte de los casos pendientes.

En resumen, la información disponible no permite analizar con precisión los costos financieros asociados a los casos del CIADI en América Latina y el Caribe. Es necesario esforzarse para que los procedimientos de arbitraje internacional sean más transparentes. En la región destaca el caso de la Argentina, y el número de casos pendientes vinculados a ese país sugiere que las indemnizaciones serán más cuantiosas en el futuro. En cualquier caso, es evidente que la dimensión financiera de las decisiones de los tribunales en el arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado puede alcanzar montos significativos.

b) Interpretaciones expansivas de la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

Como se mencionó en la sección B, las garantías del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado a menudo incluyen términos vagos y otras ambigüedades que dan a los tribunales arbitrales una amplia discrecionalidad a la hora de tomar decisiones. Esto puede provocar interpretaciones expansivas que facilitan el recurso a esos procedimientos por parte de inversionistas extranjeros, produciendo riesgos adicionales para el gobierno del país receptor y limitando su espacio de política nacional. En este sentido, los países del tipo I parecen haberse adaptado mejor a la situación gracias a la reforma de algunos aspectos de sus acuerdos comerciales regionales o mediante las precauciones tomadas

²⁷ Siemens (Caso CIADI N° ARB/02/8), Azurix (Caso CIADI N° ARB/01/12), CMS Gas Transmission Co. (Caso CIADI N° ARB/01/08), Sempra (Caso CIADI N° ARB/02/16), Enron (Caso CIADI N° ARB/01/3), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A (Caso CIADI N° ARB/03/17).

²⁸ Caso LG&E (Caso CIADI N° ARB/02/1).

²⁹ City Oriente (Caso CIADI N° ARB/06/21).

³⁰ Duke Energy (Caso CIADI N° ARB/03/28).

³¹ Metalclad (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1) y Feldman (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1).

³² Caso MTD Equity Sdn. Bhd. (Caso CIADI N° ARB/01/7).

para evitar ese riesgo en los acuerdos bilaterales de inversión. En cambio, los países del tipo II se enfrentan a crecientes tensiones relacionadas con las limitaciones de su derecho a regular, derivadas de sus acuerdos bilaterales de inversión que no se han modificado.

Cabe destacar dos ejemplos de países del tipo I: la respuesta de los países del TLCAN a los problemas planteados por la interpretación expansiva del trato justo y equitativo y la expropiación indirecta en el caso Metalclad (véase el recuadro 4; y la respuesta del Gobierno de Chile a la decisión negativa en el caso MTD Equity (véase el recuadro 5). En el primer caso, los miembros del TLCAN actuaron rápidamente para asegurar que esas interpretaciones amplias no limitaran indebidamente su derecho a regular en el contexto del capítulo 11 del TLCAN. En el segundo, el Gobierno de Chile decidió no firmar más acuerdos bilaterales de inversión como consecuencia del caso MTD Equity y otros casos, aunque siguió negociando acuerdos comerciales regionales con capítulos dedicados a la inversión. En otras palabras, los países del tipo I han tratado de mejorar la gestión de los riesgos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado pero resulta extremadamente difícil medir la parálisis regulatoria y de política que puede haberse producido antes de que esto sucediera.

RECUADRO 4 METALCLAD CORPORATION CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: INTERPRETACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Este caso (Caso CIADI N° ARB (AF)/97/1) se refería a una controversia sobre la construcción de una instalación de desechos peligrosos por parte de la empresa estadounidense Metalclad. El vertedero estaba situado en Guadalcázar (estado de San Luis Potosí). Pese a que se obtuvo la autorización estatal y federal, el proyecto se enfrentó a la resistencia local y, tras realizarse la construcción, las autoridades municipales denegaron el permiso para la construcción de la planta. Las manifestaciones públicas en contra de la empresa debido a los efectos medioambientales nocivos en las áreas circundantes bloquearon el evento de la inauguración. En septiembre de 1997, mientras se trataba de encontrar una solución a nivel federal, estatal y municipal, y tras el aviso de intención de arbitraje, el Gobernador del estado de San Luis Potosí declaró la zona reserva ecológica para la protección de una especie rara de cactus. Esto impidió efectivamente el funcionamiento de las instalaciones.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) llegó a dos conclusiones importantes. Por un lado, determinó que México no había garantizado un trato justo y equitativo (artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)) en forma de un "marco transparente y previsible" para la inversión y la planificación del inversionista. Por otro lado, interpretó la definición de expropiación indirecta, lo que resultó más controvertido, ya que subrayó la tensión entre la protección del inversionista extranjero y el espacio de política nacional. En este caso, el tribunal determinó, respecto de la adopción del decreto ecológico, que no era necesario considerar si existió un motivo de expropiación indirecta, sino únicamente el hecho de que existía interferencia y de que esto afectaba negativamente el valor de la inversión extranjera (Zarsky, 2005). La controversia se produjo porque si esa interpretación expansiva se aplicaba ampliamente, podría ocurrir que los gobiernos tuvieran que compensar a los inversionistas extranjeros por cualquier medida adoptada en aras de la protección ambiental, la salud, el bienestar público o los intereses de la comunidad que interfiriera con la capacidad de los inversionistas extranjeros de beneficiarse de su inversión (Mann y von Moltke, 2002).

En casos posteriores de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en el marco del TLCAN se consideró que existían límites para asimilar las medidas regulatorias a la expropiación indirecta (por ejemplo, SD Myers contra el Canadá y Pope & Talbot contra el Canadá). No obstante, principalmente a solicitud del Gobierno de los Estados Unidos, se aclararon los conceptos de trato justo y equitativo y expropiación indirecta con objeto de guiar a los tribunales arbitrales en sus interpretaciones. Esas aclaraciones y directrices se incluyeron en los posteriores acuerdos comerciales regionales de los miembros del TLCAN, así como en el modelo revisado de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos y el Canadá. En otras palabras, cuando se hizo evidente que los tribunales arbitrales estaban aprovechando la excesiva discreción de que disponían para llegar a interpretaciones amplias de conceptos como el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta, que podían ser aplicadas posteriormente por otros países receptores del TLCAN, los países miembros actuaron rápidamente para reducir esa actividad.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1; Lyuba Zarsky, *International Investment for Sustainable Development: Balancing Rights and Rewards*, Earthscan, 2005; Howard Mann y Konrad von Moltke, "Protecting investor rights and the public good: assessing NAFTA's chapter 11", documento presentado en los talleres de política trilateral del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) [en línea] <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>, México, D.F., 13 de marzo, Ottawa, 18 de marzo, Washington, D.C., 11 de abril de 2002; y Rachel D. Edsall, "Notes - indirect expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: potential inconsistencies in the treatment of state public welfare regulations", *Boston University Law Review*, vol. 86, N° 4, 2006; Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008.

RECUADRO 5
MTD EQUITY CONTRA LA REPÚBLICA DE CHILE:
INTERPRETACIÓN EXPANSIVA DEL
TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

En este caso (Caso CIADI N° ARB/01/7) se subrayó la relación y la coordinación entre las distintas esferas del gobierno que adoptaban decisiones aparentemente contradictorias a nivel nacional. MTD Equity (MTD), una empresa de Malasia, adquirió terrenos en Pirque, al sur de Santiago, con la intención de invertir en una comunidad planificada de uso mixto (en la que se incluirían viviendas, escuelas, universidades y comercios). La evaluación del proyecto y las negociaciones se iniciaron en abril de 1996. Cuando el proyecto estaba siendo objeto de estudio, el propietario de la tierra en la que se desarrollaría el proyecto del inversionista malasio y el banco que evaluaba los terrenos estimaron que el lugar podía convertirse en una comunidad planificada si se modificaba la calificación de zona para uso agrícola anteriormente establecida, lo cual se consideraba viable. Asimismo, durante el período de evaluación, directivos de la empresa se reunieron con el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) de Chile y otros funcionarios estatales. En enero de 1997 se presentó ante el CIE una solicitud para la primera etapa de la inversión, en la que se especificaba como ubicación "Pirque, Región Metropolitana" y se indicaban las tierras agrícolas en las que estaría situada. El CIE, que se encarga de aprobar el flujo de fondos que ingresan al país conforme a las condiciones del Decreto Ley N° 600, Estatuto de la Inversión Extranjera, concedió la autorización dos meses después.

MTD contrató empresas locales de construcción para ayudarlo, entre otras cosas, a lograr la recalificación de la zona. Este proceso había de iniciarse en la Municipalidad de Pirque y debía ser aprobado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU). A través de contactos posteriores con el gobierno, se informó a la empresa de que puesto que Pirque se encontraba dentro del "Gran Santiago", la condición de uso de suelo dependía del plan regulador de Santiago.

MTD presentó las solicitudes iniciales al MINVU en relación con la zona establecida para el área en 1997, con el apoyo de la Municipalidad de Pirque. Simultáneamente, el CIE concedió otro permiso para la segunda etapa del proyecto. Sin embargo, a finales de 1997 la empresa empezó a encontrar resistencia por parte de las autoridades de desarrollo urbano para el cambio de zona en esa área. En 1998 se informó a la empresa de que no se produciría ningún cambio de zona. El avance hacia la zona de Pirque (sur de Santiago) se consideraba incompatible con los planes de expandir la ciudad hacia el norte. Por lo tanto, el proyecto fue formalmente rechazado por el MINVU. Se presentó una solicitud de arbitraje en la que se invocaba el acuerdo bilateral de inversión firmado entre Malasia y Chile, y durante el período de negociación obligatorio de tres meses que precedió al procedimiento de arbitraje, el CIE concedió otra autorización para una tercera etapa del proceso.

El desacuerdo clave sobre el que versaba el arbitraje era la trascendencia de las autorizaciones concedidas por el CIE. Los demandantes sostuvieron que el Gobierno de Chile no podía aprobar una inversión extranjera y denegar posteriormente el permiso para realizarla. Chile sostuvo que el CIE tenía una función bien definida y limitada, que era aprobar las transferencias de capital que se realizaban en el marco del régimen definido por el Estatuto de la Inversión Extranjera pero no era responsable de obtener o asegurar la obtención de otros permisos o autorizaciones. Chile sostuvo también que MTD había actuado de manera irresponsable y contraria a la norma de comportamiento prudente y diligente que se espera de un inversionista experimentado, al invertir antes de obtener los permisos necesarios e interpretar de manera incorrecta el alcance (y los límites) de la autorización para la inversión extranjera concedida por el CIE.

En su apreciación del caso, el tribunal se refirió al preámbulo del acuerdo bilateral de inversión, en el que las obligaciones del Estado se redactan de manera proactiva para "promover", "crear" y "estimular" y no como obligaciones pasivas destinadas a evitar actos que puedan perjudicar a los inversionistas extranjeros y las inversiones extranjeras (no interferencia). Teniendo en cuenta esta interpretación, incluso si fuera cierto que MTD actuó de manera irresponsable y sin las precauciones y medidas esperadas de un inversionista internacional con experiencia, Chile era curiosamente responsable de garantizar que MTD obtendría todas las aprobaciones necesarias para su inversión y de interpretar correctamente cada aprobación. El tribunal estimó que había habido falta de coherencia en los actos de dos instituciones de Estado, que el Gobierno central de Chile no podía considerarse una tercera parte pasiva y que Chile, y no el inversionista, es responsable de que los actos de los diversos funcionarios a través de los cuales actúa el país sean coherentes. El tribunal determinó que la aprobación de una inversión por el CIE para un proyecto que era contrario a la política de urbanismo del gobierno constituía una violación de la obligación de tratar al inversionista de manera justa y equitativa. Se podía considerar que esto equivalía a la determinación, por parte de un tribunal designado de manera privada, de las atribuciones y responsabilidades de un órgano gubernamental. Chile pidió la anulación de la decisión del tribunal pero su solicitud fue denegada. Como consecuencia de esta decisión, basada en un nivel muy alto de trato justo y equitativo, Chile tuvo que pagar una indemnización de más de 5 millones de dólares. Debido a esta y a otra decisión arbitral, Chile llegó a la conclusión de que era demasiado arriesgado seguir aplicando antiguos acuerdos bilaterales de inversión sin modificarlos y prefirió incluir en los acuerdos comerciales regionales capítulos dedicados a la inversión, que se han modificado basándose en la experiencia del TLCAN.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. (Claimants) v. Republic of Chile (Respondent)", Caso CIADI N° ARB/01/7.

Los países del tipo II tuvieron malas experiencias con las decisiones amplias de tribunales arbitrales del CIADI relacionadas con antiguos acuerdos bilaterales de inversión sin modificar que transmitían mensajes inconsistentes a los gobiernos de los países receptores sobre su espacio de política para la regulación y la protección que debía darse, en virtud de tratados, a los contratos en el sector de la infraestructura. Se

plantearon al menos tres grupos de cuestiones relacionadas con esos casos de arbitraje: i) ¿quiénes pueden recurrir a procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado? o ¿de qué modo la definición de inversionista extranjero afecta al *ius standi*? (véase el recuadro 6); ii) ¿cuál es el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (NMF)? (véase el recuadro 7), y iii) ¿cuál es la situación de los contratos estatales? Es decir, ¿pueden someterse a la jurisdicción de los tratados? (véase el recuadro 8). En cuanto al fondo, la discusión sobre las normas para hacer valer la expropiación indirecta (véase el recuadro 9) ilustró el peligro de las definiciones imprecisas en ese sentido. Varios de los ejemplos mencionados en los recuadros 6 a 9 se refieren a la Argentina debido a que es el país de la región con más jurisprudencia sobre ese tipo de arbitraje internacional (15 casos cerrados y 33 pendientes).

RECUADRO 6

¿QUIÉNES PUEDEN RECURRIR AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES? LA DEFINICIÓN DE “INVERSIONISTA” EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS INVERSIONISTAS Y EL ESTADO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Ius standi se refiere a la capacidad de un agente (en este caso un inversionista extranjero) para someter un caso ante un tribunal. Un criterio fundamental para determinar si una empresa goza del *ius standi* ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en virtud de los distintos acuerdos internacionales de inversión es determinar si la empresa es un inversionista extranjero de acuerdo con la definición incluida en el acuerdo internacional de inversión correspondiente. La jurisprudencia en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en América Latina y el Caribe ha dado lugar a considerables dudas. Por ejemplo, se han planteado tres cuestiones a este respecto: la consideración de que los accionistas indirectos gozan del *ius standi* y sus consecuencias en cuanto a la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando no existe acuerdo alguno entre el país de origen y el país receptor; la consideración de accionistas minoritarios, y la definición de “inversionista” que se deriva de las interpretaciones del significado de “inversión” en los acuerdos internacionales de inversión.

A. Accionistas indirectos: referencia a los casos Noble contra la República del Ecuador (Caso CIADI N° ARB/05/12), Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3), y Aguas del Tunari SA contra la República de Bolivia (Caso CIADI N° ARB/03/2)

En el caso Noble contra la República del Ecuador (Caso CIADI N° ARB/05/12), el tribunal afirmó que nada en el derecho internacional impide a un accionista indirecto recurrir al arbitraje internacional. En este caso se abordó la cuestión de cuán indirecto puede ser un inversionista para seguir considerándose inversionista a los efectos del tratado. Si existe un límite, ¿es aplicable en este caso? Es decir, ¿cuántos niveles o empresas puede haber entre los accionistas directos y el inversionista indirecto? El tribunal se refirió al caso Enron contra la República Argentina en el que se indicó que debía existir un punto de corte en la cadena de empresas que debían tenerse en cuenta. En este caso, el tribunal concluyó que no se había alcanzado ese punto ya que la Argentina había invitado especialmente a los accionistas a realizar la inversión y los inversionistas tenían poder de decisión en la administración de la empresa local, y la relación entre la inversión y el accionista directo, por una parte, y el accionista indirecto, por la otra parte, no era demasiado remota.

La decisión sobre la jurisdicción en el caso Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3) fue un aspecto clave de este debate y en ella se trataron los límites del *ius standi* de los accionistas indirectos y minoritarios. Los demandantes en este caso realizaron inversiones en una cadena de empresas constituidas en el país que a su vez realizaron inversiones en TGS (la empresa de transporte de gas sobre la cual se planteó la controversia). El tribunal reconoció que existía la necesidad de establecer un límite a partir del cual no pudieran hacerse reclamaciones ya que estas solo tendrían una remota conexión con la empresa afectada. Este límite se definiría basándose en el alcance del consentimiento para el arbitraje del país receptor. Si se había dado consentimiento respecto de un inversionista y una inversión, podía ser razonable concluir que las demandas presentadas por ese inversionista eran admisibles en virtud del tratado. Por otro lado, si se considera que el consentimiento no se extiende a otro inversionista u otra inversión, estas otras reclamaciones deben considerarse inadmisibles ya que solo tienen una remota conexión con la empresa afectada y el sistema jurídico que protege esa inversión. Como indicación del consentimiento de la Argentina para el arbitraje, el tribunal consideró si el Gobierno de la Argentina había invitado a los demandantes a participar en la inversión relacionada con la privatización de TGS. La Argentina promovió activamente la inversión en su programa de privatización de la industria del gas, realizó exposiciones itinerantes e invitó específicamente a los inversionistas extranjeros a participar. Todo ello se utilizó como indicación de su consentimiento para el arbitraje.

La consideración de los accionistas indirectos como partes legítimas en los procesos de arbitraje no es en sí misma un problema para los países. El problema que puede plantearse se deriva de la ausencia de

(Continúa)

RECUADRO 6 (continuación)

una definición precisa de demandante (mediante criterios como control final y efectivo sobre la empresa), que abre la posibilidad de buscar el fuero más conveniente, como se ilustra en el caso Aguas del Tunari SA contra la República de Bolivia (Caso CIADI N° ARB/03/2). En ese caso la empresa estadounidense Bechtel poseía participaciones en Aguas del Tunari (AdT), la empresa que tuvo la concesión de agua y aguas residuales de Cochabamba desde el 1° de noviembre de 1999 hasta abril de 2000, fecha en la que fue cancelada la concesión. La decisión sobre la jurisdicción del caso, emitida en 2005, ilustró varias cuestiones de gran interés. En el momento de la terminación, el Estado Plurinacional de Bolivia no tenía ningún acuerdo internacional de inversión con los Estados Unidos. Ambos países habían firmado un acuerdo bilateral de inversión en 1998 pero este acuerdo no entró en vigor hasta junio de 2001. Para justificar el recurso al CIADI en el caso AdT la empresa invocó las disposiciones del Acuerdo entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos sobre promoción y recíproca protección de inversiones (acuerdo bilateral de inversión entre Bolivia y los Países Bajos). ¿Qué relación existía entre AdT y sus controladores y el Reino de los Países Bajos? En 1999, cuando se otorgó la concesión, Bechtel poseía una participación del 55% en AdT a través de una sociedad de cartera, International Water que se había creado en las Islas Caimán. Entre la asignación de la concesión en septiembre de 1999 y el inicio, en enero y febrero de 2000, de los acontecimientos que llevaron a su término, cambió la propiedad de la sociedad de cartera. La empresa italiana Edison adquirió la mitad de la participación de Bechtel en AdT. No obstante, el cambio más significativo para el procedimiento de arbitraje fue que la sociedad de cartera creada en las Islas Caimán migró a Luxemburgo, y sus controladores se constituyeron con arreglo a la legislación de los Países Bajos, con quien el Estado Plurinacional de Bolivia sí había firmado un acuerdo bilateral de inversión, que estaba vigente desde 1994. En los procedimientos que llevaron a la decisión sobre la jurisdicción del caso se plantearon, entre otras, dos cuestiones que ilustran la importancia de que los términos y las definiciones sean precisos.

En primer lugar, el Estado Plurinacional de Bolivia sostuvo que AdT no era una empresa “nacional” de los Países Bajos de acuerdo con lo definido en el acuerdo bilateral de inversión, que el término “control” que figuraba en el acuerdo se refería al control final y efectivo, y que las entidades holandesas en este caso eran una “empresa de papel”. El demandante, por su lado, interpretó los términos “control directo o indirecto” en el sentido de que solo era necesario el potencial jurídico de controlar al demandante. Esto implicaba que cualquiera de las subsidiarias de la empresa matriz podía beneficiarse del acuerdo bilateral de inversión. La amplitud de las definiciones de ese acuerdo permitía una interpretación más amplia, y facultaba a Bechtel, la empresa estadounidense, a servirse del acuerdo bilateral de inversión firmado entre Bolivia y los Países Bajos. En segundo lugar, el Estado Plurinacional de Bolivia sugirió que la transferencia de propiedad podía haberse hecho anticipando la necesidad de recurrir al arbitraje (y por lo tanto, la empresa habría estado buscando el tratado más conveniente). En este caso particular no se encontró ninguna prueba en ese sentido. Sin embargo, cabe destacar que en la decisión se indica que no es raro y tampoco ilegal, salvo en casos con limitaciones específicas, que una empresa sitúe sus operaciones donde se beneficia de condiciones favorables en cuanto a régimen tributario y regulatorio, incluido el acceso a acuerdos bilaterales de inversión. En este caso particular, la limitación habría estado en las restricciones en el cambio de propiedad incluidas en el acuerdo de concesión. No obstante, una vez más, una definición imprecisa del significado de control hizo que fuera legal el cambio de propiedad y el lugar de constitución de la sociedad de cartera, siempre y cuando la propia sociedad de cartera siguiera siendo la misma.

Este caso demuestra que las definiciones vagas y ambiguas que se incluyen en los acuerdos bilaterales de inversión permiten a los tribunales de arbitraje hacer interpretaciones amplias de los conceptos, que pueden albergar sorpresas para el país receptor.

B. Accionistas minoritarios: los casos de Lanco, Enron y CMS contra la Argentina

Una cuestión distinta pero que guarda relación era si los accionistas minoritarios podían iniciar procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en virtud de los acuerdos internacionales de inversión. Esta cuestión ha sido debatida en varios casos de América Latina y en particular en los de la Argentina. En distintos casos, la Argentina expresó su preocupación por que si los accionistas minoritarios podían interponer demandas de arbitraje en forma independiente de los accionistas controladores o de la empresa directamente implicada en la controversia (en la que tienen una participación minoritaria), se interpondrían demandas contradictorias que darían lugar a distintos laudos en relación con los mismos hechos, y se generaría una cadena interminable de demandas ya que cualquier accionista que realiza una inversión en una empresa que invierte en otra empresa, y así sucesivamente, podría invocar un derecho directo de acción por medidas que afectan a la empresa que se encuentra al final de la cadena (Enron contra la Argentina). No obstante, en las opiniones de los tribunales se sostiene que los accionistas minoritarios sí gozan del ius standi.

En Lanco International Inc. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/6), el tribunal aceptó el ius standi de Lanco, que tenía una participación de solo el 18,3%, indicando que en la definición de inversión que figura en el acuerdo bilateral de inversión firmado entre la Argentina y los Estados Unidos no se exige el control o la participación mayoritaria de la empresa directamente afectada por las medidas impugnadas.

En la decisión sobre la jurisdicción en el caso de Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3), se pasó de tratar la cuestión del ius standi de los accionistas indirectos al de los accionistas minoritarios. Pese a tener una participación minoritaria en TGS, los demandantes en este caso tenían poder de decisión en la administración de TGS, además de participar de otras formas en la gestión de la empresa. Esto se consideró un indicador de que la conexión de los demandantes con TGS era cercana y, por lo tanto, podían recurrir al arbitraje.

(Continúa)

RECUADRO 6 (conclusión)

Por último, en el caso CMS contra la República Argentina (Caso CIADI N° Case No. ARB/01/8) el tribunal indicó que no encontraba en el derecho internacional actual obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas eran minoritarios o no controladores. En este caso, CMS era un accionista minoritario de TGN, la empresa de transporte de gas sobre la que surgió la controversia.

Todos estos casos demuestran que si los árbitros plantearon dudas interesantes y cuestionaron el alcance de la definición de inversionista extranjero, también ampliaron consecuentemente las categorías de inversionistas extranjeros abarcadas por los acuerdos. El resultado es la proliferación de casos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado que el país receptor no consideraba viables en virtud de los tratados vigentes. De esta forma, la definición vaga e imprecisa de inversionista extranjero ha facilitado la expansión del arbitraje internacional.

C. Definición de inversionista e inversión: tenedores de deuda pública externa de la Argentina

Las definiciones de inversión extranjera difieren en cierta medida según cada acuerdo internacional de inversión aunque generalmente son abiertas y, por lo tanto, están sujetas a la interpretación de los tribunales de arbitraje internacional. El hecho de considerar a los tenedores de bonos de deuda pública externa como inversionistas extranjeros a los efectos de acceso al arbitraje en virtud de un acuerdo bilateral de inversión parecería una interpretación amplia de la definición de inversionista extranjero. Muchos acuerdos no incluyen específicamente los bonos públicos como inversión extranjera y algunos países (por ejemplo, el Canadá) han empezado a excluirlos de la definición de inversión extranjera en los nuevos acuerdos internacionales. No obstante, la definición que figura en la mayoría de los antiguos acuerdos bilaterales de inversión que no se han modificado es abierta y un tribunal arbitral propenso a una interpretación amplia puede considerar activos o reclamaciones que el país no anticipó o no tenía intención de que quedaran abarcados por el acuerdo. Por ejemplo, el acuerdo entre los Estados Unidos y la Argentina no incluye los bonos en la definición de inversión pero incluye expresamente títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión, términos que dan al árbitro un margen de interpretación muy amplio. En este ejemplo concreto, tres grupos de tenedores italianos de bonos soberanos argentinos iniciaron procedimientos de arbitraje contra la Argentina en virtud del Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones, por las pérdidas sufridas por la suspensión de pagos de la deuda pública externa de la Argentina en 2001. Las reclamaciones ascendieron a 4.400 millones de dólares para el primer grupo de 190.000 inversionistas; 14,3 millones de euros y 1,2 millones de dólares para el segundo, y 6,5 millones de euros más 560.000 dólares para el tercero. Las reclamaciones se realizaron entre otras cosas, por la violación de la cláusula de trato justo y equitativo y de la prohibición de expropiar sin indemnización. Los casos, que siguen aún pendientes, aparentemente fueron aceptados por el CIADI porque la definición de inversión extranjera en el acuerdo bilateral de inversión entre la Argentina e Italia, a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, incluye expresamente los bonos públicos. Esto podía conducir a una situación en la que algunos tenedores de bonos de países que habían firmado acuerdos bilaterales de inversión con la Argentina, en los se incluían definiciones amplias de la inversión, y que rechazaron la oferta unilateral del Gobierno de la Argentina y quedaron al margen, podían obtener mayores beneficios que los que la aceptaron.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de *Investment Treaty News*, 27 de abril de 2007; *IA Reporter*, vol. 1, N° 7, 7 de agosto de 2008; Tony Phillips, "Argentina versus the World Bank: fair play or fixed fight?", *Americas Program Special Report* [en línea] <http://americas.irc-online.org/am/5189>, 29 de abril de 2008; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), "Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment" [en línea] http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_us.pdf; Servicio de Información al Comercio Exterior (SICE), "Trattato fra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina sulla promozione e protezione degli investimenti" [en línea] http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Italy.pdf.; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia", Caso CIADI N° ARB/03/2, "Decisión sobre la jurisdicción", Caso CIADI N° ARB/05/12; Arif Hyder Ali y Alexandre de Gramont, "ICSID arbitration in the Americas", *Global Arbitration Review Special Report*, 2008; *IA Reporter*, vol. 2, N° 1, 5 de enero de 2009; *IA Reporter*, vol. 1, N° 2, 3 de junio de 2008.

Estos ejemplos ilustran de qué modo las definiciones vagas pueden facilitar interpretaciones amplias sobre quién está facultado para iniciar procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. Asimismo, ponen de manifiesto el peligro de que las empresas busquen el tratado que más les conviene cuando un número imprevisible de accionistas (directos, indirectos o minoritarios) están facultados para iniciar esos procedimientos de arbitraje. Las interpretaciones amplias de los conceptos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión pueden plantear riesgos imprevistos para el país receptor.

En el recuadro 7 se muestra de qué manera las cláusulas NMF pueden hacer que los demandantes traten de buscar las disposiciones que más les convienen.

RECUADRO 7

TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN TRES CASOS DE LA ARGENTINA: GAS NATURAL, SIEMENS, Y SUEZ/AGUAS DE BARCELONA/INTERAGUAS

En estos tres casos relacionados con la Argentina se muestran divergencias en la interpretación del ámbito de aplicación del concepto de trato de la nación más favorecida (MNF).

En Gas Natural SDG S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/10), el inversionista extranjero (Gas Natural), una empresa española, invocó el Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina (el acuerdo bilateral de inversión firmado entre la Argentina y España). La empresa invocó también la cláusula de la nación más favorecida (MNF) de ese acuerdo para reclamar la aplicación de las condiciones más favorables incluidas en el acuerdo bilateral de inversión firmado entre la Argentina y los Estados Unidos que, a diferencia del firmado con España, no exigía el recurso a los tribunales nacionales ni un período de espera de 18 meses antes de que una empresa pudiera recurrir al arbitraje internacional en materia de inversiones. La Argentina, por su parte, sostuvo que la cláusula MNF se aplicaba únicamente a la inversión extranjera y no al proceso de solución de controversias. Si bien el tribunal admitió que la cuestión de la aplicación de una cláusula general de trato de la nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los acuerdos bilaterales de inversión no está libre de duda y que distintos tribunales a los que se presentan distintos hechos y antecedentes de negociación pueden llegar a conclusiones distintas, el fallo fue favorable a la empresa demandante.

En Siemens A.G. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/8), Siemens sostuvo que se había violado el Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado el 9 de abril de 1991. Al igual que en el acuerdo bilateral de inversión entre la Argentina y España mencionado en el párrafo anterior, en virtud de este tratado es necesario recurrir primero a los tribunales nacionales de la Argentina y se exige un período de espera de 18 meses. Siemens invocó la cláusula MNF para aplicar las condiciones del Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones que eran más favorables, ya que no incluían el recurso previo a los tribunales locales ni el período de espera de 18 meses. Al igual que en el caso de Gas Natural, tras el debate sobre el alcance de las disposiciones MNF, en el que la Argentina sostuvo que estas solo se aplicaban a cuestiones "sustantivas", el tribunal falló de nuevo a favor de la empresa, sosteniendo que el término "trato" de las cláusulas MNF del acuerdo bilateral de inversión entre la Argentina y Alemania y su referencia a actividades relacionadas con las inversiones eran lo suficientemente amplias para incluir la solución de controversias.

En el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/17) los demandantes, dos empresas españolas, invocaron el acuerdo bilateral de inversión firmado entre la Argentina y España pero recurrieron a la cláusula MNF para solicitar que se aplicaran las condiciones establecidas en el Tratado entre la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la promoción y la protección recíproca de las inversiones respecto de la cláusula de arbitraje. El acuerdo firmado con Francia permitía a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional tras un período de seis meses de negociación a partir de la presentación de la reclamación, mientras que en el firmado con España se exigía que, tras ese período de seis meses, los inversionistas iniciaran un procedimiento judicial en los tribunales locales y se indicaba que debían transcurrir otros 18 meses para poder recurrir al arbitraje internacional.

De nuevo, el tribunal falló a favor de los demandantes, y señaló que en la negociación del acuerdo entre la Argentina y España, las partes contratantes consideraron y decidieron que debían excluirse determinadas cuestiones. El hecho de que la solución de controversias no figurara entre las cuestiones excluidas debía interpretarse en el sentido de que quedaba incluida dentro del término "todas las cuestiones".

Por lo tanto, los tribunales arbitrales en estos tres casos de la Argentina han interpretado el ámbito de aplicación de la cláusula MNF incluida en los acuerdos bilaterales de inversión de ese país de manera muy amplia y que aparentemente va mucho más allá de lo que los negociadores de los acuerdos de la Argentina tenían en mente a principios de los años noventa.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "Gas Natural SDG S.A. v. the Argentine Republic", Caso CIADI N° ARB/03/10, "Siemens A.G. v. The Argentine Republic", Caso CIADI N° ARB/02/8, "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic", Caso CIADI N° ARB/03/17.

En la práctica, el ámbito de aplicación de la cláusula MNF en la jurisprudencia argentina sobre arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, como se indica en el recuadro 7, facilitó la presentación de reclamaciones por parte de inversionistas extranjeros de una manera que el Gobierno de la Argentina no había previsto y amplió considerablemente los riesgos en ese ámbito.

Otro ejemplo de interpretaciones amplias de cláusulas de acuerdos internacionales de inversión es el de los contratos estatales (en algunos de los cuales se detallan explícitamente cláusulas de solución de controversias) que pueden estar protegidos por tratados debido a la existencia de un acuerdo bilateral de inversión (véase el recuadro 8). Una vez más, se hace referencia a la jurisprudencia argentina en ese ámbito.

RECUADRO 8

SOMETIMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES A LA JURISDICCIÓN DE LOS TRATADOS: CASOS DE LA ARGENTINA

Los tribunales encargados del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado son competentes para conocer de las demandas relacionadas con contratos cuando se aplican cláusulas generales o cuando se interpretan hechos que se considera violan simultáneamente un contrato y una disposición de un tratado distinta a la cláusula general.

A. Cláusulas generales

En estas cláusulas, incluidas en aproximadamente el 40% de los acuerdos bilaterales de inversión actualmente vigentes, la mayoría de ellos con países europeos, se estipula por lo general que cada parte acuerda observar todas las obligaciones que haya asumido. El efecto práctico de este tipo de declaración es que algunos actos quedan sujetos a la protección de los acuerdos internacionales de inversión aún cuando no violen específicamente el contrato.

Los tribunales arbitrales han adoptado dos enfoques generales —uno limitado y otro amplio— respecto de las cláusulas generales. Según el enfoque limitado, la existencia de una cláusula general no equipara automáticamente las reclamaciones de contratos a reclamaciones de tratados ya que esto negaría el efecto de la cláusula sobre la elección del foro para la solución de controversias en los contratos entre los inversionistas y el Estado. De acuerdo con el enfoque amplio, una cláusula general no tiene el efecto de ofrecer jurisdicción sobre las violaciones puramente contractuales. En dos casos relacionados con la Société Générale de Surveillance —uno contra el Pakistán y el otro contra Filipinas— se mantuvieron amplios debates sobre la aplicación de la cláusula general, en el primero con un enfoque limitado, y en el segundo con un enfoque amplio, lo que provocó una considerable confusión. En la jurisprudencia de casos del CIADI relacionados con la Argentina se encuentran ambos enfoques.

En el caso *El Paso Energy International Company* contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/15), el tribunal concluyó en 2006 que una cláusula general no puede transformar una reclamación contractual en una reclamación en virtud de un tratado ya que esto implicaría necesariamente que cualquier compromiso del Estado respecto de las inversiones, incluso el más insignificante, se transformaría en una reclamación derivada de un tratado. Asimismo, sostuvo que si los Estados tenían intención de alterar cualquier obligación del tratado, debían decirlo de forma clara e inequívoca.

En el caso *LG&E* contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1), el tribunal entendió que debido a la cláusula general del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, las obligaciones con los inversionistas extranjeros, incluidas las derivadas de un contrato, recibían una protección adicional. Asimismo, entendió que algunas disposiciones de la ley de petróleo y gas daban lugar a responsabilidad en virtud de la cláusula general del tratado. Esto implicaba que el tribunal del tratado de inversión tenía jurisdicción sobre el cumplimiento estatal de las leyes locales.

Además, ha habido controversia sobre la aplicación de la cláusula general en distintos momentos en un mismo caso. En *CMS* contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/08), un comité ad hoc del CIADI anuló de manera parcial el primer laudo del CIADI sobre el fondo relacionado con la crisis argentina de 2000-2002 debido a que no se indicaron las razones relacionadas con las condiciones de aplicación de una cláusula general. La principal conclusión del comité en 2005 fue que una cláusula general no cambiaba el contenido, la ley pertinente o las partes de las obligaciones del Estado, cuya violación podía poner en marcha la cláusula general. La decisión del comité ad hoc provocó un debate sobre si este estaba facultado, dentro del marco limitado de sus poderes para declarar la nulidad, para sugerir esa interpretación de las condiciones de aplicación de las cláusulas generales (Honlet y Borg, 2008). En el procedimiento de anulación en 2007, se anularon las conclusiones del tribunal relacionadas con la cláusula general. Se confirmaron otras conclusiones, aunque se detectaron errores de derecho en relación con la conclusión del tribunal sobre el argumento de necesidad. La indemnización no se modificó. El comité de anulación del CIADI en el caso *CMS* contra la República Argentina desacreditó esa decisión indicando que si estuviera actuando como tribunal de apelación, tendría que reconsiderar el laudo (Paulsson, 2008, pág. 262).

Estos casos contradictorios relacionados con un mismo país receptor sugieren que la jurisprudencia sobre el sometimiento de los contratos a la protección derivada de tratados mediante las cláusulas generales es aún inmadura. Las interpretaciones amplias de las cláusulas generales facilitadas por la flexibilidad permitida por los miembros de los tribunales del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado pueden producir problemas de inconsistencia como los mencionados.

B. Interpretación de los mismos hechos que se considera violan simultáneamente un contrato y una disposición de un tratado distinta a la cláusula general

En algunos contratos se incluyen cláusulas de jurisdicción exclusiva en las que se estipula que las controversias sobre violación de contratos deberán ser tratadas exclusivamente por un determinado tribunal o jurisdicción (como los tribunales de la provincia argentina de Tucumán en el contrato de concesión de Vivendi, un caso clave en este debate). A menudo es más conveniente para el inversionista extranjero ignorar las cláusulas de elección de la jurisdicción y recurrir directamente al arbitraje internacional en materia de inversiones. Debido a la imprecisión en los términos de los acuerdos internacionales de inversión, los inversionistas extranjeros pueden a menudo alegar que la infracción de un contrato estatal constituye una violación de un acuerdo bilateral de inversión.

El caso de *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.* contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/3) se refiere a un contrato de concesión otorgado en 1995 para servicios de aguas y desagües cloacales entre una empresa francesa, *Compagnie Générale des Eaux*, y su filial argentina, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.* (colectivamente CGE, denominada posteriormente *Vivendi*), y la provincia de Tucumán en la Argentina. Pronto surgió la controversia entre Tucumán y CGE. Según los demandantes, las medidas regulatorias, la falta de apoyo e incluso la activa oposición de las autoridades políticas locales (en particular actos y declaraciones que disuadían a los clientes de pagar sus facturas) dieron lugar a una violación de contrato. Por otra parte, la provincia de Tucumán acusó a la empresa de deficiencias en la prestación de los servicios. Finalmente, CGE renunció a la concesión.

(Continúa)

RECUADRO 8 (conclusión)

En el fallo inicial el caso fue sometido a los tribunales provinciales debido al fuerte vínculo entre el contrato de concesión (que tenía una cláusula de elección de la jurisdicción) y la supuesta violación del tratado. El tribunal sostuvo que las reclamaciones debían presentarse a los tribunales provinciales argentinos antes de que un tribunal arbitral pudiera dirimir sobre reclamaciones relativas a acuerdos bilaterales de inversión. Los demandantes presentaron una solicitud de anulación de la decisión. El tribunal de anulación, si bien subrayó la diferencia entre las reclamaciones derivadas de contratos y las derivadas de tratados, anuló la primera decisión y decidió que la cláusula de elección de la jurisdicción incluida en el contrato de concesión no afectaba a la competencia del tribunal sobre las reclamaciones basadas en el acuerdo bilateral de inversión celebrado entre la Argentina y Francia. Las interpretaciones que sirvieron de orientación en el caso fueron que: i) si la base fundamental de la reclamación era la violación de un contrato, debía aplicarse el mecanismo de solución de controversias del contrato, y ii) si se trataba de la violación de un tratado, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en el contrato no debía impedir el arbitraje con arreglo a lo dispuesto en el tratado. No obstante, como ilustra este mismo caso, a menudo resulta difícil separar la violación de un contrato de la violación de un tratado.

Una vez más, como ocurrió con la interpretación de la definición de inversionista extranjero, los árbitros plantearon dudas interesantes y cuestionaron si los contratos estatales podían someterse a la jurisdicción de los tratados; sin embargo, también siguieron ampliando esas prácticas. El resultado imprevisible fue la proliferación de casos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado que el país receptor no consideraba viables en el marco de los tratados vigentes. En el proceso, el Estado receptor perdió la jurisdicción sobre muchos contratos con inversionistas extranjeros.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de M. Malik, "The expanding jurisdiction of investment-State tribunals: lessons for treaty negotiators", documento presentado en el Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/Centre on Asia and Globalisation, Singapur, 1 y 2 de octubre de 2007; J.C. Honlet y G. Borg, "The decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina regarding the conditions of application of an umbrella clause: SGS v. Philippines revisited", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, 2008; y J. Paulsson, "Avoiding unintended consequences", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press, 2008.

Las definiciones imprecisas y ambiguas y las interpretaciones amplias han facilitado un mayor uso de los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en América Latina y el Caribe en general, y en la Argentina en particular. Esto ha hecho que los riesgos que se derivan de los acuerdos internacionales de inversión vigentes sean imprevisibles, como se ha demostrado en los casos relacionados con la definición de inversionista e inversión, el ámbito de aplicación del trato NMF y el sometimiento de los contratos estatales a la jurisdicción de los tratados.

Algo similar sucede con las interpretaciones amplias sobre el fondo de los casos, si se compara con las cuestiones de jurisdicción tratadas anteriormente, que también pueden generar grandes riesgos en materia de arbitraje internacional para los gobiernos de los países receptores. En el recuadro 9 se trata la interpretación de la expropiación indirecta en dos casos de la Argentina.

RECUADRO 9
EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL SECTOR DEL AGUA Y EL ALCANTARILLADO
EN LA ARGENTINA: ¿UNA CUESTIÓN DE GRADO?

En el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (Caso CIADI N° ARB/97/3), el tribunal, al evaluar la reclamación de expropiación indirecta, analizó si los actos que dieron lugar a las reclamaciones tenían un efecto similar a la derogación de los derechos y las expectativas de los demandantes. Los criterios utilizados en esta apreciación se basaron en decisiones anteriores:

1. Si las medidas impugnadas privaban radicalmente a los demandantes del uso y goce económico de su inversión (en referencia a la decisión del caso *Tecmed* (Caso CIADI N° AF/00/2)).
2. Si las medidas impugnadas destruían efectivamente el beneficio de la propiedad de los demandantes (en referencia al caso *CME República Checa B.V. (Países Bajos) contra la República Checa* (Caso CNUDMI)).
3. Si las medidas impugnadas privaban al propietario del beneficio y la utilidad económica de sus derechos contractuales (en referencia a un caso relacionado con *Santa Helena* (Caso CIADI N° ARB/96/1)).

(Continúa)

RECUADRO 9 (conclusión)

4. Si las medidas impugnadas tornaban inútiles los derechos de propiedad de los demandantes o tenían un efecto semejante de derogación de estos (en referencia al caso *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starret Housing International, Inc., contra el Gobierno de la República Islámica del Irán, Bank Markazi Iran, Bank Omraran, Bank Mellat* (Laudo interlocutorio, N° ILT 32-24-1)).

El tribunal llegó a la conclusión de que las medidas adoptadas por las autoridades provinciales contra la concesión y sus inversionistas extranjeros tuvieron un efecto devastador en la viabilidad económica de la concesión, menoscabando y dañando el núcleo económico de la inversión y tornando sin valor la concesión. El tribunal admitió que no hubiera sido razonable que los demandantes previeran lograr las tasas de retorno o tasas de rentabilidad interna conforme a las cuales modelaron su inversión, pero que era razonable que esperaran que la provincia no emprendiera una campaña ilegítima y perjudicial para forzarles, bajo amenaza de rescisión, a renunciar a sus derechos contractuales y renegociar las concesión sobre la base de tarifas más bajas (entre los actos impugnados figuraban supuestas instrucciones de las autoridades provinciales de que los clientes no pagaran sus facturas).

El tribunal comparó sus conclusiones con las de otros dos casos de la Argentina: *CMS contra la República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/08) y *Azurix contra la República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12). En *CMS*, si bien se aplicaron los mismos criterios (de privación sustancial), el tribunal llegó a la conclusión de que los actos impugnados no habían tenido el efecto de expropiación indirecta ya que *CMS* siguió exportando. Otros factores considerados en la decisión de ese caso que llevaron a desestimar la reclamación de expropiación indirecta fueron que el inversionista siguió teniendo el control de la inversión, el gobierno no gestionaba las operaciones cotidianas de la empresa, y el inversionista tenía la propiedad y el control total de la inversión. El caso relacionado con *Azurix Corp.*^a (parte del grupo *Enron*) puede tener más en común con el de *Vivendi* ya que también se refiere a una concesión de servicios de agua y alcantarillado, en esta caso para la provincia de Buenos Aires.

En *Azurix Corp. contra la República Argentina*, el demandante había ganado la licitación para actuar como concesionario y había pagado un canon de 438 millones de pesos argentinos ("el canon") a la provincia a cambio de la ejecución de un contrato de concesión por 30 años, que fue entregado en 1999. Según *Azurix*, los problemas comenzaron durante la entrega, cuando, entre otras cosas, no se facilitó a la empresa información crucial sobre el área de concesión. Asimismo, la empresa sostuvo que existían acciones u omisiones de la provincia o sus instrumentalidades que hacían que no se aplicara el régimen tarifario de la concesión por motivos políticos; que la provincia no había terminado algunas obras que debían solucionar problemas históricos y debían ser transferidas al concesionario tras su conclusión; que la falta de apoyo al régimen de concesión había impedido a *Azurix Buenos Aires (ABA)*, la empresa concesionaria, obtener financiación para su plan quinquenal; que en 2001, la provincia denegó que el canon fuera recuperable mediante tarifas; y que las inquietudes políticas siempre fueron más importantes que la integridad financiera de la concesión, por lo que *ABA*, sin ninguna esperanza de recuperar sus inversiones en el régimen regulatorio politizado, anunció el fin de la concesión y se vio obligada a solicitar una declaración de quiebra. Producto de estos conflictos con la provincia, la empresa informó de que había puesto fin al acuerdo de concesión en 2001. La provincia rechazó el término del contrato y dictó un orden ejecutivo solicitando a la empresa que se abstuviera de participar en conductas que perturbaran la prestación del servicio. La empresa concesionaria inició un proceso de reorganización por quiebra en febrero de 2002, y en marzo la provincia estimó que había abandonado el servicio y puso fin al acuerdo alegando el incumplimiento de la expansión del servicio y los objetivos de calidad (y otras cuestiones, como la quiebra de *Enron*). Entre otras reclamaciones, *Azurix* sostuvo que su inversión, el acuerdo de concesión, había sido expropiada como consecuencia de medidas equivalentes a la expropiación.

El tribunal llegó a la conclusión de que el impacto en la inversión atribuible a las medidas adoptadas por la provincia no era el exigido para determinar que, en conjunto, esas medidas equivalían a una expropiación. *Azurix* no perdió los atributos de propiedad, en todo momento siguió controlando *ABA* y la propiedad del 90% de las acciones no se vio afectada. No cabe duda de que las medidas adoptadas por la provincia afectaron a la gestión de *ABA*, pero no lo suficiente para que el tribunal considerara que la inversión de *Azurix* había sido expropiada.

Al interpretar este resultado, el tribunal del caso *Vivendi* indicó que el tribunal no estuvo de acuerdo con el demandante en cuanto a que la Argentina se hubiera comportado indebidamente respecto al intento de *Azurix* de recuperar el pago del canon o que hubiera interferido indebidamente en la revisión solicitada del índice de precios al por menor. El tribunal dejó claro que si hubiera fallado a favor de las alegaciones de *Azurix* sobre estos puntos, estaría de acuerdo en que las violaciones del acuerdo de concesión habrían tenido un efecto devastador para la viabilidad financiera de la concesión. También consideró que la administración de la empresa concesionaria se había visto afectada, pero no lo suficiente como para concluir que se había producido una expropiación. En consecuencia, estimó que las acciones de la provincia no afectaron a la inversión de *Azurix* en grado suficiente.

Existen motivos que justifican los distintos resultados en esos dos casos de la Argentina relacionados con los sectores del agua y el alcantarillado. No obstante, lo hechos son cuando menos similares y la definición de expropiación indirecta sin calificaciones precisas en cuanto a qué se considera expropiación es, en buena medida, una cuestión de grado y, por lo tanto, está sujeta a la interpretación de los tribunales arbitrales.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "*Azurix Corp. v. The Argentine Republic*", Caso CIADI N° ARB/01/12 y "*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.*", Caso CIADI N° ARB/03/19.

^a Hay dos casos relacionados con *Azurix*: ARB/01/12, registrado en octubre de 2001, laudo emitido en julio de 2006, procedimiento de anulación pendiente; y ARB/03/30, registrado en 2003, pendiente.

Evidentemente, las interpretaciones amplias de conceptos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión pueden aumentar en gran medida el uso de procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado y las decisiones sobre cuestiones de fondo en ese ámbito. Además de aumentar la posibilidad de que se produzcan inconsistencias e incoherencias en la jurisprudencia sobre el arbitraje internacional, estas prácticas incrementaron la incertidumbre y la imprevisibilidad por parte de los países receptores que asumían obligaciones derivadas de contratos y acuerdos internacionales y amplió los riesgos asociados. Como se ha puesto de manifiesto, muchos países de América Latina y el Caribe se han visto sorprendidos por la explosión de reclamaciones en el marco del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado derivadas de los acuerdos internacionales de inversión vigentes.

c) Cuestiones de legitimidad

Las cuestiones relacionadas con la legitimidad van más allá de los simples desacuerdos con los resultados de las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, y plantean problemas relacionados con la legitimidad del propio sistema de arbitraje internacional por parte de los gobiernos de los países receptores. Van Aaken (2008, pág. 3) afirma que si las normas sustantivas o los mecanismos de revisión limitan demasiado la soberanía, puede que los gobiernos de los países receptores los rechacen. En su análisis de la teoría de los contratos aplicada a los acuerdos internacionales de inversión destacó que las interpretaciones amplias de los tribunales de arbitraje internacional ofrecían a los Estados soberanos poca flexibilidad, al tiempo que aumentaban la incertidumbre y reducían la previsibilidad. Van Aaken creía que los Estados solo participarían en ese sistema de arbitraje internacional si los costos previstos de la limitación de la soberanía (regulatoria) mediante acuerdos internacionales de inversión y contratos estatales son inferiores a los beneficios esperados, y consideraba que la legislación en materia de inversiones internacionales había atravesado un umbral de protección para los inversionistas extranjeros que ponía en peligro todo el sistema y que podía provocar, en último término, el resultado no deseado de una reducción de la protección de la inversión extranjera en el largo plazo debido a la reacción de los gobiernos de los países receptores. Un resultado de ese tipo plantearía inevitablemente cuestiones de legitimidad (y eficacia) en relación con el sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado por parte de los inversionistas extranjeros.

A continuación se examinan las circunstancias especiales de los países de América Latina y el Caribe que emplean estrategias de desarrollo basadas en recursos naturales (el Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela) y la situación particular de la crisis argentina. En ambas instancias, el Estado receptor se aparta del sistema de solución de controversias.

3. Estrategias de desarrollo basadas en recursos naturales³³

La exportación de recursos naturales ha sido tradicionalmente un elemento vital en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. La historia del petróleo y el gas, en particular, ha sido testigo de largos ciclos de oscilación entre períodos de nacionalización y de liberalización, a menudo para ajustarse a los precios internacionales y el nivel de las reservas nacionales, es decir, para aumentar la participación del Estado durante períodos de precios elevados y grandes reservas, y abrirse a los inversionistas extranjeros durante épocas de precios bajos y disminución de las reservas. El Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela han seguido este ciclo. A finales de los años sesenta e inicio de los setenta se produjo un fuerte aumento de la participación estatal en las actividades relacionadas con el petróleo y el gas en esos países andinos, incluida una ola de nacionalizaciones. En los años noventa se produjo una apertura a los inversionistas extranjeros a la que siguió en la década de 2000 otro aumento de la participación estatal en esas actividades. La diferencia

³³ Basado en gran medida en Stanley (2007).

radica en que en este último período los países receptores habían firmado un número considerable de acuerdos bilaterales de inversión que contenían cláusulas sobre arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado³⁴.

El elemento central de las estrategias de desarrollo de esos países es el sector del petróleo y el gas (Stanley, 2008, pág. 2), que representó una gran parte de las entradas y salidas de IED así como de los ingresos fiscales. De distintas maneras, estos países decidieron aumentar la presencia estatal en sus sectores del petróleo y el gas a fin de obtener mayores beneficios de esos recursos naturales. Como respuesta, algunos inversionistas extranjeros iniciaron procedimientos de arbitraje internacional. La República Bolivariana de Venezuela aprobó una nueva ley de hidrocarburos en 2002, por la que reservaba la exploración, producción y distribución de petróleo a la empresa estatal PDVSA, con la excepción de empresas conjuntas con inversionistas extranjeros para la explotación de crudo extrapesado en la región de Orinoco, y aumentó los impuestos del 34% al 50% y las regalías del 1% al 30%. En 2007, la región de Orinoco se incluyó en la regla de participación mayoritaria de PDVSA (Vielleville y Vasani, 2008). En consecuencia, algunas empresas extranjeras que operaban en esa región, como Chevron (Estados Unidos), Total (Francia) y Statoil (Noruega) renegociaron sus contratos; otras, como fue el caso de dos empresas estadounidenses (Exxon-Mobil y Conoco-Philips) y una italiana (ENI) no lo hicieron e iniciaron procedimientos de arbitraje internacional³⁵.

El Ecuador reformó también su ley de hidrocarburos, reclamó la principal concesión que operaba en ese momento (de la empresa estadounidense Occidental Petroleum) para la empresa estatal de petróleo, Petroecuador, y estableció un impuesto sobre beneficios extraordinarios aplicable a las exportaciones cuando el precio internacional superaba determinados parámetros. El Ecuador ha sido objeto de decisiones del CIADI relacionadas con el sector del petróleo en reclamaciones presentadas por Repsol en 2001 y City Oriente en 2006. La solución de esta última tuvo un costo para el país receptor de 70 millones de dólares. Posteriormente, se presentaron al CIADI otras cuatro demandas contra el país receptor relacionadas con concesiones de hidrocarburos (Occidental, Murphy, Burlington Resources and Perenco), y otra relacionadas con un contrato de exploración de petróleo (Repsol).

El Estado Plurinacional de Bolivia nacionalizó la industria del petróleo y el gas en 2006, estableció nuevos contratos con la empresa estatal de petróleo, YPF, y aumentó considerablemente los impuestos y las regalías. A diferencia de la República Bolivariana de Venezuela y el Ecuador, el principal producto de exportación del Estado Plurinacional de Bolivia es el gas, que se dirige a la Argentina y el Brasil. La empresa asumió el control sobre los oleoductos y las refinerías y renegóció los contratos existentes sin que se iniciaran procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. Un elemento a su favor fue que no se había firmado ningún acuerdo bilateral de inversión con el Brasil que Petrobrás pudiera utilizar para iniciar una reclamación de ese tipo.

Estos países andinos han reaccionado con dureza ante las decisiones del sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. La República Bolivariana de Venezuela denunció su acuerdo bilateral de inversión con los Países Bajos, ya que a su entender las empresas transnacionales lo habían violado (Bilaterals.org, 2008; *FDI*, 2008), e indicó que no aceptaría el sistema CIADI para los contratos relacionados con el petróleo y la minería. El Ecuador indicó que daría únicamente una cobertura limitada dentro del esquema CIADI y que esta no abarcaría

³⁴ Por lo que respecta a los principales países inversionistas en petróleo y gas en América Latina y el Caribe, el Estado Plurinacional de Bolivia tenía acuerdos bilaterales de inversión con España, los Estados Unidos, Francia, Italia y los Países Bajos; el Ecuador tenía acuerdos bilaterales de inversión con el Canadá, España, los Estados Unidos, Francia, Italia y los Países Bajos; y la República Bolivariana de Venezuela tenía acuerdos con el Canadá, España, Francia, Italia y los Países Bajos.

³⁵ En la única decisión de los tribunales adoptada hasta el momento en relación con la demanda presentada por ENI al CIADI contra la República Bolivariana de Venezuela relacionada con el campo Dación en Anzoátegui y sus actividades de exploración en el Golfo de Paria Oeste, el acuerdo alcanzado dio a ENI una participación del 26% en Petrosucre, que opera costa afuera, así como una indemnización por parte de PDVSA de 700 millones de dólares en siete años. Véase [online] <http://www.guia.com.ve>.

los contratos relacionados con el petróleo y la minería (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, 2007; *Investment Treaty News*, 2008), inició un proceso para denunciar 9 de sus 25 acuerdos bilaterales de inversión y comenzó a preparar un nuevo modelo de acuerdo de inversión (Guerra, 2008). El Estado Plurinacional de Bolivia se retiró formalmente del CIADI (*ICSID News Release*, 2007; *Puentes*, 2008), y en febrero de 2009 aprobó una nueva Constitución en cuyo artículo 366 se reserva el sector del petróleo y el gas al Estado.

Una cuestión fundamental de legitimidad que puede identificarse en estas experiencias es el sentimiento de que la limitación de la soberanía nacional en la aplicación de un estrategia de desarrollo basada en los recursos naturales superaba los beneficios del sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. En estos tres países, gobiernos que gozan actualmente de un considerable apoyo democrático constataron que sus estrategias de desarrollo basadas en una mayor participación estatal en los recursos naturales, en concreto en el petróleo y el gas, se enfrentaron a grandes dificultades y limitaciones debido a la existencia de tratados internacionales celebrados por gobiernos anteriores más proclives al mercado. Estos países cuestionaron si era razonable que los gobiernos nacionales que se oponían ideológicamente a una mayor participación estatal en la economía nacional truncaran efectivamente el espectro de política nacional mediante tratados internacionales que ofrecen garantías a los inversionistas extranjeros de las que no se benefician los inversionistas nacionales en una industria que históricamente ha pasado por etapas de nacionalización y liberalización. Estos tres países no aceptaron los riesgos que plantean las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado y consideraron que el sistema no era legítimo³⁶.

A diferencia de estos países andinos del tipo II, la mayoría de los países del tipo I han gestionado sus espacios de política en el sector de los recursos naturales sin verse involucrados en muchos casos de arbitraje internacional. Por ejemplo, México ganó espacio de política en el TLCAN para su sector energético al negociar excepciones y reservas en el TLCAN original. Esto dio a México el derecho de establecer límites a la inversión extranjera en petróleo, gas y electricidad e innovar con su política de inversión extranjera en esos sectores. Además, Chile y el Perú aumentaron los ingresos fiscales en la minería del cobre mediante la aplicación de medidas temporales o permanentes para lograr un mayor beneficio del gran aumento de los precios internacionales de ese metal (antes de 2009).

Por otra parte, Perú fue pionero en América Latina y el Caribe en hacer uso de acuerdos de estabilidad legal³⁷, es decir, acuerdos especiales por los que el Estado garantiza la estabilidad legal a un inversionista particular durante un período de 10 años³⁸. El Perú concedió amplias garantías, como el régimen fiscal, el derecho a la no discriminación, el derecho al uso del tipo de cambio más favorable, el derecho a la libre disponibilidad de divisas y el derecho a la libertad de remesas, que iban mucho más allá de las prácticas adoptadas por países como el Ecuador (únicamente el régimen fiscal) y la República Bolivariana de Venezuela (régimen fiscal, exportaciones y sectores específicos) (Vielleville y Vasani, 2008, págs. 16 y 17). Los acuerdos de estabilidad legal fueron esenciales en la decisión del tribunal del

³⁶ Estas experiencias pueden haber hecho que esos mismos gobiernos adopten posiciones más radicales en otros sectores distintos al de los recursos naturales. Por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela expropió o inició procesos de expropiación contra empresas en los sectores eléctrico (Electricidad de Caracas, Seneca), de telecomunicaciones (CANTV), agroindustrial (Lácteos Los Andes), del acero (Ternium Sidor) y del cemento (Cemex Venezuela, Fábrica Nacional de Cementos). En el Estado Plurinacional de Bolivia se expropió la principal empresa de telecomunicaciones, lo que provocó el inicio de un procedimiento de arbitraje internacional.

³⁷ Los acuerdos de estabilidad legal dan a los compromisos estatales de estabilidad la condición de compromisos contractuales. El Perú fue pionero en utilizar estos acuerdos en América Latina y es el país en el que su uso está más extendido. Se calcula que entre 1992 y 2003 se celebraron unos 600 acuerdos de este tipo. Los acuerdos de estabilidad legal de Panamá ofrecen estabilidad respecto de los regímenes fiscal, aduanero y laboral, pero excluyen medidas adoptadas con un fin público; la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia (N° 963, de 2005) define la posibilidad de establecer acuerdos con el Estado para garantizar durante 20 años la estabilidad de los factores que se consideran determinantes para la inversión, incluidos los impuestos pero sin limitarse a ellos (Vielleville y Vasani, 2008).

³⁸ En el caso de las concesiones, el período de validez del acuerdo queda definido por la duración de la concesión.

CIADI por la que el Perú tuvo que pagar una indemnización de 18,4 millones de dólares por incumplimiento de la garantía de estabilización fiscal con una subsidiaria de Duke Energy (Caso CIADI ARB/03/28)³⁹.

Esto sugiere que existen distintas formas de abordar las limitaciones y restricciones de los acuerdos internacionales de inversión y los contratos estatales en los sectores de los recursos naturales, que van desde la negociación de mejores acuerdos, la renegociación de los contratos de forma que sean aceptados por los inversionistas extranjeros, o la impugnación directa de la legitimidad del sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado mediante la retirada total o parcial del sistema. Por lo que respecta al sector del petróleo y el gas, una cosa parece clara: es difícil cambiar la evolución histórica de una industria mediante acuerdos internacionales ya que esto puede considerarse ilegítimo por una parte del espectro político nacional que se considera privada de importantes instrumentos para promover el desarrollo nacional basado en los recursos naturales.

4. La crisis de la Argentina y el estado de necesidad⁴⁰

La inversión extranjera ha jugado un papel muy importante, aunque volátil, en la economía argentina en los últimos 30 años. La inversión extranjera fue considerable en las décadas de 1970 y 1990, cuando las entradas llegaron al 8% del PIB, pero estuvo prácticamente ausente durante la crisis de la deuda de los años ochenta. Los máximos alcanzados se asociaron con tres tipos de inversionistas: en primer lugar, en la década de 1970, los bancos transnacionales que otorgaban grandes préstamos sindicados, y posteriormente, en los años noventa, los intermediarios financieros que prestaban cuantiosas sumas en bonos y las empresas transnacionales que realizaban inversiones directas de enorme relevancia. En otras palabras, la Argentina resultaba atractiva para diversos inversionistas extranjeros, pero de manera intermitente.

La nueva capacidad de la Argentina de atraer capital extranjero se basaba, en gran parte, en una mejora de las perspectivas del mercado en el contexto del programa de reforma introducido durante la presidencia de Menem, a comienzos de los años noventa. La ley de convertibilidad de marzo de 1991 fue fundamental para estabilizar la economía en base a la introducción de un tipo de cambio fijo de un dólar por un peso tras el caos inflacionario que siguió a la crisis de la deuda de la década de 1980. Esta medida extrema resultó costosa en términos de política económica, ya que dejó sin margen de acción a los encargados de diseñar la política monetaria. No obstante, aumentó notoriamente la credibilidad de la Argentina ante la comunidad internacional de inversionistas y las instituciones financieras internacionales con sede en Washington D.C. (FMI, Banco Mundial y BID).

En la década de 1990, la Argentina firmó más de 50 acuerdos bilaterales de inversión para ofrecer mayor protección a los inversionistas extranjeros con la esperanza de atraer más inversiones. En forma casi simultánea, el país logró avanzar en su ambicioso programa de privatizaciones e inició un proceso de desregulación y liberalización financiera y comercial. Las privatizaciones no tardaron en convertirse en uno de los pilares del nuevo programa económico. Desde una perspectiva global, la venta de activos públicos y el uso del esquema de capitalización de deuda permitieron a la Argentina atraer nuevas inversiones extranjeras, reducir la deuda externa y eliminar el pasivo financiero generado por las empresas públicas. Desde una perspectiva microeconómica, el proceso pronto despertaría críticas por centrarse solo en la búsqueda de credibilidad (Gerchunoff y Canovas, 1995), lo que, en última instancia, vincularía fuertemente el destino de las empresas privatizadas al éxito del plan de convertibilidad.

El desempeño macroeconómico de la Argentina mostró una notable mejoría, el país ingresó en un espiral ascendente de crecimiento y la productividad aumentó. La Argentina se convirtió en un modelo de reforma exitosa en América Latina y el Caribe y el presidente Menem fue aclamado como ejemplo a seguir en la reunión anual del FMI y el Banco Mundial, celebrada en Washington, D.C. en 1998.

³⁹ En su decisión, el tribunal indicó que los derechos fundamentales concedidos por el Perú en virtud del acuerdo de estabilidad legal son derechos contractuales privados oponibles al Estado como si fuera una parte privada.

⁴⁰ Basado principalmente en Mortimore y Stanley (2006a y 2006b) y Stanley (2004).

El 23 de diciembre de 2001, la Argentina anunció un incumplimiento de pago de su deuda pública externa por más de 100.000 millones de dólares. En ese momento, la deuda del país representaba la cuarta parte del total de deuda transada en el emergente mercado de bonos. En enero de 2002, el peso argentino bajó a un tercio de su valor y el gobierno “pesificó” las tarifas de los servicios públicos (convirtiendo a pesos las disposiciones contractuales denominadas en dólares), lo que provocó gran cantidad de casos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. La economía argentina entró en una profunda recesión.

Poco más de tres años después, la Argentina pudo superar la situación de incumplimiento de pago cuando su oferta unilateral tuvo una amplia aceptación (más del 75%) por parte de los tenedores de bonos de deuda pública externa. De este modo, el país logró lo que ningún otro había logrado antes: que la mayoría de los tenedores de bonos no solo aceptaran una importante reducción del principal, sino que también acordaran extender el vencimiento y bajar las tasas de interés. Los resultados del canje superaron con creces las expectativas de la Argentina, sobre todo teniendo en cuenta que había resuelto de forma unilateral su problema de incumplimiento de pago, sin la intervención de las instituciones financieras internacionales ni la ayuda de los gobiernos del G7.

Respecto de la crisis de la IED, el abrupto término de la paridad del tipo de cambio abrió un nuevo frente en la disputa con los inversionistas extranjeros, en este caso con los que habían invertido en el sector real, sobre todo en servicios públicos. En virtud de los acuerdos firmados en la década de 1990, los inversionistas extranjeros se sentían con derecho a recibir una compensación plena del gobierno. Si bien la mayoría de los inversionistas extranjeros en la Argentina se vieron afectados por la variación en el esquema cambiario, el grueso de las reclamaciones provino de los que tenían algún tipo de interés en las empresas de servicios públicos, principalmente en las vinculadas a la industria energética (gas y energía eléctrica).

El predominio de este tipo de inversión extranjera no se debió a las garantías ofrecidas por los acuerdos bilaterales de inversión, sino más bien a las ventajas derivadas de las reglamentaciones nacionales (como las tarifas de los servicios públicos fijadas en dólares e indexadas de acuerdo con el índice de precios al por mayor de los Estados Unidos). El marco contractual estaba sujeto a las disposiciones legislativas nacionales, los términos normativos y la red de acuerdos bilaterales de inversión. Así fue como, buscando atraer inversionistas extranjeros y garantizar el éxito de las reformas, la administración del presidente Menem terminó por aceptar riesgos que normalmente serían asumidos por el inversionista extranjero.

El mecanismo que ayudó al Gobierno de la Argentina a demostrar su compromiso con las nuevas normas internacionales promovidas por los países inversionistas y las instituciones financieras internacionales se convirtió en la base principal de los procedimientos judiciales de los inversionistas extranjeros. La finalidad de las restricciones autoimpuestas por el gobierno (el esquema de convertibilidad combinado con los acuerdos bilaterales de inversión) era minimizar la posibilidad de renegociar contratos con las empresas privatizadas, debido a que la magnitud de los compromisos hacía sumamente costosa cualquier alteración, por necesaria que fuera. En última instancia, la crisis iba a demostrar las fallas del esquema de contratos vinculados a la regulación de las empresas privatizadas (Guash, Laffont y Straub, 2002; Navajas, 2004). El colapso de la política económica y el marcado deterioro del entorno empresarial demostraron que las autoridades que gobernaban el país en ese momento habían dejado a la Argentina sin salida y que el gobierno no podía, ni quería, cumplir con lo dispuesto en los contratos vigentes. Esto provocó una fuerte reacción de los inversionistas extranjeros, que se manifestó mediante el inicio de más de 40 juicios ante el CIADI, lo que elevó el pasivo eventual del país a unos 20.000 millones de dólares⁴¹.

Las medidas de emergencia adoptadas por el gobierno afectaron la ecuación económica y financiera de los inversionistas extranjeros. En el caso de los sectores regulados (con tarifas pesificadas), cuanto más alto era el nivel de endeudamiento en dólares, mayor era el impacto de estas medidas. Por lo tanto, cualquiera que

⁴¹ Cabe mencionar que cinco de estos juicios se iniciaron mientras estaba vigente el régimen de convertibilidad.

fuera el sector, en la mayoría de las controversias iniciadas después de 2002 se citaban los efectos de la devaluación sobre los contratos en general y sobre el sistema de fijación de tarifas en particular. Tanto los inversionistas extranjeros como los locales sostuvieron que el Gobierno de la Argentina había acordado asumir el riesgo del tipo de cambio y rompió su promesa en enero de 2002.

Algunos de los ataques más vehementes provenían de empresas reguladas que pertenecían al sector energético (gas y energía eléctrica), que presentaron un total de 22 demandas (19 ante el CIADI y 3 ante la CNUDMI). Sobre la base de los fuertes vínculos verticales y horizontales que existen en esas industrias, las demandas de las empresas no se referían solo a los efectos de la ley de emergencia económica en las tarifas, mediante la pesificación y la congelación, sino también a los efectos en los precios de actividades no reguladas (en el caso del gas, el precio de los insumos, y en el caso de la electricidad, el precio de la generación).

Si bien en la mayoría de los casos se mencionaba más de una causa, la pesificación fue el principal motivo de la presentación de demandas contra la Argentina (Stanley, 2004). No obstante, más allá de las razones esgrimidas, en general las demandas constituyeron una jugada estratégica en el posicionamiento para la renegociación. Por lo tanto, tras la aprobación de la ley de emergencia económica y el inicio de los juicios, se generó una disputa entre el Gobierno de la Argentina, los inversionistas extranjeros (sobre todo los que tenían intereses en los sectores de servicios) y las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial y FMI).

La primera respuesta de las autoridades argentinas fue recusar al tribunal arbitral, poner en tela de juicio su transparencia y el proceso de selección de sus integrantes y cuestionar el hecho de que se permitiera a los inversionistas extranjeros buscar un foro de su conveniencia, es decir, seleccionar el tribunal que con más probabilidad fallaría a su favor. Por la misma razón, la Argentina amenazó con no reconocer la jurisdicción del CIADI y sostuvo que las causas deben conocerse primero en los tribunales locales. Por último, al preparar su defensa —que en realidad se basó en el caso CMS Gas Transmission Company y en la negación de jurisdicción en otros casos— el gobierno optó por negar que las medidas adoptadas tras declarar la emergencia económica (la pesificación y congelación de las tarifas) equivalieran a una expropiación indirecta. Debido a que todas las demandas hacían referencia a una única causa, la lógica de la legislación de emergencia económica fue fundamental para la estrategia del gobierno. Esta argumentaba que las medidas adoptadas eran el único camino que le quedaba y que los inversionistas extranjeros debían soportar parte de los costos del ajuste. No obstante, esos argumentos fueron aceptados solo en parte, en el mejor de los casos, y generaron al mismo tiempo un considerable nivel de confusión (véase el recuadro 10 donde se comparan los casos CMS y LG&E).

RECUADRO 10
LOS CASOS CMS Y LG&E CONTRA LA ARGENTINA Y EL ESTADO DE NECESIDAD RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS POR LA ARGENTINA

En el acuerdo bilateral de inversión suscrito en 1991 entre los Estados Unidos y la República Argentina, que entró en vigor el 20 de octubre de 1994 (el “acuerdo bilateral de inversión entre los Estados Unidos y la Argentina” o el “acuerdo”), se hacía especial referencia a la posibilidad de que el Estado no tuviera ninguna responsabilidad por incumplimiento del acuerdo en casos de “fuerza mayor”, definidos como situaciones de necesidad o emergencia. En el artículo XI se establece que el acuerdo “no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”. Los casos CMS y LG&E, que involucran a inversionistas estadounidenses en el mercado argentino de distribución de gas natural y se vinculan con medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno de la Argentina en el período 1999-2002, derivaron en conclusiones contradictorias respecto del “estado de necesidad”. El debate sobre el estado de necesidad puso sobre el tapete la tensión entre el espacio de política nacional y la protección de las inversiones extranjeras, y los laudos contradictorios emitidos en estos dos casos revelan el problema de la incoherencia en las decisiones arbitrales adoptadas en virtud de las normas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones (CIADI).

El de CMS fue el primero de muchos casos presentados ante el CIADI con relación a las medidas adoptadas por la Argentina para controlar la crisis. CMS poseía el 29,42% de Transportadora de Gas del Norte (TGN), una empresa que tenía licencia para transportar gas en una determinada zona de la Argentina. Las tarifas de TGN estaban fijadas en dólares y se ajustaban de acuerdo con el índice de precios a la producción. A comienzos de agosto de 2000, se adoptó una serie de medidas que afectaron los niveles de las tarifas. Los ajustes se postergaron para después congelarse y se replanteó el método de ajuste de las tarifas, basado en el dólar y el índice de precios a la producción de los Estados Unidos. CMS presentó una solicitud de arbitraje cuando comenzaron estos sucesos, en julio de 2001, pero la solicitud fue reformulada para reflejar los sucesos que acontecieron en el transcurso de los procesos relacionados con el conflicto: el decreto 1570/01 del 1º de diciembre de 2001 y la ley N° 25.561 del 6 de enero de 2002 pusieron fin al régimen de convertibilidad y a la paridad del peso argentino con el dólar estadounidense. La empresa sostuvo que había realizado inversiones en el sector del transporte de gas sobre la base de expectativas de una rentabilidad real en dólares y un ajuste de tarifas basado en el índice de precios a la producción de los Estados Unidos. Según CMS, las medidas adoptadas entre 1999 y 2001 provocaron una pérdida de ingresos y afectaron su capacidad de pagar las deudas. CMS invocó el acuerdo bilateral de inversión entre los Estados Unidos y la Argentina para obtener una compensación.

En su fallo de 2005, el CIADI desestimó la demanda de CMS de expropiación y trato discriminatorio y arbitrario, pero estableció que la Argentina había violado sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado en el artículo II 2) a) del acuerdo y cumplir las obligaciones asumidas en relación con la inversión garantizada en el artículo II 2) c) del acuerdo. La Argentina argumentó que debía eximirse de toda responsabilidad por incumplimiento del acuerdo bilateral de inversión con los Estados Unidos debido a que se había presentado un estado de necesidad (las crisis financiera, económica, social y política en cuyo contexto se adoptaron las medidas de emergencia). El tribunal no aceptó el estado de necesidad de la Argentina y concedió a CMS una compensación de 133 millones de dólares. Posteriormente se anuló parte del fallo, pero se confirmó la decisión sobre el estado de necesidad.

Argentina invocó su argumento basándose en el derecho internacional consuetudinario y el artículo XI del acuerdo bilateral de inversión entre los Estados Unidos y la Argentina. En primer lugar, el tribunal abordó la cuestión a través del derecho internacional consuetudinario, y decidió que el caso no cumplía las condiciones establecidas en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (que las partes consideraban reflejaban adecuadamente el estado del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión de la necesidad). Según esa fuente, para poder invocar el estado de necesidad han de cumplirse una serie de condiciones, en particular que ese hecho sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; que no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto, y que el Estado no haya contribuido a la situación de necesidad. Si bien el tribunal entendió que las medidas adoptadas por la Argentina no afectaban gravemente a los intereses esenciales de los Estados Unidos ni a los de la comunidad internacional, cuestionó si se trataba de un interés esencial de la Argentina, si existía un peligro grave e inminente y si las medidas adoptadas por la Argentina eran el único modo disponible para salvaguardar su interés. También afirmó que las políticas estatales de la Argentina y sus deficiencias propiciaron las crisis de manera significativa. Puesto que para aceptar un estado de necesidad deben cumplirse todas las condiciones, el tribunal decidió que este no era aplicable en el marco del derecho internacional consuetudinario. En su análisis de la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario, se refirió al propio acuerdo bilateral de inversión ya que, de conformidad con los artículos de la Comisión de Derecho Internacional, no puede invocarse el argumento de la necesidad si la obligación en cuestión (en este caso el acuerdo bilateral de inversión) excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad. En la apreciación de la aplicabilidad de este artículo a la crisis argentina, el tribunal consideró que la situación que estaba siendo analizada no era la de un colapso económico y social (equivalente a una acción militar o una guerra) y, por lo tanto, el estado de necesidad no estaba garantizado en virtud del artículo XI del acuerdo, lo que apoyaba su desestimación de la aplicación del argumento de la necesidad sobre la base del derecho internacional consuetudinario. Posteriormente, en una referencia circular, el tribunal consideró el artículo XI del acuerdo de manera independiente y reiteró que no era aplicable. La comisión que evaluó el alegato de anulación estimó que los motivos del tribunal para llegar a la conclusión sobre el estado de necesidad no contaban con apoyo suficiente, pero sin embargo la confirmó.

(Continúa)

RECUADRO 10 (conclusión)

En el caso LG&E, al igual que en CMS, el demandante sostuvo que las leyes sobre emergencia habían modificado el marco regulador en el que había invertido en tres empresas de distribución de gas natural (Distribuidora de Gas del Centro S.A., Gas Natural BAN S.A., y Distribuidora de Gas Cuyana S.A.). Al igual que el caso CMS, el tribunal coincidió con el demandante en que la situación de necesidad solo puede aplicarse en casos de "colapso" o "situaciones muy graves". No obstante, entendió que había situaciones (como las que se producen en las crisis) que sin ser por sí mismas catastróficas pueden propiciar situaciones catastróficas en cuanto a trastornos y desintegración de la sociedad, o que pueden provocar un desmoronamiento total de la economía, en cuyo caso, la emergencia y la necesidad pueden tener un significado distinto. En otras palabras, en vez de limitar el estado de necesidad a las situaciones de colapso, equivalentes a acciones militares o guerras, en el caso LG&E el tribunal reconoció la posible gravedad de la crisis económica. Así pues, a diferencia del caso CMS, el tribunal aceptó el estado de necesidad durante un período específico, del 21 de diciembre de 2001 al 26 de abril de 2003, durante el cual fue necesario aprobar medidas para mantener el orden público y proteger su interés esencial de seguridad. El tribunal determinó que la Argentina debía pagar una indemnización a LG&E por incumplimiento del acuerdo, salvo durante el período en el que se produjo el estado de necesidad.

Como consecuencia de estos dos casos, quedó patente que el estado de necesidad de la Argentina sería, en el mejor de los casos, parcialmente aceptado por los tribunales de arbitraje. Las decisiones de los tribunales parecen sugerir que los derechos de los inversionistas extranjeros primaban sobre las necesidades socioeconómicas de la población local en tiempos de crisis.

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic", Caso CIADI N° ARB/01/8, "LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc.1 v. Argentine Republic", Caso CIADI N° ARB/02/1; Claudia Frutos-Peterson, "Introductory note by and award of the tribunal" *Investment Treaty News*, 15 de octubre de 2007.

Tras rechazarse su propuesta y desestimarse sus argumentos, el gobierno cambió de postura. Una de sus líneas de acción fue tratar de que las empresas privatizadas desistieran de sus demandas como gesto de buena voluntad en el contexto de la renegociación de contratos. Teniendo esto presente, la administración argentina presionó a los gobiernos de España y Francia, y solicitó que intercedieran ante las empresas de esos países que tenían intereses en la Argentina. Además, en vista del laudo del tribunal de arbitraje en el caso CMS, el Gobierno de la Argentina sugirió que podría no reconocer los posibles laudos.

Los inversionistas extranjeros respondieron de distintas formas, dependiendo de los intereses estratégicos de cada uno en el momento de presentar la demanda original. Un grupo, formado en su mayoría por inversionistas extranjeros que seguían teniendo intereses estratégicos en el país, empezaron a evaluar los beneficios de desistir de sus demandas⁴². En el caso de las empresas que habían abandonado el país (en su mayoría inversionistas extranjeros en servicios públicos) y las que habían presentado demandas por incumplimiento de contrato, lo más probable era que prosiguieran con sus procedimientos de arbitraje.

La crisis argentina puso de manifiesto que el sistema internacional no podía solucionar los problemas causados por las pérdidas de los inversionistas extranjeros debido a la incapacidad del país para aplicar las tarifas estipuladas en los contratos originales o la quiebra soberana. Los inversionistas extranjeros directos se enfrentaron al hecho de que el Banco Mundial no podía obligar a las autoridades argentinas a cumplir las condiciones originales de sus contratos de servicios públicos. El FMI fue incapaz de obligar al Gobierno de la Argentina a renegociar su deuda en virtud de cualquier esquema preexistente o de ofrecer ayuda a los tenedores de bonos que optaron por no aceptar la oferta de canje con la esperanza de obtener un mejor trato del Gobierno de la Argentina. Este, por su parte, en su doble capacidad de país receptor y deudor, quedó consternado por el funcionamiento del sistema internacional debido al modo en que había favorecido de manera explícita a los inversionistas extranjeros, la falta de objetividad de las instituciones financieras internacionales y los intentos de condicionar la política económica del país al cumplimiento, en ese momento imposible, de los compromisos internacionales. Como consecuencia, y en vista de la dimensión social de la crisis, que entre 1999 y 2003 duplicó la proporción de argentinos que vivían por debajo de la línea de pobreza,

⁴² Entre los procesos abandonados se incluyen las demandas presentadas por Empresa Distribuidora y Comercializadora Sur S.A. (EDESUR), AES Corporation, Pioneer National Resources Co., Camuzzi, Gas Natural BAN, Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. (EDENOR) y Unysis, que rebajarían más de 4.000 millones de dólares el monto total de las reclamaciones (*El cronista comercial*, 2005).

pasando del 27,1% al 54,7% de la población, el gobierno se vio obligado a elegir entre utilizar los escasos recursos para aliviar el sufrimiento económico y social causado por la crisis o destinarlos a cumplir las obligaciones internacionales con los inversionistas extranjeros. En último término, la comunidad financiera internacional, que había celebrado la adopción por parte de la Argentina de un arriesgado marco político no ofreció al país soluciones concretas para resolver la crisis múltiple a la que se enfrentaba. Esto fue otro ejemplo de un gobierno que limita las opciones de política de los gobiernos sucesivos para afrontar las crisis provocadas en buena medida por las políticas del gobierno anterior. Por último, la red de acuerdos bilaterales de inversión se convirtió en un conducto para las demandas de arbitraje internacional de los tenedores de bonos que no habían aceptado el canje unilateral ofrecido años atrás. Esto dejó la impresión de que el sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado tendía a favorecer los intereses de los inversionistas extranjeros a cualquier costo.

Como se ha señalado en la sección C, en América Latina y el Caribe se distinguen distintas situaciones. El Brasil evitó el riesgo del arbitraje internacional al no ratificar ningún acuerdo internacional de inversión. Los países del Caribe firmaron relativamente pocos acuerdos bilaterales de inversión, y el reciente acuerdo de asociación económica con la Comisión Europea no incluye garantías de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado. Aunque los países del tipo I asumen riesgos en cuanto a los elementos de liberalización de los acuerdos internacionales de inversión que limitan su espacio de política nacional⁴³, se han incorporado correcciones basadas en el TLCAN (como la aclaración de trato justo y equitativo y expropiación indirecta) que deberían reducir los casos de arbitraje internacional en ese sentido. Estos países han demostrado que están dispuestos a asumir riesgos significativos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado aún cuando su jurisprudencia en la materia haya supuesto un considerable costo financiero y aumentado la imprevisibilidad debido a las interpretaciones amplias de los conceptos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión. Los países del tipo II no se han mostrado dispuestos a asumir los riesgos de arbitraje internacional asociados a sus antiguos acuerdos internacionales de inversión sin modificar debido a sus experiencias con los tribunales de arbitraje en ese ámbito. Más allá de los costos financieros y las interpretaciones expansivas de conceptos de arbitraje internacional, la mayoría plantean graves problemas de legitimidad en relación con la forma en que el sistema de arbitraje internacional limita las estrategias de desarrollo basadas en los recursos naturales (como en el Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela) y la capacidad para abordar crisis múltiples que engloban contratos de inversión extranjera en servicios y deuda pública externa (Argentina). Aunque ningún país ha estado tan expuesto a los costos de los compromisos en materia de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado como la Argentina, su experiencia muestra los riesgos que corren otros países si se enfrentan a la necesidad de aplicar medidas de política para evitar o resolver situaciones críticas que pueden afectar los intereses de los inversionistas. Las cuestiones de legitimidad se plantean al privilegiar los derechos de los inversionistas extranjeros frente a los de los nacionales de los Estados soberanos hasta un punto inaceptable para el país receptor. Queda por saber si esos problemas de legitimidad reflejan ecos del pasado (la difícil relación que ha existido tradicionalmente entre América Latina y el Caribe y la inversión extranjera) o representan la voz del futuro (la primera de otros países que abandonarán el sistema de arbitraje internacional).

⁴³ Cabe mencionar que el modelo de acuerdo comercial regional centrado en los Estados Unidos sigue evolucionando y en algunos casos amplía de forma expresa el alcance de las cláusulas de solución de controversias para incluir violaciones relacionadas con autorizaciones y acuerdos de inversión, además de las violaciones de tratados. Por ejemplo, en el acuerdo de libre comercio celebrado entre los Estados Unidos y el Perú una cláusula de solución de controversias extensa pero vaga amplía el derecho de los inversionistas extranjeros a interponer demandas relacionadas con esas cuestiones (Malik, 2007).

V. Conclusiones

Teniendo en cuenta la naturaleza de los problemas y riesgos debatidos en el presente capítulo, la primera mejor opción para abordar los riesgos relacionados con las garantías del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado sería evidentemente la equiparación de los sistemas judiciales de los países receptores con las normas internacionales, con objeto de que los inversionistas extranjeros se sintieran cómodos sin esas garantías formales. Debido, entre otras razones, a la complejidad de los procesos de reforma judicial en la región, esa opción no es viable a corto y mediano plazo. La segunda mejor opción sería la celebración de un nuevo acuerdo internacional general concertado sobre inversión extranjera entre los inversionistas y los países receptores, que reemplazara la multitud de acuerdos bilaterales de inversión y demás acuerdos internacionales de inversión. Puesto que ni siquiera los países exportadores de capital pudieron aceptar el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE en la década de 1990, esta opción puede descartarse por ser poco probable, sobre todo con un mayor número de partes negociadoras. La tercera mejor opción sería probablemente el establecimiento de un sistema de solución de controversias parecido al de la OMC con un órgano de apelación supervisor⁴⁴ basado en el modelo del Estado de derecho más que en un proceso ad hoc (Mann, 2008b, pág. 214). Debido a las dificultades que se han planteado para avanzar en la

⁴⁴ Álvarez (2008, pág. 29) sugiere que el órgano de apelación único puede corregir el error de derecho (si no de hecho) de los integrantes de los paneles arbitrales y puede dirigir el cumplimiento de las medidas correctivas cuando el órgano se haya pronunciado sobre las cuestiones de fondo. En el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC se reconoció que el papel central de los órganos decisorios en las diferencias comerciales era ofrecer seguridad y previsibilidad e instaba a esos órganos a aclarar el conjunto único de obligaciones que todos los miembros de la OMC debían cumplir, pero no a aumentar o reducir los derechos y las obligaciones establecidas en esos acuerdos.

Ronda de negociaciones de la OMC de Doha, esta no parece ser en este momento una opción viable para abordar los problemas (costos financieros e interpretaciones amplias) y las cuestiones de legitimidad asociadas a las prácticas del arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado.

Si bien no es probable que se encuentren soluciones globales definitivas a corto y mediano plazo ya que siguen existiendo muchos de los factores que han planteado obstáculos, hay razones para aplicar un enfoque paso a paso en la gestión de los riesgos existentes mediante la creación de capacidad local en esa esfera. La colaboración regional desempeña un papel fundamental en este sentido.

El crecimiento del número de acuerdos suscritos y de las controversias derivadas de ellos, así como la escasa capacidad local de gestión de los mismos y el alto costo de los litigios han llevado a que algunos países de América Latina y el Caribe hayan adoptado acciones de carácter colectivo para mitigar estos problemas. A mayo de 2009, coexisten tres iniciativas subregionales para el establecimiento de una institución que brinde apoyo legal a los países miembros.

- Mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones en el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). En marzo de 2009, por mandato de sus presidentes, los 12 países miembros de UNASUR decidieron crear un grupo de trabajo para avanzar en la conformación de un centro de asesoría legal, un centro de solución de controversias y un mecanismo de cooperación regional para enfrentar las controversias entre los inversionistas y el Estado, centrado en la capacitación de funcionarios gubernamentales, el intercambio de experiencias e información, y la cooperación entre los Estados miembros.
- Centro de asesoría legal para controversias de inversión en Centroamérica, República Dominicana y Colombia. Los países propulsores de esta iniciativa (salvo Colombia) tienen acuerdos de inversión vigentes con los Estados Unidos, y están procurando disminuir los costos de las negociaciones de acuerdos de libre comercio. Este grupo cuenta con el apoyo de un Comité asesor formado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la UNCTAD, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Universidad de Columbia y la Academia de Centroamérica; y el apoyo financiero del BID en el marco del proyecto sobre bienes públicos regionales. Esta iniciativa busca ofrecer servicios de asesoría y defensa a los Estados, capacitación para la atención y prevención de controversias a los equipos nacionales, y capacitación en materia de negociación de acuerdos de inversión.
- Centro de asesoría legal para controversias inversionista-Estado en el marco de la iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano⁴⁵. En octubre de 2008, reunidos en Santiago, los ministros de relaciones exteriores y los responsables del comercio exterior de los países miembros de este foro coincidieron en la importancia de examinar las diferentes alternativas dirigidas a la creación de un centro de asesoría jurídica para controversias entre los inversionistas y el Estado con el fin de brindar apoyo técnico para prevenir y atender este tipo de disputas. A pesar de que esta resolución no implica, en estricto rigor, una nueva iniciativa, refuerza la necesidad de buscar una solución regional para abordar esta compleja temática.

En la actualidad el debate se centra en el tipo de servicios que proporcionaría un eventual centro de asesoría legal, su estructura institucional, y su presupuesto y financiamiento. Varios países de la región consideran que es imperioso crear un centro de este tipo, avanzar hacia una solución convergente y regional, centrar sus tareas, por lo menos en una primera etapa, en actividades vinculadas a la defensa en los litigios activos y en la capacitación de los equipos locales, además de ser eficiente en términos de costos y sostenible en el tiempo. Dadas las diferencias presentes en América Latina y el Caribe (países del tipo I y del tipo II) las negociaciones no han sido fáciles. En este escenario, lo más probable es que una iniciativa en ese ámbito parta con un grupo reducido de países a los que se podrían unir nuevos

⁴⁵ Los países miembros del foro son: Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú.

miembros en el futuro, para lo cual se contaría con una institucionalidad simple y flexible que permita un crecimiento en fases.

Adicionalmente, en este capítulo se destaca la necesidad de reducir la discrecionalidad de los árbitros en lo que respecta a la interpretación de los términos contenidos en los acuerdos de inversión vigentes, incluso más que en la experiencia del TLCAN.

Los países no deberían perder de vista el objetivo a más largo plazo de diseñar un nuevo sistema para la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras. La crisis que se inició en 2008 es un marco apropiado para reorientar los esfuerzos en ese sentido. La nueva posición del G20, que incluye a varios de los países en desarrollo y las economías en transición más influyentes, así como a las potencias económicas dominantes, constituye un buen medio para lograrlo. Uno de los principios rectores de ese empeño debe ser la creciente necesidad de los países en desarrollo y las economías en transición de contar con políticas nacionales activas para enfrentar la crisis, como ha ocurrido en los países industrializados. Aunque la inversión extranjera puede ser un importante elemento para superar la crisis, las experiencias de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado han mostrado que es necesario ser prudentes respecto de los riesgos asociados a esas controversias. Puede que sea el momento de tener en cuenta otras opciones, como la creación de un tribunal internacional de inversión extranjera permanente ante el cual se puedan apelar las decisiones arbitrales ad hoc. A pesar de que el logro de esta alternativa puede llevar décadas, como ocurrió con la transición del GATT a la OMC, es necesario iniciar el debate correspondiente.

Bibliografía

- Ahluwalia, M. (2002), "Economic reforms in India since 1991: has gradualism worked?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, N° 3, agosto.
- Álvarez, G. y W. Park (2003), "The new face of investment arbitration: NAFTA", *Yale Journal of International Law*, N° 28.
- Álvarez, J. (2008), "Implications for the future of international investment law", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- Anderson, S. (2008), "Will Dems follow through on promises to fix NAFTA?", *Unconventional Wisdom*, Instituto de Estudios Políticos, 16 de diciembre.
- Anderson, S. y S. Grusky (2007), *Challenging Corporate Investor Rule*, Washington, D.C., Instituto de Estudios Políticos/Food and Water Watch, abril.
- Avril, H. (2008), "Some interim EPAs may not be concluded" [en línea] http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=12460, 17 de junio.
- Banco Mundial(2003), *Global Economic Prospects and the Developing Countries, 2003*, Washington, D.C.
- Bernasconi-Osterwalder, N. (2006), "Democratizing international dispute settlement: the case of trade and investment disputes", documento presentado en la sexta Conferencia Internacional de las Democracias Nuevas o Restauradas, Doha, 29 de octubre al 1° de noviembre.
- Bhattacharya, D. (2007), "The impact of investment agreements on FDI: do IIAs attract FDI?", documento presentado en el primer Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/Centre for Policy Dialogue (CPD), Singapur, 1° y 2 de octubre.
- Bilaterals.org (2008), "Venezuela to renegotiate Dutch investment treaty", 30 de abril.
- Blackwood, E. y S. McBride (2006), "Investment as the Achilles heel of globalization? The ongoing conflict between the rights of capital and the rights of states", *Policy and Society*.

- Breslow, M. (1999), "George Soros: beware market fundamentalism", *Dollars & Sense*, N° 221, enero-febrero.
- Bridges Weekly Trade News Digest* (2008), "EU, former colonies sign first generation trade pact", vol. 12, N° 5.
- Brummer, C. (2008), "Examining the institutional design of international investment law", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- Campbell Black, Henry (1990), *Black's Law Dictionary*, sexta edición.
- Canadian Council of Chief Executives (2003), "North American business leaders declare NAFTA and its investment provisions an outstanding success" [en línea] http://www.ceocouncil.ca/en/view/?document_id=1, 28 de mayo.
- Capling, A. y K. Nossal (2004), "The rise and fall of chapter 11: investor-state dispute mechanisms in the North American Free Trade Agreement and the Australian-United States Free Trade Agreement", documento presentado en la Conferencia oceánica sobre estudios internacionales, Australian National University, Canberra, 14 a 16 de julio.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2008), Oportunidades de comercio e inversión entre América Latina y Asia-Pacífico. El vínculo con APEC (LC/L.2971), Santiago de Chile, noviembre.
- Clark, T. (1997), *Silent Coup: Confronting the Big Business Coup of Canada*, Toronto, Lorimer.
- Clark, P. y G. LaFortune (2004), "Why can't NAFTA chapter 11 be more like the WTO?", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, N° 2, mayo.
- Clarkson, S. (2006), "Hijacking the Constitution: NAFTA's investor-state dispute arbitration", *Investor Protection in the NAFTA and Beyond: Private Interest and Public Purpose, Policy Study*, N° 44, Alan S. Alexandroff (ed.), Toronto, CD Howe Institute.
- _____(2004), "Global governance and the semi-peripheral state: The WTO and NAFTA as Canada's external constitution", *Governing under Stress: Middle Powers and the Challenge of Globalization*, Stephen Clarkson y Marjorie Griffin Cohen (eds.), Londres, Zed Books.
- _____(2003), "Locked in? Canada's external constitution under global trade governance", *American Review of Canadian Studies*, vol. 33, N° 2.
- _____(2002), "Systemic or surgical? Possible cures for NAFTA's investor-state dispute process", *Canadian Business Law Journal*, vol. 36.
- _____(2001), "The globalization of governance: Canada's de-stabilizing experience with NAFTA and the WTO", documento presentado en la conferencia "The challenges and opportunities of globalization at the dawn of the Millennium", Howard University, Washington, D.C., 11 de abril.
- Clift, J. (2003), "Más allá del Consenso de Washington", *Finanzas y desarrollo*, vol. 40, N° 3, Washington, D.C., Fondo Monetario Internacional (FMI), septiembre.
- Comisión Europea (2008a), "Bilateral trade relations. USA" [en línea] http://ec.europa.eu/trade/issues/bilateral/countries/usa/index_en.htm.
- _____(2008b), "Cariforum-EC EPA: investment", *Trade Fact Sheet*, Bruselas, octubre.
- Cote, C. (2005), "Canada's investment trade policy strategy- foreign investment promotion and protection agreements", documento presentado en la "Canada Eurasia Russia Business Association Conference: Canadian Mining Investment in Russia and Central Asia", Toronto, 9 de marzo.
- D'Agostino, J. y Prmod Nair (2008), "Treaty protection in India", *Global Arbitration Review*, vol. 3, N° 1, febrero.
- Dattu, R. (2007), "Legal issues in bilateral investment treaties", inédito.
- Dodge, W. (2006), "Investor-state dispute settlement between developed countries: reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39.
- Dolzer, R. y M. Stevens (1995), *Bilateral Investment Treaties*, Brill/Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
- Durán, J., N. Mulder y O. Onudera (2008), "Trade liberalization and economic performance- Latin America versus East Asia, 1970-2006", *Trade Policy Working Papers*, N° 70, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), febrero.
- Dymond, W. (1997), "State of play of the MAI negotiations", *The Multilateral Agreement on Investment State of Play as of February 1997 (OECD/GD(97)38)*, París.
- Edsall, R. (2006), "Indirect expropriation under CAFTA and DR-CAFTA: potential inconsistencies in the treatment of state public welfare regulations", *Boston University Law Review*, vol. 86.
- Egger, P. y M. Pfaffermayr (2004), "The impact of bilateral investment treaties on foreign investment", *Journal of Comparative Economics*, vol. 32, N° 788.
- El cronista comercial (2005), Buenos Aires, 13 de mayo.
- Elkins, Z., A. Guzmán y B. Simmons (2006), "Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000" [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578961.

- Faya Rodríguez, A. (2009), "A quince años del capítulo XI de TLCAN", A quince años del TLCAN, México, D.F., Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana.
- ____ (2008), "The most-favored-nation clause in international investment agreements: a tool for treaty shopping?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, N° 1.
- FDI (2008), "In dispute: are Dutch investment treaties on their way out?", 9 de junio.
- Franck, S. (2008), "Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment treaties", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- ____ (2007a), "Foreign direct investment, investment treaty arbitration, and the rule of law", *Global Business & Development Law Journal*, vol. 19.
- ____ (2007b), "Integrating investment treaty conflict and dispute systems design", *Minnesota Law Review*, vol. 92.
- ____ (2007c), "Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration", *North Carolina Law Review*, vol. 86, enero.
- ____ (2005), "The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions", *Fordham Law Review*, vol. 73.
- Fudan University/Vale Columbia Center on Sustainable International Investment (2008), "Chinese multinationals make steady progress", Press Release, Nueva York, 22 de octubre.
- Gagne, G. y J.F. Morin (2006), "The evolving American policy on investment protection: evidence from the recent FTAs and the 2004 model BIT", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, N° 2, mayo.
- Gallagher, K. (2008), "The death of the Washington Consensus?", *The Guardian*, 14 de octubre.
- Gallagher, K. y M. Birch (2005), "Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America", inédito.
- Gal-Or, N. (2005), "NAFTA Chapter Eleven and the implications for the FTAA: the institutionalization of investor status in public international law", *Transnational Corporations*, vol. 14, N° 2, agosto.
- García, C. (2004), "All the other dirty little secrets: investment treaties, Latin America and the necessary evil of investor-state arbitration", *Florida Journal of International Law*, vol. 16.
- Geiger, R. (2008), "The multifaceted nature of international investment law", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Gerchunoff, P. y G. Cánovas (1995), "Privatizaciones en un contexto de emergencia económica", *Desarrollo económico*, vol. 34, N° 136, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES), enero-marzo.
- Gobierno de Canadá (2003), "Report on NAFTA chapter 11 multi-stakeholder consultations" [en línea] <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/invest/multistake-nafta.aspx>, 28 de mayo.
- Great Transformations (2008), "What is market fundamentalism?" [en línea] <http://www.greattransformations.org>.
- Guash, J.L., J.J. Laffont y S. Straub (2002), "Renegotiation of concession contracts in Latin America", *SSRN Electronic Journal* [en línea] http://papers.ssrn.com/abstract_id=340580.
- Guerra, G. (2008), "Ecuadorian IIA policy: a complex and dynamic process", inédito.
- Gugler, P. y V. Tomsik, (2006), "International agreements on foreign investment: North American vs. European approach", Working Paper of the Faculty of Economics of the University of Fribourg, N° 392.
- Hallward-Driemeier, M. (2003), "Do bilateral investment treaties attract foreign investment? only a Bit...and they could bite", *World Bank Policy Research Working Paper*, N° 3121, Washington, D.C., Banco Mundial, junio.
- Hewko, J. (2002), "Foreign direct investment- does the rule of law matter?", *Report to the Carnegie Foundation for International Peace*, N° 26, abril.
- Heymann, M. (2008), "International law and the settlement of investment disputes relating to China", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, N° 3, agosto.
- Honlet, J.C. y G. Borg (2008), "The decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina regarding the conditions of application of an umbrella clause: SGS v. Philippines revisited", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7.
- Houde, M. (2006), *Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties*, cap. 6, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
- Houde, M. y A. Kolse-Patil (2008), "The interaction between investment and services chapters in selected regional trade agreements", *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
- Howard, Mann y Konrad von Moltke (2002) "Protecting investor rights and the public good: assessing NAFTA's chapter 11", documento presentado a los talleres de política trinacional del Instituto

- Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD) [en línea] <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>, México, D.F., 13 de marzo, Ottawa, 18 de marzo, Washington, D.C., 11 de abril.
- Hufbauer, G. y J. Schott (2007), "NAFTA revisited", Policy Options, octubre.
- ICSID News Release (2007), "Bolivia submits a notice under article 71 of the ICSID Convention", Washington, D.C., 2 de mayo.
- IDQ (International Disputes Quarterly) (2007), "The evolution of dispute resolution in Latin America. Interview with Jonathan C. Hamilton", 5 de noviembre.
- Investment Treaty News (2008), "Ecuador threatens cancellation of oil contracts unless ICSID nixes forum", 29 de agosto.
- ____ (2006), "Japan-Philippines leave investor-state arbitration mechanism unresolved in EPA", 20 de septiembre.
- ____ (2005), "India-Singapore FTA inked, investment provisions include important innovations", 3 de agosto.
- Joubin-Bret, A. (2008), "The growing diversity and inconsistency in the IIA system", Appeals Mechanism in International Investment Disputes, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Juillard, P. (2008), "Variation in the substantive provisions and interpretation of international investment agreements", Appeals Mechanism in International Investment Disputes, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Jun, Wang (2007), "China and the ICSID Arbitration", Moulislegal: China Messenger, 2 de agosto.
- Kalotay, K. (2008), "How to explain the foreign expansion of Russian firms", Journal of Financial Transformation, Capco Institute.
- Kumar, N. (2007a), "Regional integration, foreign direct investment and efficiency-seeking industrial restructuring in Asia: the case of India", RIS Discussion Papers, N° 123, Nueva Delhi, junio.
- ____ (2007b), "Investment provisions in regional trading arrangements in Asia: relevance, emerging trends and policy implications", Artnet Working Paper, N° 46.
- Kumar, N. y K. Gallagher (2007), "Relevance of "policy space" for development: implications for multilateral trade negotiations", RIS Discussion Papers, N° 120, Nueva Delhi, marzo.
- Legum, B. (2008), "Options to establish an appellate mechanism for investment disputes", Appeals Mechanism in International Investment Disputes, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Malik, M. (2008a), "Recent developments in the definition of investment in international investment agreements", documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- ____ (2008b), "Recent developments in international investment Agreements and the rights of states to regulate: 2007-2008", documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- (2007), "The expanding jurisdiction of investment-state tribunals: lessons for treaty negotiators", documento presentado en el Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/Centre on Asia and Globalisation, Singapur, 1° y 2 de octubre.
- Mann, H. (2009), "International investment agreements, foreign investment sustainability in infrastructure and contractual and regulatory measures", documento presentado en el seminario Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Lima, 14 al 16 de enero.
- (2008a), "International investment agreements, business and human right: key issues and opportunities", documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- (2008b), "Transparency and consistency in international investment law: can the problems be fixed by tinkering?", Appeals Mechanism in International Investment Disputes, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Mann, H. y J. Soloway (2002), "Untangling the expropriation and regulation relationship: is there a way forward?", Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade, Ottawa, Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional.
- Mann, Howard y Konrad von Moltke (2002), "Protecting investor rights and the public good: assessing NAFTA's chapter 11", documento presentado a los talleres de política trinacional del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD) [en línea] <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>, México, D.F., 13 de marzo, Ottawa, 18 de marzo, Washington, D.C., 11 de abril.

- Mann, H., A. Cosbey y K. von Moltke (2008), "Comments on ICSID discussion paper, 'possible improvements of the framework for ICSID arbitration'", Appeals Mechanism in International Investment Disputes, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- Marshall, F. (2008), "Advances in investor-state arbitration", documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador (2007), "Notificación conforme artículo 25(4) del convenio", Carta a Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Quito, 23 de noviembre.
- Mortimore, M. (2009), "Can Latin America learn from developing Asia's focused FDI policies", International Journal of Institutions and Economies, vol. 1, N° 1, en prensa.
- ____ (2008), "The transnationalization of developing America: trends, challenges and (missed) opportunities", The Political Economy of Hemispheric Integration: Responding to Globalization in the Americas, Diego Sánchez-Ancochea y Kenneth C. Shadlen (eds.) Londres, Palgrave Macmillan, junio.
- (1993), "Las transnacionales y la industria en los países en desarrollo", Revista de la CEPAL, N° 51 (LC/G.1792-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), diciembre.
- Mortimore, M. y L. Stanley (2006a), "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: el costo de los compromisos internacionales", Desarrollo económico- revista de ciencias sociales, vol. 46, N° 182, Buenos Aires, julio-septiembre.
- ____ (2006b), "Obsolescencia de la protección a los inversores extranjeros después de la crisis argentina", Revista de la CEPAL, N° 88 (LC/G.2289), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), abril.
- Mortimore, M. y S. Vergara (2006), "Targeting winners: can FDI policy help developing countries industrialise?", *Understanding FDI-Assisted Economic Development*, R. Narula y S. Lall (eds.), Londres, Routledge.
- Moulis, D. y Wang Jun (2007), "Dispute settlement under a China-Australia FTA. Possibilities, problems and prospects", documento presentado en la conferencia "Free trade agreements: where is the world heading?", Gold Coast, Queensland, 9 de marzo.
- Navajas, F. (2004), "Reformas en el sector de infraestructura en la Argentina. Algunos comentarios", documento presentado en el seminario Balance del proceso de transformación de los servicios de infraestructura en la República Argentina, Buenos Aires, Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES), 12 de agosto.
- Neumayer, E. y L. Spess (2005), "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries" [en línea] <http://ecowpa.wustl.edu:8089/eps/if/papers/0411/0411004/pdf>.
- Newcombe, A. (2005) "The boundaries of regulatory expropriation in international law", *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, N° 1.
- (2004), "Canada's new model foreign investment protection agreement", University of Victoria, agosto, inédito.
- OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos)(2008a), "Novel features in OECD countries' recent investment agreements: an overview", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- ____ (2008b), *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, París.
- ____ (2008c), *OECD Investment Policy Reviews: Russian Federation*, París.
- ____ (2008d), *OECD Investment Policy Reviews: China 2008*, París.
- ____ (2006a) *International Investment Perspectives*, París.
- ____ (2006b) "Improving the system of investor-State dispute settlement: an overview", *Working Paper on International Investment*, N° 2006/1, París, febrero.
- ____ (2005a), *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Statement by the OECD Investment Committee*, París, junio.
- ____ (2005b), *International Investment Law. A Changing Landscape*, París.
- ____ (2004), *Russian Federation: Progress and Reform Challenges*, París.
- ____ (2003), *International Investment Perspectives*, París.
- Pacquing, R. (2003), "Investor-state arbitration: Canada's experience in NAFTA and the case for its inclusion in the Australia-US FTA", *Issues Paper*, N° 25, The Australian APEC Study Centre, Monash University, octubre.
- Panagariya, A. (2004), "India in the 1980s and 1990s: a triumph of reforms", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, N° 2, mayo.

- Parra, A. y otros (2008a), "Suggested changes to the ICSID rules and regulations", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- ____ (2008b), "Possible improvements of the framework for ICSID arbitration", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Pate, T. (2006), "The past, present and future of arbitral clause in foreign investment legislation: in pursuit of 'the balance'" [en línea] <http://www.desolapate.com/publicaciones/pdf>, mayo.
- Paulsson, J. (2008), "Avoiding unintended consequences", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Perrone, Nicolás (2001), *Inversiones extranjeras. Demandas contra la Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Peterson, L. (2006), "Pakistan attorney general advises states to scrutinize investment treaties carefully", *Investment Treaty News*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), 1° de diciembre.
- ____ (2005), "The global governance of foreign direct investment: madly off in all directions", *Dialogue on Globalization Occasional Papers*, N° 19, Ginebra, Fundación Freidrich Ebert, mayo.
- ____ (2004), *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Winnipeg, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), noviembre.
- Porterfield, Matthew (2006), "An international common law of investor rights?", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, N° 1.
- Public Citizen (2005), *NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central American Free Trade Agreement*, Washington, D.C., febrero.
- Puentes (2008), "Bolivia se margina del CIADI", vol. 9, N° 1, marzo.
- Qureshi, A. y S. Khan (2008), "Implications of an appellate body for investment disputes from a developing country point of view", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.
- Redfern, A. y M. Hunter (2004), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres.
- Sagafi-Nejad, Tagi (2008), "The UN and transnational corporations-from code of conduct to global compact", *United Nations Intellectual History Project Series*, Indiana University Press.
- Salasuse, J. y N. Sullivan (2005), "Do BITs really work: an evaluation of bilateral investment treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46.
- Sauvé, P. (2008), "Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de América Latina", *Revista de la CEPAL*, N° 94 (LC/G.2357-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), abril.
- ____ (2007), "Investment regulation through trade agreements: lessons from Asia", *Towards Coherent Policy Frameworks: Understanding Trade and Investment Linkages*, ARTNet Working Paper Series, N° 49.
- Sauvé, P. y N. Ward (2009), *The EC-CARIFORUM Economic Partnership Agreement: Assessing the Outcome on Services and Investment*, Bruselas, Centro Europeo de Economía Política Internacional, enero.
- Schneiderman, D. (1996), "NAFTA's taking rule: American constitutionalism comes to Canada", *University of Toronto Law Journal*, vol. 46.
- Schreuer, C. (2008), "Preliminary rulings in investment arbitration", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant, (ed.), Oxford University Press.
- Shemberg, A. (2008), "Stabilization clauses and human rights", documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- Shenkman, E. (2006), "Investor-state arbitration: an increasingly powerful tool for resolving disputes with sovereigns", *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2006*, Londres.
- Sikkel, M. (1997), "Exceptions, derogations and national reservations", *The Multilateral Agreement on Investment- State of Play as of February* (OECD/GD(97)38), París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2007), "Revisiting privatization, foreign investment, international arbitration, and water", *serie Recursos naturales e infraestructura*, N° 129 (LC/L.2827-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), noviembre. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.07.II.G.151.
- Soros, G. (1998), *The Crisis of Global Capitalism: Open Society Endangered*, Nueva York, Public Affairs.
- Sornarajah, M. (2008), "A coming crisis: expansionary trends in investment treaty arbitration", *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvant (ed.), Oxford University Press.

- ____ (2002), “The clash of globalizations and the international law of foreign investment”, *The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy*, Ottawa, The Norman Paterson School of International Affairs, 12 de septiembre.
- South Centre (2008), “Acuerdo de asociación económica CARIFORUM-UE sobre inversiones, servicios y comercio electrónico: repercusiones para otros Estados ACP”, *Documento analítico* (SC/AN/TDP/EPA/18), Ginebra, mayo.
- Stanley, L. (2008), “Natural resources and foreign investors: a tale of three Andean countries”, *Working Group on Development and Environment in the Americas Discussion Paper*, N° 16, Global Development and Environment Institute, Tufts University, abril.
- ____ (2007), *The Diffusion of BITs and Policy Degrees of Freedom: a Comparison between Latin America and Asian Countries*, Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).
- ____ (2004), “Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente”, *serie Desarrollo productivo*, N° 58 (LC/L.2181-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.G.108.
- Stiglitz, J. y A. Charlton (2002), *Globalization and its Discontents*, Nueva York, W.W. Norton & Co., mayo.
- ____ (1998), “Redefining the role of the State- What should it do? How should it do it? And how should these decisions be made?”, documento presentado en la conmemoración del décimo aniversario del MITI Research Institute, Tokio, marzo.
- Tams, C. (2006), “An appealing option? The debate about an ICSID appellate structure”, *Essays in Transnational Economic Law*, N° 57, Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, junio.
- Tienhaara, K. (2006), “What you don’t know can hurt you: investor-state disputes and the protection of the environment in developing countries”, *Global Environmental Politics*, vol. 6, N° 4, noviembre.
- Tracton, M. (2008), “Provisions in the new generation of U.S. investment agreements to achieve transparency and coherence in investor-state dispute settlement”, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- Trebilcock, M. y R. Howse (1999), *The Regulation of International Trade*, Londres, Routledge.
- Tobin, J. y S. Rose-Ackerman (2005), “Foreign direct investment and the business environment in developing countries: the impact of bilateral investment treaties” [en línea] http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITs_may02.pdf, 2 de mayo.
- Tumman, J. y C. Emmert (2004) “The political economy of U.S. foreign direct investment in Latin America: a reappraisal”, *Latin American Research Review*, vol. 39, N° 3.
- UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) (2009), La dimensión de desarrollo de los acuerdos internacionales de inversión (TD/B/C.II/MEM.3/2), Ginebra, febrero.
- ____ (2008a), “Latest developments in investor-State dispute settlement”, *IIA Monitor*, N° 1 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3), Ginebra.
- ____ (2008b), “Identifying core elements in investment agreements in the APEC region”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (UNCTAD/DIAE/IA/2008/3), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.08.II.D.27.
- ____ (2007a), “Investor-State dispute settlement and impact on investment rulemaking”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (UNCTAD/ITE/IIA/2007/3), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.07.II.D.10.
- ____ (2007b), *Bilateral Investment Treaties, 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (UNCTAD/ITE/IIT/2006/5), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.16.
- ____ (2005a), *Investment Policy Review of Brazil* (UNCTAD/ITE/IPC/MISC/2005/1), Ginebra.
- ____ (2005b), “Investor-State disputes arising from investment treaties: a review”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (UNCTAD/ITE/IIT/2005/4), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.1.
- ____ (2004), “Key terms and concepts in IIAs: a glossary”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UNCTAD/ITE/IIT/2004/2), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.04.II.D.31.
- ____ (2003a), “Dispute settlement: investor-State”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UNCTAD/ITE/IIT/30), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.03.II.D.5.
- ____ (2003b), *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives* (UNCTAD/WIR/2003), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.03.II.D.8.
- ____ (1999), “Trends in international investment agreements: an overview”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UNCTAD/ITE/IIT/13), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.II.D.23.

- ____ (1998), *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Ginebra.
- Van Aaken, A. (2008), “Perils of success? The case of international investment protection”, *European Business Organization Law Review*, vol. 9.
- Van Harten, G. (2008a), “A case for an international investment court”, documento presentado a la conferencia inaugural de la Sociedad de Derecho Económico Internacional “New Horizons of International Economic Law”, Ginebra, 16 de julio.
- ____ (2008b), “Chapter 4- investment treaty arbitration and its policy implications for capital-importing states”, *The Political Economy of Hemispheric Integration*, D. Sánchez-Ancochea y K. Shadlen (eds.), Nueva York, Palgrave-Macmillan.
- ____ (2007a), “The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the State”, *International and Comparative Law Journal*, vol. 56, abril.
- ____ (2007b), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ____ (2005a), “Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection”, *Review of International Political Economy*, vol. 12, N° 4, octubre.
- ____ (2005b), “Judicial supervision of NAFTA chapter 11 arbitration: public or private law?”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 21, N° 4.
- Van Harten, G. y M. Loughlin (2006), “Investment treaty arbitration as a species of global administrative law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, N° 1, febrero.
- Vandeveldt, K. (1993), “U.S. bilateral investment treaties: the second wave”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 14.
- Vielleville, D. y B. Vasani (2008), “Sovereignty over natural resources versus rights under contracts: which one prevails?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 5, N° 2, abril.
- Wandrag, R. (2008), “Towards a comprehensive EPA? Investment chapter”, documento presentado en la conferencia “Regional economic integration in Southern Africa: beyond EPAs; surviving internal fragmentation”, Instituto Sudafricano de Asuntos Internacionales/Instituto de Desarrollo de Ultramar/Centro Europeo de Gestión de Políticas de Desarrollo, 24 y 25 de noviembre.
- Westcott, T. (2009), “Investment provisions and commitments in CARIFORUM-EU EPA”, *Trade Negotiation Insights*, vol. 7, N° 9.
- Whitsitt, E. y D. Vis-Dunbar (2008), “In focus: investment arbitration in Brazil: yes or no?”, *Investment Treaty News*, diciembre.
- Williamson, J. (2004), “The Washington Consensus as policy prescription for development”, *Practitioner’s of Development Lecture Series*, Washington, D.C., Banco Mundial, 13 de enero.
- ____ (2002), “Did the Washington Consensus fail?”, discurso en el Peterson Institute for International Economics, Washington, D.C., 6 de noviembre.
- ____ (1989), “What Washington means by policy reform”, *Latin American Readjustment: How Much Has Happened?*, J. Williamson (ed.), Washington, D.C., Instituto de Economía Internacional.
- Yannaca-Small, K. (2008), “Improving the system of investor-state dispute settlement: the OECD governments’ perspective”, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, K. Sauvart (ed.), Oxford University Press.
- ____ (2006a), “Chapter 8: Consolidation of claims: a promising avenue for investment arbitration?”, *International Investment Perspectives*, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
- ____ (2006b), “Interpretation of the umbrella clause in investment agreements”, *Working Papers On International Investment*, N° 2006/3, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), octubre.
- Yu, V. y F. Marshall (2008), “Investors’ obligations and host country policy space”, documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 3 y 4 de noviembre.
- Zampetti, A. y T. Fredriksson (2003), “The development dimension of investment negotiations in the WTO: challenges and opportunities”, *The Journal of World Investment*, vol. 4, N° 3.
- Zarsky, Lyuba (2005), *International Investment for Sustainable Development: Balancing Rights and Rewards*, Earthscan.



NACIONES UNIDAS

Serie

C E P A L

desarrollo productivo

Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

- 188** Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, Michael Mortimore (LC/L.3049-P) No de venta S.09. II. G.51 (US\$10.00), 2009.
- 187** Theory and Practice of Industrial Policy. Evidence from the Latin American Experience, Wilson Peres, Annalisa Primi (LC/L.3013-P) N° de venta E.09.II.G.34 (US\$10.00), 2009.
- 186** Aglomeraciones productivas locales en Brasil, formación de recursos humanos y resultados de la experiencia CEPAL – SEBRAE, Francisco Teixeira, Carlo Ferraro (LC/L.3005-P) N° de venta S.09.II.G.13 (US\$10.00), 2009.
- 185** Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina, Carlos Razo, Fernando Rojas (LC/L.2849-P) N° de venta S.07.II.G.172 (US\$10.00), 2007
- 184** Evaluación de un programa de innovación y sistemas de producción en América Latina: estudio sobre la dinámica de redes, Mario Cimoli (LC/L.2842-P) N° de venta S.07.II.G.165 (US\$10.00), 2007.
- 183** Pobreza rural y políticas de desarrollo: avances hacia los Objetivos de Desarrollo del Milenio y retrocesos de la agricultura de pequeña escala, Martine Dirven. (LC/L.2841-P) N° de venta S.07.II.G.164 (US\$10.00), 2007.
- 182** Korean OFDI. Investment strategies and corporate motivation for investment abroad, Jae Sung Kwak (LC/L.2804-P) N° de venta S.07.II.G.137 (US\$10.00), 2007.
- 181** Producción de Biomasa para combustibles líquidos: el potencial de América Latina y el Caribe, Carlos Razo, Carlos Ludeña, Alberto Saucedo, Sofía Astete-Miller, Josefina Hepp y Alejandra Vildósola. (LC/L. 2803-P) N° de venta S.07.II.G.136 (US\$10.00), 2007.
- 180** Pymes y articulación productiva. Resultados y lecciones a partir de experiencias en América Latina, Marco Dini, Carlo Ferraro y Carolina Gasaly. (LC/L.2788-P) N° de venta S.07.II.G.138 (US\$10.00), 2007.
- 179** El monitoreo de los resultados de políticas agrícolas rurales: deficiencias de las estadísticas tradicionales, nuevas herramientas y su aplicación en el Municipio de Carapeguá, Paraguay, retirada
- 178** Biocombustibles y su impacto potencial en la estructura agraria, precios y empleo en América Latina, Carlos Razo, Sofía Astete-Miller, Alberto Saucedo, Carlos Ludeña. (LC/L.2768-P) N° de venta S.07.II.G.104 (US\$10.00), 2007.
- 177** Capital de riesgo y mecanismos financieros de apoyo a la innovación en Brasil y Chile, Luis Felipe Jiménez, (LC/L.2763-P) N° de venta S.07.II.G.99 (US\$10.00), 2007.
- 176** Cinco piezas de política de desarrollo productivo, Mario Cimoli, Martine Dirven, Carlo Ferraro, João Carlos Ferraz, Nicolo Gligo, Martín Hilbert, Wilson Peres, Annalisa Primi y Giovanni Stumpo. (LC/L.2704) N° de venta S.07.II.G.53 (US\$10.00), 2007.
- 175** Políticas activas para atraer inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, Nicolo Gligo S.(LC/L2667-P) N° de venta S.07.II.G (US\$10.00), 2007.
- 174** Características del empleo rural no agrícola en América Latina con énfasis en los servicios, Claus Köbrich y Martin Sirven, (LC/L. 2659-P), N° de venta: S.07.II.G.10 (US\$ 10), 2007
- 173** Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados, Luis Felipe Jiménez, (LC/L.2617-P), N° de venta S.06.II.G.159 (US\$10.00), 2006.
- 172** Investimento brasileiro no exterior: Panorama e considerações. Marcia Tavares, (LC/L.2624-P), N° de venta P.06.II.G. 148. (US\$10.00), 2006.
- 171** Los efectos potenciales del tratado de libre comercio entre Ecuador y Estados Unidos en las mujeres rurales ecuatorianas, César Morales y Soledad Parada, Red de desarrollo agropecuario, (LC/L.2496-P), N° de venta S.06.II.G.28 (US\$10.00), 2006.
- 170** Disposiciones agroalimentarias en los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos: avances y limitaciones para futuras negociaciones con socios latinoamericanos, Mônica Rodrigues, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2483-P), N° de venta S.06.II.G.11 (US\$10.00), 2006.

- 169 Organización industrial y competencia en las telecomunicaciones en América Latina: estrategias empresariales, Judith Mariscal, Eugenio Rivera, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2423-P), N° de venta S.05.II.G.170 (US\$10.00), 2005.
- 168 Crédito bancário no Brasil: Participação das pequenas empresas e condições de acesso, José Mauro de Moraes, Red de Reestructuración y Competitividad (LC/L.2422-P), N° de venta P.05.II.G.169 (US\$10.00), 2005.
- 167 Impactos diferenciados de la liberalización comercial sobre la estructura agrícola en América Latina, Mónica Rodrigues, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2421-P), N° de venta S.05.II.G.168 (US\$10.00), 2005.
- 166 El (lento) retorno de las políticas industriales en América Latina y el Caribe, Wilson Peres, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2419-P), N° de venta S.05.II.G.166 (US\$10.00), 2005.
- 165 Science and Technology Policies in Open Economies: The Case of Latin America and the Caribbean, Mario Cimoli, João Carlos Ferraz y Annalisa Primi, (LC/L.2404-P), sales N° E.05.II.G.151 (US\$10.00), 2005.
- 164 La importancia de la tecnología de la información y la comunicación para las industrias de recursos naturales, Graciela Moguillansky, Red de inversiones y estrategias empresariales (LC/L.2401-P), N° de venta S.05.II.G.148 (US\$10.00), 2005.
- 163 El precio de mercado de la tierra desde la perspectiva económica, Raimundo Soto, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2355-P), N° de venta S.05.II.G.97 (US\$10.00), 2005.
- 162 Informe sobre la industria automotriz mexicana, Michael Mortimore, Faustino Barron, Red de inversiones y estrategias empresariales (LC/L.2304-P), N° de venta S.05.II.G.52 (US\$10.00), 2005.
- 161 Macroeconomic policies, sector performance and firm response: the case of Chile's textile goods market, Beverly Carlson, Restructuring and Competitiveness Network (LC/L.2255-P), Sales No. E.05.II.G.12 (US\$10.00), 2005.
- 160 Liberalización comercial agrícola con costos de transporte y transacción elevados: evidencia para América Latina, Mónica Kjällerstrom, Red de Desarrollo Agropecuario (LC/L.2232-P), N° de venta S.04.II.G.152 (US\$10.00), 2004.
- 159 Innovación participativa: experiencias con pequeños productores agrícolas en seis países de América Latina, Marcela Córdoba, María Verónica Gottret, Tito López y Asociados, Álvaro Montes, Liudmila Ortega, y Santiago Perry, Red de Desarrollo Agropecuario (LC/L. 2203-P), N° de venta S.04.II.G.128 (US\$ 10.00), 2004.
- 158 Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente, Leonardo E. Stanley, Red Inversiones y Estrategias Empresariales (LC/L.2181-P), N° de venta S.04.II.G.108 (US\$10.00), 2004.
- 157 Áreas económicas locales y mercado de trabajo en Argentina: estudio de tres casos, Ximena Mazorra, Agustín Filippo y Diego Schleser, Red de reestructuración y competitividad (LC/L. 2151-P), N° de venta S.04.II.G.79 (US\$ 10.00), 2004.
- 156 A Chilean wine cluster? Governance and upgrading in the phase of internationalization Evert-Jan Visser, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2138-P), sales N° E.04.II.G.67 (US\$10.00), 2004.
- 155 Competitividad del sector agrícola y pobreza rural: el papel del gasto público en América Latina, Mónica Kjällerström, Red de desarrollo agropecuario, (LC/L.2137-P), N° de venta S.04.II.G.66 (US\$10.00), 2004.
- 154 Créditos a PYME en Argentina: racionamiento crediticio en un contexto de oferta ilimitada de dinero, Agustín Filippo, Daniel Kostzer y Diego Schleser, (LC/L.2136 -P), N° de venta S.04.II.G.65 (US\$10.00), 2004.
- 153 Salud y seguridad en el trabajo y el papel de la formación en México (con referencia a la industria azucarera), Leonard Mertens y Mónica Falcón, (LC/L.2130-P), N° de venta S.04.II.G.58 (US\$10.00), 2004.
- 152 Políticas públicas y la agricultura latinoamericana en la década del 2000, Pedro Tejo, (LC/L.2121-P) N° de venta S.04.II.G.50 (US\$10.00), 2004.
- 151 La inversión extranjera directa en República Dominicana y su impacto sobre la competitividad de sus exportaciones, Sebastián Vergara, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2120-P) N° de venta S.04.II.G.47 (US\$10.00), 2004.
- 150 El microcrédito como componente de una política de desarrollo local: el caso del Centro de Apoyo a la Microempresa (CAM), en la Ciudad de Buenos Aires, Néstor Bercovich, (LC/L.2103-P), N° de venta S.04.II.G.41 (US\$10.00), 2004.
- 159 Capacitación laboral para las PYME: una mirada a los programas de formación para jóvenes en Chile, Roberto Poblete Melis (LC/L.2076-P), N° de venta S.04.G.19 (US\$10.00), 2004.
- 148 Observatorio de empleo y dinámica empresarial en Argentina, Victoria Castillo, Sofía Rojo Brizuela, Elisabet Ferlan, Diego Schleser, Agustín Filippo, Giovanni Stumpo, Ximena Mazorra y Gabriel Yoguel, (LC/L.2072-P), N° de venta S.04.II.G.15 (US\$10.00), 2004.
- 147 Tratados de libre comercio y desafíos competitivos para Chile: la extensión de la ISO 9000, Alicia Gariazzo, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2068-P) N° de venta S.04.II.G.11 (US\$10.00), 2004.
- 146 Alcanzando las metas del milenio: una mirada hacia la pobreza rural y agrícola, Martine Dirven, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2062-P), N° de venta S.04.II.G.6 (US\$10.00), 2004.
- 145 Formación y desarrollo de un cluster globalizado: el caso de la industria del salmón en Chile, Cecilia Montero, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2061-P), N° de venta S.04.II.G.5 (US\$10.00), 2004.
- 144 Pobreza rural y agrícola: entre los activos, las oportunidades y las políticas —una mirada hacia Chile—, Claus Köbrich, Liliana Villanueva y Martine Dirven, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2060-P), N° de venta S.04.II.G.4 (US\$10.00), 2004.

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@cepal.org.

Nombre:
Actividad:
Dirección:
Código postal, ciudad, país:
Tel.: Fax: E.mail: