

Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales.

Por: Jorge Marchini , Josefina Morales , Gabriela Roffinelli. La Pluma.
22/09/2018

Los desafíos de la región frente a tratados de inversión asimétricos

Los posicionamientos políticos y las legislaciones en cuanto a las inversiones extranjeras han estado polarizadas en dos perspectivas contrapuestas. Por un lado, existe una suposición de que las inversiones extranjeras directas (IED) son esenciales para lograr que las economías de los países periféricos den un salto en su desarrollo, impulsando por lo tanto su promoción y hasta generando competencia entre los países para brindar mayores atractivos para ellas. Por otro lado, existen aquellos que consideran que los países deben legislar y regular las IED de forma de priorizar intereses nacionales y generar estrategias y dinámicas propias de desarrollo económico y social sostenible y de defensa del patrimonio nacional. Consideran también que estas estrategias y dinámicas no deben estar subordinadas al mero interés de la maximización de ganancias ni a las lógicas de decisión, siempre cambiantes, e inciertas del capital privado extranjero.

Peru Image not found or type unknown

1. Introducción

El análisis de las políticas, normas y el tratamiento de las inversiones extranjeras ha sido tema recurrente de debate para los países latinoamericanos a lo largo de su historia. Desde la emancipación colonial de América Latina en el siglo XIX, el tratamiento de las IED y el enfoque a la resolución de conflictos ha ido cambiando al compás de las transformaciones políticas y económicas de la región.

A partir del siglo XIX crecieron significativamente conflictos por parte de los países centrales a partir de su imposición recurrente de protección diplomática a sus inversiones en la región. En estos conflictos, la asociación entre empresas y Estados originarios de la inversión convirtió las disputas de inversores de países centrales en los países latinoamericanos en confrontaciones impositivas o imperiales. Ello significaba en un principio la negación de la capacidad legal de los Estados

latinoamericanos y de la existencia de los derechos nacionales para legislar y laudar en forma independiente; y, en otros casos, evolucionó en la subordinación al aceptar el status privilegiado de las IED apoyado en relaciones de fuerza por medios políticos, económicos y militares.

2. La generalización de los tratados bilaterales de inversión y América Latina

Con el auge del neoliberalismo en los noventa, la inhibición del debate sobre el desarrollo llevó a confiar en mercados abiertos. La falta de avances armónicos en acuerdos multilaterales llevó a la generalización de acuerdos bilaterales de inversión entre países, los denominados tratados bilaterales de inversión (TBIs), ganando especial impulso en América Latina.

De acuerdo a estadísticas que lleva la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), de un total de 2947 TBIs actuales a nivel mundial, 414 corresponden a países latinoamericanos, además de 280 tratados de libre comercio (TLC) que también contemplan disposiciones vinculadas al tratamiento de inversiones [1].

Los TBI tradicionales son jurídicamente acuerdos entre dos países para brindar un marco de referencia jurídica común a las inversiones. Tienden a contener cláusulas similares: nación más favorecida, trato nacional, trato justo y equitativo, prohibición de requisitos de desempeño, restricciones a cambios legislativos, libre transferencia de fondos, eliminación de requisitos de contenido nacional y no obligación de consumos y contrataciones locales o de compras nacionales.

En general los TBI entre países centrales y periféricos no incluyen cláusulas vinculantes que podrían ser de [interés](#) especial para estos últimos, como cláusulas laborales, de migración, ambientales y de derechos humanos. Tampoco incluyen cláusulas de trato especial y diferencial, con mecanismos y apoyos explícitos de los países desarrollados para brindar apoyo para el salto de nivelación de condiciones productivas y de vida entre los países.

Bajo el mecanismo establecido para la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) en los TBIs, los inversores extranjeros pueden eludir el sistema judicial del país receptor y denunciar, ante tribunales arbitrales, al Estado anfitrión por el incumplimiento de las cláusulas anteriormente mencionadas. Los dictámenes de los tribunales arbitrales, como los tribunales del

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ([CIADI](#)), parte del Grupo del [Banco Mundial](#), incluyen indemnizaciones de ejecución obligatoria para las partes afectadas.

3. Necesidad de volver al multilateralismo

Las masivas movilizaciones en repudio a las políticas neoliberales a principios del presente siglo en América Latina forzaron a los países latinoamericanos a cambios políticos sustanciales que impulsaron, a su vez, cambios para las condiciones económicas y financieras de las inversiones. Ello dio pie a un aumento de demandas contra los Estados en tribunales arbitrales ad hoc, previstos en los TBIs.

Se generaron fuertes polémicas y críticas por la magnitud multimillonaria de las demandas, la falta de control e información pública de los procesos establecidos por los tribunales arbitrales, en particular los del CIADI, y las dudas en relación a la imparcialidad de sus árbitros por la existencia de conflictos de interés. En un clima de denuncias y disconformidad manifiesta, Bolivia, Ecuador y Venezuela plantearon la discontinuidad de todos o muchos de sus TBIs, aun cuando estos mantienen su vigencia por la existencia de cláusulas de ultra-actividad.

El Gobierno de Ecuador inició una búsqueda notable para un mayor entendimiento de las condiciones de los TBI y de alternativas. En octubre de 2013, con la participación de expertos internacionales, puso en marcha una Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA) [2]. En la presentación de su informe final en mayo de 2017, la presidenta de la comisión, Cecilia Olivet, afirmó: [3]

Es totalmente lógico que Ecuador avance con la denuncia de sus acuerdos de protección de inversiones, ya que como nuestro informe revelará, estos han resultado muy costosos para el país. Los TBI no contribuyeron a atraer inversiones extranjeras, y desviaron millones de dólares de las arcas públicas para luchar contra demandas millonarias. »

« Los TBI no contribuyeron a atraer inversiones extranjeras, y desviaron millones de dólares de las arcas públicas para luchar contra demandas millonarias. »

extranjeras, y desviaron millones de dólares de las arcas públicas para luchar contra demandas millonarias. A su vez, han socavado sistemáticamente la regulación social y ambiental.

Ante la convicción de que el tratamiento de las inversiones extranjeras resulta central para América Latina, es necesario volver a bregar para retomar posiciones en común y propuestas consistentes entre los países de la región. Es decir, es

necesario retomar un tratamiento multilateral y no problemáticamente bilateral de la temática de las inversiones extranjeras.

4. Grupo de investigación de CLACSO y conclusiones preliminares

Para atender a esta necesidad, el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) ha puesto en marcha un grupo especial multidisciplinario. Entre otros propósitos se encuentra la construcción de una base de datos amplia y suficiente sobre el estado de situación de los TBIs suscritos por los países miembros de la Conferencia Ministerial sobre Estados y Transnacionales y por países observadores de la región latinoamericana. También dará seguimiento, a los litigios con inversionistas extranjeros que afectan a los países por invocación de los compromisos asumidos en esos TBIs.

Se propuso incluir en esta base información sobre la estructura y condicionamientos de los TBIs, como también sobre las consecuencias que enfrentan los países firmantes en ámbitos legales, institucionales y económicos en relación con su aplicación. Con la base de datos se busca comenzar a informar periódicamente sobre el estado de los litigios internacionales en materia de inversiones y permitir a los países involucrados contar con herramientas jurídicas y políticas para el análisis y posibles mecanismos de defensa, en orden a proteger eficientemente sus intereses en el marco de contratos comerciales y de tratados de inversión.

A continuación, se destacan algunos de los resultados de la investigación acerca de los casos ISDS contra estos países.

Argentina

El país registra 60 casos, el mayor número de casos en tribunales internacionales.

Caso Repsol. La petrolera española demandó a la Argentina por la expropiación del 51 por ciento del capital accionario de YPF de propiedad de la transnacional española Repsol. Alegando la violación del TBI Argentina-España de 1992, Repsol sostuvo que Argentina, mediante el acto expropiatorio, había violado el trato justo y equitativo, la no discriminación, y la protección y seguridad plenas contemplados en el TBI. Inicialmente altos funcionarios del gobierno alegaron que la expropiación “saldría gratis” a raíz de la falta de cumplimiento de los compromisos de inversión de Repsol en el pliego de privatización así como por los pasivos ambientales generados

por la empresa. Finalmente y tras arduos procesos judiciales paralelos, el gobierno acordó el pago de un monto indemnizatorio por fuera del ámbito del CIADI de US\$ 5.000 millones más intereses. El pago se realizó finalmente por US\$ 6.770 millones en 2015.

Colombia

Demanda interpuesta en marzo de 2016 por la multinacional suiza **Glencore International**: rechaza la sanción interpuesta por la Contraloría General de la República por ajustes irregulares en los contratos de concesión de las minas de carbón.

Otras tres demandas que se encuentran en etapa de arreglo directo:

- La empresa canadiense **Eco Oro Mineral** por prohibición de la Corte Constitucional de realizar explotación minera en zona del Paramo de Santurbán.
- La empresa mexicana **América Móvil** denuncia cambio de reglas de juego en el sector de telecomunicaciones.
- La compañía de los Estados Unidos **Tobie Mining** por prohibición de realizar explotación minera en el recién creado Parque Nacional Natural Yaigójé-Apaporis.

El Salvador

En 2009, el Estado fue demandado ante un tribunal del CIADI por las empresas **Commerce Group Corp y San Sebastián Gold Mines** por daños y perjuicios en la explotación minera en San Sebastián, municipio de Santa Rosa de Lima, en el departamento de La Unión. Estas empresas realizaron la actividad minera durante más de siete décadas, en las que se causó un daño irreversible al medio ambiente, principalmente a las fuentes de agua que se contaminaron por los químicos que se desprendieron como arsénico, plomo, hierro y manganeso. El río San Sebastián se conoce como el Río Muerto pues su agua no se puede utilizar por la alta concentración de químicos. Esta demanda la desestimó el CIADI en el año 2013.

En octubre de 2016, el tribunal del CIADI emitió laudo favorable a El Salvador en el caso de la demanda de la compañía minera **Pacific Rim Cayman LLC** (Pac Rim).

México

Entre 1997 y 2016, México registró 20 casos como demandado bajo el TLCAN; 17 son de empresas de Estados Unidos y tres de Canadá. Sólo dos casos se presentaron ante el tribunal de la ONU (UNCITRAL) y el esto se presentó ante el CIADI. De los juicios realizados, nueve fallaron en favor del gobierno mexicano. A diferencia de otros países latinoamericanos donde predominan las demandas en el sector minero o energético, en este país las demandas más costosas provienen de empresas agroindustriales (fructuosa) y las más numerosas se encuentran en el sector servicios. Se han presentado conflictos en el sector minero pero que se arreglaron fuera de las cortes. De los siete casos bajo TBIs, cinco están concluidos y dos pendientes.

Puerto Rico

Puerto Rico no presenta casos ISDS ante el CIADI. Los casos contra Puerto Rico se radican en el Tribunal Superior de Puerto Rico y en la corte federal de Estados Unidos. Excepto seis casos relacionados a impuestos, todos los otros casos registrados son recientes (2016).

Existen 21 casos registrados de disputas entre empresas transnacionales y el gobierno de la isla: seis relacionados a impuestos; dos sobre temas de precios de transferencia; uno de cuestionamiento del poder de la Isla para reglamentar las operaciones de las empresas internacionales en su territorio; y 13 son sobre fondos buitres.

En 19 casos, las empresas demandantes son de capital de Estados Unidos.

Venezuela

Venezuela registra 41 casos, uno en 1996, y el resto entre 2000 y 2016; cerca de la mitad (20) en 2011 y 2012. Por sectores se encuentran ocho en petróleo, gas y minería; y cinco son exclusivamente en minería. Entre los países de origen de los demandantes se destacan Canadá, España y el Reino de los Países con cinco demandas cada uno. En la mayoría las demandan (19) son por expropiación no negociada. Dieciséis demandas alcanzaron un monto total de 7.755 millones de dólares. Se registran en el CIADI 18 procesos concluidos, aunque varios todavía están pendientes de cumplir los dictámenes.

5. Conclusiones

El análisis del equipo de CLACSO apunta para algunas conclusiones preliminares:

- En términos generales los TBIs y otros acuerdos internacionales de inversión materializan la integración subordinada de los países a los requerimientos del mercado mundial. Establecen la liberación de las inversiones, otorgando privilegios a los inversores por sobre los derechos públicos y nacionales; con énfasis en los servicios financieros, compras estatales y derechos de propiedad intelectual.
- Se practica un liberalismo asimétrico y sin reciprocidad. La regla no es la negociación de los tratados, sino la imposición vía presiones extraeconómicas, de tipo político y, según sea conveniente, militar. Al mismo tiempo, se mantiene como presupuesto la desintegración (o bloqueo) de proyectos de integración previos.
- Se establecen foros de arbitrajes ISDS con la intención de desnacionalizar la resolución de conflictos en asuntos estratégicos para el interés de los países.

Ver en línea : [International Institute for Sustainable Development](https://insurgenciamagisterial.com/international-institute-for-sustainable-development)

En la primera etapa de la labor emprendida por CLACSO se trabajó en la elaboración de la base de datos sobre los casos nacionales de Argentina (Javier Echaide y Luciana Giotto), Colombia (Carolina Jiménez, José Francisco Cuello-Socarrás y David Saiz Idarraga), Ecuador (Piedad Mancero), El Salvador (Sandra Núñez), México (M. Teresa Gutiérrez Haces), Puerto Rico (Maribel Aponte García, Carmen Correa Matos, Amílkar Cruz, J.D. y Yarlier Y. López Correa) y Venezuela (Oly Millán Campos, Paulino Nuñez y Guillermo Moro)

[LEER EL ARTÍCULO ORIGINAL PULSANDO AQUÍ.](#)

Fotografía: La Pluma

Fecha de creación

2018/09/22