

La fragilidad del margen de maniobra del Estado

Por: M. Teresa Gutiérrez Haces. ALAI. 15/10/2016

Ante la indiscutible proliferación de acuerdos de carácter multilateral y bilateral destinados a proteger las operaciones de la inversión extranjera, muchas veces a contracorriente de los intereses de los gobiernos receptores de capital y de las comunidades, resulta imprescindible analizar el contenido e implicaciones desde el enfoque de la sociedad civil.

Es bien sabido, que, desde la perspectiva de las instituciones económicas internacionales, estos instrumentos tienen como fin último establecer un mayor y mejor ordenamiento en las relaciones que se dan entre las empresas extranjeras y los gobiernos receptores del capital, en lo tocante a la protección del inversionista en sentido amplio. Sin embargo, cuando se analiza más detenidamente el sentido de estos acuerdos, se infiere que estos instrumentos, aparentemente neutros, tienen como propósito la consolidación de un régimen internacional para la protección de la inversión extranjera. En éste, los inversores se convierten en ciudadanos privilegiados de un orden jurídico internacional, diseñado para garantizar una protección ilimitada al movimiento de capitales pertenecientes a las grandes corporaciones, desafiando con ello la autonomía de los gobiernos nacionales. En este régimen, las normas de protección a la inversión, deben ser vistas como un conjunto de cláusulas diseñadas para neutralizar a los gobiernos en lo tocante a la instrumentación de políticas públicas sostenibles (Schneiderman, 2008).

Históricamente, la protección a los flujos internacionales de capital, ha estado sujeta en una u otra forma, a un creciente cúmulo de disposiciones, reglas y procedimientos que constituyen la esencia de diferentes acuerdos internacionales que, de manera directa o indirecta, buscan dar mayor certidumbre al inversionista. A lo largo de los años, y en particular después de la instrumentación en 1994, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se establecieron nuevos usos y costumbres sobre cómo proteger a la inversión extranjera (IE), principalmente respaldados por los Acuerdos Bilaterales de Protección a la Inversión Extranjera (BIT, por sus siglas en inglés), así como por diversos tratados de libre comercio (TLC) que contienen un capítulo que establece específicamente las reglas de protección a la inversión de los países signatarios del acuerdo.

Este proceso se caracterizó, en un primer momento, por proteger las inversiones provenientes de los países industrializados que se establecían en los países menos desarrollados; pero con el tiempo, esta tendencia varió al dar cabida a las empresas multinacionales de los países en desarrollo, muchos de ellos clasificados actualmente como países emergentes^[1].

Dicho proceso consolidó los derechos de los inversionistas, pero en términos generales hizo muy poco por establecer responsabilidades para los mismos en el sentido de vincular sus actividades con el desarrollo de los países receptores de capital. Aunque este hecho ha sido prácticamente una constante, solo en años recientes se empezó a considerar que debería haber una mayor reciprocidad entre este tipo de acuerdos y la responsabilidad social de los inversionistas. (Gutiérrez Haces y Quintero, 2016)

A finales de la década de 1990, muchos de los gobiernos de los países en desarrollo, y algunos de las consideradas economías emergentes, iniciaron un proceso de revisión de estos acuerdos, buscando modificar o crear nuevos modelos más acordes con la especificidad del país. Este ejercicio, buscaba equilibrar más racionalmente lo que se otorgaba con lo que se exigía al inversionista. Este proceso generó normas alternativas para regular la IE, las cuales pasaron a ser parte de lo que se denominan BIT y TLC de nueva generación.

Ocho años después de que estallara la crisis económica de 2008, aun se plantean serias preguntas e innumerables dudas no solo acerca de la idoneidad del paradigma económico que representó para América Latina, las políticas neoliberales, sino también, acerca de la vigencia y eficacia de las instituciones económicas internacionales, aquellas que durante décadas han trabajado hombro con hombro con el orden económico internacional establecido desde la década de 1940.

La connivencia entre instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, y la Organización Mundial del Comercio, ilustra la complicidad entre las instituciones del viejo y el nuevo orden, así como su común reticencia a querer cambiar el *status quo* que rige la economía mundial.

En los últimos 30 años, estas instituciones, han ido desmantelando el margen de maniobra de los gobiernos, sobre todo en los países en desarrollo, en lo tocante a la

definición de sus estrategias de desarrollo, imponiendo paulatinamente cambios económicos y políticos de envergadura mediante la negociación de acuerdos de libre comercio y de protección a la inversión extranjera que confieren mayor poder a las empresas transnacionales.

Este artículo analiza la expansión de un proyecto de largo alcance, sólidamente reforzado desde la década de 1990, gracias a los TLC y a los BIT, negociadas en las Américas. Este proyecto está profundamente ligado a la aparición de una suerte de gobierno corporativo internacional en el que las empresas transnacionales y las instituciones internacionales son actores clave. Dada la complejidad de establecer un régimen a gran escala para la protección de la inversión extranjera, en las últimas décadas el proyecto ha avanzado a través de la negociación de acuerdos de mediana escala, como son los acuerdos de libre comercio con cláusulas de protección a las inversiones y acuerdos bilaterales que promueven la protección de la inversión extranjera. Sin embargo, con el fin de la negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífico en 2016, y del Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá, así como el Acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea, surgen claros indicios de que el proceso de consolidación del Régimen Internacional de Protección a la Inversión Extranjera –RIPIE- avanza confiadamente.

El entusiasmo de muchos gobiernos en la negociación de un BIT, en lugar de un TLC, con un capítulo sobre inversión, se explica porque el proceso de negociación y aprobación de un BIT, resulta ser más rápido que el de un acuerdo comercial. Tanto los negociadores, como los legisladores prefieren centrarse en un tema único: la protección de la inversión extranjera, en lugar de examinar la complejidad de un acuerdo comercial de amplio espectro.

El análisis de cualquier instrumento que busque la protección a la inversión extranjera revela un rasgo común: la tendencia a limitar el poder del Estado e imponerle sanciones por cualquier incumplimiento flagrante de proteger la inversión extranjera, cubierta por un BIT. Esta característica, se refleja entre otros, en el contenido de las cláusulas relacionadas con la prohibición a los gobiernos receptores de imponer cualquier requisito de desempeño a los inversionistas, lo que implica limitar a los gobiernos en el ámbito natural de sus acciones.

En consecuencia, la mayoría de los gobiernos receptores de capital, difícilmente podrán poner en práctica políticas de desarrollo económico, que por su contenido contravenga las prioridades de las empresas transnacionales. Este aspecto, socava

una de sus funciones primordiales: la capacidad de establecer políticas públicas que prevalezcan sobre los intereses particulares de las grandes corporaciones.

Paradójicamente, este aspecto pareciera que no representó, para muchos de los gobiernos latinoamericanos, un argumento de peso para detener la negociación de los BIT, en este sentido resulta emblemático el caso del gobierno de Carlos Menem en Argentina, que firmó un número sorprendente de BIT, sin detenerse a considerar las consecuencias de su contenido. De acuerdo con la información publicada en 2015 por la UNCTAD, en el World Investment Report, Argentina, junto con Venezuela encabezan el mayor número de demandas en su contra en los mecanismos de arbitraje internacional.

El cuestionamiento actual de los BIT en diversas partes del mundo, naturalmente, va contra la tendencia predominante en los últimos 50 años, durante los cuales, los países desarrollados, y en especial sus grandes corporaciones, presionaron abiertamente a través de las instituciones internacionales, para que se establecieran normas claras y vinculantes que protegieran sus intereses en los países en desarrollo.

Entre los intentos más recientes por establecer un RIPIE, se cuentan el malogrado Acuerdo Multilateral de Inversiones (1995); el intento de incluir en los temas de Singapur de la Ronda Doha de la Organización Mundial del Comercio (OMC) la protección de la inversión extranjera (2004); y el capítulo sobre inversión del también fracasado Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (2004).

Si bien los BIT, junto con los capítulos sobre inversión en los TLC, en general, han reflejado los intereses corporativos de los países desarrollados, en los últimos años, los BIT, no pueden ser considerados un instrumento exclusivo de los países desarrollados, ya que también representan una herramienta eficaz para proteger los intereses de las empresas de los países en desarrollo. Las empresas *translatinas*,² han venido presionando a sus gobiernos para negociar los BIT con los países en los que invierten y establecen filiales. Este fenómeno nos lleva a afirmar que la discusión sobre el RIPIE, debe ser analizada no sólo desde la perspectiva Norte-Sur, sino también Sur.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Uno de los aspectos más innovadores en la negociación del TLCAN, fue la inclusión

de temas que no estaban estrictamente relacionadas con el comercio, como es el caso del Capítulo 11, que establece normas para el comportamiento y tratamiento de las inversiones procedentes o no de América del Norte, e introdujo un mecanismo de arbitraje extraterritorial para resolver las controversias que surgieran de la violación de las cláusulas relacionadas con la protección a las inversiones de los tres países.

La inclusión de este capítulo significó el establecimiento de un mecanismo *ad hoc* de resolución de disputas, lo cual implicaba recurrir preferentemente a uno de los órganos creados para resolver las diferencias entre los gobiernos: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI/ICSID), creado por el Banco Mundial en 1965, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), establecida en 1976.

Uno de los mayores logros del TLCAN fue que permitió a las empresas demandar al Estado directamente (sin la necesidad de recurrir a una nota diplomática) y que su demanda fuera ventilada en un mecanismo de arbitraje internacional, sin tener que acudir a las cortes nacionales del país demandado.

Dado que el mecanismo de solución de disputas es parte medular de un BIT, los gobiernos están obligados, no sólo por el acuerdo, sino también muchas veces, por sus propias instancias legislativas a cumplir con los compromisos de protección a las inversiones con otro país.

Obligaciones estipuladas en BIT y TLC que, de no cumplirse sirven como base para iniciar un arbitraje internacional en materia de inversión

1. *Trato nacional*: obligación de otorgar a la inversión y a los inversores de un país del TLC un tratamiento no menos favorable que el otorgado a los inversores y a las inversiones nacionales en circunstancias similares (artículo 1102)
2. *Trato de la nación más favorecida*: obligación de otorgar la inversión y el tratamiento de los inversores no menos favorable que el otorgado a las inversiones y los inversores de cualquier otro país (artículo 1103)
3. *Nivel mínimo de trato*: obligación de tratar a la inversión y los inversores de conformidad con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo (Artículo 1105)
4. *Expropiación y compensación*: partes tienen expresamente prohibido expropiación directa o indirecta, y de adoptar medidas equivalentes a la

expropiación de una inversión sin compensación (Artículo 1110)

5. *Requisitos de desempeño*: las partes tienen prohibido imponer ciertos requisitos o normas, como la exigencia de un cierto nivel de contenido local o nacional de productos o sobre una contratación (artículo 1106)

Sin duda, un aspecto controvertido en la mayoría de los BIT y TLC, es la definición de inversión, su limitación y su ámbito de aplicación, el cual es particularmente amplio.⁵ La inversión se define de tal manera que el término abarca tanto el acto de la inversión, como los resultados de dicho acto. La amplitud de las cuestiones y las acciones comprendidas en este término está en la raíz de la mayoría de los conflictos que han surgido en los últimos años. Esto se debe en gran medida a la diversidad de cuestiones que pueden ser incluidos en su definición, lo que ha dado lugar a un amplio rango de protección jurídica de los inversores, lo que facilita la interpretación de los casos que podrían ser considerados una violación.

Debido a la diversidad de las actividades cubiertas, esta definición ha causado una confusión considerable, sobre todo con el término “expropiación equivalente”, término relacionado con las violaciones a la cláusula de *trato nacional* (1102), y a la cláusula sobre *trato de nación más favorecida* (1103).

Un factor que explica el gran número de disputas, es una disposición legal en el Capítulo 11 del TLCAN (1110) que obliga al gobierno perdedor a indemnizar a la empresa que presentó y ganó el caso en la moneda de uno de los del grupo de siete países, que incluyen Canadá y los Estados Unidos. Hasta la fecha, todos los pagos se han realizado en dólares estadounidenses (1110, secciones 3 y 4). Esta disposición se generalizó en todos los BIT y TLC posteriores.

Aunque el mecanismo de arbitraje del CIADI, no fue originalmente ideado para atender tantos y tan heterogéneos casos, como viene ocurriendo desde 1994, el crecimiento exponencial de los BIT y TLC, después de esta fecha, proviene del TLCAN, el primer instrumento que logró que los tres países signatarios aceptaran cumplir con los laudos extraterritoriales y que abandonaran los principios de la Doctrina Calvo y por supuesto que pagaran las indemnizaciones a las empresas querellantes.

Cabe mencionar que los BIT por su propia estructura no toman en cuenta que un determinado país sea parte de un acuerdo multilateral o regional como es el caso del MERCOSUR, el CARICOM o el UNASUR, entre otros. Esto explica el por qué en

los acuerdos más recientes como el TPP se optó por redactar un capítulo ad hoc sobre protección a la inversión que podría poner en desuso los compromisos anteriores de los países signatarios.

Críticas al arbitraje actual

No existe un verdadero consenso en derecho internacional sobre la orientación que debe darse al arbitraje en materia de inversión. Existe una multiplicidad de opciones, que aparentemente ofrecen a los gobiernos demandados y a las empresas, la posibilidad de elegir la instancia que más convenga a sus intereses. Sin embargo, estas opciones se reducen a muy pocas cuando se constata que el mecanismo de arbitraje no actúa entre dos gobiernos, sino entre una empresa y el gobierno huésped de la inversión. No son los gobiernos quienes eligen el mecanismo de arbitraje, sino la empresa que introduce la demanda.

Aunque los mecanismos más utilizados son generalmente el CIADI y el UNCITRAL, en la práctica, el CIADI es la instancia que realmente funciona como un mecanismo de arbitraje hasta el final del proceso, mientras que el UNCITRAL deriva las demandas al CIADI, después de un corto proceso en que se examina el caso, el UNCITRAL no arbitra estrictamente hablando.

El CIADI en particular, tiene actualmente un déficit de árbitros y en ocasiones éstos se encuentran sobrepasados por la tarea. En años recientes, los países latinoamericanos se han quejado de que muchos de los árbitros son muy ajenos a las realidades del país que examinan y que el predominio de árbitros europeos y anglosajones, produce un sesgo negativo en el laudo.

Aunado a esto, la mayoría de las deliberaciones se lleva a cabo a puerta cerrada y en general es difícil que el mecanismo acepte la propuesta de uno o varios testigos, bajo la figura legal conocida como *amicus curiae*.

Los patrones interpretativos generalmente son muy claros para las empresas que demandan, tras de ellas existe un equipo de asesores legales sólido y naturalmente costoso, lo mismo no siempre puede decirse de los gobiernos, generalmente poco familiarizados con la jerga legal: expropiación indirecta o equivalente; nivel mínimo de trato; trato nacional, lucro cesante, etc. Sin embargo, dada la cantidad de demandas en contra de los gobiernos, en años recientes se han ido conformando equipos de defensa mucho más sólidos que los que existían a mediados de la

década de 1990.

Sin duda, el aspecto más sorprendente del arbitraje extraterritorial se refiere a la naturaleza de los aspectos considerados como contenciosos y por lo tanto sujetos de una controversia empresa-gobierno que pueda originar la demanda de un inversor. La conducta de los gobiernos locales, la determinación de un recurso natural como un bien común y no exclusivamente como un recurso no renovable, la protesta de una comunidad que impide a una empresa operar, etc., son algunos de los nuevos sujetos que exigen un cambio de generación de nuevos árbitros, más sensibles a las problemáticas actuales y no solamente versados en el derecho corporativo.

Reflexiones Finales

Los BIT no son herramientas infalibles para atraer la inversión extranjera. Los gobiernos pueden negociar y aplicar los BIT hasta la saciedad, sin que dé lugar a grandes inversiones de los países con los que se negociaron los acuerdos. Las condiciones macroeconómicas, un marco normativo claro, instituciones públicas saludables, buena infraestructura y la inversión en el desarrollo tecnológico son más importantes para los inversores.

Está claro que los gobiernos ceden voluntariamente jurisdicción cuando negocian este tipo de acuerdos. Irónicamente, mientras que los gobiernos se ponen una camisa de fuerza, cuando aceptan estos acuerdos, las empresas imponen reglas de actuación que les permiten localizar y reubicarse en base a criterios de competitividad y de beneficios, sin tener en cuenta que sus acciones podrían destruir el tejido social de una comunidad.

No todos los países deberían negociar un acuerdo, especialmente aquellos que carecen de una estructura institucional sólida o no están dispuestos a aceptar el costo de una denuncia e indemnización. En los últimos años, países como Rusia y Argentina se han negado a aceptar parte de este compromiso. Por el contrario, Canadá y México han cumplido puntualmente con las estipulaciones del mecanismo del TLC, y la creación de un clima de aparente estabilidad para las empresas de América del Norte. Sin embargo, dicho cumplimiento no garantiza una mayor inversión. Otros factores que pueden desviar la inversión hacia lo que podría llamarse su destino natural; por ejemplo, en los últimos años, las compañías estadounidenses y canadienses han estado exportando su capital a China, en

detrimento de su socio en el TLCAN: México.

La acusación de actos “equivalente a la expropiación” ha obligado a los gobiernos a dar marcha atrás en las políticas públicas que en el pasado se consideraban actos de soberanía. En virtud de los BIT, los gobiernos no tienen el derecho de exigir que la inversión coincida con sus prioridades de desarrollo económico o ser dirigido hacia el bien común. A la larga, esto desanima a cualquier tipo de política pública que podrían imponer ciertos requisitos de rendimiento de la inversión extranjera.

Es difícil predecir cómo los conflictos que han surgido bajo los TLC y los BIT, se van a desarrollar, pero está claro que estos conflictos son el resultado de la regulación internacional que no ha tenido en cuenta los impactos sobre los países, los gobiernos locales y la sociedad civil.

En este artículo se ha descrito cómo el establecimiento de diversas instituciones internacionales y la firma de los TLC y los BIT, son parte de una tendencia generalizada entre los gobiernos y las empresas de los países desarrollados para disciplinar a los estados económicamente más débiles que tradicionalmente han establecido ciertas medidas proteccionistas.

Aquí se han analizado los mecanismos que permiten a las empresas extranjeras tomar decisiones unilaterales sobre su localización y comportamiento. También se enfatizó como la casi ausencia de políticas públicas que hagan frente a los conflictos derivados de los TLC y los BIT debe ser revertido.

El hecho de que en los últimos años del CIADI y UNCITRAL se han convertido en una especie de modelo para las demandas sobre inversión, obliga a Latinoamérica a continuar con el proceso de revisión. que inició en 2007 Bolivia y Ecuador, lo que implica la puesta en práctica de un control cuidadoso de las nuevas propuestas de inversión, tal como las descritas en la OMC o las incluidas en nuevos acuerdos comerciales negociados

María Teresa Gutiérrez Haces es investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Email:teresinagh@gmail.com

Artículo publicado en la edición 517 (septiembre 2016) de la revista *América Latina en Movimiento* de ALAI, titulada “El poder transnacional y los nuevos TLCs”.

<http://www.alainet.org/es/revistas/517>

Bibliografía

Gutiérrez Haces María Teresa, (2015), “Entre la observancia de los Acuerdos de protección a la Inversión y el derecho a instrumentar políticas públicas de desarrollo en América Latina” en Álvarez Zarate, editor, ¿Hacia dónde va AMÉRICA LATINA respecto del Derecho Internacional de las inversiones?, Universidad Externado de Colombia, 2016.

(2009). “Atrapados Entre los Acuerdos de Protección a la Inversión Extranjera. El caso del Capítulo 11 del TLCAN “, en Alfredo Guerra Borges (coord.), *Desarrollo Económico de América Latina y los Procesos de Integración*, Siglo XXI Editores, México.

(2008). “Los Intentos de construcción de un Régimen Internacional de Protección a la Inversión Extranjera”, *América Latina en Movimiento* , 438-439, pp. 49-56.

(2008), “Impacto del Capítulo XI del TLCAN Sobre la Estrategia de la Inversión Extranjera Directa en México desde la óptica del Pacto Federal”, en José Luis Calva (coord.), *La Agenda del Desarrollo 2006-2020*, UNAM y la Universidad de Guadalajara, México, Vol I, pp.169-199.

(2004), “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN”, *Economía UNAM*, 3, pp. 30-52, septiembre-diciembre.

Schneiderman, (2008). *Constitucionalizar la globalización económica*, Estudios en Derecho y Sociedad, Cambridge.

Naciones Unidas (2000). *Tratados Bilaterales de Inversión 1959-1999*. Naciones Unidas, Nueva York.

Vis-Dunbar Damon (2008). “Entrevista con Alejandro Faya-Rodríguez” *Noticias sobre Tratados de Inversión*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Manitoba, 17 de julio.

[1] Se considera a un país como emergente cuando aun siendo una economía en desarrollo, es decir, que no ha alcanzado el estatus de desarrollada, experimenta un importante crecimiento de su actividad económica, que se relaciona no solo con el crecimiento interno del propio país, sino también con un incremento notable de las relaciones comerciales con otros países.

Fuente: <http://www.alainet.org/es/articulo/180776>

Fotografía: bilaterals

Fecha de creación

2016/10/15