

AMÉRICA LATINA ANTE LAS DEMANDAS INVERSOR-ESTADO

LATIN AMERICA FACING INVESTOR-STATE CLAIMS

Patxi Zabalo

Hegoa, Universidad del País Vasco
patxi.zabalo@ehu.es

Recibido: septiembre de 2010; aceptado: mayo de 2011

RESUMEN

Este artículo estudia las demandas presentadas por empresas multinacionales contra estados latinoamericanos en instancias internacionales de arbitraje. Como esas demandas derivan de la suscripción de numerosos acuerdos internacionales sobre inversión, se plantean los límites que para la puesta en práctica de estrategias de desarrollo suponen dichos acuerdos. Luego se repasan las respuestas dadas por varios países de la región a fin de superar el obstáculo que esas demandas suponen, considerándolas insuficientes. Como alternativa, se propone retomar la doctrina Calvo, recuperando la soberanía jurisdiccional de cada estado.

Palabras clave: Demandas inversor-estado; Acuerdos internacionales sobre inversión; América Latina.

ABSTRACT

This paper studies the claims of Multinational Enterprises against Latinamerican States at international arbitration instances. As these claims stem from the subscription of multiple international agreements on investment, the convenience of such agreements for the achievement of development goals is at stake. Our work goes on revising the reactions of several of the region's states in order to overcome the inconvenience of such claims, considering them insufficient. As an alternative, we put forward the rescue of Calvo's doctrine, recovering every state's jurisdictional sovereignty.

Keywords: Investor-state claims; International Investment Agreements; Latin America

Clasificación JEL: F23, F55.

América Latina ha comenzado el siglo XXI haciendo frente a una avalancha de demandas inversor-estado. Esencialmente se trata de reclamaciones de indemnización interpuestas por empresas multinacionales contra estados soberanos ante instancias de arbitraje internacional que sitúan a ambas partes en pie de igualdad. Esta posibilidad deriva de la suscripción por la mayoría de países latinoamericanos de acuerdos internacionales sobre inversión que recogen ese mecanismo para la solución de diferencias entre inversores extranjeros y estados de acogida. Esos acuerdos han proliferado en la región desde los años 1990, respondiendo a dos modalidades principales: los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de integración económica que incluyen disposiciones sobre inversiones, fundamentalmente los actuales tratados de libre comercio.

Este trabajo describe, en primer lugar, la magnitud de este fenómeno y los costes que está suponiendo para numerosas economías latinoamericanas. En segundo lugar, aborda las limitaciones que para el espacio de actuación de las políticas de desarrollo suponen los acuerdos internacionales que posibilitan las demandas inversor-estado. En tercer lugar se pasa revista a las diversas respuestas que los países de la región están implementando para hacer frente al obstáculo que esas demandas representan para su progreso económico y social. Estimando que resultan insuficientes, en cuarto lugar, se propone retomar la doctrina Calvo, lo que supone recuperar la soberanía jurisdiccional del estado a la que se ha renunciado parcialmente al suscribir cierto tipo de acuerdos internacionales.

1. LAS DEMANDAS INVERSOR-ESTADO EN AMÉRICA LATINA

1.1. LA DIMENSIÓN DEL FENÓMENO

Al estudiar la interposición de demandas inversor-estado, lo primero que llama la atención es la relativa novedad del fenómeno. En efecto, hasta 1995 solo se habían interpuesto 6 demandas, la primera de ellas en 1987, y desde 1996 hasta el fin de 2009 se han presentado 351. Además, la inmensa mayoría corresponden al siglo XXI, ya que el 85% de las 357 demandas recogidas en

la base de datos de la UNCTAD se interpusieron entre 2001 y 2009, ambos años incluidos (UNCTAD, 2010b).

También hay que destacar la disparidad existente en el origen de los demandantes y los demandados. Por grandes áreas económicas¹, los países del Sur han sido objeto del 58% de las demandas, las economías *en transición* de Europa Oriental y la antigua URSS (Este) han recibido el 32%, mientras que el 10% ha recaído en países del Norte. En claro contraste, el 91% de los inversores extranjeros que reclaman indemnizaciones por violación de algún acuerdo internacional procede del Norte económico, el 6% del Sur y el 3% de economías *en transición* (UNCTAD, 2010b). Es decir, las demandas inversor-estado son fundamentalmente un asunto entre empresas multinacionales del Norte económico y economías del Sur y *en transición*.

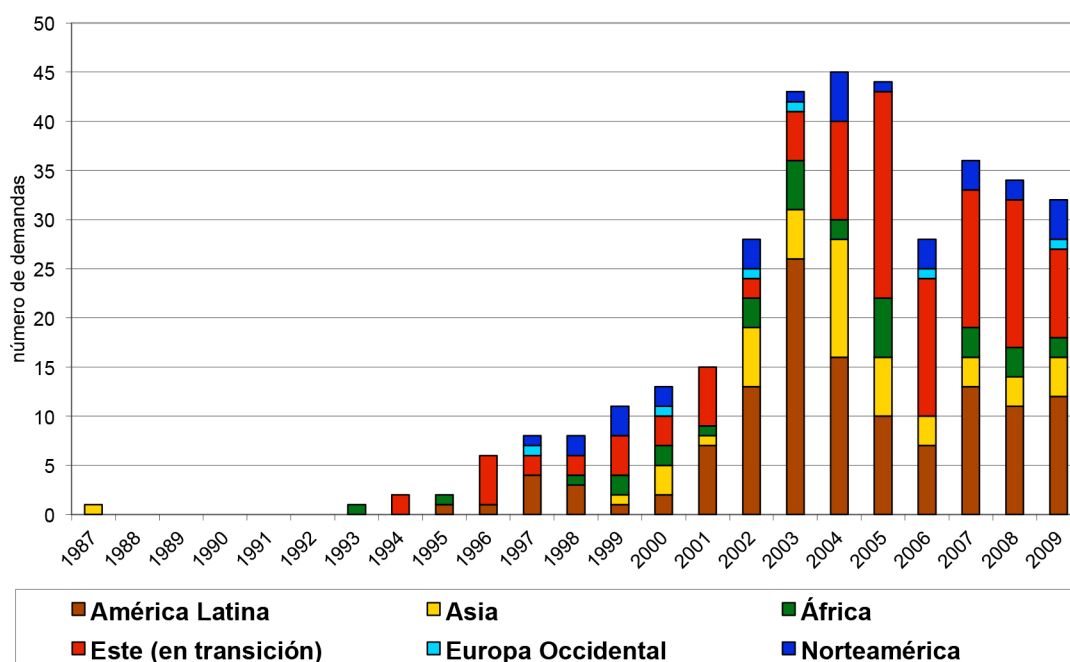
En el Sur económico sobresale América Latina, que ha recibido 127 demandas, el 36% de las presentadas, seguida de Asia, con 48 demandas (13%), y África, con 32 (9%). En el Norte económico la inmensa mayoría (30 de 36) se han concentrado en Canadá y Estados Unidos, habiéndose realizado todas ellas en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, en inglés NAFTA). Y, salvo una demanda interpuesta en 2009 por una empresa mexicana contra Estados Unidos, el resto han sido presentadas por inversores de Canadá contra Estados Unidos y viceversa. Por su parte, Japón, Australia y Nueva Zelanda no han sido demandados en ninguna ocasión, y los países de Europa occidental suman 6 demandas en total.

Por tanto, como se ve en el gráfico 1, los países latinoamericanos desempeñan un papel preponderante como partes demandadas, seguidos a cierta distancia por las economías *en transición* del Este de Europa. La primera demanda contra un país latinoamericano se interpuso en 1995 y desde entonces todos los años llegó alguna nueva, hasta totalizar 12 en 2000. Luego vino la avalancha. Entre 2001 y 2009 se han presentado 115 demandas, lo que supone un promedio de casi 13 al año.

Estas cifras proporcionadas por la UNCTAD son las mejores disponibles, pero infravaloran la realidad. Hacen referencia a los casos *conocidos*, ya que uno de los rasgos distintivos de este procedimiento para solucionar disputas es su falta de transparencia. De hecho, entre las instancias de arbitraje internacional, sólo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) posee un registro público de demandas, que proporciona una información limitada sobre cada una de ellas.

¹ En este trabajo se usa la clasificación de países de la UNCTAD (2009a) con una pequeña variación. Se consideran economías *en desarrollo* (Sur) todas las de América Latina, África y Asia, menos Japón, Israel y las ex-repúblicas soviéticas de Asia central, y Oceanía, menos Australia y Nueva Zelanda. Las economías *en transición* (Este) son todas las del antiguo bloque soviético (Europa oriental y ex-URSS). Y las economías *desarrolladas* (Norte) son Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Europa occidental y Japón. La diferencia estriba en que la UNCTAD va incluyendo en el Norte a las economías de Europa oriental a medida que ingresan en la Unión Europea, y aquí se sigue considerando a todas parte del Este *en transición*.

GRÁFICO 1: DISPUTAS INVERSOR-ESTADO INICIADAS CADA AÑO Y DISTRIBUCIÓN REGIONAL DE LOS PAÍSES DEMANDADOS, 1987-2009



Fuente: Elaboración propia sobre datos de la UNCTAD (2010b), consultada el 14-8-2010.

Además, el CIADI, creado en 1965 en el marco del Grupo del Banco Mundial, es la única institución de arbitraje internacional expresamente establecida para dirimir demandas entre inversores extranjeros y estados. Las demás instancias arbitrales surgieron para resolver disputas comerciales entre empresas, y luego aplicaron esas mismas reglas a las reclamaciones de empresas extranjeras contra estados. En ellas la propia existencia de una demanda sólo es conocida si una de las partes implicadas la hace pública. Y sólo se conocen los datos que esa parte quiera hacer públicos, lo que a veces no incluye ni las reglas de arbitraje utilizadas.

De ahí que el CIADI encabece la lista de casos conocidos al finalizar 2009, con 225 demandas presentadas, que suponen el 63% del total. Le siguen muy de lejos la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)² con 91 arbitrajes conocidos (26%), la Cámara de Comercio de Estocolmo con 19 (5%), la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya con 8, y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con 5. En comparación, las demandas interpuestas contra países de América Latina se concentran aún más en el CIADI (85%), con la CNUDMI a mucha distancia

² En sentido estricto, se trata de las *reglas* de arbitraje internacional establecidas en 1976 por la CNUDMI (en inglés, UNCITRAL), que se utilizan en procedimientos de arbitraje *ad hoc* celebrados en cualquier lugar acordado entre la partes, ya que la CNUDMI simplemente proporciona unas reglas que otros administran (Cosbey et ál., 2004: 4-5).

(14%) y, que se sepa, un único arbitraje realizado en otra instancia, la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Conviene precisar que en la base de datos de la UNCTAD sólo se recogen las demandas inversor-estado interpuestas al amparo de algún acuerdo internacional sobre inversiones. Por tanto, las que derivan de contratos entre empresas y estados sin que medie un acuerdo internacional entre estados no se contabilizan. Este tipo de demandas supone el 22% de las 305 administradas por el CIADI hasta fin de 2009 (2010a:10).

Entre los acuerdos internacionales sobre inversiones, la base legal de cerca del 80% de las disputas inversor-estado se encuentra en un tratado bilateral de inversiones (TBI). De ellos, el firmado por Argentina y Estados Unidos ha sido con diferencia el más invocado: en él se han basado 18 demandas, y le siguen con nueve casos los TBI suscritos entre Ecuador y EEUU, y entre Rusia y Moldavia (UNCTAD, 2009b: 3).

No obstante, los tratados de libre comercio de nuevo cuño, que entre otras cuestiones incluyen disposiciones sobre inversión, resultan cada vez más importantes como soporte legal de las demandas. Particularmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que fue el pionero, ha dado lugar a 44 arbitrajes internacionales hasta finales de 2009, con México demandado en 15 de ellos. Y al poco de entrar en vigor, el Tratado de Libre Comercio suscrito por los países de Centroamérica y la República Dominicana con Estados Unidos (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés), ya ha sido invocado en cuatro ocasiones para entablar disputas inversor-estado. Concretamente dos veces contra El Salvador, y una contra Guatemala y la República Dominicana (UNCTAD, 2010b). Esto no resulta nada alentador ya que conviene recordar que el TLCAN dio lugar a un rápido aumento de demandas inversor-estado, tanto a su amparo como al de diversos TBIs (Gutiérrez-Haces, 2008). De hecho, el capítulo sobre inversiones del CAFTA-DR ya ha amparado la tercera parte de las doce demandas inversor-estado presentadas contra países de esa área, la primera en 2003.

Además de su falta de transparencia, las instancias de arbitraje internacional que solventan demandas inversor-estado presentan otras peculiaridades que conviene señalar. Así, mientras las leyes de cualquier país democrático son aprobadas por su parlamento, las reglas de arbitraje no son el resultado de ningún procedimiento legislativo. Más bien provienen de una estrategia, impulsada desde hace décadas por asociaciones empresariales y de abogados, para privatizar la justicia, al menos en lo relativo al derecho mercantil. Rompiendo con siglos de tradición jurídica, se establece una vía alternativa para resolver disputas comerciales en la que se sacrifican garantías en aras a la rapidez y eficacia. Por eso no hay posibilidad de apelación ante un órgano superior (Sondow, 2006), lo que adquiere mayor trascendencia cuando una de las partes implicadas es un estado, ya que supone una evidente merma de su soberanía.

Otra peculiaridad es que, a diferencia de los tribunales de justicia, los tribunales de arbitraje, normalmente llamados *paneles*, son designados

para cada ocasión. En general, cada parte elige a uno de los árbitros y estos dos seleccionan al tercero. Esto es similar en todas las instancias, si bien en algunas existe una lista de personas entre las que elegir, como en el CIADI, y en otras no, como en la CCI o la CNUDMI³. En la práctica la mayoría de los árbitros proceden de importantes despachos de abogados especializados en arbitraje internacional, mayoritariamente ubicados en economías del Norte⁴. Por eso es habitual que la misma persona actúe unas veces como asesor de empresas multinacionales y otras como árbitro en litigios semejantes. Eso les facilita impulsar interpretaciones extensivas de los acuerdos sobre inversiones, favorables a los intereses de las multinacionales. Y es que el arbitraje internacional no deja de ser un sistema concebido para proporcionar “justicia privada al servicio de los comerciantes” (Cosbey et ál., 2004: 4-7; Leubuscher, 2006). Hasta fin de 2009, la lista de los 81 países que han sido demandados por inversores extranjeros está claramente encabezada por latinoamericanos, con Argentina como líder destacado, tal y como puede comprobarse en el cuadro 1.

CUADRO 1: PAÍSES CON MAYOR NÚMERO DE DEMANDAS INVERSOR-ESTADO, 2009

1. Argentina	51	9. Polonia	10
2. México	19	10. Egipto	10
3. Chequia	16	11. India	9
4. Ecuador	15	12. Rusia	8
5. Canadá	14	13. Kazajstán	8
6. Estados Unidos	14	14. Turquía	8
7. Ucrania	14	15. Georgia	7
8. Venezuela	11	16. Rumania	7

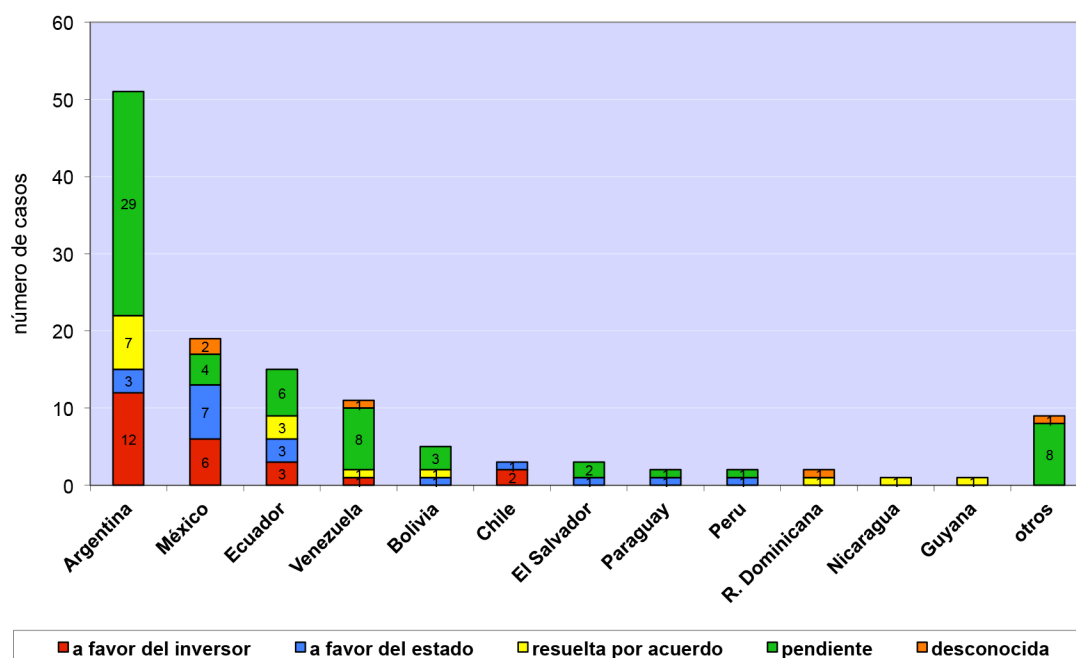
Fuente: UNCTAD (2010a: 13).

De las 357 demandas inversor-estado presentadas al arbitraje internacional al amparo de un acuerdo internacional sobre inversiones hasta el fin de 2009, 166 disputas han concluido: 62 casos se han resuelto a favor del estado demandado y 49 a favor del inversor demandante. En otros 55 casos el procedimiento de arbitraje se detuvo porque las partes habían alcanzado un acuerdo. Del resto se sabe que 165 demandas están pendientes de resolución, mientras que en 26 casos su situación es desconocida (UNCTAD, 2010a: 3), lo que da una idea de hasta donde llega la falta de transparencia de estos procesos.

³ Para más detalles sobre los procesos de arbitraje internacional, véase Granato (2005: 40-56) y UNCTAD (2005b), o las fuentes originales del CIADI (www.worldbank.org/icsid), la CNUDMI (www.uncitral.org) y la CCI (www.iccwbo.org).

⁴ Tres cuartas partes de los árbitros proceden de países de la OCDE, encabezados por los estadounidenses (18%) y británicos (10%). Y sólo el 3,5% son mujeres (Franck, 2007: 77-83).

GRÁFICO 2: SITUACIÓN DE LAS DEMANDAS INVERSOR-ESTADO PRESENTADAS CONTRA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA HASTA FIN DE 2009



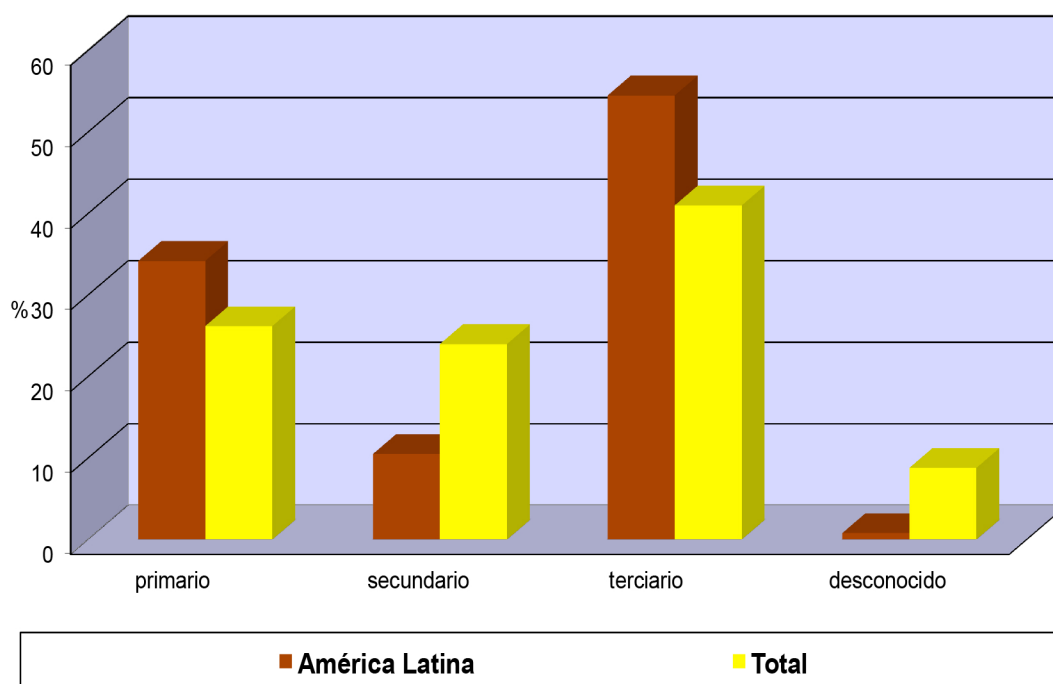
Fuente: Elaboración propia sobre datos de la UNCTAD (2010b), consultada el 14-8-2010

Las estadísticas de las demandas presentadas contra países de América Latina son bastante distintas. Los 62 casos pendientes de resolver representan un porcentaje mayor (50%) que en el conjunto de disputas (46%), debido a que son más recientes. Y la proporción de casos cuya situación procesal se desconoce (4%) es menor que en el cómputo total (10%) porque el porcentaje de casos administrado por el CIADI es mayor y esta es la única instancia arbitral que cuenta con un registro público. Pero donde la diferencia reviste más importancia es en las disputas resueltas. Frente a una mayoría de laudos favorables al estado demandado (56%) en el conjunto de casos, los países latinoamericanos demandados *no han perdido*⁵ en 18 de las 42 (43%) disputas resueltas por un panel de arbitraje internacional. Es decir, se han resuelto a favor de los inversores demandantes la mayoría (57%) de los casos. Por su parte, las 15 demandas resueltas por acuerdo entre las partes (12%) suponen una proporción algo menor que en el conjunto de los casos (15%).

⁵ Tal y como funciona el arbitraje internacional, los estados nunca pueden ganar. Su mejor resultado es no perder. Además ni siquiera esto sale gratis, dados los costes de la defensa que casi nunca se imputan al inversor por estrafalaria que sea su demanda (Gobierno de Bolivia, 2008: 110 y 119). Así, en *Cementownia contra Turquía*, que es uno de los pocos casos en que un panel ha considerado una demanda *manifiestamente mal fundada*, en 2006 el inversor solicitó 4.600 millones de dólares de indemnización sin ninguna base sólida. Sin embargo, en su laudo de septiembre de 2009, el panel condena al inversor a pagar los costes de arbitraje y defensa legal de Turquía (5,3 millones de dólares), lo que es poco habitual y no está mal, pero desestima la reclamación de daños presentada por el gobierno turco (ITN, noviembre 2009).

El gráfico 2 detalla por países la situación de las disputas en las que están implicados estados latinoamericanos. Argentina destaca por haber salido perdiendo en el cuádruple de demandas que las que ha conseguido no perder. México representa el único caso contrario: ha obtenido más laudos favorables que desfavorables. Ecuador, Chile y Venezuela completan la lista de países latinoamericanos que han sido condenados por paneles de arbitraje internacional a indemnizar a inversores extranjeros. Además de Argentina, que acumula cerca de la mitad, Venezuela, Ecuador, México, Costa Rica y Bolivia sobresalen por la cantidad de casos pendientes de resolución, lo que implica la amenaza latente de tener que afrontar el pago de indemnizaciones millonarias.

GRÁFICO 3: DISTRIBUCIÓN SECTORIAL DE LAS DEMANDAS INVERSOR-ESTADO PRESENTADAS HASTA FIN DE 2009 (PORCENTAJES)



Fuente: Elaboración propia sobre datos de UNCTAD (2010b), consultada el 14-8-2010

El gráfico 3 presenta la distribución sectorial de los casos, comparando los de países latinoamericanos con el total de las demandas inversor-estado interpuestas hasta fin de 2009. Lo primero que cabe señalar es que los casos relacionados con el sector servicios son mayoritarios, pero en América Latina representan un porcentaje (55%) notablemente superior al conjunto (41%). Aunque en el sector terciario se incluyen actividades muy diversas, eso se debe en gran medida a las numerosas demandas presentadas contra Argentina por empresas suministradoras de agua, electricidad y telecomunicaciones; y a las cinco demandas contra México relacionadas con la gestión de residuos. También destacan las demandas contra países latinoamericanos correspondientes al

sector primario, ya que suponen el 34% frente al 26% del conjunto. El motivo principal es la gran cantidad de demandas relacionadas con las actividades extractivas, tanto en la minería como de petróleo y gas, que en América Latina afectan a la inmensa mayoría de los casos registrados en el sector primario. En cambio, las actividades industriales suponen una porción todavía menor en Latinoamérica que en el total. Por último, el que haya casos de los que se desconozca hasta el sector de actividad es otra muestra de la falta de transparencia del sistema arbitral internacional de resolución de diferencias.

Los datos incompletos que se conocen sobre 2010 apuntan a que se van a seguir presentando demandas inversor-estado contra países de América Latina a un ritmo similar al de los últimos años. De las 18 demandas registradas por el CIADI a mediados de 2010, siete son contra países latinoamericanos: tres contra Venezuela, dos contra Perú, una contra Bolivia y otra contra Uruguay (CIADI, 2010b).

1.2. LOS COSTES ECONÓMICOS DE LAS DEMANDAS INVERSOR-ESTADO

El coste económico directo de las disputas inversor-estado se compone del coste del litigio, que incluye los gastos del panel de arbitraje y los de defensa legal, y la indemnización que ha de pagarse al inversor externo en caso de que la demanda prospere. Dado el secretismo imperante, no debe extrañar que no se disponga más que de datos parciales sobre las cantidades asumidas por los estados demandados.

Por un lado, respecto a los ineludibles gastos derivados del litigio, hay estudios que establecen un promedio situado entre 1,2 millones de dólares (Franck, 2007: 66-70) y 2,4 millones (UNCTAD, 2005: 10). Sin embargo, algunos datos que van trascendiendo sugieren que las cifras realmente gastadas por los estados por costes de arbitraje y defensa pueden ser bastante más elevadas. Así, el Gobierno de Bolivia (2008: 117) reconoce haberse gastado 1,6 millones de dólares para defenderse contra Aguas de Tunari/Bechtel, y sitúa el coste promedio de su defensa en cada uno de los litigios ante tribunales internacionales de arbitraje entre tres y cuatro millones de dólares⁶. Por su parte, a Chile la demanda perdida contra Pey Casado le ha costado 9,45 millones de dólares, sin contar la indemnización. En efecto, el laudo arbitral le condena a pagar el 75% de los gastos de arbitraje, lo que supone 3,15 millones de dólares, y otros 2 millones para sufragar una parte de los gastos en abogados del demandante (cerca de 11 millones), a los que hay que sumar 4,3 millones de su defensa legal (UNCTAD, 2009b: 10-11). Fuera de América Latina hay ejemplos similares. Así, el gobierno de la República Checa informó de que su defensa en los dos casos paralelos CME/Lauder le había costado más de 10 millones de dólares (Peterson, 2004: 25). Y Bulgaria

⁶ Declaraciones de Elizabeth Arismendi, ministra boliviana de Defensa Legal del Estado (*La razón*, 9-7-2010).

ha gastado 13,2 millones de dólares para defenderse de la demanda de Plama Consortium, aunque va a recuperar la mitad porque el panel arbitral ha condenado al inversor a pagárselo junto a la totalidad de los costes de arbitraje⁷ (UNCTAD, 2009b: 11).

Por otro lado, se conocen las indemnizaciones establecidas en 45 de las 49 demandas ganadas por el inversor (UNCTAD, 2010b; ITN, varios números). Ahora bien, en la mayoría de los casos habría que sumarles cantidades significativas derivadas de los intereses fijados en el laudo para el periodo que media entre los hechos denunciados y la fecha de pago. Hasta fin de 2009 suman 3.736,5 millones de dólares, lo que supone un promedio de 83 millones por caso perdido por un estado demandado. La mayor indemnización conocida⁸ es de 835 millones dólares, conseguida por CSOB contra Eslovaquia en 2004 (UNCTAD, 2005: 9). Con este único caso perdido, Eslovaquia se coloca en segundo lugar, después de Argentina y antes que Ecuador, entre los países que han afrontado mayores condenas en litigios inversor-estado.

Ahora bien, reclamaciones mucho más elevada están pendientes de resolución. La más cuantiosa es de 33.000 millones de dólares, repartida entre tres demandas interpuestas en 2005 contra Rusia por accionistas de Yukos. Detrás se sitúan los más de 10.000 millones reclamados por Libananco a Turquía en 2006, y los 5.000 millones de dólares solicitados por Gold Reserve a Venezuela en 2009 (UNCTAD, 2010b).

Incluso en casos que han concluido por acuerdo entre las partes, se conocen importantes cifras abonadas para lograr la retirada de la demanda. Así, se sabe que Motorola recibió 900 millones de dólares de Turquía en 2004. También se sabe que en 2003 la India pagó 160 millones de dólares a Bechtel y 145 a GE a cambio de que retiraran una reclamación conjunta de 600 millones de dólares. Pero se desconoce la cantidad que la India llegó a pagar para que un grupo de empresas con domicilio fiscal en Holanda retirara en 2004 una demanda por unos 4.000 millones dólares (UNCTAD, 2010b).

Hasta ahora, las indemnizaciones a las que han sido condenados países de América Latina por paneles de arbitraje internacional ascienden a 2.160,8 millones de dólares, casi el 58% del total conocido. Proviene de 22 casos perdidos por países de la región, lo que supone un promedio de 98,2 millones dólares, muy superior al de las 23 acumuladas por el resto de países, que se

⁷ Al respecto, conviene precisar que no hay una regla general sobre el reparto de los costes de arbitraje, por lo que cada panel toma la decisión que estima conveniente. En la mayoría de los laudos los gastos de arbitraje se reparten a medias, haciéndose cada cual cargo de sus gastos en abogados. Sin embargo, en algunas ocasiones se obliga a la parte perdedora a asumir parcial o totalmente los costes de la ganadora, si bien esto ocurre más a menudo cuando pierde el estado demandado que cuando pierde el inversor demandante. De ese modo, no se disuade a quienes interponen demandas frívolas, poco fundadas, que buscan una indemnización cuantiosa incurriendo en un riesgo relativamente pequeño.

⁸ En 2005 Polonia perdió una demanda en la que Eureko le reclamaba 14.000 millones de dólares, pero se desconoce el importe de la indemnización fijada por el panel arbitral, al igual que ocurre en la demanda ganada por Eurotunnel contra Francia y el Reino Unido en 2007, en la que se solicitaba un millardo de dólares de indemnización.

sitúa en 68,5 millones. No obstante hay notables diferencias entre países, tanto en el monto total acumulado como en los respectivos promedios, destacando Argentina en lo primero y Ecuador en lo segundo.

En efecto, Argentina ha sido condenada a pagar indemnizaciones que suman algo más de 1.176 millones de dólares, lo que arroja una media de 117,6 millones por caso perdido⁹. Por su parte, los litigios perdidos por Ecuador suponen un importe de 777 millones de dólares en indemnizaciones, con un promedio de 259 millones. A bastante distancia se sitúan las indemnizaciones acumuladas por México, que ascienden a 192 millones de dólares, lo que supone un promedio de 32 millones por caso perdido. Mientras las condenas de Chile alcanzan un montante de 16 millones dólares, saliendo a 8 millones por caso perdido. Y Venezuela ha sido condenado a pagar 760 mil dólares, fruto de un único caso perdido en 1998 y que ha resultado ser la menor indemnización impuesta a un país latinoamericano. En cambio, la mayor condena la ha sufrido Ecuador en 2010, al perder una demanda planteada en 2006 por Chevron cuya indemnización asciende a 698,6 millones de dólares más intereses (ITN, abril 2010).

Sobre los casos que en América Latina han concluido por acuerdo entre las partes sólo se conocen algunas compensaciones por retirar la demanda, aunque es evidente que en la mayoría de las ocasiones las ha habido. Así, el gobierno de Bolivia reconoce haber acordado con ETI una indemnización de 100 millones de dólares a cambio de la retirada de una demanda de 1.000 millones (*La República*, 7-11-2010). Y en un acuerdo alcanzado en 2010, el gobierno de Córdoba (Argentina) va a pagar 76 millones de dólares a Impreglio por la retirada de una reclamación de 250 millones ante el CIADI relativa a un contrato para la construcción de una autopista (*Clarín*, 6-2-2010). También se sabe que Telefónica, que desde 2003 pedía 2.834 millones de dólares de indemnización a Argentina, retiró la demanda en 2009, tras llegar a un acuerdo con el gobierno para “ajustar” las tarifas (*Clarín*, 22-10-2009). Pero se desconocen los términos de los acuerdos alcanzados por el gobierno argentino para que Pioneer Natural Resources desistiera en 2005 de su demanda por 650 millones de dólares, al igual que ocurre en los casos de France Telecom, RGA, Camuzzi o United Utilities (*El Argentino.com*, 4-7-2010).

De todos modos, dado que muchas demandas son recientes, todavía se ciernen graves amenazas sobre estos y otros países de la región con causas pendientes. Desgraciadamente los datos disponibles son fragmentarios, debido a la falta de transparencia de estos procesos. Una excepción es Argentina,

⁹ Se conocen las indemnizaciones solicitadas y concedidas en 10 de los 12 casos perdidos por Argentina. En las dos demandas de Suez y Agbar, en un caso junto con Vivendi y en otro con Interagua, resueltas por un mismo panel del CIADI, sólo se sabe que el fallo es a su favor, ya que todavía no se ha fijado la indemnización que debe pagar Argentina. Y, aunque no se ha hecho pública, se estima que la petición por ambos casos asciende a unos 1.200 millones dólares (*La Nación*, 3-8-2010). Como en los diez casos conocidos se le solicitaban a Argentina indemnizaciones por un importe total de 3.303 millones de dólares, los inversores han obtenido como media el 36% de lo reclamado. El detalle por caso se puede ver más adelante en el cuadro 2.

ya que la Procuración del Tesoro ha proporcionado datos agregados sobre la marcha de sus litigios con inversores extranjeros en tribunales arbitrales. Se le han reclamado indemnizaciones por valor de 48.928,8 millones de dólares¹⁰, y ha evitado pagar 33.059,2 millones entre casos ganados, desestimientos y acuerdos alcanzados para que se retiraran las demandas (*El Argentino.com*, 4-7-2010). Por tanto, Argentina tiene pendientes de dilucidar solicitudes de indemnización por un importe de 15.896,6 millones de dólares. En cambio, a pesar de la declaración interpretativa del TLCAN de julio de 2001 para mejorar el acceso a la información sobre los arbitrajes, que introduce ligeras mejoras¹¹, no se conocen las cantidades reclamadas a México por varios demandantes.

Sobre Ecuador pende la amenaza de varias demandas multimillonarias, casi todas relacionadas con la explotación de su riqueza petrolífera, por un monto estimado en 10.000 millones de dólares (ITN, septiembre 2008). Un caso llamativo es el de Occidental, que solicita 3.200 millones de dólares de indemnización, cuando en 2004 ya obtuvo 75 millones por otra demanda en la que reclamaba 202 millones (ITN, octubre 2008). Algo parecido le ocurre a Bolivia: ETI que había pedido 350 millones de dólares en 2007 ante el CIADI, retiró esa demanda en 2009 para presentar otra en el CNUDMI reclamando 700 millones de euros de indemnización. Además, Bolivia tiene pendientes otras dos demandas, una de ellas de 66 millones dólares (*La razón*, 9-7-2010). También Venezuela se enfrenta a varias peticiones millonarias, como la de CEMEX, que reclama 1.200 millones de dólares, y la de Gold Reserve, que asciende a 5.000 millones de dólares. Por su parte, Guatemala tiene pendientes una reclamación de Iberdrola por 672 millones de dólares y otra de 65 millones. Otras demandas conocidas son de 100 millones a El Salvador, de 200 millones a Belice, y de 680 millones a la República Dominicana (UNCTAD, 2010b; *The Guardian*, 5-2-2010).

Se trata, en definitiva, de cantidades difícilmente asumibles por las economías latinoamericanas. Y que en todo caso suponen una tremenda distorsión para cualquier empeño gubernamental de canalizar recursos públicos para actividades productivas o políticas sociales.

¹⁰ Esta cifra es notablemente superior a las estimaciones que se manejaban anteriormente, que oscilaban entre 15 y 20 millardos de dólares (Stanley, 2004: 38; Mortimore y Stanley, 2006: 26).

¹¹ Ante las críticas recibidas por la falta de transparencia de los arbitrajes internacionales, los tres países miembros se comprometieron a hacer accesible a la opinión pública toda la documentación relativa a los casos del capítulo 11 del TLCAN (relativo a inversiones) salvo la información comercial confidencial, la privilegiada u otra que goce de protección, y la información que “deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes”. Es decir, casi nada, ya que no se modifican las reglas, basadas en la confidencialidad, que exigen el consentimiento de la otra parte del litigio para hacer pública la documentación. Por eso, a lo que realmente se puede acceder desde entonces en las correspondientes páginas *web* gubernamentales es a la notificación del arbitraje, al alegato de defensa de los gobiernos y a transcripciones de las audiencias. Pero no, por ejemplo, a las notificaciones de intención, que son el anuncio de la demanda (Public Citizen, 2005: 33).

2. LAS LIMITACIONES DEL ESPACIO PARA LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO DERIVADAS DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIONES

2.1. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN Y SUS INTERPRETACIONES POR LOS PANELES DE ARBITRAJE

Aunque América Latina destaca por la cantidad de demandas inversor-estado de que ha sido objeto, la firma de tratados bilaterales de inversión (TBI) y tratados de libre comercio (TLC) que incluyen disposiciones sobre inversión, que son los instrumentos legales que las permiten, no se generalizó en la región hasta los años 1990. El motivo es el cambio de actitud ante la inversión extranjera que recorrió el Sur económico tras la crisis de la deuda externa y los programas de ajuste estructural impuestos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. La mayoría de los países del Sur pasó del recelo ante la presencia de filiales de empresas transnacionales y la consecuente limitación de su entrada y exigencia de condiciones para hacerlo, a considerarlas imprescindibles, abrirles las puertas y competir en incentivos por atraer inversiones externas. Se trataba, en definitiva, de crear un clima legal estable y acogedor para el inversor extranjero.

En ese contexto, suscribir TBIs y TLCs que facilitaran el ingreso de inversión extranjera y la protegieran se convirtió en una parte importante de la política económica de corte neoliberal practicada por doquier. Así, de los 2.750 tratados bilaterales de inversión suscritos hasta fin de 2009, 2.365 son posteriores a 1990 (UNCTAD, 2010c). En conjunto, los países de América Latina participan en el 18% de los TBIs existentes. Por regiones del Sur económico, esto les sitúa por debajo de los países de Asia y Oceanía, que forman parte del 41% de los TBIs, y de los países africanos, que toman parte del 27% de los TBIs. Incluso las economías en transición de Europa Oriental y la Comunidad de Estados Independientes (CEI) participan en más TBIs (23%) que los países latinoamericanos (UNCTAD, 2009a: 32).

A los TBIs hay que sumar 295 acuerdos de integración económica que incluyen disposiciones sobre inversiones (UNCTAD, 2010c). Al respecto, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en vigor desde 1994 para Estados Unidos, Canadá y México, constituye la principal referencia, particularmente en lo relativo a las demandas inversor-estado. De hecho, el contenido del capítulo 11 del TLCAN, que trata sobre inversiones, es similar al de la mayoría de los TBIs suscritos desde principios de los noventa. Y es el modelo utilizado por EEUU en los sucesivos borradores del ALCA (Acuerdo de Libre Comercio de las Américas) y en los TLC que va firmando con diversos países latinoamericanos (Gal-Or, 2005: 123).

Del mismo modo, aunque actualmente 23 de los 33 estados de América Latina y el Caribe forman parte del CIADI, no siempre ha sido así. Durante la primera mitad de los años 1960 la mayoría de los países latinoamericanos, con base en la doctrina Calvo, rechazó colectivamente el sistema de arbitraje internacional inversor-estado del CIADI (Teitelbaum, 2004: 10; 2010: 204).

Los únicos países de la región que se sumaron al CIADI durante la segunda mitad de los años sesenta fueron Jamaica, Trinidad y Tobago, y Guyana. Y no se incorporaron más hasta la primera mitad de los años ochenta, cuando entraron Paraguay, Barbados y El Salvador. Con 17 incorporaciones entre 1989 y 2003, el CIADI llegó a tener 24 miembros latinoamericanos. Pero actualmente hay uno menos, a pesar de la incorporación de Haití a finales de 2009, debido al abandono de la institución por Bolivia en 2007 y por Ecuador en 2009. Con todo, las dos mayores economías de la región, Brasil y México, nunca han pertenecido al CIADI (2010c).

Ahora bien, México ha aceptado un mecanismo similar en el marco del TLCAN y desde 1995 ha firmado 27 TBIs, de lo cuales 22 ya están en vigor. Eso ha sido suficiente para que México sea el segundo país que ha afrontado más demandas inversor-estado, y que incluso algunas de ellas sean administradas por el CIADI. Esto se debe a que el llamado Mecanismo Complementario, aprobado en 1978, permite que el CIADI pueda intervenir como arbitro cuando sólo una de las partes está amparada por sus reglas ordinarias. En cambio, Brasil no está afectado por ningún acuerdo sobre inversiones que conlleve la posibilidad de demandas inversor-estado, ya que, a pesar de haber firmado catorce TBIs durante la segunda mitad de los años noventa, ninguno ha entrado en vigor porque no han sido ratificados (UNCTAD, 2010b).

Dada la tupida y compleja red de acuerdos internacionales sobre inversión, el alcance de sus disposiciones es muy difícil de determinar. No obstante, esos acuerdos suelen compartir varios elementos clave. En primer lugar, unas normas básicas de tratamiento una vez realizada la inversión: trato nacional, que supone no ser tratado peor que las contrapartes locales; tratamiento de nación más favorecida, que implica no discriminación entre inversores extranjeros de diferentes procedencias; y trato justo y equitativo. En segundo lugar, protección del inversor extranjero: garantía de compensación, según estándares internacionales, en caso de expropiación; y garantía de libre transferencia y repatriación del capital y los beneficios. Y, en tercer lugar, mecanismo de resolución de diferencias inversor-estado mediante el arbitraje internacional (UNCTAD, 2009d: 14-16)

Además, la dificultad para conocer el alcance real de los acuerdos sobre inversiones no solo deriva de lo que dicen, sino también de cómo se interpretan. Y es que cada vez se detectan más cuestiones problemáticas, debido a que las interpretaciones expansivas de muchos paneles de arbitraje internacional amplían la ya de por sí acentuada asimetría entre los derechos reconocidos al inversor y las obligaciones impuestas a los estados. Se abordan aquí tres de ellas¹²: la definición de inversión e inversor, los estándares de tratamiento, y la “expropiación indirecta”.

¹² Junto a estas tres cuestiones subsisten otras inquietudes respecto a asuntos como la transferencia de fondos, las reglas de la competencia, los derechos de la propiedad intelectual, o la prohibición de los requisitos de desempeño, de la que se trata más adelante.

La primera cuestión es muy básica: ¿qué o a quién se protege? Pero resulta decisiva, ya que la respuesta delimita quién puede interponer una demanda. En la mayoría de los acuerdos sobre inversión se ha optado por una definición muy amplia, considerando inversión casi cualquier clase de activo, incluso una mera oficina de ventas, ya que de lo que se trata es de liberalizar todo tipo de movimientos de capital y proteger los intereses del inversor. Y es que realmente los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores (Granato, 2005: 15-17). Por eso, tanto un accionista mayoritario como uno minoritario queda amparado por estos acuerdos para hacer valer sus derechos de inversor extranjero. E incluso se puede practicar el “*forum shopping*”, que consiste en que el inversor elige el TBI que más le conviene con independencia de su verdadero país de origen. Para ello basta con crear una sociedad instrumental en el país cuyo tratado contenga las disposiciones más favorables y trasladar allí la sede social (Sacerdoti, 2007: 9-10).

Una segunda cuestión es determinar en qué términos se protegen los derechos del inversor externo. Se trata de delimitar el alcance de la aplicación de las cláusulas de *trato nacional*, de *nación más favorecida*, de *trato justo y equitativo*, y también de la llamada *cláusula general* (o “*umbrella clause*”). Las dos primeras hacen referencia al principio de no discriminación y tienen larga tradición en los acuerdos comerciales. Pero su interpretación extensiva por los paneles de arbitraje plantea problemas. Así, la cláusula de “nación más favorecida” (NMF) se utiliza para proporcionar acceso a previsiones más favorables contempladas en otros acuerdos sobre inversión¹³. Y también la “cláusula general”, que garantiza el respeto a toda obligación asumida por un estado respecto a inversiones, ha sido objeto de interpretaciones expansivas que permiten extender a las obligaciones contractuales la protección proporcionada por los TBIs (Lowe, 2007: 102-106).

No obstante, la aparentemente simple cláusula que garantiza al inversor un “trato justo y equitativo” ha resultado ser uno de los instrumentos más poderosos para que los inversores extranjeros puedan obtener compensaciones por actuaciones estatales contrarias a sus intereses. Y es que, por su generalidad, puede abarcar casi cualquier eventualidad, relegando a otras previsiones a meros casos particulares (Lowe, 2007: 77-83). Además, frente al trato nacional y de nación más favorecida, que establecen una protección *relativa* (como la de los inversores nacionales, o de un tercer país), esta cláusula proporciona al inversor extranjero un nivel *absoluto* de protección. Por ello resulta imprescindible precisar cuál es ese nivel¹⁴, para

¹³ Por ejemplo, un panel del CIADI, al resolver la demanda de un inversor malayo contra Chile, *importó* las formulaciones más favorables para el demandante recogidas en los TBIs suscritos por Chile con Dinamarca y Croacia (Public Citizen, 2005: 93).

¹⁴ Una de las claves para hacerlo está en determinar si el trato justo y equitativo hace referencia al derecho internacional consuetudinario, y en tal caso cuál es el aplicable, o si se refiere a un estándar autónomo. Pero la mayoría de los acuerdos sobre inversión no precisan estos extremos, recogiendo la versión más simple de la cláusula, por lo que muchos paneles se han permitido realizar interpretaciones extensivas de su significado. Una muestra de la gravedad del asunto es que, ya en julio de 2001, una

que no se preste a todo tipo de demandas y/o interpretaciones abusivas.

En este sentido, diversos laudos subrayan la obligación del estado receptor de mantener un escenario legal para los negocios estable y predecible, y que sea compatible con las legítimas expectativas del inversor (UNCTAD, 2008: 4-5). Pero sólo en contadas ocasiones los paneles arbitrales ponen límites al alcance de esas presuntamente legítimas expectativas del inversor. Por eso no debe extrañar que la reclamación de un trato justo y equitativo sea la base legal que mayor éxito ha demostrado para ganar demandas inversor-estado. En 2008 fue invocada en las trece demandas resueltas, y aceptada en siete de ellas (UNCTAD, 2009c: 6-8).

Una tercera cuestión concierne a la llamada *expropiación indirecta*. A diferencia de la verdadera expropiación o nacionalización, no supone una transferencia de la propiedad, sino la mera desvalorización de un activo debida a una intervención estatal (Lowe, 2007: 53-76). Se trata de una construcción jurídica relativamente reciente, impulsada por grupos empresariales que pretenden conseguir indemnizaciones de las autoridades públicas cuando estas dictan normas referidas a la protección ambiental, el uso de la tierra u otros asuntos de interés público que, a su juicio, afectan negativamente al valor de su propiedad. Al respecto, es importante señalar que los intentos de hacerla valer en Estados Unidos han sido reiteradamente rechazados durante las dos últimas décadas por los juzgados de ese país, incluido su Tribunal Supremo (Public Citizen, 2005: 14).

Sin embargo, muchos acuerdos sobre inversión recientes incluyen la “expropiación indirecta” y “medidas de efecto equivalente”, aunque no definen esos términos (UNCTAD, 2004: 67-71). Y los paneles de arbitraje internacional vienen haciendo dos lecturas completamente divergentes de este asunto. Unos sostienen que el elemento clave para determinar si ha habido expropiación indirecta es el impacto económico de la medida, con independencia de su motivación, mientras otros mantienen que genuinas medidas regulatorias no son expropiaciones (Malik, 2008).

Por eso, a falta de un órgano judicial superior capaz de unificar doctrina¹⁵, la incertidumbre sigue reinando en estas y otras cuestiones susceptibles de interpretación recogidas en los acuerdos sobre inversión (Yu y Marshall, 2008: 23). Prueba de ello es la existencia de propuestas para evitar las continuas

declaración interpretativa del TLCAN remitiera el nivel mínimo de tratamiento al derecho internacional consuetudinario a fin de restringir las interpretaciones que habían realizado algunos paneles arbitrales. Y que en su modelo de TBI de 2004, tanto Estados Unidos como Canadá detallen el alcance del trato justo y equitativo, limitándolo (Public Citizen, 2005: 33-34; Malik, 2009: 9-23). Claro que eso sólo afecta a los nuevos acuerdos (o renovaciones) en los que estén implicados dichos países, no al resto.

¹⁵ Conviene recordar que, en aras a la rapidez, en el arbitraje internacional apenas existe el derecho de apelación ante una instancia superior. Así, el procedimiento de anulación del CIADI se diferencia claramente de una apelación en que el comité *ad hoc* designado para resolver una solicitud de anulación no puede reemplazar la decisión del tribunal con una decisión propia sobre el fondo de la cuestión. De manera que, si anula un laudo, la diferencia puede volver a presentarse ante otro panel para que resuelva sobre el fondo de la cuestión (CIADI, 2006).

incoherencias en que incurren los laudos de diversos paneles de arbitraje internacional. Y es que se han logrado hitos como dos laudos contrarios y sin posible casación para un mismo caso, el de las demandas de CME y Lauder contra la República Checa. Presentadas por separado ante dos paneles regidos ambos por la reglas de la CNUDMI, una demanda no prosperó mientras que en la otra el demandante obtuvo una indemnización de más de 300 millones de dólares (Sacerdoti, 2007). Conviene subrayar que situaciones como esta, que son absolutamente inaceptables en cualquier sistema jurídico moderno, pueden repetirse en cualquier momento en el arbitraje internacional inversor-estado.

Así que no puede extrañar que haya quien, desde el mundo académico, promueva el establecimiento de un tribunal permanente de apelación, independiente y con autoridad para revisar laudos de diversos acuerdos sobre inversión (Franck, 2005). Y que haya propuestas de reformas todavía más profundas, como la creación de una Corte Internacional sobre Inversiones que sustituya a los actuales paneles de arbitraje a la hora de dirimir las disputas planteadas al amparo de acuerdos internacionales sobre inversiones (Van Harten, 2008a y 2008b). Ahora bien, la aplicación práctica de esas propuestas parece muy difícil. Sobre todo la segunda, ya que contradice los principios básicos sobre los que se asienta la resolución de diferencias mediante el arbitraje. Porque éste se entiende como una alternativa ágil al sistema judicial, lo que en la práctica supone su privatización. Y eso significa reducción de garantías, ya que no hay jueces propiamente dichos, ni vista oral, ni apelación, ni jurisprudencia, ni acumulación de causas similares, pero sí un procedimiento arbitral que permite muchas menos pruebas que las jurisdicción ordinaria y paneles que deciden sobre su propia competencia y jurisdicción (Sondow, 2006).

2.2. IMPLICACIONES PARA LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO

El motivo principal por el que las economías del Sur y *en transición* suscriben acuerdos internacionales sobre inversión es atraer inversión extranjera directa (IED), aunque no está nada claro que sean un instrumento importante para hacerlo, como muestra el caso de Brasil. Sin embargo, un repaso exhaustivo de los estudios más recientes realizados al respecto ha llevado a la UNCTAD (2009d: 109-112) a reconsiderar su anterior escepticismo. Ahora considera que, si bien no alteran los determinantes económicos fundamentales de la IED, los acuerdos sobre inversión mejoran ciertos elementos políticos e institucionales, incrementando la probabilidad de recibir más IED. Y, sobre todo si son parte de un TLC, los acuerdos sobre inversión también mejoran el efecto del tamaño de la economía receptora, que sigue siendo el principal determinante de la IED. En todo caso, al margen de su efectividad a la hora de atraer inversión extranjera, de lo que no cabe duda es de que los acuerdos sobre inversión limitan las políticas públicas que pueden emplearse para promover el desarrollo.

En efecto, casi todos los acuerdos sobre inversión prohíben el uso de requisitos de desempeño, condiciones impuestas a las empresas multinacionales para favorecer el desarrollo del país receptor de la inversión extranjera. Se trata de normas que requieren que los productos tengan un cierto porcentaje de componentes locales (*contenido nacional*), exportar un porcentaje dado de la producción, la transferencia de tecnología, o la construcción de infraestructuras. Y conviene recordar que este tipo de instrumentos han sido un elemento importante de las estrategias de desarrollo de las economías asiáticas más exitosas después de la II Guerra Mundial (Chang, 2004).

Además, la liberalización y protección brindada por los acuerdos sobre inversión no se limita a la inversión extranjera directa, sino que abarca a todo tipo de inversor de carácter especulativo, e incluso a quienes difícilmente puede calificarse como tales. Y no se les otorga un tratamiento igual al inversor nacional, sino mejor. Así se da la paradoja de que un régimen aparentemente basado en la no discriminación (trato nacional y NMF), es esencialmente discriminatorio. Para las empresas locales sólo existe la vía de los tribunales nacionales regidos por su ordenamiento jurídico. En cambio, para el inversor extranjero cabe la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, e invocar un trato justo y equitativo o la existencia de una expropiación indirecta, independientemente de que eso sea posible, o no, bajo las leyes del estado receptor (Lowe, 2007: 48-49).

Por su parte, el temor de un estado a enfrentarse a indemnizaciones millonarias debido a reclamaciones de “expropiación indirecta” o “regulación expropiatoria”, puede dar lugar a lo que se ha llamado *enfriamiento regulatorio* (UNCTAD, 2005: 48; Moltke y Mann, 2004: 29-30). Es decir, una contención preventiva de las autoridades que se traduce en una menor o más débil actividad normativa en defensa del interés público, ya que la amenaza de una demanda inversor-estado es suficiente para que el gobierno enmiende, aplaze, retire, o no haga cumplir determinada norma.

En este sentido, los acuerdos sobre inversión implican un coste político en forma de limitación de la soberanía nacional para dictar políticas públicas. Esta situación se ha vivido con intensidad en México tras las primeras demandas inversor-estado al amparo del TLCAN, y en Argentina después de la crisis financiera de diciembre de 2001 ante el aluvión de demandas cuestionando las medidas adoptadas por el gobierno para afrontar la emergencia económica. Y también en Ecuador o Bolivia cuando han elevado la participación estatal en las rentas derivadas de la explotación de sus recursos naturales. Por eso, como sostiene Public Citizen (2005: 86), lo que se planteaba como un escudo protector contra los posibles abusos de los estados receptores de inversiones, ha resultado ser una espada empuñada por multitud de “inversores” extranjeros contra los estados firmantes de acuerdos sobre inversión.

De este modo, la *seguridad jurídica* de la era de la globalización sólo hace referencia a las empresas. Y lo hace sobre la base de un derecho internacional del comercio que se ha convertido en imperativo, coercitivo y bajo control

judicial, *derecho duro*, gracias a instrumentos como los acuerdos sobre inversiones y la Organización Mundial de Comercio. Mientras, el derecho internacional de los derechos humanos y el del trabajo descansan, en el mejor de los casos, sobre la voluntariedad de las recomendaciones de la ONU y la Organización Internacional del Trabajo, cuando no sobre variadas formas de responsabilidad social corporativa, a cual más *blanda*, por inexigible y carente de tutela judicial efectiva (Hernández Zubizarreta, 2009a y 2009b). Así, en nombre de esa seguridad jurídica tan peculiar, los acuerdos sobre inversión facilitan todavía más el enriquecimiento de las empresas transnacionales en detrimento de la mayoría de las personas que viven en los países del Sur. Ello, claro está, con la connivencia de algunos de sus gobiernos y el apoyo de las minorías que en esos países también se benefician de su presencia.

3. DIVERSAS RESPUESTAS

Ante la proliferación de demandas inversor-estado derivadas de la previa suscripción de acuerdos internacionales sobre inversión, que suponen un obstáculo para su progreso económico y social, las respuestas dadas por diversos países latinoamericanos han sido bien distintas, pudiendo distinguirse tres opciones. Por un lado, de países como México y Chile podría decirse que las sufren con resignación. De hecho, salvo dos decisiones interpretativas del TLCAN matizando el alcance del acuerdo, en las que además México ha ido de la mano de Estados Unidos y Canadá, los sucesivos gobiernos mexicanos no han tomado hasta ahora otras medidas para cambiar la situación. Y algo parecido ocurre con Chile: aunque ya ha sido condenado en dos ocasiones a pagar indemnizaciones a inversores extranjeros, sigue suscribiendo nuevos acuerdos sobre inversión, tanto TBIs como TLCs.

En el otro extremo, están Bolivia y Ecuador, ya que ambos se han retirado del CIADI. En efecto, desde el triunfo electoral de Evo Morales que le llevó a la presidencia en 2006, Bolivia se ha revuelto contra el sistema de resolución de diferencias inversor-estado basado en el arbitraje internacional. Sin embargo, lo que su caso deja más claro es lo difícil que resulta dar marcha atrás una vez que se ha entrado en la dinámica de suscribir acuerdos sobre inversión.

Así, a pesar de haberse retirado del CIADI el 2 de mayo de 2007, Bolivia vio como este organismo registraba en octubre de ese año una demanda contra ella de ETI, empresa telefónica supuestamente radicada en Holanda, aunque en realidad es propiedad de Telecom Italia. El CIADI se basaba en que la baja de Bolivia no es efectiva hasta seis meses después de comunicada (ITN, noviembre 2007). Pero el Gobierno de Bolivia (2008: 124-127) alegaba que desde el mismo momento de haber presentado el anuncio de abandono de CIADI ha retirado el imprescindible *consentimiento* de las partes para que una demanda sea aceptada a trámite (*registrada*). Y por eso considera esa actuación del CIADI una violación inadmisibles de su derecho soberano a denunciar un tratado. Con todo, nunca se conocerá el dictamen del correspondiente panel,

ya que antes de que se diera, en octubre de 2009, ETI retiraba la demanda del CIADI. Claro que, como ya se ha dicho, al mismo tiempo presentaba una nueva demanda contra Bolivia, esta vez bajo las reglas de la CNUDMI, y solicitando una indemnización mucho mayor. Porque, como el CIADI no es la única instancia de arbitraje internacional, Bolivia sigue expuesta a las demandas inversor-estado. De hecho, Bolivia ya se había enfrentado a otra demanda entablada en 2008 por una empresa con sede en Luxemburgo ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, si bien ésta quedó pronto archivada por acuerdo entre las partes (UNCTAD, 2010b). Además prosigue el arbitraje ante el CIADI por la demanda presentada en 2006 por Quiborax, desestimando las alegaciones del gobierno boliviano, que ha anunciado que no entrará al proceso ni acatará su laudo (*La razón*, 9-7-2010).

Por su parte, Ecuador se ha retirado del CIADI en julio de 2009, de manera que la medida ha entrado plenamente en vigor el 7 de enero 2010¹⁶. El abandono de esa institución se fundamenta en el artículo 422 de la nueva Constitución, que dispone que “no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas” (UNCTAD, 2009c: 6).

Además, el gobierno ecuatoriano ha denunciado nueve TBIs en vigor (con ocho países latinoamericanos y con Rumania), alegando que no aportan ningún beneficio a la economía del país. Y ha anunciado su intención de renegociar el resto, entre los que se encuentran los de los principales países de origen de las inversiones extranjeras en Ecuador, para adaptarlos a un modelo de TBI que está elaborando. Este modelo de tratado bilateral sobre inversión no incluye al CIADI como instancia para el arbitraje internacional inversor-estado, sino que remite a las reglas de la CNUDMI administradas por alguna instancia arbitral latinoamericana. Esta podría ser alguna ya existente, como la de Santiago de Chile, o una nueva instancia arbitral impulsada por el ALBA, la Alternativa Bolivariana para las Américas (ITN, septiembre 2009).

Pero, como los acuerdos sobre inversión siguen protegiendo al inversor después de su denuncia por una de las partes durante un periodo que oscila entre cinco y veinte años, Ecuador puede seguir siendo objeto de demandas inversor-estado incluso sobre la base de los TBIs denunciados (Machado, 2009). Hasta ahora la mayoría de las demandas provienen del sector petrolero y son posteriores a la ley que en 2006 estableció un reparto al 50% de los ingresos extraordinarios obtenidos por las compañías debido al alto precio del petróleo, ampliada por decreto en 2007. Y, aunque no prosperen o se resuelvan por un acuerdo entre las partes, la mera presentación de esas demandas supone una intromisión en la voluntad soberana de Ecuador para regular la explotación de sus recursos naturales. Prueba de ello es la turbulenta

¹⁶ Si bien el gobierno ecuatoriano ya había notificado al CIADI en octubre de 2007 que no admitiría más demandas sobre recursos no renovables, ese aviso carecía de fuerza legal (ITN, febrero 2008).

renegociación del contrato de Repsol-YPF con el gobierno ecuatoriano, en la que medió una demanda ante el CIADI en junio de 2008, para llegar a un acuerdo cinco meses después (Intermón, 2008: 19; *El País*, 1-11-2008; *ABC*, 7 y 8-11-2008).

El caso de Argentina se sitúa entre ambos extremos. Aunque Argentina sigue en el CIADI y no ha denunciado tratados bilaterales sobre inversiones, la actitud de las autoridades argentinas tampoco se semeja a la de las de México o Chile, sino que se ha basado en mantener una doble cara.

Por un lado ha habido una retórica rupturista y algunos gestos desafiantes. Así, el gobierno argentino ha cuestionado globalmente el sistema de arbitraje inversor-estado, no reconociendo la jurisdicción del CIADI, alegando que primero debían agotarse las instancias judiciales nacionales, e incluso amenazando con no reconocer las posibles sanciones sin un previo control de constitucionalidad por parte de los tribunales locales. Es lo que se dio en llamar “doctrina Rosatti”, en alusión al entonces Procurador del Tesoro (Rosatti, 2003 y 2005). También ha actuado frente al descarado apoyo de las instituciones de Bretton Woods a los inversores extranjeros, saldando por anticipado sus deudas con ellas para minimizar su dependencia. Y es que, por ejemplo, en 2002 el Banco Mundial, del que depende el CIADI, llegó a intentar condicionar un préstamo a la renegociación de las tarifas de las empresas suministradoras de servicios públicos, mientras el FMI presionaba en el mismo sentido.

Por otro lado, el gobierno argentino ha realizado una pragmática defensa dentro del sistema. Para ello ha creado un organismo encargado de su defensa ante las demandas inversor-estado, la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral, presidida por el titular de la Procuración del Tesoro de la Nación, que es la asesoría jurídica de más alto rango del Presidente y representa al estado en ciertos litigios (Granato, 2005: 106). Y está utilizando todos los instrumentos jurídicos y diplomáticos a su alcance para defender la legitimidad de las medidas económicas implantadas por la ley de emergencia de 2002 (*Ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario*), alegando que eran imprescindibles y las empresas, extranjeras o no, deben soportar una parte del coste del ajuste (Stanley, 2004: 34-45; Mortimore y Stanley, 2006: 26-27). Esto se ha traducido, entre otras cosas, en renegociar los contratos de diversas empresas que habían presentado demandas inversor-estado para conseguir su retirada¹⁷. Por este sistema se han retirado al menos siete demandas, varias de ellas tras realizar gestiones con los gobiernos español y francés.

Con todo, Argentina es con diferencia el país que se enfrenta al mayor número de demandas ante tribunales internacionales de arbitraje y la mayoría de esas demandas están relacionadas con las medidas que adoptó el gobierno

¹⁷ En sentido contrario, empresas que no han retirado sus demandas ante instancias de arbitraje internacional han visto sistemáticamente rechazadas sus peticiones de renegociar las tarifas de prestación de servicios (Página 12, 18-6-2010).

para hacer frente a la crisis financiera que estalló a finales de 2001. En efecto, la ley de emergencia económica, adoptada en 2002 y prorrogada hasta la actualidad, es el blanco preferido de las 45 demandas interpuestas tras la devaluación. El motivo principal es que, además de abandonar del tipo de cambio fijo entre el peso y el dólar estadounidense, esta ley incluye un capítulo dedicado a los contratos públicos que deja sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares y las cláusulas de ajuste basadas en el índice de precios estadounidense y cualquier otro mecanismo indexatorio, *pesifica* las tarifas, y autoriza al gobierno a renegociar los contratos.

Por eso, una pieza fundamental de la estrategia legal argentina ha consistido en invocar una cláusula que figura en varios de los TBIs firmados por Argentina que limita la aplicabilidad de la protección del inversor en circunstancias excepcionales¹⁸. Su nombre técnico es “provisión sobre medidas de no exclusión” (en inglés, *non-precluded measures provision*), y su efecto es similar al llamado “estado de necesidad” reconocido en el derecho internacional consuetudinario y en la mayoría de las legislaciones nacionales, aunque no deben confundirse¹⁹. Estas disposiciones permiten tomar medidas que en circunstancias normales irían contra el tratado cuando, por ejemplo, son necesarias para la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público o responder a una emergencia sanitaria. En tanto las actuaciones del estado receptor se tomen persiguiendo alguno de los objetivos especificados en esa cláusula, medidas que de otro modo estarían prohibidas por el tratado no constituyen rupturas del mismo, y el estado queda eximido de responsabilidad bajo el TBI (Burke-White y Staden, 2008; UNCTAD, 2009e: 47-53).

El gobierno de Argentina considera que la situación de emergencia económica abierta por la crisis desatada a finales de 2001 se ajusta perfectamente a esta cláusula, por lo que no se le puede imputar ninguna responsabilidad por las medidas adoptadas para afrontarla. Resulta interesante señalar que esta cláusula figura en todos los TBIs firmados por Estados Unidos, país que la venía incluyendo desde hace décadas en sus acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación, y que ya aparece en el primer TBI, suscrito en 1959 por Alemania y Pakistán (Burke-White y Staden, 2008: 311-317).

Una cuestión crucial para conocer su verdadero alcance es establecer el grado de discrecionalidad del que goza un estado para determinar en qué circunstancias resulta aplicable una cláusula de este tipo. Al respecto, la

¹⁸ Concretamente, el artículo XI del TBI Argentina-EEUU dice: “El presente Tratado 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”.

¹⁹ Tienen efectos parecidos, aunque el estado de necesidad no excluye necesariamente el pago de una indemnización, pero son excepciones de naturaleza diferente. El estado de necesidad libera de responsabilidad por hechos ilícitos cuando se cumplen ciertas condiciones muy estrictas (peligro grave e inminente, que sea la única solución...). En cambio, la *provisión de medidas de no exclusión* restringe el alcance de las obligaciones asumidas en un tratado internacional, de manera que, si se satisfacen los requisitos previstos (salvaguardia de la seguridad nacional...), no existe incumplimiento del tratado, simplemente no resulta aplicable en esas circunstancias (UNCTAD, 2009e: 38).

posición de EEUU siempre ha sido la de considerar que es el propio estado afectado quien juzga si la situación es de emergencia y, por tanto, cuando se puede invocar la cláusula, con la única limitación de obrar de buena fe. Eso quiere decir que esto último, la buena fe, es lo único que un panel de arbitraje podría entrar a interpretar. De hecho, la redacción de la cláusula en los sucesivos TBIs firmados por Estados Unidos ha ido siendo cada vez más explícita al respecto, pasando de ser algo implícito a principios de los 1980s a resultar un asunto expresamente auto-juzgable desde finales de los 1990. Por eso, en el TBI suscrito por Argentina con EEUU en 1991 la cláusula no es tan explícita como en otros posteriores. Pero existen otros elementos que apoyan la interpretación del gobierno argentino de que es él mismo quien debe determinar su aplicabilidad. Entre otros, interpretaciones del Departamento de Estado de EEUU sobre el alcance de la cláusula y explicaciones dadas en el Senado de EEUU sobre el modelo de TBI en que se basa el firmado por Argentina (Burke-White y Staden, 2008: 381-386).

A pesar de eso, con diversas pero todas ellas muy restrictivas lecturas del tratado, los paneles de arbitraje del CIADI han rechazado la capacidad de Argentina de decidir por sí misma en qué circunstancias se puede invocar la cláusula. Esto llevó al gobierno argentino a intentar por la vía diplomática que Estados Unidos acordara con Argentina anexar al TBI una interpretación oficial que indique que es cada parte por sí misma quien debe determinar cuando puede invocar la cláusula de emergencia. Pero no tuvo éxito (*Dow Jones Newswires*, 12-10-2007).

Y aunque los paneles han aceptado que la disposición sobre protección del orden público y la seguridad nacional se puede aplicar a las emergencias económicas, con distintas explicaciones, la mayoría ha considerado que la situación argentina no era de esa naturaleza, con sólo dos excepciones. El panel del caso LG&E ha entendido que sí lo era durante dieciocho meses, los que median entre el estallido de la crisis y la elección del presidente Kirchner en abril de 2003, deduciendo la parte correspondiente al calcular la indemnización (Burke-White y Staden, 2008: 393-400). Por su parte, el panel de Continental ha sido el único que ha aceptado de manera general el estado de necesidad de Argentina con base en el artículo XI del TBI suscrito con EEUU. Por eso la ha eximido del pago de la indemnización reclamada, salvo en una cuestión menor: el canje de las letras del tesoro a finales de 2004 (Laudo del CIADI *Continental contra Argentina*).

En definitiva, el alegato de estado de necesidad solo ha sido aceptado en un caso y parcialmente en otro, mientras que ha sido rechazado en diez laudos. Así que, de momento, el resultado es que Argentina no ha podido evitar que doce paneles de arbitraje internacional le hayan condenado a pagar indemnizaciones millonarias, aunque una de ellas relativamente pequeña (cuadro 2).

CUADRO 2: ARBITRAJES INVERSOR-ESTADO FALLADOS CONTRA ARGENTINA

inversor (año de demanda)	cantidad reclamada (millones \$)	reglas de arbitraje	motivo de condena* (año del laudo)	indemnización obtenida (millones \$)	anulación (año de resolución)
CMS (2001)	261	CIADI	TJE (2005)	135	parcial (2007)
Azurix (2001)	685	CIADI	TJE (2006)	165,2	rechazada (2009)
LG&E (2002)	268	CIADI	TJE (2007)	57,4	pendiente
Siemens (2002)	462	CIADI	expropiación indirecta,TJE (2007)	237,8	Siemens retira la demanda (2009)
Enron (2001)	630	CIADI	TJE (2007)	106	aceptada (2010)
Vivendi (1997/2003)	317	CIADI	expropiación indirecta,TJE (2007)	105	rechazada (2010)
Sempra (2002)	209	CIADI	TJE (2007)	128,6	aceptada (2010)
British Gas (2003)	238	CNUDMI	TJE (2007)	185,3	recurso en EEUU
Continental (2003)	114	CIADI	TJE parcial (2008)	2,8	pendiente
National Grid (2003)	119	CNUDMI	TJE (2008)	53	–
Suez, Agbar y Vivendi (2003); y Suez, Agbar e Interagua (2003)	¿1.200?	CIADI	TJE (2010)	sin determinar	pendiente

* TJE: incumplimiento de *trato justo y equitativo*.

Fuente: Elaboración propia sobre datos de UNCTAD (2010b); ITN; y *La Nación*, 3-8-2010.

De este modo, el arbitraje internacional sigue dando lugar a sentencias contradictorias entre sí y sin posible casación a pesar de que varias demandas son muy similares²⁰, por lo que la incertidumbre sigue reinando. Además, aunque sólo en las demandas de Siemens y Vivendi²¹ se ha aceptado el

²⁰ Además, en los casos LG&E, que acepta parcialmente el estado de necesidad, y Enron, que lo rechaza de plano, coincide uno de los tres árbitros, sin que en ninguno de los laudos haya hecho constar una posición discrepante de la mayoría (ITN, 27-5-2007).

²¹ Vivendi también ha logrado que se condene a Argentina por no haberle proporcionado protección y plena seguridad, aplicando la lectura más amplia de esta cláusula. Curiosamente el argumento se

alegato de expropiación indirecta, solicitado en todos los casos, eso no ha sido ningún obstáculo para condenar a Argentina. Y es que en todos los laudos se ha realizado una interpretación extensiva de la cláusula de trato justo y equitativo, donde parece caber todo.

Ahora bien, como los laudos favorables a Semptra y Enron han sido anulados por el CIADI y otros procedimientos de anulación están pendientes de resolución, unido a que Siemens ha desistido de cobrar la indemnización y a otras circunstancias, resulta que Argentina todavía no ha hecho efectiva ninguna indemnización. Y el hecho de que Argentina, condenada por doce paneles de arbitraje internacional a pagar más de un millardo de dólares más intereses para indemnizar a inversores extranjeros, no haya desembolsado un solo dólar por este concepto merece varias aclaraciones y comentarios.

En primer lugar, refleja un cierto éxito de la estrategia de defensa adoptada por el gobierno argentino, si bien esta apreciación inicial requiere bastantes matices, como se explica enseguida. En segundo lugar, conviene recordar que eso no impide que Argentina haya incurrido en numerosos gastos asociados a los costes de defensa y honorarios de los tribunales, tanto en esos casos como en los que ha habido acuerdo entre las partes, así como en los pendientes de resolución. En tercer lugar, también hay que tener en cuenta el coste de las compensaciones brindadas para conseguir la retirada de varias demandas. Y en cuarto lugar, algunos casos merecen una consideración específica porque ponen de relieve tremendas deficiencias y ciertas miserias morales del sistema de arbitraje en que se basan

Respecto al sistema de arbitraje, la experiencia argentina muestra claramente una de sus mayores debilidades: la insuficiencia del procedimiento de anulación del CIADI, que de ninguna manera sustituye a una imprescindible pero inexistente instancia de apelación. Como ya se ha señalado, el procedimiento de anulación del CIADI se diferencia claramente de una apelación en que el comité *ad hoc* designado para resolver una solicitud de anulación no puede reemplazar la decisión del tribunal con una decisión propia sobre el fondo de la cuestión. Así, la solicitud argentina de anulación del laudo favorable a la empresa estadounidense de transporte de gas CMS concluyó con una resolución del comité *ad hoc* de anulación del CIADI que ha causado estupor. Primero anula la parte del laudo que aplicaba la cláusula general y reconoce que hay otras partes que contienen errores de razonamiento legal que podrían haber tenido un impacto decisivo en la parte operativa de la sentencia. Pero, acto seguido, declara carecer de poder para anular esas partes y mantiene la multa del laudo original (ITN, octubre 2007).

Además, si el comité *ad hoc* anula un laudo, la diferencia puede volver a presentarse ante otro panel para que resuelva sobre el fondo de la cuestión. Eso ocurrió con la primera demanda interpuesta por Vivendi contra Argentina en 1997. Después de haber conseguido anular un laudo contrario a su

apoya en un laudo precedente emitido por un panel en el que participaba como árbitro su abogado en esta causa (ITN, 30-8-2007).

demanda, Vivendi replanteó la reclamación en 2003 obteniendo una jugosa indemnización, confirmada por el rechazo de la anulación solicitada por Argentina²², que con intereses asciende a 200 millones dólares (ITN, agosto 2007; Página12, 12-8-2010). Por eso Continental ha solicitado la anulación del laudo que solo acepta una mínima parte de sus reclamaciones (ITN, febrero 2009). Y algo parecido puede pasar en los casos de Sempra y Enron.

En efecto, Sempra, accionista minoritario de las empresas de transporte y distribución de gas Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur, ha visto como el CIADI anulaba en junio de 2010 el laudo que en 2007 condenaba a Argentina a pagarle una indemnización de más de 128 millones dólares, que con los intereses ascendía hasta 172 millones. Al respecto, conviene reseñar que durante el proceso de anulación, además de conseguir que se impusiera una fianza de 75 millones de dólares a Argentina, que está se negó a desembolsar, Sempra intentó sin éxito embargar preventivamente propiedades del estado argentino en el exterior. Concretamente, la casa museo en la que vivió el general José de San Martín en Boulogne Sur Mer, Francia, y el edificio del Colegio Mayor Nuestra Señora de Luján en Madrid (*Clarín*, 29-8-2009; *La Nación*, 30-6-2010; *El Argentino.com*, 4-7-2010). Y un mes más tarde, otro comité del CIADI anulaba el laudo favorable a Enron, que cuenta con un 10% de las acciones del mayor transportista de gas de la Argentina, TGS, cuyo accionista mayoritario es CIESA (*Buenos Aires Herald*, 2-8-2010). A pesar de la similitud de las demandas y de que el riesgo de impago por parte de Argentina era el mismo, este comité de anulación denegó dos solicitudes de Enron para que se impusiera una fianza a Argentina (ITN, octubre 2007 y enero 2010).

Ahora bien, aunque el gobierno argentino ha acogido estas dos decisiones con entusiasmo, puede ser que no supongan más que un aplazamiento, una mera ganancia de tiempo. Porque nada impide a Sempra o a Enron volver a plantear la misma demanda ante un nuevo panel del CIADI para que resuelva sobre el fondo de la cuestión, salvando el error que ha conducido a la anulación del anterior laudo²³. Y, teniendo en cuenta los resultados obtenidos

²² En su petición de anulación, Argentina argumentaba que una componente del panel formaba parte del directorio del banco suizo UBS, accionista de Vivendi. Con el voto en contra de uno de sus tres miembros, que además cuestiona la neutralidad de la Secretaría del CIADI, el comité de anulación admite las “complicaciones” derivadas de la pertenencia al directorio de un gran banco de una miembro del panel sin investigar sus conexiones con las partes en litigio, pero niega que eso sea motivo de anulación del laudo. Esto ha llevado la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina a cuestionar públicamente la credibilidad del CIADI (Agencia EFE, 12-8-2010).

²³ El motivo de anulación del laudo de Sempra es que el panel se ha “extralimitado manifiestamente en sus facultades” al negarse a analizar si era aplicable el artículo XI del TBI con Estados Unidos, que autoriza a Argentina a tomar las medidas cuestionadas, considerando que bastaba con rechazar la aplicabilidad del estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario. Y eso, de acuerdo con el comité de anulación, no es un mero error de derecho, lo que para las reglas del CIADI no constituye por sí mismo motivo de anulación del laudo, sino que supone algo más grave, la no aplicación del derecho aplicable (CIADI, Decisión de anulación del Laudo Sempra contra Argentina, 29-6-2010). Y la anulación del laudo de Enron se basa en el mismo argumento (Nota de prensa de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1-8-2010).

hasta el momento por Argentina cuando ha invocado el estado de necesidad, cuentan con bastantes probabilidades de que prospere su reclamación. En este sentido, las sistemáticas solicitudes de anulación de los laudos del CIADI o el recurso de Argentina ante la jurisdicción ordinaria no dejan de ser poco más que maniobras dilatorias, dadas sus limitaciones.

La experiencia argentina también muestra la escasa consideración que las reglas de arbitraje internacional inversor-estado y los paneles que las aplican conceden a las maneras en que los inversores extranjeros han conseguido y/o administrado ciertas concesiones cuyo cumplimiento luego reclaman. El mero hecho de que la empresa estadounidense Enron, famosa por su contabilidad creativa y subsiguiente quiebra²⁴, esté involucrada en dos de las doce demandas perdidas por Argentina suscita ciertas sospechas. Y en el caso de Azurix, originariamente parte del grupo Enron, algo más que eso, ya que obtuvo la concesión del servicio de agua y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires utilizando artimañas de más que dudosa catadura (Stanley, 2004: 31-39). Pero su denuncia por parte del gobierno argentino no ha resultado eficaz para evitar la condena, ratificada además con el rechazo de la solicitud de anulación.

Al respecto, el caso de Siemens es todavía más elocuente. Esta empresa alemana logró la mayor indemnización a la que ha sido condenada hasta ahora Argentina por la rescisión en 2000 del contrato que había firmado en 1998 con el gobierno para confeccionar los documentos nacionales de identidad (UNCTAD, 2008). Posteriormente se ha confirmado que Siemens consiguió ese contrato pagando sobornos por valor de 105 millones dólares a diversos miembros del gobierno, entonces presidido por Menem. De hecho, en 2008 Siemens admitió ante la justicia alemana y la estadounidense haber pagado múltiples sobornos, asumiendo pagar 1.360 millones de dólares en multas. Argentina, que ya había planteado el asunto de las coimas durante el procedimiento de arbitraje sin lograr que el panel admitiera pruebas al respecto, pidió que se revisase el laudo. Pero no lo consiguió, dada la inexistencia en el CIADI de una auténtica instancia de apelación (*Página 12*, 20-4 y 18-12-2008; ITN, enero 2009).

En vista de la bochornosa situación, en 2009 Siemens desistió expresamente del cobro de la indemnización para seguir operando en Argentina con normalidad y, al parecer, altos beneficios (*Clarín*, 13-8-2009). No obstante, esta postrera decisión de Siemens no supone mejora ni eximente alguna para el nefasto e inamovible resultado alcanzado en este caso por el sistema de arbitraje del CIADI, que puede repetirse en cualquier otra circunstancia similar.

Con todo, incluso en los casos como el de CMS o Azurix en que el procedimiento de anulación ha concluido en contra de los intereses de Argentina, y a pesar de haberse dirigido al gobierno argentino solicitando el pago de la indemnización y contar con la presión del Departamento de Estado de Estados Unidos, los inversores extranjeros todavía están esperando

²⁴ Al respecto puede verse Stiglitz (2003: 155-182 y 287-313).

para cobrar (ITN, noviembre 2008; *Clarín*, 31-8-2008; *Página 12*, 17-12-2009; *Dow Jones Newswires*, 2-8-2010). La explicación es que, de acuerdo con la interpretación del Convenio del CIADI que hace la Procuración del Tesoro de Argentina, el inversor externo debe pedir la ejecución del laudo ante el tribunal competente, que en este caso es la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Buenos Aires (*Clarín*, 4-9-2008 y 9-9-2009). Las empresas acreedoras no están de acuerdo, pero no lo deben de ver fácil, ya que CMS ha decidido transferir la indemnización a una filial del Bank of America especializada en deudas incobrables, a cambio de una cantidad que se desconoce²⁵. Y es que no quieren verse involucrados en los tribunales argentinos, porque estiman que eso dilataría el asunto durante años (Peterson, 2009).

Ahora bien, si Argentina ha llegado a este punto en el que intenta, de momento con poco éxito, hacer valer su soberanía nacional en casos de emergencia a través de una cláusula de sus TBIs, es porque hace años que abandonó la *doctrina Calvo*, abriendo la puerta al arbitraje internacional inversor-estado. Esa doctrina se basa precisamente en los principios de soberanía nacional, igualdad entre nacionales y extranjeros, y jurisdicción territorial, exigiendo agotar todos los recursos legales ante los tribunales locales (Teitelbaum, 2004: 16; 2007: 154).

Efectivamente, siguiendo una tendencia iniciada en los 1970s que le iba alejando de la doctrina Calvo, en el TBI suscrito con Francia en 1991, Argentina admitió la posibilidad de acceso directo de los inversores extranjeros al arbitraje internacional sin necesidad de recurrir previamente a la jurisdicción nacional. Aunque según los TBIs anteriores el inversor extranjero debía acudir a los tribunales argentinos previamente, y sólo tras 18 meses sin obtener un pronunciamiento podía optar por el arbitraje internacional, la aplicación de la cláusula de nación más favorecida ha acabado con este último resabio de la doctrina Calvo, extendiendo el derecho a recurrir directamente al arbitraje internacional a todos los inversores extranjeros (Granato, 2005: 102-105; Perroti, 2006).

De hecho, las demandas son posibles porque entre 1990 y 2000 Argentina suscribió 58 TBIs, que junto a cambios en la legislación interna, que incluyen la reforma constitucional de 1994, estaban destinados a atraer inversión extranjera, en gran medida relacionada con el proceso de privatización²⁶. Ello

²⁵ Algo parecido ha hecho la empresa española Marsans, que aspira a conseguir en el CIADI una indemnización de entre 1.000 y 2.500 millones de dólares, según las fuentes. Al parecer, dadas sus dificultades financieras, ha cedido una parte indeterminada de la cifra reclamada a un fondo de inversión estadounidense a cambio de que aporte 25 millones dólares para costear la demanda, cuya decisión final tardará entre tres y cinco años en producirse (*Clarín*, 11-4-2010).

²⁶ Conviene recordar que la estrategia neoliberal puesta en marcha por el presidente Menem en 1989, basada en la apertura al exterior, la desregulación y la privatización, y anclada en una dolarización de hecho (régimen de *convertibilidad*), hizo que Argentina fuera considerada una “alumna ejemplar” por el FMI, el Banco Mundial y otras instituciones internacionales. Entonces era un modelo de “mercado emergente”.

dio lugar a lo que se ha venido a llamar la “internacionalización del orden jurídico argentino” (Granato, 2005: 93), algunas de cuyas consecuencias se acaban de relatar.

A la vista del lastre que las demandas inversor-estado están suponiendo para el desarrollo de diversos países latinoamericanos, y de la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ahora para evitarlo, resulta necesario realizar una seria reconsideración del camino emprendido. De otra manera el espacio de los gobiernos para llevar cabo políticas de desarrollo será cada vez más pequeño.

4. CONCLUSIONES: REACTIVAR LA DOCTRINA CALVO

Aparente resultado de negociaciones internacionales, en realidad los acuerdos sobre inversión son fruto de la imposición de las potencias económicas, dada la desigualdad de las partes. Y suponen un avance en la “constitucionalización del ideal del fundamentalismo neoliberal de separar la actividad económica y la operación del mercado de toda exigencia e incidencia desde el ámbito de la democracia” (Lander, citado por Teitelbaum, 2004: 2). En esa labor, las demandas inversor-estado, la puesta en pie de igualdad de empresas y estados ante paneles de expertos regidos por el derecho mercantil internacional, suponen un salto cualitativo en la profundización de una estrategia nefasta que restringe la capacidad de los países para impulsar políticas que promuevan el desarrollo humano.

La eliminación de esa prerrogativa inaceptable resulta imprescindible para avanzar hacia el control democrático de las actividades de las empresas multinacionales sobre la base de la primacía absoluta de los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, frente al beneficio empresarial. Claro que para eso hay que poner los medios, que pueden inspirarse en las siguientes propuestas²⁷. En primer lugar, dar a conocer excesos tan clamorosos como la institucionalización de las demandas inversor-estado a través de unos acuerdos internacionales de inversión que nunca debieron suscribirse, y promover su denuncia, que está en manos de cada uno de los gobiernos firmantes. En segundo lugar, impulsar el ejercicio efectivo del control de constitucionalidad de los acuerdos sobre inversión, ya que pueden ser declarados inaplicables si violan las garantías fundamentales de la constitución o los derechos humanos. En tercer lugar, recuperar la doctrina Calvo, lo que es tanto como revertir la tendencia y acabar con los privilegios de los inversores extranjeros.

En efecto, la doctrina Calvo surgió en el siglo XIX en Latinoamérica como respuesta al expansionismo imperialista de las potencias europeas, rechazando el uso de la “protección diplomática” de sus nacionales y otras

²⁷ Las tres propuestas realizadas se basan en Teitelbaum (2004: 12-20 y 2007: 153-159; 2010: 206-212), donde pueden encontrarse algunas más, también destinadas a “salir del atolladero y reconquistar la autodeterminación”.

formas de intervención armada²⁸. La doctrina Drago la reforzó al comenzar el siglo XX, al rechazar el empleo de la fuerza o la ocupación como forma de cobrar deudas de un estado, que posteriormente se extendió también a los casos de obligaciones contractuales. La doctrina dio lugar a la cláusula Calvo, que en los convenios donde figura establece que los posibles conflictos deben resolverse en los tribunales locales, quedando vedado el recurso al arbitraje internacional (Miguel, 2005: 2).

La doctrina Calvo ha gozado de gran predicamento en el ámbito latinoamericano hasta los años 1990 y está recogida en varias constituciones de países del área. Fue esgrimida en 1938 por México frente a Estados Unidos, que reclamaban que las expropiaciones de petróleo se remitieran a un arbitraje vinculante y a una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”. A pesar de la decidida oposición de EEUU, esta doctrina quedó consagrada en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948, y fue reafirmada por la OEA en 1975 mediante una declaración²⁹ que contradice claramente todo lo que luego está pasando con los acuerdos sobre inversión. Recuértese que con base en esta la doctrina casi todos los países de América Latina rechazaron el sistema de arbitraje inversor-estado del CIADI a principios de los años 1960. Y que, bajo el principio de soberanía nacional y jurisdicción territorial, postula que los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales, pero no más, como ocurre con los acuerdos sobre inversión.

También inspiró la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 17-12-1973 que proclama la soberanía permanente de los estados sobre los recursos naturales, y un año más tarde la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Public Citizen, 2005: 35-36; Teitelbaum, 2004: 16-18). Y aunque los tiempos han cambiado, es hora de que la ciudadanía exija a los gobiernos de América Latina recuperar la doctrina Calvo; esto es, su soberanía jurisdiccional frente a las multinacionales.

Porque las empresas transnacionales van a seguir practicando el cabildeo activamente para que sus países de origen sigan firmando acuerdos sobre inversión. Tienen claro que, una vez frustrado el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) y aplazada la inclusión de la inversión en la Ronda Doha de la OMC, su mejor baza son los acuerdos sobre inversión que incluyen todas esas cosas que más arriba se han denunciado por los costes que implican y por reducir el espacio para que los gobiernos puedan aplicar políticas de desarrollo. Así lo expresa con todo lujo de detalles el documento que

²⁸ “En el Derecho Internacional, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el cobro de los créditos y las reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos. Y como los Estados europeos siguen entre ellos invariablemente la regla de no intervención por problemas económicos, no hay ningún motivo para que no la impongan también en sus relaciones con las naciones del nuevo mundo” (Carlos Calvo, citado por Miguel, 2005: 2).

²⁹ La Declaración del Consejo Permanente de la OEA de julio de 1975 dice: “Las empresas transnacionales deben someterse a la legislación y jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países donde realizan sus actividades y ajustarse a la política de desarrollo de los mismos” (Miguel, 2005: 2)

presentaba la estrategia de la patronal europea sobre los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea (UNICE, 2006).

Por eso, ahora que el dogma neoliberal está más tocado que nunca por la crisis más profunda que han sufrido Estados Unidos y Europa Occidental desde que empezaron a imponer el fundamentalismo de mercado, es un momento ideal para rechazar con los hechos uno de los preceptos básicos del neoliberalismo: “no hay alternativa”. Porque la hay, y resulta urgente y necesaria: las demandas inversor-estado siguen su curso contra los países latinoamericanos que en algún momento cedieron su soberanía jurisdiccional. Y porque es posible, y ahora está más cerca que nunca, dado que algo ha empezando ya a cambiar respecto al establecimiento de ese *clima favorable* al inversor externo tan querido por la estrategia neoliberal.

Así se refleja en el registro que lleva la UNCTAD sobre las medidas relativas a la inversión extranjera directa tomadas por los países. Desde 1991 a 2002 el 95% de los cambios legislativos fueron *medidas favorables* al inversor extranjero; esto es, de liberalización y promoción de la inversión externa. Sin embargo, entre 2003 y 2009 el 18% de los cambios legislativos han sido *menos favorables* al inversor extranjero. Así, las medidas de regulación o restricción de la inversión externa han subido desde el 5% de 2002 hasta el 30% de 2009 (UNCTAD, 2010c: 76-77). Esto se debe principalmente a medidas tomadas por países de América Latina, donde más del 60% de las modificaciones registradas durante los últimos años limitan las ventajas otorgadas a los inversores extranjeros.

El sentido de la marcha ya está marcado, y los actuales gobiernos de Bolivia y Ecuador han dado los primeros pasos. Pero todavía son insuficientes. Así que los gobiernos latinoamericanos deberían continuar decididamente por ese camino, que pasa necesariamente por recuperar cotas de soberanía nacional para desarrollar políticas de desarrollo. Ahora bien, como en general se avanza más y mejor en grupo que en solitario, es recomendable que las actuaciones sean colectivas, de un conjunto significativo de países latinoamericanos, ya que pueden resultar menos gravosas y más eficaces que gestos unilaterales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Burke-White, W. W. y A. von Staden (2008): “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law* 48(2).
- Chang, H-J (2004): *Retirar la escalera. La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- CIADI (2006): *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*.
- CIADI (2010a): *Carga de casos del CIADI: estadísticas*.

Disponible en: www.worldbank.org/icsid

- CIADI (2010b): *List of Cases*. Consultada el 14-8-2010.
Disponible en: www.worldbank.org/icsid
- CIADI (2010c): *Lista de estados contratantes*.
- Cosbey, A., H. Mann, L. E. Peterson y K. Von Moltke (2004): *Inversiones y desarrollo sustentable. Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones*, International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible en: www.iisd.org
- Franck, S. D. (2005): "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* vol 73, 1521-1625.
- Franck, S. D. (2007): "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration", *North Carolina Law Review*, 86, 1-83.
- Gal-Or, N. (2005): "NAFTA Chapter Eleven and the implications for the FTAA: the institutionalization of investor status in public international law", *Transnational Corporations*, 14, n° 2, agosto. Disponible en: www.unctad.org
- Gobierno de Bolivia, Equipo de Análisis del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cultos (2008): "Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado"; en Valdomir, S. y C. Santos (eds.)(2008): *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales. Los mecanismos de arreglos de diferencias Inversor-Estado y sus impactos sobre los derechos humanos y el ambiente*, REDES-Amigos de la Tierra Uruguay y Fundación Solón de Bolivia. Disponible en: www.redes.org.uy.
- Granato, L. (2005): *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Universidad de Belgrano, Argentina. Disponible en: www.eumed.net/libros/2005/lg/index.htm
- Gutiérrez-Haces, T. (2008): "Acerca de la protección a la inversión extranjera", *ALAI, América Latina en Movimiento*, noviembre. Disponible en: <http://alainet.org>
- Hernández Zubizarreta, J. (2009a): *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa*. Hegoa y OMAL, Bilbao. Disponible en: www.hegoa.ehu.es
- Hernández Zubizarreta, J. (2009b): "¿Lex Mercatoria o Derechos Humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales"; en J. Hernández Zubizarreta y P. Ramiro (2009): *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Icaria, Barcelona.
- Intermón (2008): *Letra pequeña, grandes abusos. Por qué los contratos petroleros en América Latina son un obstáculo para el desarrollo*, Informe de Intermón Oxfam n° 12, julio. Disponible en: www.intermonoxfam.org

- ITN, *Investment Treaty News* (varios números), International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible en: www.iisd.org/itn
- Leubuscher, S. (2006): "The Privatisation of Law: International Investment Agreements as Acts of Pretended Legislation", *Transnational Dispute Management*, 3(2), abril. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com
- Lowe, V. (2007): "Changing Dimensions of International Investment Law", *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series* n° 4/2007.
- Machado, D. (2009): "Ecuador y la denuncia a los Tratados Bilaterales de Inversión", *Argenpress*, 9-12-2009. Disponible en: www.argenpress.info
- Malik, M. (2008): "Recent Developments in International Investment Agreements and the Right of States to Regulate: 2007-2008", *2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators*, Marrakech, 3-4 de noviembre. Disponible en: www.iisd.org
- Malik, M. (2009): "Fair and Equitable Treatment". *Best Practices Bulletin* n° 3, International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible en: www.iisd.org
- Miguel, M. H. (2005): "Caso Cartellone: ¿es también una cálida manta para Calvo?", *Revista Jurídica de la Federación Interamericana de Abogados* 3.
- Moltke, K. Von y H. Mann (2004): "Towards A Southern Agenda on International Investment: Discussion Paper on the Role of International Investment Agreements", International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible en: www.iisd.org
- Mortimore, M. y L. Stanley (2006): "Obsolescencia de la protección a los inversores extranjeros después de la crisis argentina", *Revista de la CEPAL* 88, abril. Disponible en: www.eclac.org/revista
- Peterson, L. E. (2004): *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*. International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible en: www.iisd.org
- Peterson, L. E. (2009): "Argentine Crisis Arbitration Awards Pile up, but Investors still Wait for a Payout", *Law.com*, 25-6-2009.
- Public Citizen (2005): *Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica*, Public Citizen's Global Trade Watch. Disponible en: www.citizen.org
- Rosatti, H. (2003): "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino". Disponible en: www.eclac.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf
- Rosatti, H. (2005): Entrevista con Alvaro Torriglia en *La Capital*, 6 de febrero.

- Sacerdoti, G. (2007): "The Proliferation of BITs: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards", Bocconi University, Institute of Comparative Law (IDC), Research Paper n° 07-02. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=981020>
- Sondow, M. (2006): "Privatizando la justicia: el arbitraje en los tratados comerciales internacionales", *Rebelión*, 6 de septiembre. Disponible en: www.rebellion.org
- Stanley, L. (2004): "Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente", *CEPAL, Serie desarrollo productivo* n° 158, octubre. Disponible en: www.eclac.org
- Stiglitz, J. E. (2003): *Los felices 90. La semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid.
- Teitelbaum, A. (2004): "El ALCA entre nosotros: los tratados bilaterales de libre comercio", ponencia en III Congreso Internacional *Derechos y Garantías en el siglo XXI*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 8 al 10 de septiembre. Disponible en: www.bilaterals.org
- Teitelbaum, A. (2007): *Al Margen de la Ley. Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos*, ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.
- Teitelbaum, A. (2010): *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Icaria, Barcelona.
- UNCTAD (2004): *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2005): *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2006): "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", *International Investment Agreements Monitor* n° 4. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2008): "Latest developments in investor-State dispute Settlement", *International Investment Agreements Monitor* n° 1. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2009a): *World Investment Report-2009*. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2009b): "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", *International Investment Agreements Monitor* n° 1. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2009c): "Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009). Dispute Settlement", *International Investment Agreements Monitor* n° 3. Disponible en: www.unctad.org

- UNCTAD (2009d): *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. Series on International Policies for Development. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2009e): *La protección de la seguridad nacional en los AII*, Colección de publicaciones sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2010a): "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", *International Investment Agreements Issues Note* n° 1. Disponible en: www.unctad.org
- UNCTAD (2010b): *Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases (pending and concluded)*, consultada el 14-8-2010. Disponible en: www.unctad.org/iia-dbcases
- UNCTAD (2010c): *World Investment Report-2010*. Disponible en: www.unctad.org
- UNICE (2006): *UNICE Strategy on an EU Approach to Free Trade Agreements*, Bruselas, 7 de diciembre. Disponible en: www.unice.org
- Van Harten, G. (2008a): "A Case for an International Investment Court", *Society of International Economic Law*, Working Paper n° 22/08. Disponible en: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>
- Van Harten, G. (2008b): *Investment treaty arbitration and public law*, Oxford University Press.
- Yu, V. y F. Marshall (2008): "Investors' Obligations and Host State Policy Space", *2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators*, Marrakech, 3-4 de noviembre. Disponible en: www.iisd.org