

Sleeping lions

Tratados internacionales de inversión,
conflictos Estado-inversor y acceso a
alimentos, tierra y agua

Javier Pérez, Myriam Gistelinck, Dima Karbala

Oxfam

Mayo de 2011

Clausula de exención de responsabilidad

Los documentos de Trabajo de Oxfam son elaborados para contribuir al debate público y suscitar comentarios sobre temas de política humanitaria y de desarrollo. Son documentos “en evolución” que no necesariamente presentan un trabajo definitivo ni reflejan las posturas de Oxfam. Las opiniones y recomendaciones expresadas son las de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones de Oxfam.

Para obtener más información o realizar comentarios sobre este informe, puede enviar un correo electrónico a Karolien Debel (kde@oxfamsol.be) o Matilde Sambade (msambade@intermonoxfam.org).

Resumen

Los recursos naturales del planeta se hallan actualmente bajo una presión creciente y a menudo son objeto de conflictos entre empresas, Estados y comunidades. Los gobiernos nacionales y las instituciones internacionales son los responsables de diseñar el escenario en el que operan los distintos intereses. A medida que las inversiones extranjeras en tierra, agua y otros recursos naturales van aumentando en número y magnitud, los tratados internacionales de inversión se vuelven cada vez más relevantes. El marco jurídico internacional sobre inversión prioriza la protección de los derechos de los inversores por encima de casi cualquier otra consideración.

¿Debilitará este sistema la capacidad de los países en vías de desarrollo para regular los sectores de la alimentación, la tierra y el agua e introducir políticas que promuevan la seguridad alimentaria y la reducción de la pobreza? ¿Qué lecciones pueden aprenderse del pasado? Este documento expone los principales elementos de este debate a través del análisis de once casos de controversias internacionales entre inversores y Estados.

Índice

Resumen.....	2
Índice	3
Introducción	5
Poner los recursos naturales al servicio del interés público	7
Los recursos naturales relacionados con los alimentos bajo creciente presión en los países en vías de desarrollo	8
El cambio climático	8
Más gente, ciudades más grandes, más demanda de alimentos.....	9
Geopolítica de los alimentos.....	9
El sector agrícola como una nueva posibilidad de inversión	9
La importancia del marco regulatorio	11
El marco regulatorio nacional	11
El marco regulatorio internacional sobre inversión	12
Los riesgos de los tratados de inversión: aprender de las lecciones del pasado	19
Acceso a la tierra.....	21
Caso 1 -Sawhoyamaxa contra Paraguay	21
Caso 2 - Glamis Gold Ltd. contra EE.UU.....	22
Acceso al agua	24
Caso 3 -Pacific Rim Mining Corp. contra El Salvador	25
Caso 4 - Aguas del Tunari contra Bolivia	27
Caso 5 - Aguas Argentinas S.A. contra Argentina.	28
Caso 6 - Biwater contra Tanzania.....	30

Otros casos:	31
Caso 7 – Inversores italianos y luxemburgueses contra Sudáfrica.	32
Caso 8 – CMS Gas Transmission Company contra Argentina.	33
Caso 9 – Ethyl Corporation contra Canadá.....	35
Caso 10 – Cargill Incorporated contra México.....	37
Caso 11 – Vattenfall contra Alemania	38
Cuestiones para el debate	40
Transparencia	40
Nivel de detalle de las disposiciones	40
Responsabilidad del inversor.....	41
Los costos del arbitraje	42
Protección de sectores estratégicos.....	43

Introducción

La gestión y el acceso a la tierra y el agua son clave para asegurar la seguridad alimentaria y la reducción de la pobreza. En los próximos años, esta importancia irá en aumento. Sin embargo, estos recursos naturales a menudo se convierten en objeto de importantes conflictos de poder entre empresas, Estados y comunidades. Estos conflictos no tienen lugar en el seno de un vacío institucional, sino que los gobiernos nacionales y las instituciones internacionales son los responsables de diseñar el escenario en el cual operan estos distintos intereses. Las normas nacionales e internacionales permiten a las empresas invertir en tierras, agua y otros recursos naturales tanto en sus propios países como en el extranjero.

Este informe se centra en una parte específica del marco legal internacional: los tratados internacionales de inversión¹. Éstos son relevantes porque llegan a casi todos los rincones del globo y van ganando importancia como prácticamente los únicos instrumentos vinculantes que regulan los flujos mundiales de inversión. Además, la mayoría de ellos permiten a los inversores extranjeros iniciar acciones legales internacionales contra los Estados anfitriones cuando sienten que sus intereses se están viendo afectados. En algunos casos, se han denunciado políticas con objetivos legítimos ante los tribunales de arbitraje internacional y se ha obligado a los Estados a pagar cientos de millones de dólares en indemnizaciones. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), mientras que en 1995 sólo habían habido 5 casos de arbitraje internacional, en 2010 ya se han alcanzado los 337.

El objetivo principal de este informe es evaluar el marco regulatorio internacional sobre inversión y sus implicaciones para el acceso a la tierra y el agua de las personas que viven en la pobreza en su lucha por la justicia alimentaria. ¿Se puede ganar la lucha contra el hambre mientras el sistema aún está gobernado por estas normas? Cuestionar este marco, ¿puede representar un punto de inflexión en la lucha contra el hambre y la injusticia global? ¿Podría reformarse el marco existente de tal manera que se alcanzaran unas mejoras tangibles en el equilibrio de poder entre los inversores extranjeros, por una parte, y los gobiernos y comunidades de los países anfitriones, por la otra?

En las secciones 1 a 3 se describen el contexto y el marco regulatorio en el que se lleva a cabo esta lucha de intereses. En la sección 4 se presenta una selección de 11 conflictos (extraídos de una selección inicial de 26 casos de similar importancia hecha por Oxfam) relevantes desde el punto de vista de la regulación del acceso a la tierra y el agua. Hay que señalar que estos casos no son más que la punta del iceberg, ya que muchos de los casos de arbitraje se mantienen deliberadamente ocultos al público o se resuelven de forma informal, antes de convertirse en conflictos oficiales, mediante la cesión de los países anfitriones ante las demandas de las compañías por miedo a tener que pagar millones de indemnización. Los casos seleccionados también son muy relevantes porque nos muestran lo que podría suceder en breve, cuando los proyectos de inversión actuales en agricultura, tierra o agua maduren y empiecen a surgir conflictos entre los inversores y los Estados anfitriones. En la sección 5 se plantean algunas cuestiones importantes para debatir sobre los cambios que deberían tener lugar para asegurar que el sistema legal internacional de inversión no representa un obstáculo para regular el acceso a los

¹ En este informe se utiliza una definición de 'tratados internacionales de inversión' en sentido amplio, que incluye: Tratados Bilaterales de Inversión (BIT, por sus siglas en inglés); los capítulos de inversión de los Acuerdos de Libre Comercio Regionales; el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios y el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (GATS y TRIM por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial del Comercio; otros acuerdos multilaterales de inversión (como la Carta de la Energía) y los contratos de inversión sectoriales empresa-estado o estado-estado. En el informe se puede encontrar una descripción de cada uno de ellos.

recursos naturales en defensa del interés público. En la conclusión se plantean una serie de recomendaciones clave en este sentido.

Poner los recursos naturales al servicio del interés público

La mayoría de las actividades humanas se basan, de una manera u otra, en los recursos naturales. En los países en vías de desarrollo, esta relación es especialmente fuerte y relevante. Su rica dotación de recursos naturales y el contexto histórico del desarrollo de sus economías ayudan a explicar la dependencia social, económica y financiera que algunos países tienen de los recursos naturales.

Aunque la mayoría de la población mundial vive en ciudades, tres cuartas partes de las personas que pasan hambre viven en zonas rurales y la mayoría de ellas dependen de la agricultura (los cultivos, la ganadería, la agrosilvicultura, la pesca y la acuicultura) para subsistir². La mitad de ellos dependen de la agricultura a pequeña escala, el 20 por ciento son campesinos sin tierra y el 10 por ciento viven del pastoreo de ganado, la recolección y la pesca³. En muchos países en desarrollo, las mujeres son la principal mano de obra agrícola y las principales productoras de alimentos. Para todos ellos, las tierras, el agua o los bosques son absolutamente esenciales y representan mucho más que simples medios de producción.

Sin embargo, no se trata únicamente de una cuestión de subsistencia. La economía de muchos de los países en vías de desarrollo depende, en gran medida, de actividades relacionadas con los recursos naturales. Estas actividades pueden ser una fuente importante de crecimiento económico, creación de empleo, reducción de pobreza y atracción de inversiones, así como uno de los principales motores de los sectores relacionados. En los países en vías de desarrollo, la agricultura genera de media el 29 por ciento del producto interior bruto y emplea al 65 por ciento de la mano de obra⁴. En 2008, el 69,5 por ciento de las exportaciones de los Países Menos Adelantados fueron en materias primas no elaboradas (62,5 por ciento combustibles minerales y petróleo; 3,1 por ciento minerales, escorias y cenizas; 2,6 por ciento metales y piedras preciosas; y 1,3 por ciento madera)⁵.

Por otra parte, en un buen número de países en vías de desarrollo, los recursos naturales como la tierra y el agua cuentan todavía con un significado cultural y comunitario especial. En muchos de estos países, las instituciones y estructuras locales y comunitarias dedicadas a la gestión de la tierra y el agua coexisten con las del Estado. Esto representa un reto importante, ya que mezcla tradición y modernidad bajo un solo régimen. En el sur de África, tanto Zambia como Mozambique han integrado la tenencia consuetudinaria en el marco jurídico de la tierra, mientras que, en el oeste del continente, Ghana y Mali cuentan con fuertes regímenes de tenencia consuetudinaria reconocidos por la ley. Por otra parte, la cultura indígena está intrínsecamente vinculada a estos recursos naturales, lo que les confiere un significado que va más allá del mero valor de uso e intercambio.

Por todo esto, las posibilidades de los países en desarrollo alcancen un crecimiento sostenible y global, la reducción de la pobreza, y el respeto y fomento de los derechos de sus gentes a la alimentación, el agua y a una vida digna están vinculadas intrínsecamente

² FAO (2010), "El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2010: la inseguridad alimentaria en crisis prolongadas", Roma: FAO.

³ UN Millennium Project Task Force on Hunger, (2005), "Halving Hunger: It Can Be Done", Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

⁴ Banco Mundial, (2008), "Agricultura para el Desarrollo", Washington. Informe sobre el Desarrollo Mundial.

⁵ Cálculos de los autores basados en los datos de julio de 2010 de la base de datos Trade map (<http://www.trademap.org>) del International Trade Centre (ITC).

al futuro de sus recursos naturales. Sus posibilidades dependerán, en gran medida, de si estos recursos naturales se gestionan de forma suficientemente sostenible, justa y equilibrada, del tipo de normas que se establezcan para regularlos y de su nivel de aplicación. Sin embargo, también dependerán del nivel de las normas de responsabilidad social corporativa que las empresas relevantes se impongan a sí mismos para sus inversiones en el extranjero.

Los recursos naturales relacionados con los alimentos bajo creciente presión en los países en vías de desarrollo

Actualmente, los recursos naturales se hallan bajo una presión creciente a nivel mundial, tanto por motivos comerciales como por motivos no comerciales. Esto también se aplica a la tierra y el agua, dos recursos naturales cuya importancia aumentará en los próximos años en la medida en que afectan a la seguridad alimentaria y los medios de vida sostenibles en los países en desarrollo. Existen muchas causas interrelacionadas detrás de esta situación, como se explica a continuación.

El cambio climático

Se espera que el cambio climático aumente la degradación del suelo y la escasez de agua en muchas zonas del mundo durante los próximos años y décadas. Alrededor del año 2050, 200 millones de personas podrían tener que desplazarse cada año a causa del hambre, la degradación ambiental y la pérdida de tierras.⁶ El derretimiento de los glaciares y la pérdida de nieve en las montañas a causa del cambio climático aumentarán el riesgo de inundaciones durante la estación de las lluvias, y durante la estación seca se verán amenazados los suministros de agua de una sexta parte de la población mundial⁷. Para el año 2050, se cree que el cambio climático habrá reducido la disponibilidad de agua un 10-30 por ciento en las regiones secas⁸. En pocas palabras, esto obligará a la gente a repartirse un “pastel más pequeño y pobre”. La búsqueda de un nuevo equilibrio ya está provocando conflictos armados, refugiados medioambientales y la externalización de la producción de alimentos en algunas regiones del mundo.

Se prevé que el nuevo régimen climático global, que aún se está diseñando en diferentes procesos multilaterales, aumentará los posibles usos de estos recursos y los desviará de sus funciones tradicionales relacionadas con los alimentos. La producción de cosechas en los países en desarrollo para responder a la demanda mundial de biocombustibles impulsada por ley y las inversiones relacionadas con el mercado del carbono (la compra de créditos de carbono en agricultura o bosques en los países en vías de desarrollo) son sólo dos de los ejemplos de una realidad que ya está llamando a la puerta de muchos países en vías de desarrollo.

⁶Oxford Refugee Studies Centre, (2008), “Climate Change and Displacement”, Forced Migration Review, Edición del 31 de octubre de 2008, Oxford, Universidad de Oxford.

⁷ Stern, N. (2006) “The economics of climate change: the Stern review”, Cambridge: Cambridge University Press.

⁸ IPCC (2007), “WGII Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Climate Change Impacts, Adaptation and Vulnerability”. Capítulo 3: Kundzewicz Z. y Mata JL. “Freshwater Resources and their Management”.

Más gente, ciudades más grandes, más demanda de alimentos

La combinación de crecimiento demográfico, aumento de las tasas de urbanización y la expansión de unos patrones dietéticos insostenibles está entre los factores que provocan el aumento de la demanda global de tierra y agua, debido principalmente al aumento de las necesidades alimentarias. En 2030, la producción mundial de cereales y carne debería ser, respectivamente, un 50 y un 85 por ciento superior a los niveles del año 2000 para poder responder a la demanda mundial prevista⁹. Las clases medias de muchos países en vías de desarrollo están adoptando hábitos alimenticios occidentales (concretamente, el consumo de carne). Estos hábitos se basan en unos modelos de ganadería y en unos patrones de consumo no sostenibles que están agotando los recursos naturales y dañando los ecosistemas de todo el mundo¹⁰. Con alrededor del 70 por ciento de la población mundial viviendo en ciudades o áreas urbanas en 2050, frente al 49 por ciento actual, aumentará la demanda de agua y tierras alrededor de las ciudades, junto con el porcentaje de la población mundial que dependerá de la compra de alimentos.

Geopolítica de los alimentos

Estimulados por la incertidumbre y las limitaciones nacionales en el suministro de alimentos y la incertidumbre, algunos países ricos dependientes de la importación de estos bienes han empezado a aplicar políticas exteriores geoestratégicas para garantizar su abastecimiento de alimentos en el extranjero, a través de acuerdos intergubernamentales sobre tierras que pueden ser ejecutados por empresas del sector público o privado. Los siguientes ejemplos son sólo los primeros de muchos otros que están siendo negociados en la actualidad: Mali-Libia, Liberia-Libia, Siria-Sudán, Jordania-Sudán, y las “joint ventures” catariés en Sudán, Indonesia y Vietnam¹¹. Esto aumenta, de nuevo, la presión sobre los recursos de tierra y agua en los países anfitriones, con un alto riesgo de involucrar recursos que son claves para la propia seguridad alimentaria de estos países. Aunque la categorización de la tierra como “disponible”, “residual” o “marginal” se utiliza para justificar la asignación de tierras a los inversores, estas tierras son, a veces, la fuente de subsistencia para las personas más pobres de estos países. O, tal como lo expresa la Unión Africana: “La tierra debe provenir de alguna parte, ya sea de las tierras de los pequeños agricultores, tierras comunales o áreas de conservación. No existen tierras libres en ninguno de nuestros países, así que las comunidades inevitablemente serán desplazadas y se les negarán sus territorios y recursos naturales”¹².

El sector agrícola como una nueva posibilidad de inversión

La desaceleración económica global ha afectado con especial virulencia a muchos de los sectores (activos financieros, sector inmobiliario, de materias primas...) que

⁹Rosegrant, Mark et al., (2007), “Future Scenarios for Agriculture: Plausible Futures to 2030 and Key Trends in Agricultural Growth”, investigación para el Informe sobre el Desarrollo Mundial 2008 del Banco Mundial.

¹⁰Oxfam Novib, (2010), “People, Planet and Proteins: Towards a just and sustainable livestock system”. Documento de trabajo de Oxfam. La Haya.

¹¹Cotula, L., Vermeulen, S., Leonard, R., y Keely, J. (2009): “Land grab or development opportunity? Agricultural investments and international land deals in Africa”, FAO, IFAD, IEED. Disponible en http://www.ifad.org/pub/land/land_grab.pdf

¹²African Union Economic Commission for Africa, (2009), “Policy in Africa: A Framework to Strengthen Land Rights, Enhance Productivity, and Secure Livelihoods”, versión revisada.

anteriormente concentraban las actividades internacionales de inversión especulativa. Este hecho, junto con la expectativa de precios elevados de alimentos a largo plazo, ha convertido a la producción agrícola en un nuevo nicho para la inversión internacional especulativa y no especulativa, con el consiguiente impacto sobre la demanda de recursos naturales en los países en vías de desarrollo. En muchos de estos países, la inversión extranjera privada directa es muy necesaria y bienvenida, precisamente por la falta de inversión pública en la agricultura y las limitaciones de las fuentes alternativas de financiación de inversiones¹³. Sin embargo, tal como se tratará ampliamente en este informe, no toda la inversión agrícola es buena y alguna puede resultar francamente desastrosa, aunque se presente como parte del esfuerzo por alimentar al mundo o por reducir las emisiones de carbono.

Por último, la apropiación de tierras se presenta como la manifestación más extrema de este aumento en la presión sobre los recursos naturales relacionados con los alimentos. Las adquisiciones de tierras a gran escala no son algo nuevo; sí es nuevo, en cambio, el ritmo al que se suceden actualmente. Desde 2008, las adquisiciones de tierra a gran escala han aumentado de forma vertiginosa. La cifra más reciente aceptada públicamente por el Banco Mundial es de 45 millones de hectáreas adquiridas entre 2008 y 2009¹⁴. Sin embargo, nuevas estimaciones (de la "International Land Coalition") ya sugieren que en los últimos años ha habido inversores que han comprado o arrendado hasta 80 millones de hectáreas en países pobres¹⁵. El agua no puede considerarse con independencia de la tierra. Los alimentos y los animales son los principales "contenedores del agua", por lo que, cuando hay una apropiación de tierra y salen del país alimentos u otros productos, también hay una apropiación del agua "oculta" en esos productos. Además, el agua no es simplemente una fuente de irrigación; estimaciones recientes muestran que 15 millones de las hectáreas apropiadas se han destinado a la producción acuícola orientada a la exportación, con importantes consecuencias para el medio ambiente y para la seguridad alimentaria local. Las apropiaciones de tierras también pueden causar la contaminación del agua, con graves consecuencias para la población y los consumidores.

¹³La FAO calcula que se necesitan inversiones adicionales de 83.000 millones de dólares anuales en la agricultura de los países en vías de desarrollo y otras actividades relacionadas para satisfacer la necesidad global de alimentos en 2050. La capacidad de los países en desarrollo de llenar ese vacío es limitada. La proporción del gasto público en agricultura en los países en desarrollo ha caído hasta alrededor del siete por ciento, y aún es menor en África, y la proporción de ayuda oficial al desarrollo destinada a la agricultura se ha reducido a tan sólo el cinco por ciento. Es necesario un compromiso urgente, sostenido y sustancial con la inversión en la agricultura para revertir la disminución de la financiación nacional e internacional para la seguridad alimentaria, la agricultura y el desarrollo rural en los países en desarrollo.

¹⁴ Banco Mundial (2010), "Rising Global Interest in Farmland. Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?". Washington.

¹⁵ International Land Coalition (ILC), "Commercial Pressure on Land, Monitoring Land Transactions". Información obtenida con los datos disponibles a marzo de 2011 en: <http://www.commercialpressuresonland.org/monitoring-land-transactions>.

La importancia del marco regulatorio

Dada la importancia de los recursos naturales en los países en desarrollo y el contexto de recursos limitados expuesto, se plantea una situación con riesgos y oportunidades. La probabilidad de obtener un resultado que minimice los riesgos y aproveche al máximo las oportunidades de los sectores más vulnerables de estos países dependerá principalmente de la voluntad y capacidad de los países anfitriones de establecer unos marcos regulatorios sólidos, equitativos y ejecutables. Sin embargo, estos marcos regulatorios no los desarrolla un gobierno de forma aislada, sino que están integrados dentro de un entramado de regulaciones nacionales, regionales e internacionales que rigen la forma en que operan los inversores.

Aunque se aparte del enfoque de este trabajo, es importante tener en cuenta que, además del marco regulatorio, existen iniciativas del sector privado para establecer directrices voluntarias que fomentan el comportamiento empresarial responsable más allá de los niveles obligatorios establecidos por la ley¹⁶. Sigue siendo un reto asegurar que el comportamiento de las empresas en el extranjero y, más concretamente, sus enfoques para la solución de controversias inversor-Estado sean consistentes con los estándares sociales y ambientales que dicen defender¹⁷.

El marco regulatorio nacional

En muchos países en vías de desarrollo, las leyes nacionales no garantizan de manera adecuada la gestión sostenible de los recursos naturales ni ofrecen una protección adecuada a los grupos vulnerables. Las leyes nacionales y locales en materia de inversión, energía, derechos sobre la tierra, derechos sobre el agua, salud pública, controles al capital, protección del medio ambiente, etc. tienden a ser poco claras e insuficientes a la hora de afrontar los retos futuros. Cuando existen estas leyes, su aplicación suele ser muy débil y los intereses de desarrollo económico de los gobiernos se priorizan a menudo por delante de las políticas nacionales en estos temas¹⁸. Los sistemas jurídicos con bases consuetudinarias tienen dificultades para combinar las necesidades actuales con los sistemas tradicionales.

En contraste con estos débiles mecanismos reguladores a nivel nacional, el marco jurídico internacional sobre inversión establece para los inversores extranjeros unos derechos firmes y ejecutables¹⁹. Esta discrepancia entre el débil marco regulador a nivel nacional y el fuerte régimen de protección de inversores en el plano internacional ha demostrado ser merecedora de una seria atención, tal como se argumentará a partir de los siguientes casos prácticos. En el pasado, los gobiernos se han visto obstaculizados por el actual marco internacional a la hora de desarrollar leyes nacionales o de aplicar medidas políticas, incluso cuando éstas estaban destinadas a cumplir con objetivos legítimos de

¹⁶ Por ejemplo, las "Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales" proporcionan un conjunto de principios voluntarios para una conducta empresarial responsable que se basan en diferentes convenios nacionales de derechos humanos, laborales y ambientales.

¹⁷ Para más información acerca de enfoques alternativos sobre litigios inversor-estado, consulte las iniciativas de la UNCTAD sobre métodos alternativos para resolverlos y prevenirlos (www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=5578&lang=1)

¹⁸ Cotula, L., Vermeulen, S., Leonard, R., y Keely, J. (2009): "Land grab or development opportunity? Agricultural investments and international land deals in Africa", FAO, IFAD, IIEED. Disponible en http://www.ifad.org/pub/land/land_grab.pdf

¹⁹ Smaller, C., Mann, H., (2009), "A Thirst for Distant lands. Foreign investment in land and water", IISD, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2009/thirst_for_distant_lands.pdf

política pública o con sus obligaciones en materia de derechos humanos. A pesar de que este marco internacional no determina directamente la legislación nacional, los gobiernos corren el riesgo de entrar en una “zona problemática” cuando cualquier tipo de medida política puede, potencialmente, afectar a los intereses de los inversores extranjeros en su país.

El derecho internacional de los derechos humanos tampoco proporciona un marco eficaz para la protección de los derechos de las comunidades afectadas a nivel nacional e internacional, debido a sus débiles mecanismos de ejecución²⁰.

El marco regulatorio internacional sobre inversión²¹

El marco jurídico internacional sobre inversión es un *collage* inmenso y descentralizado formado por acuerdos multilaterales (p.ej. el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios –GATS–; las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio –TRIM– o la Carta de la Energía), tratados bilaterales de inversión (p. ej. el BIT entre Italia y Sudáfrica) y acuerdos de libre comercio bilaterales o regionales con capítulos sobre servicios e inversión (p.ej. el Tratado de Libre Comercio de América del Norte –NAFTA–; o el Acuerdo de Asociación Económica –EPA– entre la UE y Caribe)²². Los contratos de inversión entre Estados o entre una empresa y un Estado también forman parte de este marco (véase el Cuadro 4). En los dos últimos años, estos contratos han aumentado significativamente en los sectores de la tierra y la agricultura. El tamaño del terreno afectado por los acuerdos de adquisición de tierras firmados entre 2008 y 2009 fue diez veces mayor de lo que había sido la media de los últimos años²³.

Este conjunto de normas de inversión, que ha “crecido gradualmente”, regula los 1.500 millones de dólares destinados anualmente a actividades de inversión transfronteriza, que abarcan tanto las inversiones de cartera como las inversiones extranjeras directas. No existe un sistema multilateral común que regule los flujos de inversión globales. De hecho, los esfuerzos por desarrollar un acuerdo multilateral único sobre inversión han fracasado sistemáticamente, entre otras razones a causa de la fuerte oposición de la sociedad civil y los países en desarrollo²⁴. A pesar de esta oposición a un marco estandarizado y global de las normas de inversión, los gobiernos han seguido con negociando y firmando muchos contratos de inversión y tratados bilaterales o regionales

²⁰ De Schutter, O. (2005), “Transnational corporations and human rights: an introduction”, Global Law Working Paper.

²¹ Para una visión más amplia, véase Singh, K. (2007), “Why Investment Matters. The Political Economy of International Investments”, FERN, The Corner House.

²² Es importante señalar que la liberalización del comercio de servicios (y en particular el modo 3 del GATS de la OMC) también puede ser considerado como la liberalización del acceso a los mercados para la inversión.

²³ Entre 4 y 45 millones de hectáreas de tierra se vieron afectadas, de acuerdo con las estimaciones prudentes presentadas por el Banco Mundial en 2010. Banco Mundial (2010), “Rising Global Interest in Farmland. Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?” Washington.

²⁴ El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) fue un proyecto de acuerdo negociado entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1995-1998. Su objetivo era desarrollar normas multilaterales que garantizaran que la inversión internacional se regía de una manera más sistemática y uniforme entre estados. Cuando el proyecto se hizo público en 1997, suscitó críticas generalizadas por parte de grupos de la sociedad civil y países en desarrollo, concretamente sobre la posibilidad de que el acuerdo pudiera dificultar la regulación de la inversión extranjera. Después de que los críticos del tratado librasen una intensa campaña mundial contra el AMI, la nación anfitriona, Francia, anunció en octubre de 1998 que no apoyaría el acuerdo, lo que supuso su muerte de facto, debido a los procedimientos de consenso de la OCDE.

de inversión. La red resultante de acuerdos de inversión y contratos legales es de hecho muy similar al enfoque estandarizado y global que fue rechazado hace una década.

CUADRO 1. “Desarrollo y sostenibilidad” en la evolución de los tratados de inversión de EE.UU., Canadá y la UE

Canadá y Estados Unidos figuran entre los primeros países anfitriones en ser demandados por inversores extranjeros, en virtud de las disposiciones sobre inversión del Capítulo 11 del NAFTA. Al darse así cuenta de que estos tratados podrían limitar seriamente su propio espacio político, adaptaron en consecuencia su modelo de tratado de inversión.

Concretamente, añadieron ciertas restricciones relacionadas con el trato justo y equitativo y la expropiación con el fin de salvaguardar sus propias políticas medioambientales y sociales²⁵. Las cuestiones de desarrollo no se tuvieron en cuenta en esta reforma. Al contrario, tanto los EE.UU. como Canadá continuaron expandiendo su red de tratados de inversión con economías en vías de desarrollo y emergentes, sin incorporar en estos acuerdos ninguna disposición que tuviera en cuenta las necesidades específicas de estos países.

En cuanto a Europa, la mayoría de los Estados continúan utilizando los mismos modelos que utilizaban hace 40 años. Éstos protegen a los inversores extranjeros de la forma más amplia posible y no incorporan ninguna de las nociones de desarrollo sostenible. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la inversión extranjera directa se ha convertido en una parte clave de la política de comercio exterior de la UE y ya no es competencia de los países de la UE de forma individual. Como resultado, se inició en la segunda mitad de 2010 un proceso de revisión de los BIT actuales de los Estados miembros. La UE está desarrollando los parámetros de esta nueva política europea de inversiones, aunque la mayoría de los países europeos quieren mantener el sistema tal y como está. Es demasiado temprano para saber si esta oportunidad se utilizará para mejorar el modelo de tratado mediante la introducción de contenido sobre desarrollo y medio ambiente.

Entre los países en vías de desarrollo, también se utiliza una amplia variedad de modelos de tratados de inversión. El tratado de inversión del COMESA, por ejemplo, se refiere claramente a objetivos relacionados con los derechos humanos en la introducción de su acuerdo modelo. Este modelo también introduce algunas limitaciones importantes para el derecho de los inversores a un “trato justo y equitativo” y concede más libertad de acción a los Estados anfitriones cuando son llevados a arbitraje.

La proliferación de los acuerdos de inversión ha pasado relativamente desapercibida para el público en general si tenemos en cuenta la relevancia de las cuestiones implicadas. En 2009, se llevaban firmados casi 3.000 tratados bilaterales de inversión. En 2008, se aprobaron 59 BIT nuevos y en 46 de ellos formaban parte países en vías de desarrollo (13 entre países en desarrollo; 26 con países desarrollados y 7 con “otros”)²⁶. Aunque están aumentando su peso en el panorama general, los BIT sur-sur sólo representan el 26 por ciento de todos los BIT firmados hasta 2008²⁷.

Estos tratados de inversión forman parte del sistema de derecho internacional. Sus normas imponen obligaciones a los países firmantes y se convierten en parte de su ordenamiento jurídico interno. Existen diferentes mecanismos mediante los cuales los países pueden incorporar los tratados internacionales al derecho interno (de forma

²⁵Bernasconi, N., Johnson, L. (2010), “Belgium’s Model Bilateral Investment Treaty: a commentary, International Institute for Sustainable Development”, estudio encargado por Oxfam-Solidarité. Bruselas.

²⁶ UNCTAD, (2009), “Recent Developments in International Investment Agreements” (2008-2009). IIA Monitor No.3 (2009). Nueva York. Ginebra.

²⁷Ibid.

automática, por decreto gubernamental, después de la aprobación parlamentaria, por referéndum público, etc.). La autoridad de negociación recae sobre los gobiernos involucrados y lo mismo se aplica a la facultad para retirarse de un tratado. Cada tratado prevé lo que las partes deben hacer si quieren renegociarlo o retirarse de éste. Normalmente, los tratados de inversión permanecen en vigor por un período de 10-20 años y están abiertos a la renegociación, a petición de una de las partes. En caso de retirada de uno de los Estados, los tratados acostumbran a garantizar 10-15 años de cobertura de protección para las inversiones realizadas en virtud de la legislación anterior.

Al firmar estos acuerdos, los gobiernos quieren mostrar su voluntad de promover lazos económicos bilaterales. La firma de un acuerdo de inversión también está orientada a promover la imagen del país como un país en el que los inversores son bienvenidos. Más que promover la inversión extranjera como tal²⁸, los tratados están orientados a proporcionar el máximo nivel de protección posible a los inversores extranjeros y sus activos. Proporcionan la libre repatriación de beneficios y fondos, protegen en caso de que se reciba un trato menos favorable que el de los inversores locales (“trato nacional”) o los inversores de terceros países (“nación más favorecida”), proporcionan también ciertos estándares de protección absolutos (“trato justo y equitativo”), así como una promesa de indemnización en caso de nacionalización o expropiación (definido con frecuencia en sentido amplio para incluir casos de expropiación “indirecta o regulatoria” como se explica en el Cuadro 5, más adelante).

Estas disposiciones se hacen exigibles mediante un mecanismo de resolución de controversias de gran alcance que permite a los inversores, y sólo a éstos, iniciar demandas de arbitraje contra los Estados anfitriones en caso de incumplimiento de algunas de estas disposiciones (véase el Cuadro 3). En este caso, los inversores designan un árbitro, el Estado hace lo mismo y se elige un tercer árbitro por consenso. Estas tres personas son las que decidirán, en base a las normas del tribunal de arbitraje escogido (véase el Cuadro 4), sobre el destino de una medida del gobierno. El tribunal obligará al país a pagar una indemnización a los inversores si la medida cuestionada se considera una violación de las disposiciones de protección de inversiones del tratado de inversión aplicable²⁹. Por lo general, no existe ni la obligación de agotar la vía judicial doméstica antes de acudir al arbitraje internacional ni la posibilidad de apelar contra la decisión del tribunal. Bajo muchos tratados de inversión, si una de las partes así lo desea, las decisiones se toman totalmente en secreto y sin ninguna posibilidad de que intervengan terceros. En los acuerdos de libre comercio de EE.UU. más recientes, se abordan algunas de las cuestiones relativas a la transparencia y la participación de terceros³⁰.

²⁸ Los datos empíricos sobre la eficacia de los acuerdos de inversión a la hora de promover la inversión en los países en desarrollo son variados. Por ejemplo: Hallward Driemeier (2003) “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite” Banco Mundial; o Tobin, J y Rose-Ackermann, S, (2005): “Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties”. Yale Law School Center for Law.

²⁹ Algunos tribunales, como el ICSID, cuentan con mecanismos más fuertes que otros para hacer cumplir las decisiones. Además, también cabe mencionar que algunos países (p.ej. Zimbabue) se negaron a pagar la indemnización que se les había impuesto. Otros países (p.ej. Egipto) se han mostrado muy consistentes a la hora de cumplir con sus obligaciones.

³⁰ El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR) y el Tratado de Libre Comercio entre Perú y EE.UU. cuentan con unas disposiciones de transparencia bastante amplias en lo que se refiere al arbitraje inversor-estado. Estas disposiciones requieren que las audiencias de arbitraje estén abiertas al público y que la mayor parte de los documentos relacionados con estos arbitrajes se hagan públicos, incluidos los alegatos y las memorias, así como las indemnizaciones, las órdenes y los fallos del tribunal. El TLC Perú-EE.UU. también permite a los tribunales de arbitraje aceptar *amicus curiae* de terceros (véase Investment Treaty News en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_oct30_2007.pdf)

CUADRO 2. Resumen de los casos de arbitraje presentados ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (2009)



Fuente: Elaboración propia basada en información suministrada por la Representación Permanente de Holanda ante la UE en Noviembre de 2010.

Por otro lado, estos acuerdos no incluyen ningún tipo de obligación para los inversores en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el respeto por los derechos humanos o las normas de buen gobierno. En caso de que los inversores extranjeros no se comporten según las normativas nacionales, las comunidades afectadas y los gobiernos anfitriones sólo pueden hacer uso de tribunales nacionales y de tribunales de derechos humanos regionales o internacionales con mecanismos de ejecución mucho más débiles³¹. Esto se complica aún más por los problemas asociados a la ausencia de jurisdicción extraterritorial. A causa de la compleja estructura de las empresas transnacionales, los países anfitriones a menudo no pueden hacer cumplir las obligaciones de la empresa en materia de derechos humanos porque el responsable de las violaciones opera desde fuera de su territorio. Es por todo esto que el acceso a la justicia resulta una cuestión tan problemática.

³¹Para una comparación más completa entre los aspectos clave del derecho internacional de los derechos humanos y la ley internacional sobre inversión, véase Peterson, L., (2009), "Human Rights and Bilateral Investment Treaties. Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration".

CUADRO 3. Arbitraje internacional en los tratados de inversión: instituciones y normas³²

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID)

El ICSID del Banco Mundial es la única institución creada específicamente para solucionar conflictos entre inversores y gobiernos. El tribunal del ICSID actúa con independencia del Banco Mundial. El ICSID es el único que publica la lista completa de los arbitrajes que tienen lugar bajo sus auspicios. Sin embargo, las audiencias son a puerta cerrada a menos que ambas partes decidan lo contrario.

Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL)

La UNCITRAL no gestiona procedimientos de arbitraje, sino que ha elaborado unas normas de procedimiento que pueden ser utilizadas por las partes que deseen recurrir al arbitraje de sus diferencias mediante un procedimiento "ad hoc". Puesto que los arbitrajes de la UNCITRAL no se llevan a cabo bajo un mismo techo, es muy difícil conocer el número de arbitrajes en curso. Sin embargo, las reglas se incluyen ampliamente en los tratados bilaterales y las encuestas sugieren que un número considerable de arbitrajes sobre tratados de inversión tienen lugar a través de este canal menos visible.

Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)

Aunque no se incluyen con tanta frecuencia en los tratados de inversión, las normas de la SCC se encuentran en una minoría de los tratados bilaterales de inversión de Europa del Este y en la Carta de la Energía. Hay poca información disponible sobre los casos de arbitraje que han tenido lugar en este foro.

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, es un lugar de arbitraje muy común para el arbitraje comercial. Sin embargo, recientemente también ha recibido algunos casos relacionados con tratados de inversión. Se sabe muy poco de estos casos.

Durante muchos años, la mayoría de los tratados de inversión han sido como 'leones durmientes' con unas implicaciones legales muy limitadas. De hecho, estos tratados sólo se conocían dentro de los círculos diplomáticos y se veían como meros instrumentos simbólicos de la política exterior de los Estados o como una buena oportunidad para la imagen del país "de cara a la galería". Sin embargo, en los últimos años, muchos inversores y sus abogados han descubierto el gran potencial de estos instrumentos cuando se trata de proteger sus intereses particulares. Entre 1995 y finales de 2009, el número de casos de arbitraje basados en tratados aumentó de 6 a 357, de los cuales 202 se iniciaron durante los últimos 5 años. Las cifras muestran que los países en vías de desarrollo son los que resultan más afectados por esta nueva tendencia. Más de la mitad de los países que se enfrentan a arbitrajes son países en desarrollo (49 de 81), aunque sus propios inversores sólo iniciaron 23 de los 357 casos existentes³³.

Las disposiciones de los tratados de inversión a menudo resultan muy genéricas y están mal definidas³⁴. Esto confiere a los árbitros mucho margen de libertad a la hora de

³²Peterson, L., (2009), "Human Rights and Bilateral Investment Treaties. Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration".

³³UNCTAD, (2010), "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", IIA Issues Note. 1 (2010). Nueva York. Ginebra.

³⁴ Por ejemplo, véase la disposición de "Trato justo y equitativo" en virtud del BIT Países Bajos-Bolivia: "Cada parte contratante deberá garantizar el trato justo y equitativo de las inversiones de los nacionales de la otra parte contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, su operación, administración, mantenimiento, uso, goce o disposición por parte de estos ciudadanos nacionales. Concretamente, cada parte contratante otorgará a estas inversiones plena seguridad y protección".

interpretarlos, ya que existen muchas fuentes de derecho internacional en las que basarse. Además, los árbitros no están vinculados por las decisiones anteriores de otros tribunales. Como resultado de esto, los casos de arbitraje han dado lugar a resultados impredecibles, por lo general, a favor de los derechos de los inversores (véanse, por ejemplo, las distintas interpretaciones dadas por los árbitros a los argumentos de Argentina acerca del “estado de necesidad y derechos humanos” que se explican en los casos 5 y 8).

Esta incertidumbre también puede animar a los inversores a poner en marcha reclamaciones especulativas, frívolas o vejatorias contra el Estado anfitrión con la esperanza de forzar una solución favorable, la retirada de una reforma inconveniente o una indemnización importante (véase el caso de los inversores italianos y luxemburgueses contra Sudáfrica)³⁵. Todo este sesgo en favor del inversor ocurre en detrimento de las reformas regulatorias por parte de los Estados anfitriones, destinadas a promover objetivos políticos legítimos, entre los que se incluyen sus “obligaciones domésticas en materia de derechos humanos”. La amenaza de verse enfrentados a demandas de varios millones de dólares en concepto de indemnizaciones por pérdidas de beneficios disuadirá a muchos gobiernos de defender sus derechos en los litigios sobre inversiones, incluso aunque cuenten con posibilidades de conseguir una decisión favorable. Sin embargo, algunos países en vías de desarrollo (p. ej. Sudáfrica y Túnez) que han sufrido las consecuencias negativas de los tratados de inversión han empezado a revisar su modelo de tratado de inversión para garantizar su derecho a regular. La reciente publicación por parte del gobierno australiano de su estrategia de comercio internacional, en la que anuncia su negativa a incorporar en sus tratados comerciales internacionales instrumentos de arbitraje inversor-Estado para resolver disputas debe ser considerado un precedente muy positivo³⁶.

35 Christian Leathley, “No hay que centrarse sólo en los tribunales de arbitraje, sino en las leyes bajo las cuales operan” en el foro en línea “Join our serious debate for real change” de la Network for Justice in Global Investment (<http://justinvestment.org/2009/10/join-our-serious-debate-for-real-change/>). Visitado por última vez: 29 de noviembre de 2010.

³⁶ Para más información ver: ‘Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity’ (April 2011), disponible en: <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor-state>. Esta decisión por parte del gobierno australiano es parte de su nueva política comercial que también rechaza la inclusión de “cláusulas que garanticen mayores derechos a empresas que invierten en el extranjero de los que se otorgan a las empresas nacionales de dichos países.. También renuncia a “incluir cláusulas que limiten la capacidad de los gobiernos de legislar en material social, económica o medioambiental , en circunstancias en las que estas leyes no supongan discriminación alguna entre empresas nacionales y extranjeras”.

CUADRO 4. Sobre contratos y tratados de inversión

El marco jurídico internacional sobre inversión consta tanto de tratados de inversión Estado-Estado como de contratos cerrados entre inversores individuales y gobiernos anfitriones. Estos contratos **acostumbran a regular un proyecto de inversión específico. Los contratos de inversión pueden** adoptar muchas formas diferentes, incluidas las concesiones o los “acuerdos de producción compartida” para la explotación de recursos minerales y petróleo; los ‘acuerdos del gobierno anfitrión’ para construir y operar oleoductos; concesiones de tierra o los contratos de arrendamiento para inversiones agrarias. Por lo general, estos contratos contienen las llamadas “cláusulas de estabilización”, que son cláusulas específicas que garantizan que los términos del acuerdo seguirán estando vigentes independientemente de los cambios que se produzcan en la legislación laboral, medioambiental o agrícola mano del país anfitrión.

Los contratos y los tratados no funcionan de forma aislada unos de otros. Al contrario, los tratados de inversión pueden aumentar el valor jurídico de los contratos, al exigir a los Estados que respeten los compromisos contractuales establecidos con los inversores extranjeros mediante las “cláusulas paraguas” incluidas en muchos tratados de inversión. En el caso relativo a un proyecto de gasoducto en Bangladesh, por ejemplo, la empresa italiana implicada pidió una indemnización por incumplimiento de contrato por parte de las autoridades del gas de Bangladesh en base a los términos del propio contrato y también en base a las estipulaciones del tratado bilateral de inversión entre Italia y Bangladesh (véase el caso del ICSID, Saipem contra Bangladesh)³⁷.

En los últimos dos años, ha habido un aumento significativo de los acuerdos sobre tierras, especialmente en África. Son ejemplos de estos el contrato de Malibya, firmado por el gobierno de Libia y Mali; el contrato entre Biofuel África y un jefe local de Kpachaa, Ghana; o, en Arabia Saudí, “la iniciativa del rey Abdullah para las Inversiones Agrícolas saudíes en el Extranjero”³⁸. Según la información de la que disponen los autores, ninguno de estos acuerdos se ha llevado todavía a arbitraje.

La siguiente sección mostrará, a través de diferentes casos prácticos, cómo la capacidad de los gobiernos de regular el acceso de las personas a la tierra y el agua puede entrar en conflicto con los derechos de los inversores que están consagrados en los tratados bilaterales de inversión.

³⁷ Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/7). Más información disponible en www.icsid.worldbank.org

³⁸ Para más información sobre estos contratos de inversión, véase: Kachika, T: “Land Grabbing in Africa: Why Governments Should Step It Up for Vulnerable Communities”. Documento de trabajo. Oxfam. Dakar. Véase también: <http://farmlandgrab.org/> y www.mofa.gov.sa/Detail.asp?InSectionID=3981&InNewsItemID=88796.

Los riesgos de los tratados de inversión: aprender de las lecciones del pasado

“Compartimos la preocupación por el daño que ha experimentado el bienestar social a causa del régimen de inversiones internacionales, tal como está estructurado actualmente, especialmente al obstaculizar la capacidad de los gobiernos para actuar en nombre de su pueblo en respuesta a las preocupaciones sobre desarrollo humano y sostenibilidad ambiental”³⁹.

Tal como se menciona en la sección anterior, los acuerdos de inversión acostumbran a incluir una serie de garantías para los inversores y posibilitan que estos utilicen los mecanismos de arbitraje internacional para hacer valer sus derechos. En el Cuadro siguiente se describen los principales estándares que se aplican.

CUADRO 5. El ABC de las disposiciones sobre inversiones⁴⁰

- Derechos de preestablecimiento o acceso a mercados (Market Access- MA): **concede a los inversores del país signatario los mismos derechos de inversión ofrecidos a los inversores nacionales o a los inversores de terceros países. Por lo general, las disposiciones sobre acceso al mercado se incluyen en los nuevos y amplios Tratados de Libre Comercio regionales, mientras que los BIT se centran en la protección de las inversiones que ya tienen vía libre en el país.**
- Trato nacional (National Treatment- NT): **implica que un gobierno no puede tratar a los inversores extranjeros (nacionales del país signatario) de forma menos favorable que a sus propios inversores nacionales. En algunos tratados de inversión, hay sectores que se excluyen de esta disposición y la siguiente (NMF). Sin embargo, normalmente no se excluyen el sector agrícola o los recursos naturales no relacionados con las industrias extractivas⁴¹.**
- Nación más favorecida (Most Favoured Nation- MFN): **garantiza a los signatarios que sus inversores recibirán al menos el mismo trato que los inversores del país con el que el anfitrión tiene las condiciones más favorables.**
- Trato justo y equitativo (Fair and Equitable Treatment- FET), así como “protección y seguridad plena”: **mientras que las disposiciones de NT y de MFN adoptan como punto de referencia el trato a los inversores nacionales o a otros inversores extranjeros, la disposición de FET ofrece un nivel de protección mínimo o específico bajo el cual, independientemente del trato dado a los inversores del propio país, el trato a los inversores del país signatario no puede estar por debajo del mínimo establecido por el tratado y debe incluir la protección plena contra los daños causados por terceros. En pasados casos, los tribunales de arbitraje han interpretado esto de manera muy amplia, pues una gran parte de la actividad gubernamental puede someterse a examen por no considerarse justa o equitativa.**
- Compensación en caso de expropiación: **exige a las autoridades públicas el pago completo e inmediato de la indemnización a los inversores en caso de expropiación. Por lo general, sólo hay unas pocas excepciones en los casos en que está justificada la expropiación (seguridad nacional). La indemnización en caso de expropiación se**

³⁹ “Public Statement on the International Investment Regime” realizado por 48 académicos el 31 de agosto de 2010. Disponible en: www.osgoode.yorku.ca/public_statement/.

⁴⁰ Transnational Institute, (2010), “Reclaiming public interest in EU’s international investment policy”, p. 10, disponible en <http://www.tni.org/report/reclaiming-public-interest-europes-international-investment-policy>

⁴¹ Van Harten, G (2008): “Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States”. Página 2 y 18-20. Osgoode Hall Law School. York University.

vuelve problemática cuando los inversores consideran que también deben ser compensados en concepto de expropiación de “beneficios esperados”.

- Expropiación indirecta o “expropiaciones regulatorias”: **la controvertida noción por la que la expropiación también puede ser resultado indirecto de una acción gubernamental: las medidas ordinarias de un Estado que dejan intacto el título de propiedad de un inversor pero que causan daño económico al inversor (incluso, potencialmente, daños accidentales) pueden considerarse expropiaciones compensables que requieren el pago de daños y perjuicios al inversor por el valor de mercado. Esto abre la puerta a desafíos para todo tipo de políticas gubernamentales; por ejemplo, las medidas de protección medioambiental que aumentan los costes de explotación y por lo tanto reducen los beneficios esperados. Aunque no se mencione explícitamente en el tratado, los árbitros acostumbra a interpretar la “indemnización en caso de expropiación” incluyendo también la “expropiación indirecta”.**
- Libre transferencia de fondos: **permite a los inversores repatriar los fondos relacionados con las inversiones (ganancias, intereses, honorarios y otros ingresos) sin obstáculos.**
- Prohibición de los requisitos de desempeño: **prohíbe que el Estado fije requisitos para los inversores extranjeros como condición de su presencia comercial; se incluyen, por ejemplo, los requisitos de contratar personal local, utilizar materiales locales, producir para la exportación o establecer otros vínculos con la economía nacional o proteger a las empresas nacionales⁴².**

Este conjunto de disposiciones da prioridad a la protección de los intereses de los inversores en detrimento de cualquier otro interés de los actores involucrados. Incluso las disposiciones contra el “trato injusto” o la “discriminación”, que pueden parecer razonables a primera vista, a menudo acaban por estar sesgadas a favor del inversor por la forma en que se aplican. A pesar de que va en contra de la intuición desde una perspectiva del fomento del desarrollo, en la mayoría de BIT que contienen sectores excluidos de la aplicación de la disposición de MFN o NT, los países en vías de desarrollo cuentan con menos excepciones que sus homólogos desarrollados. Por lo tanto, los países en desarrollo aceptan obligaciones mucho más amplias para permitir la entrada extranjera en su economía, libre de condiciones de acceso, y para abstenerse de dar preferencia a las empresas nacionales en su estrategia de desarrollo. Así, pues, estos tratados no son recíprocos en este importante aspecto⁴³.

Existe un problema adicional, que se menciona en la sección anterior, y es que es imposible predecir cómo aplicarán los árbitros de los tribunales de arbitraje internacional las vagas disposiciones del tratado a un caso concreto. Distintos tribunales al interpretar el mismo tipo de obligaciones en las situaciones similares han llegado a conclusiones diferentes (véase el caso 6, más adelante). Tal como se muestra en el caso 8 (CMS contra Argentina), muchos interpretan las normas del tratado de forma extensiva, ampliando la protección proporcionada a los inversores. Una de las complicaciones adicionales son los costos. Incluso si el Estado anfitrión gana el caso, los costos financieros del procedimiento tienden a ser extremadamente altos y suponen una carga significativa para el presupuesto de los países en vías de desarrollo, hasta el punto que estos costos pueden consumir aproximadamente la mitad del presupuesto anual del Departamento de Justicia de un país grande en vías de desarrollo⁴⁴.

Los 11 casos prácticos que se detallan a continuación documentan la medida en que las normas internacionales sobre inversión han inhibido a los gobiernos cuando regulan en

⁴² Para obtener un ejemplo de lista de requisitos de ejecución prohibidos explícitamente en un BIT de EE.UU., consulte: Ibid, página 26.

⁴³ Ibid. Páginas 18-21.

⁴⁴Ibid

el interés general. La mayor parte de los casos hacen referencia a conflictos relacionados con la tierra, el agua o la agricultura. Sin embargo, incluso los casos que están menos directamente relacionados con estos tres sectores, también resultan muy relevantes para comprender lo que podría suceder en breve, una vez que los muchos proyectos de inversión que tienen lugar en los sectores de la tierra, el agua y la agricultura maduren y los conflictos entre los inversores y los países receptores comiencen a surgir. Para cada caso práctico, el informe presenta los antecedentes del caso específico, la medida del gobierno que se consideró una violación del acuerdo de inversión, la respuesta del inversor y el resultado del caso específico. Al final de cada caso práctico, se extrae alguna lección general relacionada con las deficiencias de los actuales marcos regulatorios de inversión y sus consecuencias para la tierra, el agua y la seguridad alimentaria.

Acceso a la tierra

Caso 1 –Sawhoyamaxa contra Paraguay ⁴⁵

Antecedentes:

El 47 por ciento de la población de Paraguay es rural y el 14 por ciento padece desnutrición. Una de las principales causas de la desnutrición en las comunidades rurales es la falta de tierras y afecta especialmente a las comunidades indígenas. La comunidad Sawhoyamaxa, formada por 100 familias indígenas, ha vivido tradicionalmente en la parte oriental de la región del Chaco. Desde mediados de la década de 1970, 60.000 hectáreas de esta zona -incluidas partes del territorio Sawhoyamaxa- son propiedad de un ciudadano alemán. Después de haber vivido repartidos por lugares distintos, la comunidad Sawhoyamaxa intentó hacer frente al hambre y la desnutrición recuperando la titularidad legal de propiedad sobre 14.400 hectáreas de sus terrenos tradicionales en manos del ciudadano alemán. En 1991, iniciaron una serie de procedimientos legales contra el Estado de Paraguay. Aunque la constitución paraguaya permite la expropiación (con compensación) de tierras bajo circunstancias similares y las autoridades paraguayas habían reconocido el derecho de la comunidad Sawhoyamaxa a las tierras, estas no fueron expropiadas ni les fueron devueltas.⁴⁶

Medidas del gobierno

En 2001, después de haber agotado las vías judiciales nacionales, los Sawhoyamaxa llevaron su caso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) falló a favor de la comunidad y ordenó que la tierra se les devolviera en un plazo de 3 años⁴⁷. En su argumentación, la Corte determinó que “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana, por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Interamericana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”. De esta forma, la CIDH rechazó la justificación del Estado paraguayo de utilizar este BIT como impedimento suficiente para negar los derechos territoriales a Sawhoyamaxa.

⁴⁵ Para obtener información sobre este caso, se ha consultado a Rolf Kunneman de FIAN International; Kunneman ha trabajado con la comunidad Sawhoyamaxa en este caso. Para obtener más información, consulte: R. Kunnemann (2010), ‘Foreign Investment and the Right to Food’, en BrottfürAlle et al (2010), “The Global Food Challenge: Towards a Human Rights Approach to Trade and Investment Policies – Case Studies on Trade, Investment and the Right to Food,” p.50.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

Respuesta del inversor

En el año 2000, en un caso anterior muy similar a este (el llamado “caso Palmital”), la Embajada de Alemania en Paraguay envió una carta al gobierno de Paraguay advirtiéndole de que la expropiación de tierras propiedad de ciudadanos alemanes significaría el incumplimiento del BIT Alemania-Paraguay. Desde ese momento, el senado paraguayo ha rechazado la expropiación de tierras que se hallen en manos de alemanes, ya que esto podría llevar a un arbitraje internacional. El gobierno alemán ha rechazado hasta el momento las reivindicaciones de los grupos de la sociedad civil de Alemania para que reconozca su obligación extraterritorial de derechos humanos y coopere con las autoridades paraguayas en el cumplimiento de los derechos de los Sawhoyamaxa sobre las tierras. El gobierno alemán se negó a escribir una segunda carta que aclarara que el BIT no excluye las expropiaciones bajo estas circunstancias. Esta carta habría ayudado a las autoridades paraguayas en este caso y en casos similares.⁴⁸

Resultado

Hasta mediados de 2010, el gobierno de Paraguay no había hecho cumplir la sentencia de la CIDH relativa a la expropiación de las tierras del ciudadano alemán.⁴⁹

Lecciones clave

Los BIT en combinación con el miedo al arbitraje internacional pueden ser usados por el Estado paraguayo para excusarse de tomar medidas que solucionen los conflictos que atentan contra los derechos humanos de sus habitantes. En este caso, la medida a aplicar iba en línea con la Constitución de Paraguay, los fallos de la CIDH, el derecho de los indígenas a la tierra según el Seminario de Expertos de la ONU sobre los derechos de los indígenas, y era crucial para asegurar la seguridad alimentaria de esta comunidad indígena. El Estado paraguayo se negó a aplicar su propia constitución y honrar sus compromisos internacionales, amparándose en un tratado comercial, privilegiando eventuales inversiones sobre los derechos de una comunidad indígena. Por desgracia, este no es el único caso de este tipo en Paraguay. Los campesinos del Palmital se enfrentaron a una situación similar al exigir la titularidad legal sobre 1.003 hectáreas de una finca también propiedad de ciudadanos alemanes⁵⁰.

Este caso también muestra que, lamentablemente, los tribunales internacionales de derechos humanos no gozan del mismo poder sancionador que los tribunales internacionales de arbitraje para hacer cumplir sus resoluciones.

Caso 2 – Glamis Gold Ltd. contra EE.UU.

Antecedentes

En el año 2000, Glamis Gold, una compañía minera canadiense, solicitó al American Bureau of Land Management la aprobación de un proyecto de extracción de oro a cielo abierto en una zona colindante con el Área de Conservación del Desierto de California (CDCA)⁵¹. Esta área fue creada por una ley federal para proteger sus extraordinarios recursos arqueológicos, ambientales, culturales y económicos. El proyecto minero de

⁴⁸Ibid.

⁴⁹ Véase: Amnistía Internacional (2009): “Informe de Derechos Humanos en la República de Paraguay. Informe de 2009”. Disponible: <http://www.amnesty.org/en/region/paraguay/report-2009>.

⁵⁰ R. Kunneman (2010), ‘Foreign Investment and the Right to Food’, en BrotfürAlle et al (2010), The Global Food Challenge: Towards a Human Rights Approach to Trade and Investment Policies – Case Studies on Trade, Investment and the Right to Food, p.57, disponible en <http://www.fian.org/resources/documents/others/the-global-food-challenge/pdf>

⁵¹ Documento de fijación de indemnización del ICSID en el caso de Glamis Gold Ltd. contra EE.UU.

Glamis, según el informe del Consejo Asesor para la Preservación Histórica (ACHP), causaría un “daño irreparable sobre los recursos nativos americanos sagrados e históricos” situados en las inmediaciones del proyecto.⁵²

Medida del gobierno

En 2003, como el permiso aún estaba siendo evaluado a nivel federal, el Estado de California enmendó la Ley de Reclamación de Minería de Superficie (SMCRA) que rige la actividad minera en el Estado. Esta enmienda prohibía la minería a cielo abierto a menos de una milla de distancia de lugares sagrados nativos americanos dentro de la CDCA, a menos que la mina se devolviera posteriormente a las condiciones previas a la explotación (es decir, a su elevación original).⁵³

Respuesta del inversor

En 2003, Glamis presentó una demanda en base al NAFTA contra los EE.UU., que indicaba que la modificación del reglamento violaba las disposiciones de “trato justo y equitativo” y de “protección contra la expropiación” del NAFTA y exigía una compensación de 50 millones de dólares. Glamis alegaba que el requisito de devolución de la mina a su Estado original era discriminatorio y hacía inútil el proyecto minero. Glamis decidió iniciar la reclamación a través del NAFTA, después de que fracasaran sus esfuerzos litigantes ante los tribunales federales y locales de los EE.UU. (pero antes de agotar todas las instancias legales de los EE.UU.)⁵⁴.

Resultado

El tribunal del ICSID rechazó las dos demandas de Glamis y esta compañía se vio obligada a sufragar las dos terceras partes de los costes procesales, mientras que Estados Unidos tuvo que encargarse de la tercera parte restante. El tribunal dictaminó que la modificación del reglamento no causaba un impacto económico suficiente como para justificar la demanda de expropiación de Glamis y no representaba una “negación flagrante de la justicia” que validaría la reclamación de incumplimiento de las normas mínimas de trato. Algunos especialistas sostienen que esta decisión fue consecuencia directa de la inclusión de una definición más precisa del “trato justo y equitativo” en el tratado de inversión aplicable.

Lecciones clave

El capítulo 11 del NAFTA (igual que otros tratados de inversión) no obliga a los inversores a agotar las soluciones locales antes de recurrir a los costosos tribunales de arbitraje internacional. Este caso muestra que incluso los países desarrollados con potentes sistemas reguladores locales, por no hablar del país en vías de desarrollo promedio, corren el riesgo de acabar ante los tribunales internacionales de inversión y a pagar parte de los gastos de arbitraje por intentar introducir medidas destinadas a proteger los recursos del país.

Un elemento adicional que facilita el arbitraje internacional por parte de los inversores es la amplia definición de estas dos disposiciones básicas: “trato justo y equitativo” y “compensación en caso de expropiación” (véase el Cuadro 5). De hecho, estas dos disposiciones son a las que con más frecuencia se acogen los inversores y aquellas en las

⁵²“Environmental Regulation and NAFTA Investment Claims- Glamis Gold Ltd. v. United States” disponible en www.leg.state.vt.us

⁵³ Documento de fijación de indemnización del ICSID en el caso de Glamis Gold Ltd. contra EE.UU.

⁵⁴Jordan C. Kahn (2009): “Striking NAFTA Gold: Glamis Advances Investor-State Arbitration”, 33 Fordham International Law Journal. 101, disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol33/iss1/3>

que más se basan los árbitros para decidir si un tratado ha sido violado y para conceder daños y perjuicios contra el Estado. Esto es aplicable a la mayoría de los casos presentados en este documento, así como, por ejemplo, a los 30 casos de arbitraje presentados contra los países miembros de la Comunidad Andina.⁵⁵ Esto no es de extrañar, dada la amplia gama de interpretaciones que se pueden realizar de estas normas y el elevado porcentaje de actividad gubernamental que potencialmente puede considerarse “injusto” o “no equitativo” o que haya causado al inversor algún daño económico. Tal como se explica en el Cuadro 5, una medida puede considerarse injusta o no equitativa “independientemente del trato dispensado a los inversores del propio país”.

La amplia definición de la disposición de “trato justo y equitativo” ha hecho que sea muy fácil acogerse a ella en una serie de casos contra medidas estatales y ha depositado un poder discrecional de alcance alarmante en manos de los árbitros cuando se trata de solucionar controversias inversor-Estado. Por ejemplo, mientras que en el caso “Glamis Gold contra EE.UU.” los árbitros del ICSID entendieron que “los gobiernos acostumbran a tener libertad para cambiar las normas reguladoras en respuesta a circunstancias o prioridades nuevas”, otra serie de decisiones de los tribunales (véase el caso Occidental N° 1, por ejemplo) impone la obligación a los gobiernos de no cambiar las normas reguladoras que estaban en vigor al realizarse una inversión extranjera: “obligación de garantizar un marco transparente y previsible para las inversiones y la planificación empresarial de los inversores”⁵⁶.

Acceso al agua

En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución que proclamaba “el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”⁵⁷. Esta resolución, adoptada por 122 países, no es vinculante. Sin embargo, significa mucho para aquellos que luchan por la justicia en materia de agua contra gobiernos y corporaciones que no respetan sus derechos, y para aquellos que trabajan para alcanzar el reconocimiento efectivo de los derechos humanos básicos (el derecho a un sustento, el derecho a los servicios básicos, el derecho a vivir con seguridad, el derecho a ser oídos y el derecho a ser tratados por igual).

El sistema de inversión internacional se halla lejos de incorporar estos avances a sus normas. Los tratados de inversión consideran el agua como una simple materia prima y normalmente no se toma en cuenta ninguna consideración en torno a los derechos humanos a la hora de enfrentarse a conflictos de inversión relacionados con el agua. Los siguientes cuatro casos muestran los riesgos que esto implica para los países en vías de desarrollo y lo vulnerables que son al intentar proteger los derechos humanos de su población frente las empresas multinacionales.

⁵⁵Van Harten, G (2008): “Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States”. Osgoode Hall Law School, York University.

⁵⁶ Véase ‘Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador’ (ICSID Case No. ARB/06/11).

⁵⁷ Véase: Centro de Noticias de la ONU (2010): “General Assembly declares access to clean water and sanitation is a human right”. 28 de julio de 2010. Nueva York. (<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=35456&Cr=sanitation&Cr1>). Esta resolución de la Asamblea General de la ONU no es la primera resolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que reconoce el acceso al agua como un derecho humano. Véase también la Observación General n° 15 del Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>).

Caso 3 –Pacific Rim Mining Corp. contra El Salvador

Antecedentes

El Salvador es un país de una alta densidad de población con recursos de agua limitados que ha visto como ha ido creciendo el interés inversor en su sector minero desde que el precio del oro empezó a aumentar en el año 2000. Pacific Rim, una multinacional con sede en Canadá, presentó un proyecto minero subterráneo de extracción de oro en El Dorado, en la cuenca del mayor río de El Salvador, con un procedimiento que emplearía grandes cantidades de agua y cianuro para extraer el oro del mineral de oro excavado⁵⁸. En 2002 Pacific Rim se fusionó con Dayton Mining Corporation (una compañía minera canadiense que lleva operando en El Salvador desde 1993), obtuvo sus permisos de exploración y empezó a realizar perforaciones exploratorias⁵⁹. Para obtener un permiso de explotación (obligatorio para operar en una mina), la ley salvadoreña exige a las empresas que presenten una serie de estudios tales como un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y un estudio de viabilidad, lo que finalmente se convirtió en el motivo del litigio⁶⁰.

Medida del gobierno

El gobierno consideró el EIA presentado por Pacific Rim en 2004 inapropiado y el estudio de viabilidad incompleto, y argumentó que carecía de información y claridad sobre los impactos del uso del agua del proyecto y el riesgo de contaminación por cianuro⁶¹. Un estudio independiente informó de que el proyecto requeriría entre 65 y 120 litros de agua por segundo (un salvadoreño medio consume aproximadamente la mitad de esa cantidad de agua en un día). Esto afectaría inevitablemente al nivel freático a nivel local y generaría un drenaje ácido que alcanzaría niveles muy por encima de los límites permitidos para el agua potable y el agua de los ecosistemas acuáticos⁶². Estas preocupaciones relativas a los impactos ambientales del proyecto, junto con la enorme presión ejercida por las organizaciones de la sociedad civil salvadoreña en su contra, llevaron al gobierno a denegar el permiso de explotación y condicionarlo a la presentación de un EIA más detallado.⁶³

Respuesta del inversor

En 2009, Pacific Rim Corp. presentó una demanda en virtud del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (CAFTA) a través de una filial de Nevada (EE.UU.), que exigía cientos de millones en compensación por parte de El Salvador⁶⁴. La compañía argumentaba que había completado los requisitos legales para la

⁵⁸Robert Moran (2005) "Technical Review of the El Dorado Mine Project Environmental Impact Assessment (EIA)". Consultado el 16 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://www.miningwatch.ca/en/technical-review-el-dorado-mine-project-environmental-impact-assessment-eia-el-salvador>

⁵⁹ Decisiones publicadas del Tribunal del ICSID sobre Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador (Caso del ICSID núm. ARB/09/12): "Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5". Página 31. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

⁶⁰ Artículo 37. Ley de Minería de El Salvador (Decreto Legislativo 544/1995).

⁶¹ Robert Moran (2005) "Technical Review of the El Dorado Mine Project Environmental Impact Assessment (EIA)". Consultado el 16 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://www.miningwatch.ca/en/technical-review-el-dorado-mine-project-environmental-impact-assessment-eia-el-salvador>.

⁶² Florian Erzinger, et al. "El Lado Oscuro del Oro" Unidad Ecológica Salvadoreña (UNES) y Development and Peace. Diciembre de 2008. Página 30. <http://www.unes.org.sv/PUB.HTM>

⁶³FESPAD (2009) 'Resumen Legal: El Caso de Pacific Rim', análisis legal proporcionado por la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). El Salvador.

⁶⁴Pacific Rim ha solicitado que la indemnización cubra no sólo los gastos incurridos durante las actividades de exploración (77 millones de dólares estadounidenses), sino también los beneficios perdidos atribuidos al rechazo del permiso de explotación. Para más información, véase: Decisiones publicadas del Tribunal del ICSID

adquisición de un permiso de explotación y consideraba el rechazo por parte del gobierno una violación de las disposiciones del CAFTA sobre trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo y “compensación en caso de expropiación”.⁶⁵

Resultado

El caso sigue en curso y ha recibido mucha atención mediática, en parte porque las disposiciones de transparencia del CAFTA permiten el examen público del proceso y en parte por el escándalo público creado por los asesinatos en de varios activistas medioambientales relacionados con la campaña en contra de las actividades de minería del oro en la zona central de Cabañas⁶⁶.

Lecciones clave

El actual marco regulatorio internacional sobre inversión del CAFTA permitió que Pacific Rim desafiara la capacidad del gobierno salvadoreño para hacer cumplir un requisito legal vigente aplicable a todos los inversores nacionales y extranjeros del sector minero. La oposición del gobierno también es crucial para la protección de los recursos hídricos del país y el acceso de la población a éstos.

Este caso también muestra cómo el sistema permite que los inversores “compren” el mejor foro o BIT que se utilizará en el arbitraje. Para poder presentar un caso apelando a las disposiciones del CAFTA, Pacific Rim no actuó bajo su nacionalidad original, la canadiense, ni tampoco a través de alguna de sus filiales con base en las Islas Caimán, puesto que ninguna de ellas forma parte del CAFTA. Su oficina de Nevada, en cambio, permite a la empresa utilizar las normas de inversión del CAFTA aunque no opere en los Estados Unidos.

Aunque el caso se falle a favor de El Salvador, su gobierno ya habrá incurrido en unos gastos de arbitraje significativos. Este caso es un claro ejemplo de cómo este sistema proporciona a los inversores la flexibilidad y las herramientas necesarias para hacer que los gobiernos pasen por procesos de arbitraje largos y costosos, incluso cuando el Estado simplemente hace cumplir las disposiciones legales vigentes destinadas a proteger los recursos del país⁶⁷. Este podría ser un obstáculo importante al que se enfrenten los gobiernos de países en vías de desarrollo en su intento de promulgar o hacer cumplir políticas de seguridad alimentaria o de tierra que puedan afectar a inversiones extranjeras.

Por último, las disposiciones sobre transparencia del CAFTA han permitido que la opinión pública pueda seguir este conflicto, incluso después de ser transferido al tribunal del ICSID. En estas condiciones, cualquier decisión tomada por la empresa o los árbitros relacionada con el proceso será de conocimiento público, que es algo que no se puede decir de la mayoría de los litigios resueltos en virtud de las reglas de los BIT.

sobre Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador (Caso del ICSID núm. ARB/09/12): “Decision on the Respondent’s Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5”. Página 31.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Para más información, véase <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/salvadoran-environmental-activists-killed-radio-station-staff-threatened-20100105>

⁶⁷ Los problemas de El Salvador con los inversores extranjeros en el sector minero no acabarán con el cierre de este caso. En julio de 2010 fue seleccionado otro tribunal del ICSID para ver una segunda demanda de dos empresas mineras de EE.UU. contra El Salvador de acuerdo con las disposiciones de resolución de controversias del CAFTA. Ambas compañías alegaron violaciones similares a las expuestas por Pacific Rim. Para más detalles, véase: Caso del ICSID núm. ARB/09/17 in www.icsid.worldbank.org

Caso 4 – Aguas del Tunari contra Bolivia

Antecedentes

A finales de la década de 1990, Bechtel (una multinacional con sede en EE.UU.) consiguió un contrato de arrendamiento de 40 años para explotar el sistema de agua de la ciudad boliviana de Cochabamba a través de su filial Aguas del Tunari. La empresa aplicó un aumento del 50 por ciento en las tarifas de agua de los usuarios locales pocas semanas después de empezar a explotar el sistema. Después del aumento, la factura del agua representaba el 25 por ciento de los ingresos mensuales de las familias que vivían con el salario mínimo. Este aumento de las tasas provocó protestas en toda la ciudad y llevó al gobierno a advertir a los gerentes de Bechtel que no podía garantizar su seguridad.⁶⁸

Medida del gobierno

Bechtel demandó al gobierno boliviano a través del ICSID antes incluso de que pudiera promulgar ninguna medida que protegiera el derecho de los bolivianos al agua. De hecho, fue el hecho de que el gobierno boliviano no tomara ninguna medida lo que provocó la demanda de Bechtel.⁶⁹

Respuesta del inversor

A través de una filial con sede en los Países Bajos, Bechtel solicitó el arbitraje del ICSID en el año 2000, alegando que el gobierno boliviano había violado la disposición de protección y seguridad plenas (en virtud del artículo sobre el “trato justo y equitativo”, véase el Cuadro 5) del BIT holandés-boliviano al no proporcionar protección contra las protestas. Bechtel pedía una compensación de 50 millones de dólares estadounidenses.⁷⁰

Resultado

El caso estuvo en arbitraje durante 6 años, hasta que Bechtel se conformó con un pago simbólico de 30 céntimos, después de una presión considerable por parte de la opinión pública internacional y ante el riesgo de ver perjudicada su imagen de marca.⁷¹

Lecciones clave

Tal como se ha afirmado anteriormente, el gobierno boliviano no introdujo medida alguna antes del conflicto o durante éste. Parece probable que fueran la mala prensa y la opinión pública los factores clave que llevaron a Bechtel a actuar como lo hizo, lo que probablemente salvó a Bolivia de tener que desembolsar millones de dólares en pagos compensatorios. Sin embargo, los casos de arbitraje internacional de inversiones no siempre llegan a la opinión pública y, si lo hacen, a las empresas no siempre les preocupa mucho adquirir mala reputación (éste podría ser el caso de Pacific Rim, por ejemplo, ya que no tienen otra compañía detrás ni otras operaciones comerciales que pudieran verse afectadas). Los BIT a menudo dan a los inversores la opción de elegir el tribunal que llevará a cabo el arbitraje. Los inversores que buscan confidencialidad por miedo a la mala publicidad y la presión pública pueden elegir tribunales que ofrezcan este tipo de confidencialidad (por ejemplo, la UNCITRAL) (ver Cuadro 4).

Aunque este caso concreto se cerró sin que hubiera una sentencia contra Bolivia, muestra que los tratados bilaterales (BIT) permiten a las empresas solicitar el pago de daños y perjuicios por el valor de mercado (que incluyen no sólo las pérdidas reales sino también los beneficios futuros previstos) al inversor si no reciben “protección y seguridad plenas” por parte del país anfitrión, “independientemente del trato dispensado a los inversores

⁶⁸ <http://www.foodandwaterwatch.org/global/latin-america/bolivia/>

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

del Estado propio". Esto muestra el alto nivel de protección que proporciona este sistema a los inversores y la carga financiera que esto puede suponer para los países en vías de desarrollo. El riesgo es un elemento intrínseco de cualquier actividad de inversión y el mercado ha desarrollado instrumentos que las empresas utilizan para proteger sus inversiones contra los riesgos que puedan surgir durante la inversión (es decir, políticas de seguros con diferentes niveles de cobertura). Los BIT proporcionan a los inversores un nivel de protección desorbitado, casi desconocido en el contexto de cualquier otra actividad económica, que debilita la capacidad de los países anfitriones de regular sus sectores más estratégicos y de proteger incluso sus intereses públicos más legítimos. En este sentido el reciente comunicado del gobierno australiano es muy positivo, al rechazar la inclusión en sus BIT con países en desarrollo de mecanismos de arbitraje para los conflictos entre inversor y Estado y al reconocer que corresponde al inversor (y no al gobierno de su país de origen) valorar los riesgos de invertir en un país extranjero y de asegurarse frente a ellos⁷².

Por último, este caso es otro ejemplo de cómo se realizan las prácticas de "fueros a la carta" (o "forum shopping"). El gobierno boliviano argumentó que ellos habían negociado la concesión sobre la base de que las posibles disputas se resolvieran en virtud de la legislación boliviana y no habían dado su aprobación al arbitraje del ICSID bajo el BIT holandés-boliviano. También argumentaron que Bechtel no tenía vínculos con los Países Bajos hasta que una filial se estableció allí, después de que la concesión fuera otorgada, para adquirir la nacionalidad holandesa y, así, el derecho a utilizar el BIT que se ajustaba mejor a sus intereses. La mayoría del tribunal decidió que sí tenían competencia sobre el conflicto. Pero uno de los árbitros emitió un dictamen en contra en el que declaraba que el tribunal debería haber realizado una investigación más amplia para examinar "las motivaciones y el momento" de la decisión de Bechtel de reestructurar la propiedad corporativa de Aguas de Tunari⁷³.

Caso 5 – Aguas Argentinas S.A. contra Argentina.

Antecedentes

Un consorcio de inversores locales y extranjeros, incluidos Suez (Francia), Vivendi (Francia), Anglian Water Group (Gran Bretaña) y Aguas de Barcelona (España), creó la compañía argentina Aguas Argentinas S.A. ("Aguas"). En 1993, la compañía firmó un contrato por 30 años para gestionar el agua y los servicios de alcantarillado de Buenos Aires⁷⁴. Aguas controlaba el suministro de agua y alcantarillado bajo gestión privada más grande del mundo, al cubrir una región de 10 millones de habitantes⁷⁵.

Medida del gobierno

Cuando la crisis financiera que azotó Argentina a finales de la década de 1990 se hizo más severa, el gobierno promulgó una serie de medidas para mitigar sus efectos. Una de

⁷² Para más información ver: "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity" (April 2011), disponible en: <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor-state>.

⁷³ Peterson, L., "Tribunal split in Bechtel-Bolivia case over corporate nationality of investor", Investment Treaty News, 20-5-2005, disponible en <http://www.iisd.org/itn/page/3/?view=archives>

⁷⁴ Caso del ICSID de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra la República de Argentina, caso del ICSID núm. ARB/03/19.

⁷⁵ <http://www.corpwatch.org/article.php?id=10088>

las medidas fue la congelación de los precios del agua para los consumidores⁷⁶. De hecho, Aguas ya había incrementado los precios un 88,2 por ciento entre 1993 y 2002. Este incremento no guardaba proporción con la tasa de inflación acumulada durante ese mismo periodo, que fue de un 7,3 por ciento.⁷⁷

Respuesta del inversor

En 2003, Aguas presentó una demanda ante el ICSID en la que indicaba que Argentina había violado el “trato justo y equitativo” de los BIT de Argentina con Francia, España y Reino Unido. Aguas argumentaba que tenía derecho a “modificar las tasas con el fin de mantener el equilibrio económico del proyecto durante toda la duración del mismo”⁷⁸. El gobierno argentino argumentaba que debería tener derecho a proteger el derecho de la gente al agua y a introducir las políticas adecuadas para mitigar el impacto de las crisis o los estados de emergencia. La medida de congelación de las tarifas del agua iba destinada a garantizar el acceso permanente al agua durante la crisis financiera.⁷⁹ Por otra parte, el gobierno argumentaba que los inversores extranjeros, al no representar una parte legal del contrato de concesión, no deberían poder iniciar un arbitraje en relación con esta concesión. En cambio, la compañía local debería haber continuado el caso ante los tribunales nacionales.

Resultado

El 30 de julio de 2010, el tribunal del ICSID llegó a un veredicto en el que afirmaba que había habido una violación del principio de “trato justo y equitativo”. Rechazó la justificación dada por Argentina de esta situación, basada en la existencia de un estado de emergencia. Una decisión futura determinará la cantidad que Argentina deberá pagar.

Aunque el tribunal falló a favor de las compañías, este caso sentó un precedente fundamental, ya que, por primera vez, un tribunal de arbitraje regido por las normas del ICSID decidió aceptar la participación de organizaciones de la sociedad civil como *amicus curiae*, aunque las partes (en este caso, las compañías) se opusieran.

Lecciones clave

Este caso genera preocupación por la capacidad de los tratados bilaterales de inversión de limitar el espacio político del gobierno, incluso en los casos de “estados de necesidad o emergencia”. Esto tiene importantes implicaciones para la capacidad de los gobiernos de países en vías de desarrollo de promulgar políticas de seguridad alimentaria y de desarrollo sostenible. Un sistema de normas que no es sensible a las necesidades de los países en vías de desarrollo de responder a los estados de excepción y que es capaz de restringir la capacidad de los gobiernos de responder bajo estas circunstancias seguramente impedirá igualmente la implementación de medidas destinadas a gestionar problemas más persistentes como la seguridad alimentaria, la gestión sostenible de los recursos naturales o el acceso universal a la tierra o el agua.

⁷⁶Caso del ICSID de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra la República de Argentina, caso del ICSID núm. ARB/03/19.

⁷⁷Azpiazu, Daniel; Forcinito, Karina. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. “La privatización del sistema de agua y saneamiento en Buenos Aires: historia de un fracaso”. FLACSO (2003). Disponible en: <http://cdi.mecon.gov.ar/docelec/MU2741.pdf>

⁷⁸ Según estadísticas oficiales del Instituto Nacional de Estadística y Censos de Argentina (www.indec.gov.ar) la tasa de inflación (sobre bienes y servicios básicos de consumo) en Argentina en 2002 fue de un 25,9 por ciento, mientras que durante los años previos se había mantenido siempre por debajo de 1 por ciento.

⁷⁹Caso del ICSID de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra la República de Argentina, caso del ICSID núm. ARB/03/19.

Tal como ha sido señalado anteriormente, este caso sienta un precedente importante, no sólo por sus logros en transparencia, sino también por las razones expuestas por el tribunal al permitir la participación de grupos de la sociedad civil en el proceso. El tribunal argumentó que se trataba de un caso “de interés público especial” y que podría plantear una amplia gama de cuestiones complejas relacionadas con el derecho público e internacional, incluidas cuestiones de derechos humanos. El tribunal del ICSID también constató que la aceptación de *amicus curiae* podría ser beneficiosa ya que aumentaba la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversores y Estados.

Caso 6 – Biwater contra Tanzania

Antecedentes

En el marco de una serie de políticas privatizadoras, en 2003 Tanzania obtuvo una financiación por valor de 140 millones de dólares estadounidenses de manos del Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo y el Banco Europeo de Inversiones para un programa integral para reparar y ampliar la infraestructura de agua y alcantarillado de Dar es Salaam. Esta financiación estaba condicionada a que un operador privado reemplazase a DAWASA, la agencia pública que había gestionado el sistema de agua y alcantarillado de la ciudad desde 1997. En febrero de 2003, tras 6 años de procedimiento, el contrato para operar estos servicios durante diez años fue otorgado a la operadora local, City Water, que es parte de la empresa británico-alemana Biwater Gauff.

Medida del gobierno

Desde que City Water comenzó a prestar los servicios, éstos sufrieron un deterioro constante. La empresa tenía graves problemas de infraestructura y le resultaba especialmente difícil facturar y cobrar a los clientes por los servicios prestados. De acuerdo con el informe *amicus curiae* presentado al tribunal del ICSID encargado de este conflicto la información disponible, proveniente de diversos auditores independientes, muestra que la inversión fracasó principalmente debido al mal desempeño, erradas decisiones empresariales e incompetencia de la empresa, así como a la falta de suficientes recursos de gestión y financieros dedicados al proyecto y no por actos o omisiones del gobierno tanzano⁸⁰. Uno de estos informes, financiado por el Banco Mundial y redactado por un experto ex-trabajador de esta institución afirmaba con claridad: “Casi todos los involucrados, especialmente los donantes, daban por hecho que sería muy difícil, si no imposible, que el operador privado siguiera una trayectoria peor que la de DAWASA. Sin embargo, así fue”⁸¹.

Así, pues, en 2004, cuando City Water intentó incrementar las tarifas pagadas por los ciudadanos de Dar es Salaam, el gobierno tanzano lo impidió. A medida que el servicio de agua empeoraba, las relaciones entre el gobierno y Biwater empezaron a deteriorarse. A mediados de 2005, tras meses de negociaciones, autoridades del gobierno tanzano anunciaron la terminación del contrato, ocuparon las instalaciones de City Water y deportaron a los altos cargos de la empresa.

⁸⁰ Estos auditores independientes incluyen a Price Waterhouse Coopers y a un experto en procesos de privatización ex-empleado del Banco Mundial. Para más información ver: International Institute for Sustainable Development (IISD) et al. “Amicus Curiae Submission in Case no. ARB/05/22 before the International Centre for Settlement of Investment Disputes between Biwater Gauff Limited and United Republic of Tanzania”, 26th March, 2007, available on: http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_amicus_final_march_2007.pdf

⁸¹ Rühl, Christen, Göküir, Nellis (2005): “United Republic of Tanzania: Privatization Impact Assessment-Infrastructure,”, p. 27.

Respuesta del inversor

Biwater Gauff presentó dos demandas contra las autoridades de Tanzania. Una se basaba en el propio contrato de inversión (sujeto a las normas de la UNCITRAL) y la otra se basaba en el BIT Reino Unido-Tanzania (sujeto a las normas del ICSID) y se fundamentaba en la expropiación y la violación del principio de trato justo y equitativo. En la demanda ante el ICSID, Biwater pedía 20 millones de dólares (el equivalente a lo que habría pagado la gente de Dar es Salaam por dos años de agua). El gobierno de Tanzania argumentó que Biwater no había cumplido con sus obligaciones contractuales y había funcionado peor que su predecesor público. Si el gobierno quería satisfacer la necesidad de agua potable de sus ciudadanos, no tenía más remedio que dar por terminado el contrato de diez años después de 22 meses.

Resultado

El tribunal de la UNCITRAL dictó una resolución en enero de 2008. El tribunal, citando pruebas del Banco Mundial, consideró que los servicios de agua y alcantarillado se habían deteriorado con la gestión de City Water, por lo que concedió 3 millones de dólares en concepto de daños a DAWASA. El tribunal del ICSID, por su parte, declaró que el gobierno de Tanzania había violado las disposiciones de expropiación del BIT Reino Unido-Tanzania. Sin embargo, el tribunal argumentó que no existían daños que debieran ser compensados económicamente, ya que la acción del gobierno de Tanzania no había causado ningún perjuicio⁸².

Lecciones clave

Este caso muestra las inconsistencias en los resultados de los procesos de arbitraje entre inversores y Estados. Una de las decisiones de los tribunales concedió a Tanzania una indemnización modesta porque Biwater no había cumplido con sus obligaciones contractuales. La otra decisión afirmaba que Tanzania había violado las normas del BIT. Hay que tener en cuenta que, en ambos casos, el inversor presentó la demanda y Tanzania tuvo que defenderse. El sistema internacional actual no ofrece ninguna facilidad a los gobiernos para imponer o hacer cumplir ninguna obligación contractual, ya que no pueden presentar demandas contra los inversores ante esos mismos tribunales de arbitraje.

Otros casos:

Los siguientes casos tienen una relación menos directa con las políticas públicas dirigidas a asegurar el acceso de la población a la tierra y el agua. Sin embargo, no por eso dejan de ser ejemplos muy valiosos, ya que muestran cómo las reglas internacionales sobre inversión pueden inhibir a los gobiernos a la hora de poner en práctica políticas dirigidas a revertir situaciones de discriminación profundamente arraigadas, proteger la salud pública, responder a una crisis financiera o garantizar unos estándares de vida adecuados a un grupo social vulnerable. En todos estos casos, resulta fácil trazar el vínculo con las políticas públicas que podrían aplicarse para promover la seguridad alimentaria a nivel nacional. En un contexto en el que la inversión extranjera en tierra y agua va en aumento, es especialmente importante aprender lecciones de las experiencias anteriores.

⁸² Ver <http://www.guardian.co.uk/business/2008/jul/28/utilities.tanzania> y American Society of Law Insight (2008): 'ICSID Tribunal finds Tanzania to have Violated Bilateral Investment Treaty but Declines to Award Any Damages', disponible en <http://www.asil.org/insights081231.cfm>

Caso 7 – Inversores italianos y luxemburgueses contra Sudáfrica.

Antecedentes

Hasta 1994, el gobierno del Partido Nacional de Sudáfrica impuso un sistema de apartheid que privó a la población negra sudafricana del acceso a una educación adecuada, oportunidades de trabajo y otros derechos y dejó al 62 por ciento de la población negra sudafricana por debajo del umbral de la pobreza. Después de la instauración de la democracia, el gobierno promulgó una serie de políticas conocidas como el BEE (Black Economic Empowerment), dirigido a ampliar las oportunidades para los negros sudafricanos.⁸³

Medida del gobierno:

Una de estas políticas fue la Ley de Desarrollo de Recursos Minerales y de Petróleo de 2002, que dictaba que el 26 por ciento de las empresas de la industria minera fueran propiedad de “sudafricanos históricamente desfavorecidos”, que la riqueza mineral fuera propiedad del Estado y que se renovaran las autorizaciones a los inversores si cumplían una serie de requisitos (relacionados principalmente con su compromiso con el BEE).⁸⁴

Respuesta del inversor

En 2007, una serie de ciudadanos italianos y corporaciones con sede en Luxemburgo que se dedicaban a la minería en Sudáfrica presentaron una solicitud de arbitraje ante el ICSID. La solicitud afirmaba que la ley violaba la disposición de “protección contra la expropiación” del BIT. La embajada italiana anunció que su gobierno apoyaba la demanda de los inversores.⁸⁵

Resultado

En noviembre de 2009, los inversores solicitaron que se suspendiera el arbitraje. La información disponible sugiere que esta solicitud se presentó poco después de que el Tribunal aceptara dos peticiones de participación por parte de una coalición de organizaciones no gubernamentales y de la Comisión Internacional de Juristas. En la documentación oficial del caso, los demandantes sostienen que decidieron suspender el proceso porque se llegó a un acuerdo de compensación entre las operadoras y las autoridades mineras sudafricanas que había aportado una solución parcial al conflicto. Las autoridades les concedieron nuevos derechos mineros sin obligar a los reclamantes a vender el 26 por ciento de sus acciones a los “sudafricanos históricamente desfavorecidos”. En cambio, las empresas operadoras tendrían que cumplir con una serie de requisitos de desempeño⁸⁶.

Como resultado de esta solicitud, la causa fue desestimada el 4 de agosto de 2010. Los demandantes tuvieron que pagar 400.000 euros en concepto de costas a las autoridades sudafricanas.

⁸³Friedman, A., “Flexible Arbitration for the Developing World. Piero Foresti and the future of bilateral investment treaties in the global south”.

⁸⁴Peterson, L., y Garland, R. (2010), “Bilateral Investment Treaties and Land Reform in South Africa” Rights and Democracy, disponible en http://dd-rd.org/site/PDF/publications/BITS_land_reform_en.pdf. Para obtener más detalles sobre el requisito del 26 por ciento, véase: Howard Mann (2008), “International Investment Agreements, Business and Human Rights. Key Issues and Opportunities”, p.28.

⁸⁵Ibid.

⁸⁶Caso del ICSID núm. ARB(AF)/07/1, para más información consulte con la página web del ICSID (<http://icsid.worldbank.org>).

Lecciones clave

Los países de origen de los inversores (normalmente, países exportadores de capital) también desempeñan un papel al influir en el curso de los casos de arbitraje sobre inversiones internacionales. La Embajada alemana ejerció presión política sobre el gobierno paraguayo al usar el BIT Alemania-Paraguay para evitar la transferencia de tierras a la comunidad Sawhoyamaxa. En este caso, después de la intervención y el apoyo de la embajada y el gobierno italiano, los inversores italianos decidieron presentar una demanda de arbitraje internacional contra Sudáfrica⁸⁷. La presentación de esta demanda ante el ICSID fue sin duda un movimiento táctico de los inversores para obligar al gobierno de Sudáfrica a negociar un acuerdo.

Aunque la causa se suspendió antes de que el tribunal pudiera decidir si la acción del gobierno suponía expropiación, no por eso dejará de tener implicaciones en la aplicación de otras políticas de BEE en otros sectores. A medida que otros inversores extranjeros recurran al largo y costoso arbitraje internacional, resultará más difícil para el gobierno de Sudáfrica hacer cumplir sus políticas de BEE. La comparación también podría extenderse a cualquier medida a favor de la seguridad alimentaria que los gobiernos en desarrollo pudieran perseguir en el futuro.

Aunque resulta imposible establecer una clara relación causa-efecto entre el aumento de la atención pública sobre este caso y su conclusión, éste muestra que el secretismo y la falta de transparencia siguen siendo, desgraciadamente, elementos clave en la mayoría de los instrumentos de este sistema (con alguna excepción, tal como hemos comprobado). Como ya se ha planteado anteriormente, es probable que las empresas transnacionales estén mucho menos dispuestas a continuar con los litigios después de que hayan sido expuestos al escrutinio del ojo público.

Caso 8 – CMS Gas Transmission Company contra Argentina.

Antecedentes

En 1992, la empresa de propiedad estatal argentina Gas del Estado se dividió en dos empresas de transporte de gas y ocho empresas de distribución de gas que se abrirían a la inversión privada. Transportadora de Gas del Norte (TGN), una de las dos empresas de transporte de gas, recibió en 1992 una licencia de 35 años para el transporte de gas. En 1995, CMS, una empresa de transporte de gas de EE.UU., compró el 29 por ciento de las acciones de TGN.⁸⁸

Medida del gobierno

Hacia finales de la década de 1990, como respuesta a la grave crisis financiera que sufrió Argentina en aquella época, el gobierno promulgó una serie de decretos y resoluciones para mitigar los efectos de la crisis. Una de estas medidas fue la suspensión del ajuste de las tarifas del gas al índice de precios al productor (IPP) estadounidense. En el 2000, las compañías del gas accedieron a esta suspensión por un período de 6 meses. A mediados del año 2000, se solicitó a las compañías que extendieran este período a 2 años.⁸⁹

⁸⁷Peterson, L., y Garland, R. (2010), "Bilateral Investment Treaties and Land Reform in South Africa" Rights and Democracy, disponible en http://dd-rd.org/site/PDF/publications/BITS_land_reform_en.pdf

⁸⁸CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, caso del ICSID núm. ARB/01/8, fijación de indemnización del 12 de mayo de 2005; 44 ILM 1205 (2005)

⁸⁹ Ibid.

En 2001, al agravarse la crisis, el gobierno promulgó otro conjunto de medidas de emergencia que incluían acabar por completo con el derecho a que las licencias se ajustaran a las tarifas del IPP estadounidense y a calcular las tarifas en dólares estadounidenses.⁹⁰

Respuesta del inversor

CMS, quien consideraba el ajuste al IPP estadounidense “un derecho legítimo” y una condición básica de la oferta de privatización, apeló administrativa y jurídicamente para la restitución de los ajustes tarifarios. El gobierno rechazó los recursos administrativos y la apelación legal final aún está pendiente.⁹¹

En julio de 2001, CMS presentó una solicitud de arbitraje ante el ICSID alegando que las medidas antes mencionadas habían tenido unas “consecuencias devastadoras” sobre el valor de las acciones y los ingresos tarifarios. Así, pues, presentó una demanda alegando que el Gobierno argentino había violado las disposiciones de “trato justo y equitativo” y “protección contra la expropiación” del BIT EE.UU.-Argentina. Por otra parte, el gobierno basó su respuesta argumentando que había actuado dentro del marco de un estado de necesidad y emergencia.⁹²

Resultado

En 2005, los árbitros fallaron a favor del inversor. Rechazaron el argumento de Argentina sobre el estado de necesidad y dictaminaron que había violado la disposición sobre el “trato justo y equitativo” del BIT EE.UU.-Argentina. Argentina se vio obligada a pagar una indemnización por valor de 133,2 millones de dólares y a comprar las acciones de CMS en TGN por un valor de 2,15 millones de dólares estadounidenses.

Lecciones clave

Éste es otro ejemplo de la amplia definición de las disposiciones de “trato justo y equitativo” y “estado de necesidad” de los BIT. En este caso, los árbitros interpretaron el artículo del “nivel de protección mínimo” dentro de la disposición de “trato justo y equitativo” de tal manera que exigieron a Argentina que mantuviera un ambiente de negocios estable incluso en medio de una grave crisis financiera⁹³.

Al revisar los casos de controversias relacionados con la crisis financiera de Argentina, se comprueba la inconsistencia de las regulaciones de inversión cuando se trata de interpretar los conflictos de intereses entre los derechos de los inversores y los derechos de los gobiernos a la hora de responder a las crisis y cumplir con las obligaciones de los derechos humanos. En 2007, un tribunal del ICSID aceptó la alegación de “estado de necesidad” utilizada por Argentina en “LG&E contra Argentina”, un caso basado en unos hechos y problemas similares a este⁹⁴. En ambos casos –y en la mayoría de casos contra Argentina– correspondió a la discreción de los árbitros aplicar la disposición de “estado

⁹⁰Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹²Ibid.

⁹³Van Harten, G (2008), “Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States”. Osgoode Hall Law School. York University.

⁹⁴ Véase: LG&E v Argentina, Caso del ICSID núm. ARB/02/1. Aunque el tribunal consideró que Argentina había violado las obligaciones del BIT, decidió no conceder ninguna indemnización por daños y perjuicios en lo que respecta al período de crisis en aplicación del estado de necesidad.

de necesidad” bajo la interpretación proporcionada por los BIT o la proporcionada tradicionalmente por la ley internacional.⁹⁵

Caso 9 – Ethyl Corporation contra Canadá

Antecedentes

Ethyl Corporation es una empresa estadounidense, única accionista de Ethyl Canada Inc., que fabrica y distribuye TMM (tricarbonilo metilciclopentadienilo de manganeso, un aditivo para carburante).⁹⁶

Medida del gobierno

En junio de 1997 el gobierno de Canadá aprobó una norma que prohibía el transporte interprovincial y la importación internacional de TMM, debido a preocupaciones medioambientales y de salud pública⁹⁷. Existen estudios que muestran los graves consecuencias para la salud de inhalar sus vapores en altas dosis. Aunque los impactos para la salud y el medioambiente de la exposición a menores dosis en el largo plazo son aún desconocidas, el uso del TMM está prohibido en California y en áreas de otros siete Estados de EE.UU. desde la década de 1970⁹⁸.

Respuesta del inversor

En respuesta, la empresa estadounidense presentó en octubre de 1997 una demanda de arbitraje bajo el NAFTA contra Canadá, alegando que la “ley TMM” violaba tres obligaciones de Canadá bajo el Capítulo 11 del NAFTA: expropiación, trato nacional (NT) y prohibición de establecer requisitos de desempeño⁹⁹. La empresa basó su demanda en varios informes que defendían la tesis de que no existía evidencia sobre los impactos negativos del TMM sobre la salud humana¹⁰⁰.

Resultado

En 1998, Canadá accedió a retirar la prohibición. Contradiciendo la que había sido su posición oficial hasta un par de meses antes, el gobierno canadiense declaró públicamente que el TMM no suponía un riesgo para el medio ambiente o para la salud y

⁹⁵ Ambrose, P., (2009), “The international investment arbitration system and how the doctrine of necessity exposed its weakness”, University of Dundee.

⁹⁶ Van Harten, G (2008), “Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States”. Osgoode Hall Law School. York University.

⁹⁷ La Ley “Manganese-based Fuel Additives” (S.S. 1997, c.11) de 24 de junio de 1997.

⁹⁸ Consejo de Gobierno de Canada: “Statement of Defence in the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North America Free Trade Agreement between Ethyl Corporation and Government of Canada”. November 1997. Ottawa. Canada. Disponible en: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpStatementOfDefense.pdf>

⁹⁹ Appleton and Associates International Lawyers, “Notice of Arbitration Under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement between Ethyl Corporation and Government of Canada”. Abril 1997. Toronto. Canada. Disponible en: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpNoticeOfArbitration.pdf>.

¹⁰⁰ Wood, G y Eged, M, (1994) “Risk Assessment for the Combustion of Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) in Gasoline”. Environmental Health Directorate, Health Canada.

accedió a pagar a Ethyl 19 millones de dólares como compensación por los costes y la pérdida de ingresos sufridos.¹⁰¹

Lecciones clave

Este caso se inició después de que Canadá implementara una medida precautoria por motivos medioambientales y de salud pública aplicable en todo el país. En realidad, el caso fue iniciado antes, cuando Ethyl comunicó su intención de emprender acciones legales contra Canadá, mientras que la ley en cuestión estaba siendo discutida en el parlamento, seis meses antes de que entrara en vigor. Aunque la medida se basaba en serias preocupaciones sobre salud pública y su enfoque estaba en consonancia con las leyes federales de EE.UU. y con el “principio de precaución” de derecho público internacional¹⁰², Ethyl pudo presentar una demanda gracias a las disposiciones del NAFTA

Aunque el gobierno y el parlamento canadiense habían declarado un par de meses antes que “los riesgos y potenciales impactos contra el interés general hacen necesaria la regulación del uso del TMM”, poco después de que la empresa presentara la demanda de arbitraje el Gobierno decidió retirar la medida y compensar a la compañía¹⁰³. El tiempo parece estar demostrando que la postura del gobierno canadiense en relación al principio de precaución era la correcta. Aunque aún no existe consenso científico al respecto, la preocupación sobre los riesgos sanitarios y medioambientales asociados al uso del TMM siguen existiendo más de diez años después. La prueba más evidente de ello es que las principales refinerías de Canadá han decidido voluntariamente no usar el TMM.¹⁰⁴

Este caso muestra hasta qué punto el sistema de resolución de controversias de los BIT dan a los inversionistas privados poder para influir y modificar políticas públicas con objetivos legítimos, para que respondan a sus propios intereses. También muestra cómo las normas de expropiación están abiertas a una amplia interpretación, que va más allá de prohibir la expropiación directa para incluir también la expropiación “regulatoria” por parte del Estado.

Resulta fácil imaginar casos similares que podrían tener lugar en un futuro próximo en los países en desarrollo si deciden regular más su sector agrícola (los requisitos medioambientales y de seguridad exigibles para el uso de insumos agrícolas, por ejemplo) o la gestión de sus tierras y recursos hídricos con este mismo “enfoque preventivo”, de una manera que puede entrar en conflicto con los intereses de los inversores extranjeros. El caso de “Pacific Rim” es otro ejemplo que va en la misma línea.

¹⁰¹ Van Harten, G (2008), “Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States”. Osgoode Hall Law School. York University.

¹⁰²El derecho a la adopción de medidas cautelares está reconocido por la ONU en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992): “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

¹⁰³ Consejo de Gobierno de Canadá (1997) “Statement of Defence in the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North America Free Trade Agreement between Ethyl Corporation and Government of Canada”. Ottawa. Canada. Disponible en: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpStatementOfDefense.pdf>

¹⁰⁴ Walsh, M. P. (2007) “The global experience with lead in gasoline and the lessons we should apply to the use of MMT”. American Journal of Industrial Medicine, 50: 853–860.

Caso 10 – Cargill Incorporated contra México.

Antecedentes

Cargill es un productor y comerciante internacional de productos alimenticios y agrícolas con sede en los Estados Unidos. En 2004, fue uno de los principales importadores en México de jarabe de maíz de alta fructosa (“HFCS”) desde EE.UU. El HFCS es un edulcorante que se extrae del maíz. La producción de maíz recibía muchas ayudas en los EE.UU., lo que hacía que su producción fuera artificialmente competitiva. En aquel momento, el sector de la caña de azúcar mantenía 400.000 empleos directos en México¹⁰⁵, en comparación con los 7.000 puestos de trabajo proporcionados por el sector del HFCS¹⁰⁶.

Medida del gobierno

En 2004 el gobierno mexicano aplicó un impuesto del 20 por ciento a los refrescos que contuvieran edulcorantes distintos al azúcar de caña.¹⁰⁷

Respuesta del inversor

En 2005, Cargill presentó una demanda ante el ICSID en la que indicaba que la medida fiscal violaba la disposición sobre trato nacional del (NAFTA).¹⁰⁸

Resultado

En septiembre de 2009, los árbitros concedieron una indemnización a Cargill, indicando que los inversores estadounidenses, se hallaban “en circunstancias similares” a los inversores mexicanos porque competían “cara a cara” en el suministro de edulcorantes a la industria de los refrescos, y que el trato ofrecido a los inversores extranjeros resultaba menos favorable que el acordado con los inversores mexicanos. La indemnización ascendió a 77,3 millones de dólares en daños más intereses y costes, lo cual supuso la mayor indemnización en un conflicto sobre inversión del NAFTA hasta la fecha. Este caso no fue accesible al público.¹⁰⁹

El “impuesto sobre los refrescos” de México no ha sido cuestionado sólo por Cargill. En 2004, el gobierno de EE.UU. presentó una queja ante el Órgano de Resolución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio¹¹⁰. Una vez más, se dictaminó que el Gobierno de México había incumplido su obligación internacional de “trato nacional” respecto a los EE.UU. en virtud del GATT de 1994.¹¹¹ En enero de 2007, México informó de que había cumplido con sus obligaciones al retirar la medida que fue la causa del presente litigio.

¹⁰⁵Aguilar, J., (2001), “Azúcar: el conflicto comercial entre cañeros e ingenios”. Economía Informa número 300 (Septiembre de 2001). FE-UNAM. pp. 53-55

¹⁰⁶El Financiero. México DF. 5 de diciembre de 2002. P.24

¹⁰⁷*The New York Law Journal*. 12 de abril de 2010. Disponible en: <http://www.law.com/jsp/nylj/index.jsp>

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰Este caso se conoce como el caso de “México – impuestos sobre los refrescos”. Controversia DS 308. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm.

¹¹¹La OMC consideró que el “impuesto sobre los refrescos” de México era incompatible con el Artículo III: 2 y con el Artículo III:4 del GATT 1994. Estos artículos prohíben la discriminación entre productos nacionales y productos importados similares a través de impuestos internos, leyes, reglamentos y requisitos.

Lecciones clave

Este caso muestra, en primer lugar, que, a través de distintos mecanismos, el sistema de comercio internacional limita el espacio político de los países cuando se trata de aplicar determinados tipos de medidas nacionales para apoyar a sus sectores económicos estratégicos. Por otra parte, este mismo sistema permite la continuidad de los subsidios agrícolas distorsionadores, precisamente el tipo de medidas en las que más confían los países desarrollados.

Aunque la decisión del Órgano de Resolución de Diferencias de la OMC supone una seria interferencia en el espacio político mexicano, no representa un precedente tan grave como el caso México-Cargill. A diferencia del proceso de solución de diferencias de la OMC, muchos de los casos presentados ante árbitros internacionales no dejan lugar a apelaciones, son secretos y no permiten la participación de terceros. Además, sus mecanismos de aplicación prevén la ejecución inmediata de la indemnización. Las características de este mecanismo de solución de diferencias hacen que los BIT sean únicos entre los tratados internacionales.

Si, como se prevé, la presencia de inversores extranjeros en los sectores de agricultura, tierra y el agua en los países en vías de desarrollo aumenta, la disposición sobre “trato nacional” puede representar un serio problema. Si se interpreta tan ampliamente como en el pasado, esta disposición prohibiría cualquier medida nacional que dé prioridad al trato dado a los actores nacionales, sea cual sea el propósito para el cual esté diseñada la medida.

Caso 11 – Vattenfall contra Alemania¹¹²

Antecedentes

Vattenfall es una empresa sueca de servicio público de energía que quería construir una central de carbón a orillas del río Elba, en la ciudad de Hamburgo. Este proyecto recibió una gran cantidad de atención pública por parte de políticos locales y grupos ambientales que argumentaban que el proyecto sería mucho más grande que lo estrictamente necesario para satisfacer las necesidades energéticas de Hamburgo y que existían alternativas de menor envergadura respetuosas con el medio ambiente. Vattenfall anunció su proyecto en 2004 y, finalmente, recibió un permiso provisional de construcción por parte de la ciudad de Hamburgo en 2007.

Medida del gobierno

La Autoridad de Desarrollo Urbano y Medioambiente de la ciudad de Hamburgo concedió a Vattenfall un permiso final en 2008. Sin embargo, este permiso final incluía restricciones adicionales relacionadas con el impacto de la central en la calidad del agua del río Elba. Estas condiciones parecían ser necesarias en virtud de la legislación comunitaria y, en particular, de la Directiva marco del agua de la UE.

Respuesta del inversor

En abril de 2009, Vattenfall presentó una demanda contra Alemania ante el ICSID en virtud de las reglas de arbitraje de la Carta de la Energía. La Carta de la Energía es un acuerdo multilateral firmado por 52 países que regula las inversiones en el sector de la

¹¹²Bernasconi, N. (2009), “Background paper on Vattenfall vs. Germany arbitration”, IISD, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf

energía. Este acuerdo garantiza el trato justo y equitativo para los inversores y la indemnización en el caso de expropiación, de forma similar a las disposiciones incluidas en los tratados de inversión bilaterales y regionales mencionados en los casos anteriores. Vattenfall exige 1.400 millones de euros como compensación por los requisitos adicionales impuestos por las autoridades alemanas.

Resultado

Desde el inicio del caso, el Ministerio Federal de Economía y Tecnología, responsable del caso, ha mantenido un férreo silencio sobre el asunto, a pesar de los evidentes problemas de bienestar público y el interés público despertado por el arbitraje. Aparte de anunciar que estaba en conversaciones con Vattenfall en un esfuerzo por llegar a un arreglo amistoso, el gobierno alemán no ha ofrecido ningún detalle sobre el conflicto. Gracias a los medios de comunicación, se supo que ambas partes habían acordado un cese de seis meses del proceso de arbitraje para facilitar una solución amistosa.

En octubre de 2010, el gobierno alemán confirmó la existencia de un acuerdo amistoso que pondría fin al arbitraje, aunque se negó a publicar ningún detalle sobre el acuerdo porque el caso aún seguía abierto¹¹³. De acuerdo con la información proporcionada por los informes de los medios de comunicación, Alemania no pagaría una compensación económica, pero, a cambio, Vattenfall obtendría una nueva licencia para el uso del agua y un permiso para construir una torre de refrigeración híbrida por valor de 200 millones de euros¹¹⁴.

Lecciones clave

Este caso muestra una vez más la naturaleza secreta de los arbitrajes sobre inversión. La información sobre este caso ha salido a la luz principalmente gracias a los trabajos de investigación realizados por ONG, activistas y periodistas, a pesar de que la indemnización potencial se pagaría con una importante cantidad de dinero de los contribuyentes. Incluso si el caso se acaba cerrando finalmente sin una compensación económica, seguirá siendo un ejemplo de cómo el arbitraje de inversión internacional puede socavar decisiones políticas legítimas, incluso cuando el país en cuestión es un país desarrollado grande como Alemania.

En este caso, se invocaron las normas de inversión de la Carta de la Energía para poner en marcha el arbitraje internacional. Aunque se trata de un caso relacionado con la legislación ambiental en un país desarrollado, es relativamente fácil extrapolarlo a las cuestiones de seguridad alimentaria de los países en vías de desarrollo. El Tratado sobre la Carta de la Energía también incluye las posibles inversiones en proyectos de biocombustibles. Así, pues, se trata de un tratado importante que debe tenerse en cuenta en lo relativo a las cuestiones de acceso a la tierra y la seguridad alimentaria.

¹¹³ BMWi (2010), Respuesta a la pregunta por escrito 308/Septiembre 2010, B. Pfaffenbach, 4 de octubre de 2010.

¹¹⁴ Para más información ver: <http://uk.reuters.com/article/idUKLDE67P0TV20100826> o <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Einigung-im-Streit-um-Kohlekraftwerk-Moorburg-850577>

Cuestiones para el debate

A lo largo del documento, se ha hecho evidente que deberían resolverse muchos de los problemas relacionados con las reglas internacionales sobre inversión para que éstas sean más equilibradas y favorables al desarrollo y para que los gobiernos de los países anfitriones puedan desarrollar su capacidad para introducir marcos reguladores sólidos y equitativos que controlen el acceso a los recursos naturales. Los puntos siguientes resumen las principales cuestiones que deben tratarse.

Transparencia

Tradicionalmente, los acuerdos de inversión han proporcionado una gran confidencialidad a los litigios relativos a inversiones y han limitado las posibilidades de las partes interesadas para acceder a la información y participar en la solución del conflicto. Esto ha permitido a las empresas y Estados escapar del escrutinio público. Aunque recientemente ha habido avances (Estados Unidos ha mejorado las disposiciones de transparencia y participación de sus tratados de inversión desde el CAFTA), esta cuestión sigue siendo uno de los aspectos más negativos del sistema internacional de inversiones.

- ¿Es aceptable que casos que pueden representar miles de millones en fondos públicos y afectar a los asuntos públicos muy relevantes, se mantengan ocultos a la opinión pública?
- ¿La defensa de la privacidad de las partes es suficiente razón para mantener estos casos en secreto? ¿Un aumento en las condiciones de transparencia y participación podría hacer cambiar el enfoque de las empresas sobre la resolución de estos litigios o sobre las decisiones de los árbitros?
- ¿Cuán relevante puede ser la opinión pública? Las reformas de EE.UU., que tienden hacia una mayor transparencia, ¿han mostrado algún resultado positivo hasta el momento? El caso de Pacific Rim contra El Salvador (caso 3), ¿se convertirá en un precedente interesante en esta línea?
- En un caso particular, ¿la presión social sobre los propietarios de activos del inversor podría hacerlos participar en el proceso de toma de decisiones de la compañía y evitar que la compañía desafiara una medida política del país anfitrión o por lo menos provocar el debate dentro del órgano de decisión? ¿Cuánto importa la opinión pública a los propietarios de activos?
- ¿Existe algún marco de Responsabilidad Social Corporativa del sector privado en el que se pueda integrar esta demanda de transparencia, con independencia de lo que se establece en el tratado de inversión pertinente?

Nivel de detalle de las disposiciones

Las disposiciones de los tratados internacionales de inversión suelen ser muy genéricas y breves, lo que deja a los árbitros un amplio margen de interpretación a la hora de juzgar los distintos casos. Tal como se muestra en los casos antes mencionados, esto ha llevado a menudo a resultados impredecibles o sesgados hacia los inversores. ¿Cómo podría abordarse esta cuestión?

- ¿Se podrían reformar los tratados de inversión para definir adecuadamente los límites de los estándares de expropiación?
- Los acuerdos de inversión, ¿deben reconocer explícitamente el derecho y la obligación del Estado a proteger los intereses públicos legítimos (como los derechos humanos, la salud pública y la seguridad, la sostenibilidad del medio ambiente)? Esto evitaría que la expropiación se interpretara de forma tan amplia, como en el caso de Ethyl Corporation contra Canadá (caso 9).

- ¿Deberían reconocer los acuerdos de inversión que, en caso de necesidad, por ejemplo, de una crisis financiera o alimentaria, los gobiernos anfitriones deben ser capaces de imponer determinadas medidas a los inversores (extranjeros y nacionales) para poder asegurar la estabilidad económica o social? Tal como se muestra en los dos casos contra Argentina (los casos 5 y 8), los árbitros no siempre han reconocido la crisis financiera del 2001 como un estado de emergencia.
- ¿Podrían adaptarse los mandatos de los árbitros también en esta línea? ¿Se les podría obligar a explicitar para cada caso cómo han sopesado los distintos conflictos de interés (estado de necesidad, objetivos políticos legítimos, protección del inversor...) o cómo han tenido en cuenta los consensos internacionales de “soft law” pertinentes? (por ejemplo, los ‘Principios de inversión responsable en agricultura’ de la FAO y el Banco Mundial ¹¹⁵).
- Si no se fijan los límites de la protección de los inversores en virtud de los tratados de inversión, ¿podría significar esto que cualquier medida política no discriminatoria que, sin afectar a los títulos de propiedad, cause daños económicos al inversor podría verse como una expropiación compensable (tal como se ha visto en el caso Canadá-Ethyl)? ¿No se trataría de una interferencia inadmisibles en la soberanía del país anfitrión? ¿No podría llevar a un escenario futuro en el que un país en desarrollo, después de introducir algunos requisitos de desempeño de los inversores (en la línea de los ‘Principios de inversión responsable en agricultura’ de la FAO y el Banco Mundial por ejemplo) tendría que compensar a los inversores extranjeros por el daño económico que pudiera causarles?

Responsabilidad del inversor

¿Cómo podría reformarse el sistema para hacer frente a los actuales desequilibrios entre los derechos de los países y las responsabilidades de los inversores extranjeros? En otras palabras, ¿cómo evitar una situación como la del caso Biwater contra Tanzania (caso 6), donde el gobierno de Tanzania no pudo hacer uso de ningún mecanismo internacional para obligar a Biwater a cumplir con sus compromisos contractuales con los ciudadanos de Dar es Salaam, mientras que Biwater pudo recurrir a dos árbitros internacionales para defender sus intereses?

¿Cuál sería la mejor manera de incluir las obligaciones de los inversores y/o códigos de conducta en los acuerdos de inversión para que los inversores cumplan con las leyes y reglamentos del país anfitrión, respeten todos los tratados internacionales aplicables en el lugar de trabajo y en las comunidades en las que se encuentran y, en general, “no provoquen daño”?

- ¿Permitir que los individuos, comunidades y gobiernos anfitriones tengan acceso a los mismos medios de protección con los que cuentan los inversores, es decir, el acceso a los mecanismos de solución de litigios como demandantes?
- ¿Asegurarse de que los tribunales nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos ejercen el mismo poder de sanción que los tribunales de arbitraje para hacer cumplir sus resoluciones? Esto permitiría que, por ejemplo, sentencias como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso de Paraguay (caso 1) se ejecutaran a pesar de sus contradicciones con el BIT Alemania-Paraguay.

¹¹⁵ FAO, IFAD, UNCTAD y el Banco Mundial (2010) “Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources”.

¿Sería la eliminación de los mecanismos de solución de litigios inversor-Estado (poner fin a que los inversores extranjeros presenten demandas jurídicas internacionales contra los gobiernos nacionales) un resultado deseable? La reciente decisión tomada por el gobierno australiano de no permitir en sus tratados comerciales el acceso a instrumentos arbitrales de resolución de conflictos Estado-inversor, es un importante precedente que conviene tener en cuenta. Tal como hemos visto en el caso Foresti contra Sudáfrica (caso 7), llevar a los Estados anfitriones ante los tribunales de arbitraje internacional puede interpretarse como un movimiento táctico para forzar al Estado anfitrión a negociar un acuerdo con el inversor.

- Las negociaciones Estado-Estado, ¿son una manera alternativa de resolver estos litigios que permitiría la supresión del mecanismo inversor-Estado? ¿O es el acceso a los mecanismos de solución un importante “activo” cuando se trata de atraer inversión extranjera y, por tanto, las reformas deberían realizarse “dentro del sistema existente”?

En línea con pedir a los Estados de origen de los inversores que asuman responsabilidades extraterritoriales por las acciones de sus inversores en el extranjero, ¿sería posible pedir a los países de origen que condicionaran las garantías y los créditos de inversión al cumplimiento de las normas básicas por parte del inversor (como el cumplimiento de las leyes nacionales de los países anfitriones o las obligaciones con los derechos humanos internacionales)?

En ocasiones, los países de origen de los inversores han desempeñado un papel activo en los conflictos entre compañía y Estado, y han ejercido una presión directa sobre los países anfitriones para que no perjudicasen los intereses de sus inversores si no querían enfrentarse a las consecuencias de incumplir las obligaciones del BIT (tal como se ve con Alemania en el caso de Paraguay, y con Italia en el caso de Sudáfrica). De esta manera, ¿los gobiernos de los países de origen están incumpliendo sus obligaciones extraterritoriales (sobre todo, cuando existe violación de los derechos humanos)? ¿Hay alguna forma de que las organizaciones de la sociedad civil de los Estados de origen responsabilicen a sus gobiernos cuando esto suceda?

- Incluso si los tratados de inversión no se reforman, ¿podrían las empresas (o, incluso, los sectores) establecer voluntariamente los límites bajo los cuales quieren que se interpreten las disposiciones del BIT y la manera en que quieren que se les apliquen, en el contexto de su política de Responsabilidad Social Corporativa o cualquier otro marco de directrices voluntarias?

Los costos del arbitraje

El mecanismo de resolución de litigios escogido por los países signatarios de la mayoría de los tratados internacionales de inversión resulta muy costoso para las partes involucradas (tanto los gastos de defensa como las indemnizaciones por daños potenciales).

- ¿Podría el temor a enfrentarse a un proceso largo y costoso hacer que los Estados anfitriones, en especial los países en vías de desarrollo, fueran más propensos a retirar políticas polémicas y favorecer así al inversor? Este temor, ¿los disuade de perseguir sus derechos en los litigios sobre inversiones incluso cuando podrían obtener una decisión favorable? ¿Qué podría hacerse para minimizar este efecto?
- Las indemnizaciones por daños son por las pérdidas de los beneficios futuros previstos y no sólo por las pérdidas reales. ¿Podría esto representar una reforma relevante por la que luchar (especialmente, ya que algunos de los contratos abarcan varias décadas)? Si no es así, ¿no implica esto que no se pueden introducir reformas que de alguna manera afecten a las expectativas de beneficios de los inversores durante la vigencia del contrato? ¿No obstaculizaría

esto el desarrollo de la capacidad de los países para mejorar sus estándares sociales o ambientales?

- ¿No deberían ofrecer los tratados de inversión a los países en desarrollo una alternativa que les permitiera defender sus intereses sin tener que pagar un precio tan alto? ¿Cuál podría ser esta alternativa? ¿La obligación de agotar las soluciones legales locales antes de recurrir al arbitraje internacional? ¿La obligación de proporcionar asistencia legal o subvencionar los costos de la defensa de los países en desarrollo durante los procesos de solución de litigios?

Protección de sectores estratégicos

Algunos tratados de inversión (por ejemplo, los firmados por los EE.UU. y Canadá) incluyen sectores que están excluidos de la aplicación de determinadas disposiciones (trato nacional, nación más favorecida...). La agricultura y los sectores relacionados (tierra y agua) no se encuentran, por lo general, entre los sectores “estratégicos” excluidos.

- ¿Podría ser ésta una opción interesante para que los países en desarrollo la consideraran como una manera de mantener el control sobre el funcionamiento de sus sectores agrícolas y alimentarios? ¿Sería una solución un acuerdo con “listas positivas” de sectores a los que se quiere atraer inversión extranjera?
- ¿Cuál sería la reacción de los Estados de origen de los inversores frente a esta propuesta? Tal como se interpreta a menudo en los tratados de inversión internacional, la disposición sobre el “trato nacional” implica que cualquier medida nacional que dé prioridad a los actores nacionales queda prohibida, sin importar cuál sea el propósito de la medida. Esto impone limitaciones muy graves al desarrollo de las capacidades de los países a la hora de establecer medidas nacionales que apoyen a sus sectores estratégicos. ¿Es justo que este mismo sistema de comercio internacional permita que continúen las distorsiones del comercio (p. ej. los subsidios agrícolas), precisamente el tipo de medidas de las que dependen en mayor medida los países en vías de desarrollo? El caso de Cargill contra Méjico (caso 10) muestra las consecuencias de estos desequilibrios en la práctica.

Conclusiones

En los últimos años, el acceso a los recursos naturales globales ha sido la causa de importantes pugnas entre empresas, Estados y comunidades. Dado el reciente aumento de proyectos de inversión relacionados con la tierra, el agua y otros sectores agrícolas en los países en vías de desarrollo, es bastante probable que aumenten estos conflictos. Los gobiernos nacionales y las instituciones internacionales conforman el contexto jurídico en el que operan estos distintos intereses, por medio de leyes nacionales y tratados internacionales. Estos rigen, por ejemplo, la inversión extranjera directa, el uso de la tierra, y las normas ambientales y sociales. Este informe pone de relieve la importancia de una parte de este marco jurídico: el régimen internacional sobre inversiones.

Hay que reconocer que los gobiernos de los países no siempre se comprometen con la defensa de los intereses generales de sus Estados. No siempre muestran el nivel deseable de voluntad política para proponer y defender posiciones políticas en favor del desarrollo y de los pobres. Si los poderes nacionales de los países en desarrollo no están realmente comprometidos con lograr estos objetivos, será prácticamente imposible obtener algún resultado que represente una mejora visible y sostenible en términos de reducción de pobreza y seguridad alimentaria. Sin embargo, el sistema internacional de inversiones ha colocado todo el poder en manos de aquellos que ya eran poderosos. Ni siquiera el gobierno más comprometido lo tendría fácil para desafiar este sistema y conseguir devolver a la gente el poder sobre la tierra y el agua.

A través de once casos prácticos de litigios y arbitrajes sobre inversión entre empresas y gobiernos nacionales, se han podido extraer algunas lecciones importantes que ponen de manifiesto los principales problemas que podrían aparecer en ausencia de una reforma de largo alcance del sistema actual de derecho internacional sobre inversiones. Tal como sostiene este documento, la reforma es, en efecto, urgente y muy necesaria.

En primer lugar, existe la necesidad vital de **aumentar la transparencia y la rendición de cuentas del sistema de arbitraje sobre inversión**. A pesar de sus implicaciones sociales y la gran cantidad de recursos públicos que implican, los litigios de arbitraje sobre inversiones se llevan a cabo a puerta cerrada y, en la mayoría de los casos, no es posible la participación de otros interesados aparte de las empresas y los gobiernos nacionales. Al permitir las audiencias públicas y los *amicus curiae*, los inversores podrían ser más reacios a involucrarse en litigios por miedo a la mala publicidad. La mayor transparencia también fomentará un comportamiento más responsable por parte de los gobiernos nacionales, ya que los interesados sabrán en qué medida el gobierno nacional ha defendido el interés público en un litigio de inversión determinado.

En vez de limitarse a proporcionar una mayor transparencia, las partes involucradas también deberían considerar la posibilidad de hacer un mayor y mejor uso de otros métodos para hacer frente a los litigios sobre inversiones, como son el arbitraje entre Estados o la mediación y la elusión de litigios sobre inversiones.

En segundo lugar, las **disposiciones de los tratados internacionales de inversión deberían ser más precisas y equilibradas** con el fin de evitar interpretaciones contradictorias por parte de los tribunales de arbitraje y con el fin de proporcionar el espacio político necesario para que los gobiernos regulen a favor de objetivos sociales y ambientales. A propósito de las disposiciones relativas al “trato justo y equitativo” o a la “expropiación indirecta”, por ejemplo, debe quedar claro cuál es el estándar de trato que deben esperar los inversores o qué se considera exactamente “expropiación”, con el fin de evitar que los inversores abusen de estas disposiciones. En términos más generales, es fundamental que las disposiciones de los tratados de

inversión proporcionen un mayor equilibrio entre los derechos y obligaciones de los inversores y los gobiernos anfitriones.

En tercer lugar, es fundamental que los **tratados de inversión no prohíban el uso de los requisitos de desempeño**. La diferencia entre una inversión buena y una mala cuando se permite la entrada de capital extranjero en el mercado nacional, a menudo depende de la aplicación de determinados “criterios de ejecución”. Estos pueden estar orientados a fomentar sinergias positivas a lo largo de la cadena de producción, promover la transferencia de tecnología, a crear empleos dignos, a mejorar la sostenibilidad del medio ambiente o permitir la participación de las comunidades locales en los beneficios.

En términos más generales, este informe muestra que el actual régimen de inversión internacional puede hacer mucho daño al bienestar público, ya que dificulta la capacidad de los gobiernos para actuar en respuesta a preocupaciones relacionadas con el desarrollo humano o la sostenibilidad medioambiental. El sistema de arbitraje sobre inversión detrae algunas decisiones importantes de política pública de las manos de los tribunales e instituciones nacionales, lo que en el caso de los países en desarrollo lleva a un debilitamiento mayor de las instituciones democráticas. Por otra parte, los meros costos de participar en el arbitraje de litigios de inversión pueden ser desproporcionados. Por último, no existe una evidencia académica consistente que defienda que más tratados de inversión equivalen a más inversión extranjera directa.

Por todas estas razones, no sorprende que algunos países como Ecuador, Bolivia, Sudáfrica o Túnez se hayan retirado de los compromisos adquiridos en los tratados de inversión o bien hayan iniciado procesos de reforma de sus modelos de tratados de inversión bilaterales (tales como el emprendido recientemente por el gobierno australiano y que establece un importante precedente) apoyándose en argumentos similares a los que se establecen aquí.

Sin embargo, al final, son los propios inversores los que deciden tanto sobre la forma de proceder con sus actividades de inversión como sobre la manera de hacer frente a los litigios sobre inversiones. Por lo tanto, los estándares autoimpuestos de los inversores sobre estos temas pueden representar un complemento importante para el proceso de reforma del marco jurídico y podría ayudar a evitar muchos de los litigios inversor-Estado.

Por otra parte, es importante reconocer que en muchos casos de conflictos, la sociedad civil puede desempeñar un papel importante a la hora de documentar y exponer comportamientos empresariales negativos, especialmente en casos de litigios destacados. Muchos inversores han retirado las denuncias ante los tribunales de inversión a causa de la mala publicidad generada.

A medida que la atención de los inversores en los países en vías de desarrollo se centra en sectores más estrechamente relacionados con la seguridad alimentaria y la reducción del hambre, las lecciones que se extraen de los once casos analizados en este informe pasan a ser muy relevantes. Anticipan lo que podría suceder en breve en los países en vías de desarrollo, cuando maduren los muchos proyectos de inversión que están en marcha en los sectores de la tierra, el agua y la agricultura y empiecen a surgir conflictos entre los inversores y los Estados anfitriones.

© Oxfam International Mayo de 2011

Este informe ha sido redactado por Javier Pérez (Intermon Oxfam), Myriam Gistelínck (Oxfam Solidarité) y Dima Karbala (MPA-ID Harvard University). Los autores quieren agradecer el valioso apoyo de Jean-Denis Crola, David Hachfeld, Isabel Mazzei, Stephanie Burgos, Sander Van Bennenkom y Alejandra Machín. El texto puede ser utilizado libremente para la incidencia política y campañas, así como en el ámbito de la educación y de la investigación, siempre y cuando se indique la fuente de forma completa. El titular del *copyright* requiere que todo uso de su obra le sea comunicado con el objeto de evaluar su impacto. Para la reproducción del texto en otras circunstancias, o para uso en otras publicaciones, o en traducciones o adaptaciones, debe solicitarse permiso y puede requerir el pago de una tasa. Correo electrónico publish@oxfam.org.uk.

Para obtener información adicional sobre las cuestiones planteadas en este documento, puede ponerse en contacto con advocacy@oxfaminternational.org.

La información contenida en esta publicación es correcta en el momento de la impresión.

Oxfam

Oxfam es una confederación internacional de 15 organizaciones que trabajan conjuntamente en 98 países para encontrar soluciones duraderas a la pobreza y la injusticia:

Oxfam América (www.oxfamamerica.org);
Oxfam Australia (www.oxfam.org.au);
Oxfam Bélgica (www.oxfamsol.be);
Oxfam Canadá (www.oxfam.ca);
Oxfam Francia (www.oxfamfrance.org);
Oxfam Alemania (www.oxfam.de);
Oxfam Reino Unido (www.oxfam.org.uk);
Oxfam Hong Kong (www.oxfam.org.hk);
Intermón Oxfam (www.intermonoxfam.org);
Oxfam Irlanda (www.oxfamireland.org);
Oxfam Nueva Zelanda (www.oxfam.org.nz);
Oxfam Mexico (www.oxfammexico.org);
Oxfam Novib – Países Bajos (www.oxfamnovib.nl);
Oxfam Quebec (www.oxfam.qc.ca);
Oxfam India (www.oxfamindia.org)

Miembros observadores de Oxfam:

Oxfam Japón (www.oxfam.jp)

Oxfam Italia (www.oxfamitalia.org)

Para más información, por favor llame o escriba a alguna de las agencias o visite www.oxfam.org/es

Correo electrónico: advocacy@oxfaminternational.org