



Sudamérica y la protección de inversiones extranjeras. El lado oculto de retirarse del CIADI.

Por Martín Cabrera Mirassou¹

Resumen: En los últimos años, países de la región han manifestado su descontento hacia el CIADI. Tres de ellos decidieron denunciar el Convenio que lo crea. Sin perjuicio de las motivaciones políticas subyacentes, los efectos jurídicos, políticos y económicos de retirarse del CIADI han sido sobreestimados. En el presente, describimos el derrotero de los países sudamericanos en el sistema, para comprender las razones que llevaron a la actual situación. Se finaliza con la mención de los diversos efectos que ocasiona denunciar el Convenio CIADI.

Palabras clave: CIADI - inversiones - arbitraje - denuncia

Introducción

En los últimos años, varios países de la región tomaron la decisión de denunciar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI).² En particular y como principal razón, denunciaron la competencia del CIADI para entender en

¹ Abogado (UNLP). Maestrando en Relaciones Internacionales (IRI). Correo electrónico: cabreramartin@hotmail.com

Las opiniones expresadas en los artículos son exclusiva responsabilidad de los autores.

² En orden cronológico: Estado Plurinacional de Bolivia, República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela.



las controversias que surjan entre el Estado y un inversor extranjero. A su vez, en otros países se planteó la discusión sobre si era apropiado alejarse del CIADI u otras acciones debían tomarse a fin de proteger los intereses estatales.³

Las motivaciones políticas alegadas por los gobiernos para denunciar el Convenio CIADI se relacionan con la búsqueda de una ruptura respecto a anteriores gobiernos e ideologías imperantes en la región. Son hechos notorios los cambios producidos y diferencias entre los gobiernos de los últimos años con aquellos de fines del siglo pasado, en prácticamente todos los países sudamericanos. Por ello los gobiernos buscan adoptar un conjunto de medidas políticas, económicas, sociales y jurídicas acordes a su ideología, que implica romper cualquier lazo con el neoliberalismo que gobernó en estos países. En particular, se considera que el CIADI es solo un instrumento más de los países imperialistas para dominar y favorecer sus intereses económicos.

Paradójicamente, están ausentes los fundamentos y efectos jurídicos que conlleva denunciar un tratado internacional, conforme el derecho internacional. Esto es relevante, ya que más allá de la legitimación interna que pueda lograr el discurso de los gobernantes, y su encaje dentro de un proyecto político, la retirada del CIADI implica una serie de consecuencias que difícilmente sean comprendidas por la sociedad civil, y cuyos beneficios no parecen superar los costos de dejar de pertenecer a una institución internacional.

Aquí nos concentramos en describir lo que ha sucedido en el sistema de protección de inversiones en los últimos años; cual ha sido a grandes rasgos el derrotero de los países latinoamericanos en el sistema; y como estos puntos generaron las críticas y objeciones al mismo. Mencionaremos por último los efectos de la retirada del CIADI para los Estados, con el fin de determinar preliminarmente la razonabilidad de adoptar tal medida.

³ Es el caso de la República Argentina. Por su parte, el país con mayor flujo de IED en Sudamérica, la República Federativa de Brasil, no es parte del Convenio CIADI.



La crisis del CIADI

El CIADI fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en el año 1965. Se trata de una organización internacional con plena personalidad jurídica internacional. No se trata de un órgano creado para sustanciar y decidir directamente los procedimientos arbitrales, sino que su objeto es facilitar el sometimiento de controversias entre Estados contratantes e inversores extranjeros, a procedimientos de conciliación y de arbitraje. Es decir, la función del CIADI es la administración del procedimiento arbitral, correspondiendo la sustanciación y decisión del mismo a los árbitros designados libremente por las partes a tales efectos.⁴

El consentimiento del Estado es el elemento esencial para la atribución de jurisdicción a los mecanismos previstos en el Convenio CIADI. En este sentido, el Artículo 25 (1) del Convenio establece: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Este consentimiento al que se refiere la norma citada, no surge automáticamente del hecho de que el Estado sea parte del Convenio CIADI. Para que una controversia pueda ser sometida al mismo, se requiere que sea consentido mediante un acto jurídico independiente. En efecto, para que un inversor pueda iniciar un arbitraje en el CIADI contra un Estado, éste debe ser parte del Convenio CIADI. Sin embargo, esto no es suficiente, hace falta el consentimiento del Estado en un contrato con un inversor extranjero, una ley nacional, o un Tratado Bilateral de Inversión (TBI). O sea, son dos los

⁴ Actualmente hay 158 Estados que firmaron el Convenio, y 148 que lo han ratificado y continúan siendo partes del mismo.



requisitos: ser parte del Convenio y por otro acto jurídico, aceptar la competencia del CIADI.

Por lo tanto, la atribución de jurisdicción al CIADI ocurre mediante el consentimiento del Estado, expresado por lo general en un TBI. Éstos son actos mediante los cuales dos Estados establecen un marco jurídico para la protección de las inversiones extranjeras. El contenido y alcance de los TBI puede variar considerablemente, sin embargo, existen aspectos que son normalmente previstos en ellos, tales como: el ámbito de aplicación; la definición de “inversión”; el derecho aplicable, provisiones de protección a las inversiones y contra las expropiaciones; y el acceso al arbitraje internacional y/o otras formas de solución de diferencias.

Sobre este último punto, el mecanismo de solución de controversias comúnmente utilizado es el arbitraje administrado conforme a las reglas del Convenio CIADI, o bajo las reglas UNCITRAL.⁵ La gran mayoría de los TBI contemplan estos dos fueros, siendo opción del demandante elegir uno de ellos. En parte, la saturación del CIADI canalizó las diferencias surgidas de un TBI hacia las reglas de UNCITRAL. Más abajo se verá la importancia de esto.

Si bien el CIADI se encuentra funcionando desde 1966, es recién a partir de principio de la década de 1990 que se comienza a utilizar asiduamente. Llega el punto que a fines de la década de 1990 comienza a recibir más de 10 casos cada año, y a fines de la primera década del siglo XXI un promedio de más de 20 casos. De la lectura de las estadísticas (CIADI: 2012) puede apreciarse que es a partir de 1997 que se produce el “boom” de recurrir al CIADI. Totalizan 390 los casos registrados en el mismo, de los cuales el 29 % corresponde a Estados de América Latina. Pero si se toma la nacionalidad de los árbitros, ellos provienen en un 47 % de Europa Occidental, el 22 % de Estados Unidos, Canadá y México, y sólo el 10% de América Latina.

⁵ De acuerdo a McRae (2010: 382): “The field is made up primarily of bilateral investment agreements or regional trade and investment agreements, which to the extent that they involve investor-state dispute settlement processes, often use similar rules of procedure and dispute settlement facilities, such as ICSID and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) rules.”



En 2012, 62 casos sobre inversiones extranjeras fueron iniciados en el CIADI y otros fueros internacionales, constituyendo el mayor número conocido de controversias basadas en tratados internacionales presentadas en un año, confirmando que los inversores extranjeros cada vez más recurren al arbitraje inversor-Estado. En el mismo año, Venezuela, por segunda vez consecutiva, fue la mayor demandada con 9 casos, seguida de India con 7, Pakistán con 4, Algeria, Egipto y Hungría con 3 cada uno. En la tabla histórica, Argentina continua como líder, con 52 casos, seguida de Venezuela con 34, Ecuador con 23 y México con 21, solamente tomando los casos registrados en el CIADI (UNCTAD, 2013B).

Estos datos permiten entender cómo se ocasionó el colapso de un sistema institucional que no estuvo previsto para tal cantidad y diversidad de diferencias. Exigiendo al CIADI a su máximo, se puso al descubierto las inconsistencias, límites y grietas del mismo, reflejadas paradigmáticamente en el caso argentino. Desde otro punto de vista, surgieron críticas respecto a los laudos emitidos, su consistencia jurídica, sobre la imparcialidad de los árbitros y su independencia.⁶ Así, un número de propuestas para reformar el sistema se vienen discutiendo en diferentes foros, sin arribar todavía a un consenso sobre las mismas.⁷

Los países sudamericanos en el CIADI

En Sudamérica, los gobiernos de impronta neoliberal comenzaron a impulsar y firmar Tratados Bilaterales de Inversión como forma de estimular la Inversión Extranjera Directa (IED).⁸ Puede tomarse al Consenso de Washington como el

⁶ Ver el trabajo de Olivet y Eberhardt (2012), uno de los pocos donde se detalla el detrás de escena del sistema de arbitraje internacional de inversiones.

⁷ Véase UNCTAD (2013A) y McRae (2010) respecto a los planteos, propuestas y posibilidades de reforma al sistema.

⁸ Si apreciamos lo sucedido en la región, Argentina es parte en 56 TBI, Ecuador en 26, Bolivia en 23, Venezuela tiene 28, Brasil 15, Chile con 53, Colombia solo 6, Perú 30, Paraguay 22 y Uruguay 29.



punto de partida, a partir de cuando varios países de la región privatizan sus servicios públicos, la producción y distribución energética y áreas que tradicionalmente estuvieron a cargo del Estado (Fach Gómez, 2010: 3).

La importancia de la IED para la región es innegable, los números muestran que la IED en América Latina y el Caribe se incrementó en un 16 % el año pasado, para llegar a US\$ 217 billones. Empujada en gran parte por Sudamérica, ya que solo en Brasil aumentó en un 34 % el flujo, además que recibe el 55 % de la IED correspondiente a Sudamérica, y el 31 % de toda América Latina y el Caribe (UNCTAD, 2012: 53).

La región fue, para expresarlo de algún modo, el caso experimental para el CIADI, ya que es aquí donde surge la primera tanda masiva de controversias, respecto a políticas estatales y profundas crisis económicas. La llegada al poder de gobiernos populistas, sumado a una lista de cuestionamientos hacia el CIADI, puso en jaque la relación de Sudamérica con éste.

Entre las críticas surgen la falta de fondos y estructura del CIADI para enfrentar el incremento en la cantidad de casos, su relación con el Banco Mundial y en este sentido, que la hostilidad de América Latina hacia el CIADI haga peligrar créditos y préstamos del Banco Mundial; los costos asociados al proceso, el tener que contratar firmas de abogados extranjeras; intereses no comerciales como la salud, medio ambiente, y protección de los Derechos Humanos que pasaron desapercibidos en los arbitrajes; la falta de transparencia de los paneles arbitrales, cierta parcialidad percibida a favor del inversor; decisiones contradictorias al analizar cada tribunal ad-hoc misma cuestión de diferente manera; la falta de un proceso de apelación, solo un procedimiento de anulación limitado; y problemas en el cumplimiento y ejecución de los laudos (Fach Gómez, 2010: 3).

Los países sudamericanos adoptan diferentes estrategias al respecto, entre las que se encuentra retirarse del Convenio, seguida por Ecuador, Bolivia y Venezuela. Así, el 2 de mayo de 2007, Bolivia notificó al Banco Mundial de la denuncia del Convenio, que se efectivizó el 3 de noviembre de



2007, seis meses después de la notificación; el 6 de julio de 2009 Ecuador hizo lo propio, con efectos a partir del 7 de enero de 2010; el 24 de enero de 2012 la República Bolivariana de Venezuela denunció en Convenio con efectividad a partir del 25 de julio de 2012. Estos son los únicos países en retirarse hasta ahora del CIADI. Otra estrategia fue la seguida por Argentina, la cual dentro del sistema y utilizando herramientas del Convenio, impugna los laudos en su contra con relativo éxito (Fach Gómez, 2010: 4). A su vez, hubo renegociaciones de TBI.

Las tres Constituciones, recientemente reformadas, de los países denunciantes contienen cláusulas para dar sustento al retiro del CIADI. En el caso de Ecuador, en su Artículo 422 dispone: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (...) En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

Por su parte, Venezuela en sus fundamentos sostuvo que adhirió al Convenio en 1993, por decisión de un gobierno provisional débil y desprovisto de legitimidad popular, presionado por sectores económicos transnacionales que participaban del desmantelamiento de la soberanía nacional. Su Constitución invalida, en su espíritu y en su letra, las disposiciones del Convenio CIADI, cuando reza en su Artículo 151 que en los contratos de interés público, se considerará incorporada una cláusula según la cual las controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones



extranjeras. Al momento de efectuar la denuncia, manifestó el gobierno que iba a continuar trabajando junto las naciones del mundo para que las instituciones internacionales dejen de ser guardianas de intereses hegemónicos, y contribuyan a consolidar un mundo pluripolar y en equilibrio, de acuerdo con los principios fundadores del Derecho Internacional.

La Constitución de Bolivia, por último, en su Artículo 366 expresa: “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.”

Los efectos de retirarse del Convenio CIADI

Son varias las consecuencias de denunciar un tratado internacional, que tienen en este caso, manifestaciones jurídicas, políticas y económicas. En el caso particular del Convenio CIADI, tenemos que el inversor puede seguir recurriendo a una instancia internacional. Esto es así, ya que continúan aplicándose las reglas UNCITRAL, reiteramos que la mayoría de los TBI contemplan los dos mecanismos. Y he aquí la peculiaridad, las reglas UNCITRAL garantizan la total confidencialidad de los casos, si las partes no lo deciden de otra manera, un caso no es divulgado ni dado a conocer. En otras palabras, un gobierno puede mantener por fuera del escrutinio y control de la sociedad civil todas las controversias sobre inversiones de las cuales sea parte.

A su vez, se puede generar responsabilidad internacional del Estado, ya que si un TBI contempla que un inversor pueda recurrir al CIADI, y se le priva de dicha posibilidad, representa un incumplimiento de una obligación internacional asumida por el Estado denunciante. A su vez, el otro Estado que



firmó el TBI, puede adoptar las medidas a su disposición y que permite el Derecho Internacional para los casos de comisión de un hecho ilícito, que son consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito.

Simultáneamente se afecta la confianza internacional hacia el Estado, retirarse de un convenio internacional puede ocasionar problemas de percepción respecto al compromiso del Estado de honrar sus obligaciones. Indirectamente, puede significar un menor flujo de IED. Que este tipo de consecuencias sean difíciles de cuantificar, no significa en absoluto que el incumplimiento de obligaciones internacionales pase sin derivaciones poco felices para un Estado.

Respecto a la relación subsistente entre el Estado y el CIADI, debe remarcarse que aquellos arbitrajes en curso (ya iniciados) siguen adelante, estando obligado el Estado a acatar las normas de procedimiento y ejecución establecidas en el Convenio CIADI, aún si dichos arbitrajes fueran decididos vencido el plazo de seis (6) meses previsto luego de la denuncia. La duda surge, entonces, respecto de la posibilidad de los inversionistas extranjeros de acudir al mecanismo arbitral contemplado en el Convenio CIADI, luego de vencido el mencionado plazo, en base a lo dispuesto por el Artículo 72 del Convenio.⁹

Si bien existen opiniones divergentes en el tema, mencionamos (no necesariamente compartimos) la que acarrea consecuencias negativas para el Estado. Desde el punto de vista estrictamente jurídico la salida del Convenio no significa que los inversores extranjeros protegidos por un TBI hayan perdido la posibilidad de acudir al CIADI, cuando dicha vía haya sido ofrecida en el tratado. En efecto, cuando en el texto del TBI el Estado haya dado su consentimiento incondicional al arbitraje ante el CIADI, la denuncia de la

⁹ Convenio CIADI, Artículo 71: “todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.” Y Artículo 72: “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme este Convenio, de dicho Estado (...) nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.”



Convención CIADI no puede afectar el legítimo derecho del inversor de acudir a la forma de resolución de disputas ofrecida por el Estado. Lo contrario sería extender retroactivamente los efectos de la denuncia de la Convención, en absoluta contravención del Artículo 72 del Convenio.

Esta norma establece la irretroactividad de los efectos de la denuncia del Convenio, cuando el Estado haya consentido expresa e inequívocamente en someterse al arbitraje administrado por el CIADI. Entonces, si una cláusula arbitral en un TBI otorga al inversionista el derecho a la tutela arbitral especial, no puede admitirse la afectación retroactiva de dicho derecho por un acto posterior del Estado, como podría ser la denuncia del Convenio CIADI. En ese sentido, en aquellos casos en los que exista un consentimiento incondicional del Estado, los derechos y obligaciones que emanan de dicho consentimiento, como la atribución de jurisdicción al CIADI, no se ven afectadas por la denuncia del Convenio.

Así, debe revisarse el texto de la cláusula arbitral y de solución de diferencias en cada TBI celebrado por un Estado, para determinar en el caso concreto si el consentimiento fue incondicional o no. En caso de que el consentimiento sea incondicional, la eventual salida del Estado del Convenio CIADI de ninguna manera podría implicar la limitación del derecho del inversor de acudir al arbitraje ante el CIADI, si así expresamente fue consentido en el TBI correspondiente.

Si, por el contrario, de la revisión de la cláusula contenida en el TBI no puede sostenerse concluyentemente que el Estado haya dado su consentimiento incondicional al arbitraje ante el CIADI, entonces corresponderá al inversionista expresar su aceptación de la oferta de arbitraje dentro del plazo de seis (6) meses. En definitiva, para que efectivamente deje de ser susceptible de ser demandada ante el CIADI es condición ineludible que renegocie con los Estados correspondientes las cláusulas de arbitraje contenidas en los TBI, en particular en aquellos casos en los que se dio un consentimiento incondicional al arbitraje ante el CIADI.¹⁰

¹⁰ Véase a TZANAKOPOULOS (2010) respecto al análisis a la luz del derecho de los tratados de la denuncia del Convenio CIADI.



Respecto a las Constituciones nacionales de los Estados, mencionamos ya que justamente los tres países denunciados, contienen disposiciones constitucionales limitando y hasta prohibiendo la participación del Estado en arbitrajes internacionales relacionados a controversias comerciales o contractuales. Sin embargo, es un principio bien establecido en el Derecho Internacional, que el derecho interno no prevalece sobre un tratado internacional y no puede invocarse para no cumplir con obligaciones internacionales. Por ende, estas disposiciones, en este análisis, son irrelevantes.

Consideraciones finales

Los Estados que ya son parte del Convenio CIADI y han firmado TBI que le atribuyen competencia, se enfrentan a una situación y marco jurídico determinado. Existen una serie de estrategias y/o políticas, seguramente no tan populares o demagógicas, pero más eficaces para defender los intereses nacionales. Hace unos años se comenzó a hablar del “backlash” del sistema de protección de inversiones extranjeras. Hoy debe actuarse con prudencia para que no se genere un “backlash” para con los Estados disconformes con el CIADI, por sus acciones cuestionando el sistema.

Es necesario lograr claridad y certeza en el controvertido y sustancial tema de si luego de la denuncia del Convenio, un inversor puede seguir contando con la opción de recurrir al CIADI. Esto implica, en definitiva, saber si se puede seguir demandando a Estados que hayan denunciado la Convención, mientras el TBI esté vigente.¹¹ Las consecuencias que acarrea una u otra opción son claramente de una magnitud tal que su definición no será pacífica.

¹¹ Lo más probable es que en el caso “Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No. ARB/10/8)”, iniciado el 12 de abril de 2010, el tribunal arbitral deba resolver este dilema. Asimismo, se iniciaron 7 casos a Venezuela luego de que surtiera efectos la denuncia al Convenio.



Consideramos que no es lo más prudente romper los lazos con el CIADI, menos de la forma realizada por los Estados que lo han hecho, en vistas de las consecuencias negativas que conlleva. La defensa de los intereses estatales debe ser una prioridad para un gobierno, pero a la luz del Derecho Internacional vigente y velando por el bienestar de la sociedad.

Material de consulta

CIADI, “Carga de Casos del CIADI - Estadísticas 2012, Edición 2012-2”, en página web del CIADI: www.icsid.worldbank.org.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

FACH GÓMEZ K., “Latin America and ICSID: David versus Goliath?”, publicado en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1708325>, 12 de noviembre de 2010.

McRAE D., “The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 2 (2010), pp. 371-387.

OLIVET C. y EBERHARDT P., “Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones”, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, noviembre 2012, 76 p.

TZANAKOPOULOS A., “Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties”, publicado en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1735495>, 23 de diciembre de 2010.

UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, 2012, disponible en página web de UNCTAD: www.unctad.org.

UNCTAD, “Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap”, IIA Issues Note, N° 2, mayo 2013A, disponible en página web de UNCTAD.



UNCTAD, “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement”, IIA Issues Note, N° 1, mayo 2013B, disponible en página web de UNCTAD.