



Estudios del CURI

ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Opciones para equilibrar los derechos y obligaciones de las Partes

Carlos Gianelli

Consejo Uruguayo

para las Relaciones Internacionales

4 de mayo de 2012

Estudio No 02/12

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Opciones para equilibrar los derechos y obligaciones de la Partes.

Observaciones Preliminares

Este trabajo tiene por objetivo discutir el formato de los acuerdos de promoción y protección de inversiones (BITs en su sigla en inglés) que se vienen firmando por los países latinoamericanos desde hace unos 20 años. En el curso de la instrumentación de estos acuerdos, se ha ido desarrollando en los últimos años una fuerte corriente negativa – con énfasis en los países en desarrollo, pero también con serias preocupaciones en algunos países desarrollados- en relación con el funcionamiento de estos Tratados.

En particular se critica el uso excesivo que han hecho muchos inversores de los mecanismos de solución de controversia que estos instrumentos establecieron para proteger sus intereses en casos de eventuales violaciones o incumplimientos de los acuerdos firmados por parte del Estado receptor y también por las interpretaciones extensivas de los estándares sustantivos de protección que han hecho algunos tribunales de arbitraje.

Debido a lo anterior la mayoría de los países de la región han comenzado a firmar menos acuerdos de este tipo, sobretodo a partir de la crisis de la deuda en la Argentina a principio de la primera década del siglo. El número de acuerdos bilaterales firmados a partir de 2004 es muy inferior a los firmados durante la década del 90. Este hecho es un indicador de la desconfianza que estos instrumentos comenzaron a generar en muchos de nuestros países después de la crisis de principios de siglo ya mencionada.

Quizás la consecuencia más importante de lo señalado es un cierto resurgimiento de apoyo a la doctrina Calvo. En América Latina los casos que comentaremos de Bolivia y Ecuador se suelen utilizar como un ejemplo de lo anterior. Las decisiones de ambos países de renunciar a la membresía en el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); y el hecho de que además Ecuador ha denunciado casi todos los BITs firmados, hace pensar que estos países quieren volver a establecer la Doctrina Calvo.

Estas medidas están siendo muy comentadas por las implicancias jurídicas que estas decisiones están teniendo. Se discute el impacto que estas denuncias tienen en los reclamos posteriores, y se levantan interrogantes de cómo y cuándo terminan las obligaciones y compromisos generados previamente por estos países; si pueden terminar con su compromiso de consentimiento al arbitraje a la fecha de la denuncia o tienen que esperar a que expiren las cláusulas de supervivencia establecidas en la mayoría de los BITs firmados por estos países, las que van de 10 a 20 años. Son todas interrogantes que aún no están claras debido a que a la fecha ningún tribunal se ha pronunciado sobre ellas. Habrá que esperar a tener varios fallos sobre estos temas para que se fije jurisprudencia en todas estas cuestiones.

En cuanto a la cuestión de fondo planteada con estas decisiones, nuestra opinión es que la realidad está demostrando que volver a la Doctrina Calvo en su formulación original ya no es posible. Lo que según nuestra visión es conveniente y posible, es impulsar modificaciones al

actual régimen, de tal forma que se pueda revivir el equilibrio que se ha perdido entre los derechos y obligaciones de los Estados con los derechos y obligaciones de los inversores.

Muchos autores que han escrito sobre este tema sostienen con acierto que la Doctrina Calvo no se adecua al mundo como éste funciona hoy en día, pero tampoco los acuerdos que se firmaron para promover inversiones durante las décadas del 80 y del 90 protegen adecuadamente y en forma equilibrada los intereses de las Partes que los negociaron. Adelantamos desde ya que estamos de acuerdo que hay que buscar un camino en el medio entre los dos mencionados para mejorar la posición de los países en desarrollo en estos acuerdos, de manera de hacer efectivo el derecho del Estado de regular determinados temas, a efectos de preservar el equilibrio entre el inversor extranjero y el Estado en materia de derechos y obligaciones.

En suma, parecería que es imposible que los países hoy en día puedan aislarse de la creciente interacción que la globalización viene creando en el mundo. Cuanto más integrado e interactivo es el mundo más reglas internacionales se generan, se establecen nuevos estándares de comportamiento y de remedios procesales, y los países no pueden escapar de ello aunque lo deseenⁱ.

En virtud de todo lo comentado es que nos planteamos en este trabajo dar opciones a fin de contribuir a recuperar el equilibrio perdido en esta materia después de veinte años de laudos arbitrales que han distorsionado la aplicación de los BITs.

OPCIONES PARA LIMITAR LA PROTECCION DEL INVERSOR EN LOS BITS.

Veremos a continuación los elementos que en nuestra opinión se podrían cambiar en una eventual ‘renegociación’ de los términos de estos viejos acuerdos que ya no reflejan la realidad actual y que significan un peaje demasiado gravoso para muchos de nuestros países en la actualidad. En este trabajo estamos recomendando una vía alternativa de proceder, que estaría a medio camino entre las medidas drásticas impulsadas por algunos países de la región y el dejar todo como está sin cambiar nada.

I.- LIMITES AL CONSENTIMIENTO PARA EL INICIO DE LOS JUICIOS ARBITRALES.

La aplicación del arbitraje internacional en materia de inversión se basa en el ‘consentimiento’ dado por los Estados para someter sus diferendos con inversores en el marco de los BITs o de un capítulo de inversiones contenido en un acuerdo multilateral o bilateral de libre comercio (TLCs). Si no existiera esta cláusula en los BITs difícilmente funcionarían los mecanismos de arbitraje, y seguramente ningún país exportador de capitales firmaría este tipo de acuerdos debido a que esa es una garantía que sus nacionales tienen cuando invierten en otro país.

En el año 2010, 83 países de todas las regiones han enfrentado reclamos basados en BITsⁱⁱ; sin embargo el número de casos contra los países del este de Asia es bastante bajo en comparación con otras regionesⁱⁱⁱ.

El caso asiático es un buen ejemplo no solo de lo conveniente de limitar el consentimiento al arbitraje, sino también de ampliar la limitación a una sola categoría de inversiones, como fuera establecido en los BITs de Malasia y Tailandia, que prevén que la protección del Tratado se dé solo cuando la inversión es registrada o aprobada por el Estado receptor^{iv}.

El establecimiento de este requisito no significa de ninguna manera un retorno a políticas dirigistas, sino que solamente tiene que ver con la protección establecida por el Tratado. Es muy razonable para el Estado receptor requerir al inversor que registre su inversión en alguna dependencia especial dedicada a ello, si desean que su inversión sea protegida adecuadamente. Si el inversor no lo hace pierde la posibilidad de la protección del Tratado, aunque siempre tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales locales. La ventaja para el Estado de esta disposición es que este sabe exactamente cuáles inversiones están protegidas por el BIT y no correría el riesgo de enfrentar una discusión en un mecanismo arbitral sobre el tema de la jurisdicción. Tampoco estaría dependiendo de árbitros que habitualmente tienen formación en derecho comercial internacional y que están por ello orientados a fallar a favor de aplicaciones más 'laxas', que en definitiva favorecen a los intereses de los inversores, como suele suceder a menudo en los tribunales administrados por el CIADI.

En suma, sería recomendable que el compromiso en materia de consentimiento en futuros BITs sea acotado y limitado en los dos sentidos presentados en este punto.

II.- CLAUSULA QUE PERMITA EXCLUIR CASOS QUE INVOLUCREN CIERTOS TEMAS DE INTERES PUBLICO.

En los temas relacionados con las políticas públicas de los Estados en los juicios arbitrales, comienza a crecer cierto descontento por parte de los Estados receptores de inversiones. Se entiende por parte de muchos de los países demandados que el principio básico que subyace detrás de estos temas, que es la protección de la sociedad con respecto a cuestiones que hacen el interés general - en particular en áreas muy sensibles como son la seguridad pública, la salud y el medio ambiente- no puede ser cuestionada en tribunales internacionales pues son preceptos que emanan de sus Constituciones.

Sin duda que, a menos que este tema sea resuelto adecuadamente en los futuros juicios inversor-Estado, se corre un gran riesgo de que muchos Estados terminen abandonando mecanismos como el CIADI, o al menos buscando limitar el impacto que la discusión de políticas públicas tienen en los tribunales internacionales. Es claro que los Estados tienen derecho a regular su interés público en temas como los señalados siempre y cuando las medidas adoptadas sean no discriminatorias, de buena fe y se basen en la protección de un interés común de la sociedad. En el caso de la salud pública por ejemplo el artículo 44 de la Constitución del Uruguay dispone que "El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país". De lo anterior se extrae que, aún aunque esto no se diga expresamente en acuerdos internacionales, va de suyo que un Estado no puede limitar este precepto constitucional por una ley internacional^v.

Incluso hay BITs como el de Uruguay con Suiza del año 1992 que establece en su artículo 2 una cláusula expresa que excluye las medidas tomadas con motivo de proteger la salud pública y otras materias. Asimismo, este derecho que tiene el Estado uruguayo (el mismo derecho que

tendría la Confederación Suiza en cuanto a la protección de la salud pública en su propio territorio) de proteger la salud de sus habitantes se debe extender también a la posibilidad de limitar los derechos económicos que los inversores puedan percibir de actividades que perjudican la salud pública, pues sino pudiera hacerlo, la disposición constitucional mencionada no tendría efectos prácticos^{vi}.

También con base en lo anterior es que entendemos que en estos casos los perjuicios económicos sufridos por las empresas están dentro del riesgo que se corre cuando se realizan actividades económicas vendiendo productos que están científicamente probado que dañan la salud.

Durante dos décadas la industria del tabaco ha usado diferentes BITs y TLCs a fin de enfrentar las medidas de restricción que algunos países han tomado a fin de limitar el mercado de los cigarrillos. El primer intento serio provino de la empresa R.J. Reynolds Tobacco Company que presentó una demanda frente a los tribunales del NAFTA^{vii} a fin de impedir que Canadá estableciera una disposición de que las cajillas de cigarrillos pudieran no tener ningún tipo de logos o marcas ('plain packaging'). Más recientemente Phillip Morris ha iniciado un juicio al Estado uruguayo en el CIADI^{viii} por las medidas adoptadas destinadas a reducir el consumo del cigarrillo por los daños que provoca a la salud. Y hace pocos días también ha iniciado un arbitraje en contra del Gobierno de Australia^{ix} por la adopción de medidas relacionadas con la imposición de la 'cajilla plana'.

Las empresas transnacionales con el actual régimen de inversiones a nivel internacional siempre pueden tener a mano algún BIT, para enfrentar a los países que toman medidas a favor de la salud de sus ciudadanos, puesto que este tipo de empresas operan en un ámbito global y sus sedes están diseminadas por todo el mundo. Siempre pueden reorganizarse legalmente de tal forma que sus abogados puedan cambiar el origen de la empresa con la creación de compañías nuevas, a fin de hacerse beneficiarias de BITs que fueron firmados para proteger empresas inversionistas de los países firmantes de esos acuerdos, y no para proteger estas multinacionales que carecen de una nacionalidad precisa.

Lo anteriormente descrito lleva a un uso abusivo de un instrumento legal bilateral, que al ser sometido al análisis de un tribunal internacional, puede dar lugar a una interpretación que distorsiona el consentimiento que originariamente brindaron los Estados Contratantes en materia de promoción y protección de inversiones^x.

Sin duda que las actuales tensiones entre las regulaciones de algunos países con respecto al tabaco y la utilización de mecanismos de arbitraje internacional previstos en muchos BITS para enfrentarlas, podrían hacer en el futuro retroceder este importante mecanismo destinado a preservar inversiones tan necesarias para los países en desarrollo.

III.- PROHIBICION DE QUE LA CLAUSULA DE LA NACION MÁS FAVORECIDA (MFN) IMPIDA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS PARA EL AGOTAMIENTO DE LA VIA DOMESTICA

La cláusula MFN incluidas en los BITs le otorgan derechos a los nacionales de las Partes firmantes del BIT, a tener un tratamiento no menos favorable que el acordado por los Estados a otros nacionales de un tercer Estado en un acuerdo similar. El fundamento de esta cláusula es

evitar la discriminación basada en la nacionalidad. Las reglas del CIADI no establecen como principio que se agote la vía doméstica antes de comenzar un juicio arbitral, pero si un Estado miembro estableció como condición explícita el agotamiento de la vía doméstica antes de que inicie el juicio arbitral, éste funciona como un requisito de aplicación ineludible de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 26 del Convenio del CIADI. Si además se establece un período para tratar de solucionar el diferendo de forma amigable (cooling-off period) también las Partes están obligadas a esperar su finalización antes de comenzar el juicio arbitral. Sin embargo, cuando en el BIT existe una cláusula MFN, se han dado sentencias que permiten al inversor no cumplir con el período para intentar una conciliación o el agotamiento de la vía doméstica, aceptando la aplicación de otro BIT firmado por el Estado donde no se previó estas cláusulas o se previeron plazos más cortos. Este es un tema muy discutido porque diferentes tribunales han tomado decisiones encontradas en casos similares, a veces expidiéndose en un sentido y otras veces en el contrario.

Últimamente la jurisprudencia está fallando más a favor de no reconocer la extensión de la MFN cuando existen cláusulas de intento de conciliación y de agotamiento de la vía doméstica. En otras oportunidades, el tribunal arbitral ha optado por no pronunciarse sobre la cláusula MFN y concentrarse en analizar el mecanismo de agotamiento de la vía doméstica. Tal es el caso de – “Beccara v. Argentina”^{xi}, en el cual se alegan incumplimientos dentro del BIT Argentina-Italia del año 1990.

En este tema se suele citar el caso ‘Siemens vs Argentina’ y el caso ‘Maffezini vs España’, como los dos ejemplos más paradigmáticos de aceptación por parte de la jurisprudencia de la extensión de la MFN a otros acuerdos con terceros países. Sin embargo, en los últimos años esta jurisprudencia comienza a revertirse y los tribunales comienzan a respaldar el criterio de que la MFN no debe ser interpretada para permitir a los inversores importar disposiciones de otros BITS más favorables, salvo que la MFN en cuestión expresamente disponga que se aplique a la solución de la controversia^{xii}.

La jurista francesa Brigitte Stern fundamenta de manera incuestionable que tanto los períodos de conciliación como los del agotamiento de la vía doméstica, operan como limitaciones al consentimiento sobre la jurisdicción de los tribunales arbitrales. La frase de que esta cláusula se aplica ‘a todas las materias’ no debe entenderse –según Stern- como a todas las materias cubiertas por el Tratado, debido a que un derecho tan importante para un Estado como es que se agote su jurisdicción doméstica antes de iniciar un juicio arbitral, no puede ser modificado por una cláusula MFN. El primer laudo que comienza a aceptar esta interpretación es el del caso ‘Wintershall vs Argentina’, donde se falló en contra de la pretensión del inversor de saltar el período de 18 meses de agotamiento de la vía doméstica previsto en el BIT Alemania y Argentina, a pesar de que se establece la utilización de la MFN ‘en todas las materias cubiertas por el Tratado^{xiii}’.

En todo caso, para evitar este tipo de interpretaciones tan ‘laxas’ de los árbitros en este tema, sería conveniente que los Estados en sus futuros BITS excluyan expresamente la posibilidad de que una cláusula MFN pueda anular requisitos establecidos por el Estado a fin de limitar o condicionar el consentimiento para viabilizar los juicios arbitrales por parte de los inversores^{xiv}.

IV.- EVITAR INCLUIR EN LA DEFINICION DE INVERSION LOS TEMAS FINANCIEROS Y DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La mayoría de los BITs firmados por los países latinoamericanos tienen definiciones amplias de inversión lo que conlleva el riesgo de expandir la protección en estos acuerdos más allá de la intención original de los países receptores. Hoy comienza a percibirse que estas definiciones tan amplias -que en su mayoría incluyen protección en temas financieros o de varios tipos de propiedad intelectual- han creado perjuicios notorios para los países, debido a que han tenido que enfrentar juicios en casos de necesidad o de carácter excepcional o demandas que involucran temas de políticas públicas de los Estados.

En particular, el tema de la reestructura de la deuda externa soberana está siendo considerado con preocupación especial porque afecta seriamente la capacidad de los Estados de reestructurar su deuda cuando están a punto de caer en 'default' o cuando ya cayeron, lo que afecta la capacidad de maniobra que en estas situaciones de crisis los países afectados deben tener, para salir del problema de forma que no afecte irremediamente sus economías y el bienestar de sus habitantes. A fin de evitar que los tenedores de bonos provoquen una catarata de reclamos como consecuencia de una reestructura de la deuda de un país en crisis, estos deberían poder negociar ciertas disposiciones basadas en la 'seguridad nacional', que impidan la aplicación de cláusulas como 'el trato justo y equitativo' o la extensión de cláusulas MFN a fin de evitar los períodos de conciliación o de agotamiento de la vía doméstica.

Sin duda la situación más delicada en esta materia ha sido el caso de Argentina cuando se rompió la paridad peso/ dólar cuando se sancionó la Ley de Emergencia en el 2002. Esta medida afectó mucho el valor de las inversiones extranjeras que se habían realizado al amparo de la ley de paridad de ambas monedas, lo que provocó una ola de reclamos basados en juicios arbitrales -la mayoría bajo el sistema del CIADI- en forma simultánea. Muchos de ellos aún no han finalizado a la fecha actual y están siendo discutidos exhaustivamente por la doctrina. La tendencia de la jurisprudencia al inicio de los juicios fue francamente contraria a los intereses de la Argentina y a favor de los inversores. Argentina se ha defendido invocando en estos juicios muchos argumentos -en especial el de la 'seguridad nacional'- pero los Tribunales han fallado siempre de manera contradictoria e inconsistente^{xv}.

Vale la pena destacar que últimamente han surgido muchas voces críticas hacia la Argentina debido a que la Suprema Corte de ese país en el caso 'Jose Castellone Construcciones Civiles vs. Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor', sostuvo que las sentencias arbitrales deben estar siempre sujetas a revisión de los tribunales nacionales cuando son consideradas inconstitucionales, ilegales o poco razonables^{xvi}.

La posición del Gobierno argentino es que los Tratados internacionales siempre están subordinados a la Constitución de acuerdo con el artículo 27 de dicha Carta. Si bien la posición de la Argentina como en todos los casos puede ser jurídicamente discutida, lo que no es discutible es que las situaciones de 'necesidad' en determinadas circunstancias críticas ameritan un tratamiento excepcional por parte del derecho internacional en el tema de las inversiones. Si esta situación no se revisa rápidamente aceptando una legislación de flexibilidad mayor en este sistema, se terminará debilitando definitivamente la protección de que gozan actualmente los inversores en esos instrumentos.

La crisis financiera en los Estados Unidos de los años 2007/2008 también ha generado la preocupación en los ámbitos gubernamentales de ese país, por el impacto adverso que determinadas disposiciones incluidas en la definición de inversión pudieran provocar en su capacidad de mitigar y prevenir las crisis financieras. Fue debido a esto que cuando asumió la Administración Obama le encargó al Departamento de Estado el estudio de reformas al modelo de Estados Unidos de acuerdos bilaterales de inversión^{xvii}. Del trabajo realizado se destacan las recomendaciones para hacer consistente el modelo BIT del año 2004 con respuestas efectivas a crisis financieras como la acaecida en los años 2007 y 2008. Una primera recomendación tiene que ver con la inclusión de una cláusula de salvaguardia en casos de crisis de balanza de pagos que impediría recurrir al sistema de solución de controversias previstos por los BITs. Una segunda recomendación es la exclusión del tema de la 'deuda soberana' de las definiciones de inversión debido a que los acuerdos de inversión bilaterales no deben obstruir los esfuerzos que hacen los países con crisis financieras para reestructurar sus deudas soberanas, y de esa manera evitar que los reclamos masivos por parte de los tenedores de bonos erosionen esos esfuerzos. En otras palabras: los acuerdos sobre inversiones no deben prevalecer sobre las regulaciones destinadas a preservar la estabilidad financiera de los países^{xviii}.

En suma, la conclusión más evidente de lo expuesto en este tema de la definición de inversión, es que se debería en futuros BITs, intentar excluir el tema de los servicios financieros como el de la reestructuración de la deuda soberana, a fin de impedir que sea parte de los mecanismos de solución de controversia inversor-Estado. También se podría pensar en que estos temas sean remitidos al mecanismo de arbitraje Estado-Estado previsto por el acuerdo GATs en la OMC. Similar conclusión se puede extraer en relación con el tema de los derechos de propiedad intelectual en el sentido de dirigir el tema de la solución de controversias al mecanismo previsto en los acuerdos TRIPs de la OMC.

V.- CONCEPTOS PROVENIENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

La mayoría de los BITs firmados por los países de América Latina incorporan disposiciones basadas en el derecho internacional consuetudinario, y en particular después de la elaboración del modelo de BIT por parte de las autoridades norteamericanas del año 2004. Estas disposiciones están referidas en su mayoría a tres tipos de estándar: el nivel mínimo de trato, la denegación de beneficios y la expropiación indirecta.

Durante la última campaña presidencial en los Estados Unidos el Presidente Obama prometió no dar 'mayores derechos' a los inversores extranjeros y preservar la soberanía de las Cortes Americanas. Más recientemente la Administración americana anunció que revisará los BITs y TLCs para asegurarse que estos protejan más el interés público. Este cambio de posición se debe, entre otros motivos, a que Estados Unidos hoy en día recibe cantidades importantes de capital de algunos países como por ejemplo China. Las inversiones chinas en los Estados Unidos han crecido en un 62% en los últimos 10 años. Entre los años 2002 y 2007 por ejemplo, la inversión China creció de 400 millones a un billón de dólares, de los cuales 850 millones de dólares corresponden a compañías de distribución de ventas al por mayor. También los chinos han hecho inversiones cuantiosas en bonos del tesoro de los Estados Unidos y quizás es por eso que muchos expertos americanos se preguntan si sería bueno que las principales empresas inversoras chinas en Estados Unidos tengan la posibilidad de iniciar juicios arbitrales

internacionales teniendo en cuenta que son actores muy importantes en la economía de los Estados Unidos^{xix}.

El cambio de posición entonces está basado en este tipo de preocupaciones y en el hecho que desde hace muchos años se vienen dando transformaciones que se contradicen con los compromisos asumidos en los BITs y TLCs que firmó, en los que se privilegió el arbitraje internacional frente a los juicios en los tribunales locales. En particular la preocupación ahora se centra en las cláusulas que establecen estándares muy vagos e imprecisos provenientes del derecho internacional consuetudinario, como los tres ya mencionados arriba. En el tema de la 'expropiación indirecta' los cambios que se proponen están basados en una sentencia que favoreció a Estados Unidos y que su lenguaje hoy es la base del formato propuesto para la consideración de estos casos en sus futuros acuerdos ('Methanex vs Unites States')^{xx}.

Sin embargo el estándar más discutido en el ámbito de los Estados Unidos es el del 'trato mínimo' proveniente del derecho internacional consuetudinario, que incluye el del 'trato justo y equitativo'. El caso más famoso en relación con este tema, y el que tendría repercusiones más favorables para limitar el concepto de los estándares en cuestión, fue el de la reclamación de una empresa de minería, Glamis Gold Ltd., que en 1990 pretendió hacer una inversión para extraer oro de un desierto en el sur de California, inversión que aparentemente erosionaba el medio ambiente y perjudicaba el hábitat de la región y la vida y costumbres ancestrales de los indígenas. El Gobierno de la época en Estados Unidos rechazó las actividades de la empresa en defensa del medio ambiente y de la vida cultural local, lo que generó el inicio de un juicio por parte de la compañía a la Administración, demandando el cobro de 50 millones de dólares por beneficios de lucro cesante basando sus derechos en el capítulo 11 del NAFTA, por falta de pago por compensación en una expropiación, y por no haber sido protegido su derecho al 'trato mínimo' de acuerdo con el derecho internacional. En este caso se revelaron dos interpretaciones diferentes en relación con el fondo de la disputa. La de Glamis Gold que sostuvo que el estándar de 'trato mínimo' exige que los gobiernos mantengan regulaciones estables y predecibles a fin de proteger las 'expectativas' de los inversores una vez definidas, y que en caso de que estas se vean defraudadas por cambios en las regulaciones, cabría solicitar al tribunal arbitral la compensación correspondiente. La otra interpretación fue la sostenida por el Departamento de Estado, fundamentando que el estándar 'de trato mínimo' incluye solo tres elementos: uno, la compensación por expropiación; dos, la seguridad interna; y tres, la denegación de justicia que comprende casos en que las inversiones son tratadas de manera 'notoriamente injusta' o casos muy notorios de incumplimiento del debido proceso. También se sostuvo que la carga de la prueba debe recaer en el inversor y que 'la expectativa' de los inversores afectados por cambios en la reglamentación, no es parte del derecho internacional consuetudinario. Esta interpretación se basa en el hecho notorio de que este estándar no está basado en la práctica de los Estados sino en decisiones previas de otros Tribunales. También queda claro en esta fundamentación del Departamento de Estado, que la interpretación 'amplia' que los árbitros le han dado a este estándar, concede a los inversores más derechos que los otorgados por la Constitución a los ciudadanos americanos^{xxi}.

Esta interpretación del Departamento de Estado en el caso 'Glamis Gold Ltd. Vs United States' provee una adecuada y racional interpretación del estándar de 'trato mínimo', proporcionando una noción mucho más restringida, a fin de aplicar este estándar con más justicia y más en línea con el concepto prevalente en nuestras legislaciones nacionales.

CONCLUSION: DESARROLLO DE UN NUEVO MODELO MÁS EQUILIBRADO ENTRE EL ESTADO Y EL INVERSOR

En cualquier escenario que se analicen los instrumentos destinados a promocionar y proteger la inversión extranjera directa, la conclusión es que la protección al inversor ha ido más allá de lo conveniente para los intereses de los países en desarrollo, y en muchos casos, más que herramientas destinadas a la promoción de las inversiones, se han convertido en una fuente de reclamos judiciales recurrente por parte de los inversores extranjeros.

Muchos estudios han puesto de manifiesto que la proliferación de demandas por supuestas violaciones a las disposiciones de los BITs están yendo más allá de lo establecido en la letra de los Tratados, con interpretaciones elaboradas por los abogados de los inversores y habitualmente aceptadas por los árbitros, que no fueron previstas ni discutidas cuando se negociaron los acuerdos.

Esto ha distorsionado en gran medida instrumentos que fueron pensados por los Estados receptores para regular disciplinas en materia de derecho internacional de las inversiones y que tendrían como contrapartida el gozo de beneficios económicos, más allá de los costos que podría implicar dar una amplia protección a los inversores.

Hace veinte años estos Tratados aparecían como imprescindibles para captar inversiones extranjeras directas provenientes de los países desarrollados para impulsar el desarrollo económico y social de los países en desarrollo. Se vivían épocas de crisis profundas y el poder atraer capitales externos, significaba un gran alivio para estas economías altamente endeudadas. En especial para los países chicos estos eran instrumentos eficientes dado la mayor dificultad para captar este tipo de inversiones por sus recursos y dimensiones más limitadas. En cambio los países en desarrollo de dimensiones más grandes y con mayores recursos, captaban inversiones sin necesidad de firmar este tipo de acuerdos por sus mayores ventajas comparativas.

¿Sin embargo lo anterior significa que debemos denunciar estos instrumentos o no cumplirlos? Nosotros creemos que este no es el mejor camino, sino que por el contrario este tipo de decisiones nos perjudicaría más de lo que nos beneficiaría. En este trabajo hemos fundamentado extensamente que es mejor intentar redimensionar los BITs existentes a fin de adecuarlos a su verdadera capacidad de canalizar inversiones. Se deberían incorporar dentro de la canasta de instrumentos de promoción de la inversión extranjera directa que manejan los Estados, como uno más de varias opciones, pero no concibiéndolos como se viene haciendo hasta ahora, como la única y más importante forma de atraer inversiones.

En cuanto a los BITs que tenemos vigentes al día de hoy, consideramos que cuando el tema se termine de debatir dentro de los países con los cuales firmamos estos acuerdos, sería conveniente comenzar un proceso de renegociación que este destinado a limitar las opciones de protección a los inversores, que en muchos casos se han usado de manera incorrecta y que en otros han excedido el nivel de protección razonable, e incluso más allá de los límites que nuestra propia legislación doméstica contempla.

Finalmente hemos aconsejado en este trabajo, que si se modificaran algunas disposiciones como las cinco descritas, se podría seguramente equilibrar los derechos y obligaciones de ambas

Partes en los BITs. Podríamos impulsarlas en futuros acuerdos bilaterales o con nuestros socios regionales en mecanismos como el Banco Mundial o las Naciones Unidas, organismos a los que están ligados jurídicamente el CIADI y la UNCITRAL. Para cumplir con lo señalado sería conveniente que los Estados receptores crearan—si es que ya no lo tienen— equipos de profesionales del propio Estado; no sólo para negociar asuntos como los sugeridos en este trabajo, sino también para asumir la defensa de todos los aspectos vinculados con los juicios arbitrales que eventualmente se presenten. **

Carlos Gianelli

*Las opiniones expresadas en este trabajo no comprometen en nada las posiciones oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, del cual el autor es funcionario.

* Este artículo fue escrito en Washington DC en octubre del año 2011.

ⁱ Mary H. Mourra, *Latin American Investment Treaty Arbitration: The controversies and conflicts*, 12, Mary H. Mourra and Thomas E. Carbonneau ed., Wolters Kluwer 2008 (2008) (citing Wenhua Shan, *From North-South divide to public private debate: Revival of the Calvo Doctrine and the changing landscape of International Law*, NW I. Int' L&Bus 27/2007, 631, 654-666)

ⁱⁱ IIA Issue Note N.1, March 2011, available at www.unctad.org/diaa

ⁱⁱⁱ see statistics published by ICSID Secretariat

^{iv} Mahnaz Malik, *Approval and registration of investment: making the scope of investment treaties more predictable*, September 2011 published within IISD net.

^v Suprema Corte de Justicia (SCJ), 10 Noviembre 2010, Abal Hermanos S.A. c/Poder Legislativo y otro. Acción de Inconstitucionalidad, Arts.9 y 24 de la Ley N.18 256, Ficha 1-65/2009 (sentencia en archivo)

^{vi} Matthew C. Porterfield & Christopher R. Byrnes, *Philip Morris v. Uruguay: Will investor-State arbitration send restrictions on tobacco marketing up in smoke*, Investment Treaty News, ITN Quarterly, Volumen 1, Issue 4, 22 de julio 2011-09-28, disponible en http://www.iisd.org/flip-page/iisd_itn_july_2011_es/ (última visita 28 de septiembre 2011)

^{vii} “Physicians for smoke-free Canada, the plot against packaging” cited in “Philip Morris v. Uruguay: will investor-state arbitration send restrictions on tobacco marketing up in smoke”. Matthew C. Porterfield and Christopher R. Byrnes in Investment Treaty News, Issue 4, Volume1, July 2011.

^{viii} Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/07)

^{ix} “Philip Morris Asia Limited v. Australia” 2010 UNCITRAL Rules, 2011.

^x una crítica sobre la forma legal de constituirse una persona jurídica se recomienda la lectura de George Kahale, III “the new dutch Sandwich: the issue of treaty abuse”, Columbia FDI Perspective N.48, October 2011 disponible en www.vcc.columbia.edu

^{xi} *Abaclat and others (case formerly known as Giovanna Beccara and others) and Argentina*, ICSID Case No.ARB/07/05 (decision on Jurisdiction and Admissibility) 4 de Agosto 2011.

^{xii} Jonathan Bonnitcha y Luke Peterson, Majority of arbitral tribunal permits Italian investor to detour around jurisdictional requirement in investment treaty; Brigitte Stern counters that MFN clause cannot be used in this manner, Investment Arbitration Report, 30 de junio de 2011.

^{xiii} Bonnitcha op. cit

^{xiv} Bonnitcha op. cit.

^{xv} For more details please see <http://www.internationalarbitrationcaselaw.com/home>

^{xvi} William Burke & Andreas Von Staden, Non Precluded Measures Provisions, the State of Necessity, and State Liability for Investors Harms in exceptional circumstances en cap. 4 de Mary H. Mourra, Latin American

Investment Treaty Arbitration: The controversies and conflicts, Mary H. Mourra and Thomas E. Carbonneau ed., Wolters Kluwer 2008 (2008)

^{xvii} Robert Stumberg, Testimony, Reform of Investor Protection, House Committee on Ways & Means, Subcommittee on Trade, Rep. Sander M. Levin, Chair, May 14, 2009, Harrison Institute for Public Law, Georgetown Law, disponible en <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/stumberg.pdf> (última visita 28 de septiembre 2011)

^{xviii} Kevin P. Gallagher, *U.S. BITs and Financial Stability*, Columbia FDI Perspective, No.19, 23 de Febrero de 2010

^{xix} Robert Stumberg, Testimony, Reform of Investor Protection, House Committee on Ways & Means, Subcommittee on Trade, Rep. Sander M. Levin, Chair, May 14, 2009, Harrison Institute for Public Law, Georgetown Law, disponible en <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/stumberg.pdf> (última visita 28 de septiembre 2011)

^{xx} ver conclusiones en la sentencia del caso Methanex Corp. V. United States of America para un nuevo modelo en relación con el tema de la expropiación indirecta (in the matter of an international arbitration under chapter 11 on NAFTA and UNCITRAL arbitration rules) final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf> (última visita 29 de septiembre de 2011)

^{xxi} Robert Stumberg, Testimony, Reform of Investor Protection, House Committee on Ways & Means, Subcommittee on Trade, Rep. Sander M. Levin, Chair, May 14, 2009, Harrison Institute for Public Law, Georgetown, Law, disponible en <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/stumberg.pdf> (última visita 28 de septiembre 2011)