

TENDENCIAS EN LA PRÁCTICA DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSION EN AMERICA LATINA

Prof. Karen Halverson Cross
John Marshall Law School, Chicago IL
Marzo 2010

Introducción

2

- Tres aspectos de fondo :
 - Los tratados bilaterales de inversión (TBI) y su relevancia
 - El rol del arbitraje para hacer valer los derechos que otorgan los TBI.
 - Importancia del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para hacer cumplir los TIB

La importancia de los TBI

3

- El propósito de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) es proteger la inversión extranjera mediante ciertas garantías.
- Ejemplo: El Art. IV del Tratado entre los Estados Unidos y Argentina (establecer una compensación “rápida, adecuada y efectiva” a los inversores en caso de expropiación)..
- **Hasta fines de 2008 se firmaron 2.676 TBI; la gran mayoría, a partir de 1990.**
 - ▣ También se firmaron cientos de Tratados de Libre Comercio (**TLC**) incluyendo capítulos de inversión.

Función del arbitraje de los tratados de inversión

4

- Además de brindarles protección, los TBI proporcionan a los inversores privados el derecho de arbitrar conflictos con el país anfitrión.
 - Ejemplo: El Art. VII del Tratado entre Estados Unidos y Argentina dispone que el arbitraje de conflictos relativos a inversiones puede hacerse aplicando las normas del CIADI o del CNUDMI.
- **Nota: Es relativamente inusual en el derecho internacional que las partes privadas tengan derecho a accionar contra un estado para hacer valer las obligaciones que surgen del tratado.**
 - Ej.: la resolución de conflictos de la OMC.

La importancia del CIADI

5

- Creado por el Banco Mundial como foro autónomo para el arbitraje de conflictos relativos a inversiones (es decir, ajeno a la influencia política de país alguno)
 - las decisiones del CIADI son directamente ejecutables en el territorio de cualquiera de los países que forman parte del Convenio CIADI.

- Su competencia abarca conflictos relativos a inversiones entre un país contratante y naturales de otro país contratante, si ambas partes han convenido, por escrito, someter la controversia al CIADI.
 - La cláusula TBI es considerada una “oferta” del el país anfitrión para arbitrar un conflicto.

Tema de esta Presentación:

6

- Pueden observarse dos tendencias convergentes en la práctica de los TBI :
 1. Un retroceso del rango de protección que ofrecen los TBI, como respuesta a: (i) un incremento importante de demandas de inversores, especialmente luego de la crisis financiera de Argentina; y (ii) ciertos fallos de arbitraje pro-inversores; Pero también:
 2. Signos de una mayor aceptación en los ciertos mercados emergentes respecto de los TBI y del arbitraje de los tratados de inversión (en particular China y probablemente Brasil).

Tema (continuación)

7

- Esta presentación analizará estas dos tendencias.
- Conclusión tentativa: con el tiempo, estas tendencias convergentes podrían mejorar la legitimidad y efectividad del arbitraje de los tratados de inversión.

Mapa de ruta

8

1. Gran aumento de los TBI firmados en los 1990s y posterior retracción.
2. Ejemplos de cambios recientes en la práctica de los TBI que dan más peso a los intereses de los países anfitriones con respecto a los inversores extranjeros.
3. Por qué Brasil, como China, será más favorable al arbitraje de los tratados de inversión en el futuro.

La popularidad de los TBI

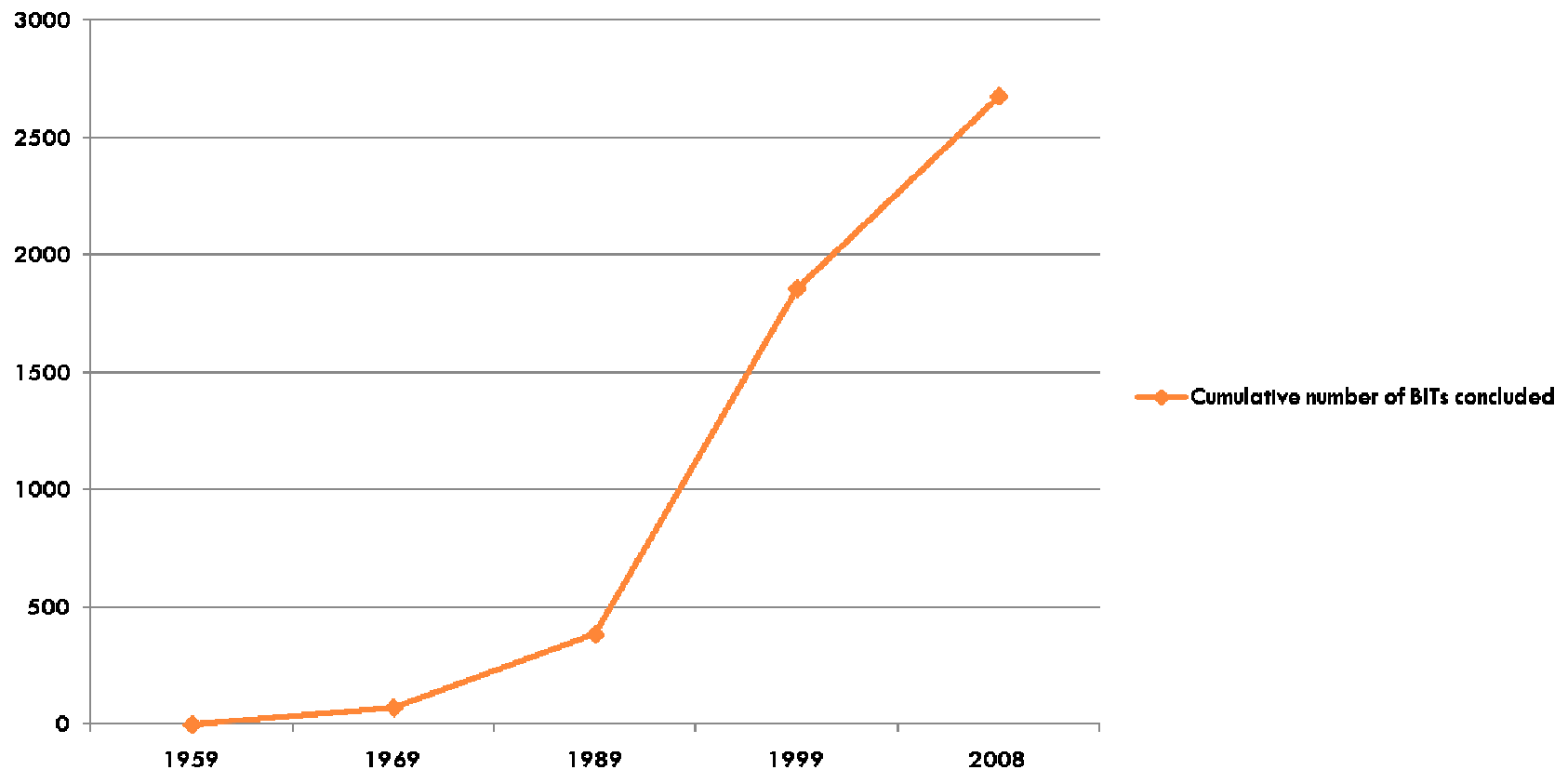
9

- Un TBI garantiza (a inversores que no son ciudadanos de otro país miembro del tratado):
 - ▣ Tratamiento no discriminatorio: tratamiento nacional y tratamiento de nación más favorecida (NMF)
 - ▣ Tratamiento “Justo y Equitativo”
 - ▣ Compensación “rápida, adecuada y efectiva” en caso de expropiación
 - ▣ Libre transferencia de pagos relativos a las inversiones
 - ▣ Derecho de los inversores a arbitrar disputas con el país anfitrión (conforme a normativas del CIADI u otras)

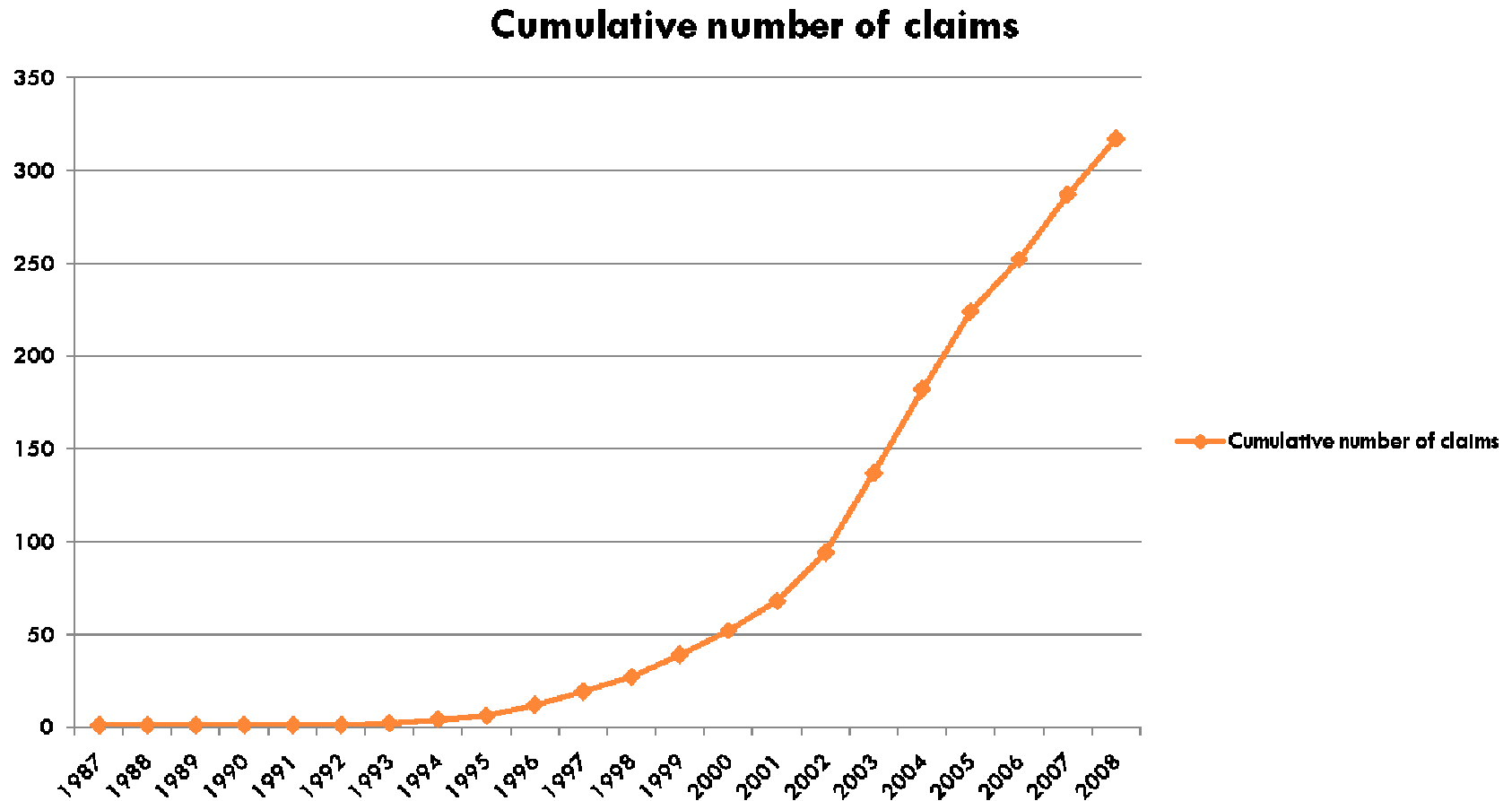
TBI celebrados entre 1959 y 2008

10

Cumulative number of BITS concluded



Demandas (conocidas) relacionadas con tratados de inversión sometidas a arbitraje (cumulativas) entre 1987 - 2008



Demandas presentadas por los inversores (continuación)

12

- **De las 317 demandas conocidas presentadas hasta fines de 2008, 48 (o 15% del total) fueron contra la Argentina.**
- Se estima que el monto total de las demandas contra Argentina presentadas por inversores en reclamo de saldos pendientes de pago es superior a los USD16.000 millones.

Además, como se analiza más adelante, ciertos fallos de arbitraje han generado críticas públicas por su interpretación amplia y pro-inversor de los TBI.

Retraimiento: ¿resurgimiento de la Doctrina Calvo?

13

- **En 2007, Bolivia se retiró del Convenio CIADI; en Julio de 2009, la siguió Ecuador enviando al Banco Mundial notificación de su retiro.**

- En 2008, Ecuador derogó 8 TBI; en 2009, el Presidente Correa pidió la autorización del poder legislativo para dejar sin efecto otros 13 TBI.

- **En 2008, Venezuela comunicó a Holanda su intención de dejar sin efecto su TBI.**

Otro enfoque posible

- En lugar de retirarse del Convenio CIADI, una alternativa menos drástica es la de renegociar los TBI antes de su vencimiento, incluyendo nuevas disposiciones que promuevan los intereses de los países anfitriones.
- Considere los siguientes ejemplos, tomados del modelo de TBI 2004 de los Estados Unidos y de otros TBI recientes. Estas disposiciones resuelven aspectos controvertidos de los fallos de arbitraje en temas de inversiones.

Ejemplo #1: Límites a la expropiación “indirecta”

15

- Ciertos fallos de arbitraje han interpretado las garantías de los TBI contra la expropiación en sentido amplio e imponen responsabilidades al país anfitrión que adopta medidas regulatorias, aun si estas son medidas de protección de la salud humana o del medio ambiente.
- Ejemplo: *Metalclad Corp. c. UMS* (CIADI, 2000) (NAFTA Capítulo 11).

Ejemplo #1: *Metalclad*

16

COTERIN (empresa de tratamiento de residuos peligrosos)

Metalclad ← México
(Inversor de EE.UU)



- Fallo: La denegación de las autoridades de un permiso de construcción “equivalió a una expropiación” conforme al Capítulo 11 de NAFTA.

Ejemplo #1: Modelo EE.UU TBI - 2004

17

- Limita el tipo de acción reguladora estatal que pueda constituir una expropiación indirecta.
- Artículo 4(b) del Anexo B: “Excepto en raras circunstancias, no constituyen expropiación indirecta aquellas normativas reguladoras no discriminatorias por una de las Partes si están destinadas a proteger objetivos legítimos de interés público , tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.”

Ejemplo #2: Trato estándar “justo y equitativo” (J&E)

18

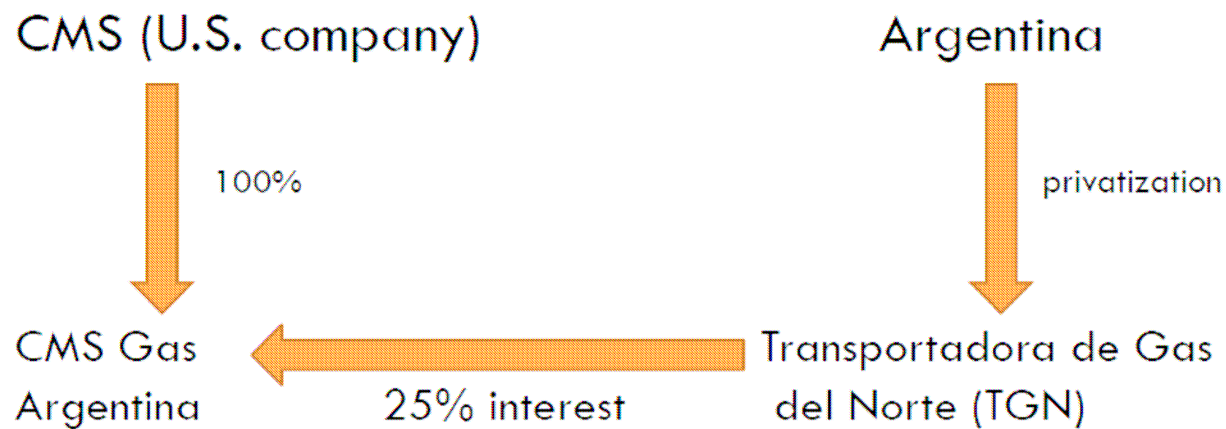
- En modo similar, los tribunales de arbitraje han interpretado el trato J&E en un sentido amplio para imponer a los países anfitriones la obligación del tratado de actuar en modo transparente y coherente con las “expectativas legítimas” de los inversores.

□ Ejemplos:

1. Arbitraje *Metalclad*
2. *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina* (CIADI, 2005)

Ejemplo #2: *CMS c. Argentina*

FALLO: No permitir a TGN ajustar sus tarifas de acuerdo con el Índice de Precios Productor de EE.UU. violaba el principio de J&E del tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y Argentina.



Ejemplo #2: Modelo TBI EE.UU de2004

20

- **Art. 5: clarifica que el tratamiento J&E establece un “tratamiento estándar mínimo del derecho internacional” y no crea “derechos sustantivos adicionales.”**
- Ver también TBI entre China y Nueva Zelanda, art. 143 (Las Partes concederán a los inversores un tratamiento J&E “de acuerdo con las normas comúnmente aceptadas del derecho internacional”).

Ejemplo #3: Excepción de las “non precluded measures” NPM

21

- Los tribunales también han adoptado una interpretación estrecha de las cláusulas de emergencia, llamadas “non-precluded measures” (NPM) de los TBI.
- Ejemplo: El arbitraje *CMS* (rechazando la posición Argentina basada en la cláusula NPM del TBI, de que las medidas adoptadas por causa de su crisis financiera eran necesarias para la protección de “intereses de seguridad esenciales”).
 - Se decidió que esa cláusula no era un “auto-juicio”.

Ejemplo #3: Modelo EE.UU de TBI

– Año 2004

22

- Art. 18(2): “Nada en este Tratado será interpretado . . . de modo tal que impida que alguna de las Partes aplique medidas que *considera necesarias* . . . para la protección de sus intereses de seguridad esenciales”.
- Art. 20 dispone de una exclusión específica para “medidas no discriminatorias de aplicación general tomadas por cualquier entidad pública respecto de políticas monetarias, crediticias o respecto de tasas de cambio de divisas”.”

Otros ejemplos: “shopping de tratados”

23

- Para prevenir el “shopping de tratados” (es decir, formar un holding en un país con un tratado sólo para sacar ventaja de los beneficios de un TBI), hay acuerdos que niegan los beneficios del tratado a inversores que no “realizan actividades económicas” dentro el país del tratado.
 - Ejemplos: NAFTA art. 1113(2); Modelo EE.UU. de TBI de 2004, art. 17(2); China – Nueva Zelanda FTA art. 149
 - Ejemplo de “shopping de tratados,” ver *Aguas del Tunari c. Bolivia* (resolución del CIADI sobre competencia, 2005)

Otros ejemplos: Cláusula de la Nación más Favorecida (NMF)

24

- Ciertos inversores han evitado el requisito de la instancia judicial local antes de acceder al arbitraje de los TBI invocando la cláusula de NMF. Para evitar este resultado, algunos TBI limitan expresamente esta cláusula.
 - Ejemplos: TBI China – Nueva Zelanda, art. 139; *comp.* Modelo de Acuerdo de Protección de inversiones Extranjeras de Canadá, Anexo III
 - Ejemplo de decisión que invocó una cláusula NMF para evitar el requisito de instancia judicial local, ver *Suez, Sociedad General de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic* (resolución del CIADI sobre competencia, 2006)

Resumen

25

- A pesar del retraimiento de los arbitrajes en países como Bolivia y Ecuador, es potencialmente más significativo el cambio en la práctica de los TBI entre países más importantes en la exportación de capitales (como los EE.UU., Canadá y China).
- Esta “nueva generación” de TBI equilibra mejor los intereses de los países anfitriones contra los de los inversores.

Posición de Brasil respecto del arbitraje y de los TBI

26

- Nunca ha participado del Convenio CIADI.
- No participa en ningún TBI (ni de TLC con un capítulo de inversión).
- Negoció 14 TBI durante los años '90 pero nunca los ratificó debido a las dudas expresadas por su poder legislativo.
- Hasta hace poco, las leyes brasileñas no eran proclives al arbitraje.

Comparando Brasil con China

27

- La práctica de los TBI en China es opuesta a la de Brasil.
 - Hasta el 2008 había cerrado más de 120 TBI, segunda después de Alemania.
- China inicialmente mantuvo una actitud conservadora en los contenidos de los TBI, particularmente respecto de la resolución de conflictos.
 - Ejemplo: China sólo ratificó el Convenio CIADI en 1993, notificando que su aceptación de la competencia del CIADI se restringía a “disputas sobre compensaciones por expropiaciones y nacionalizaciones.”

China (continuación)

28

- La posición de China respecto del CIADI cambió cuando adoptó un nuevo Modelo de TBI en 1998, que, entre otras cosas, disponía el libre acceso al arbitraje del CIADI.
 - En 1998 China ya atraía montos record de inversiones extranjeras directas (IED).
 - El flujo de IED de China hacia el exterior también creció drásticamente: de un promedio anual de US\$ 2.200 millones en los '90 a US\$ 12.300 millones en 2005 (y US\$ 52.200 millones en 2008).

Brasil y los TBI (continuación)

29

- Dos tendencias actuales sugieren que Brasil, como China, pueda volverse más receptivo al arbitraje de las inversiones y de los TBI en el futuro:
 1. Mayor aceptación y uso del arbitraje comercial internacional, en particular la resolución de conflictos con entes estatales.
 2. Aumento de la inversión extranjera directa (IED) de multinacionales brasileñas en el extranjero: como China, Brasil se está convirtiendo en país exportador e importador de capitales.

Desarrollo del arbitraje en el derecho brasileño

30

- El derecho brasileño es actualmente mucho más receptivo respecto del arbitraje internacional de cuestiones comerciales que en el pasado.
 - ▣ Según datos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), las empresas brasileñas son las que más utilizan el arbitraje de la CCI en América Latina.
 - ▣ La Corte Suprema de Brasil declaró la constitucionalidad de la ley de arbitraje moderna en 2002.
 - ▣ En 2002, Brasil se unió al Convenio de New York.

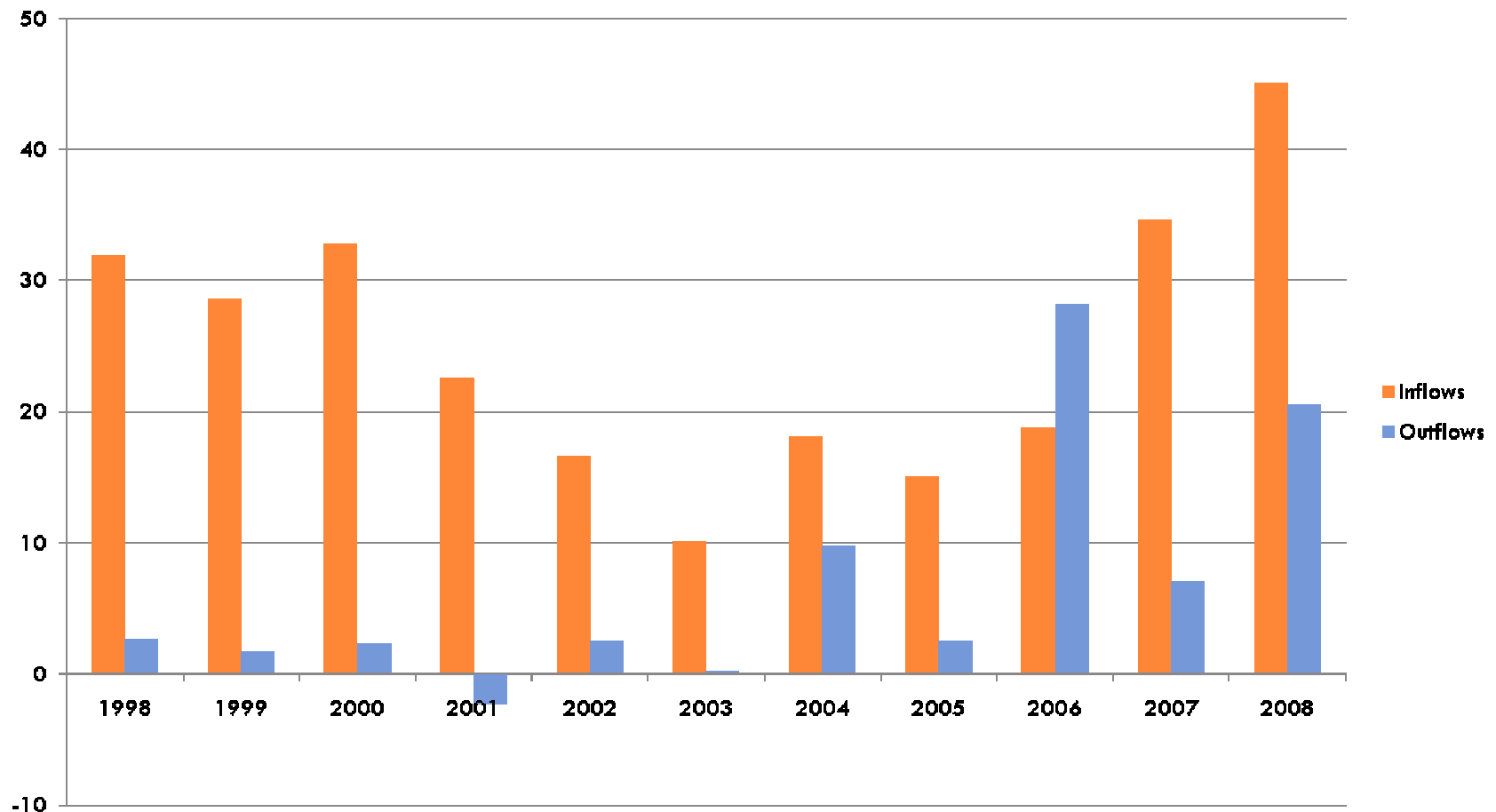
Desarrollo del arbitraje en el derecho brasileño (cont.)

31

- La ley brasileña de sociedades entre el estado y privados de 2004 permite el arbitraje de conflictos entre entes estatales de Brasil e inversores privados.
 - El arbitraje debe hacerse en Brasil, en portugués y conforme a la Ley de Arbitraje.
- La ley brasileña de concesiones fue reformada en 2005 para permitir el arbitraje de conflictos, sujeto a las mismas condiciones que las sociedades entre el estado y los privados.

Flujos de entrada y salida de IED en Brasil entre 1998 y 2008 (en miles de millones)

32



Multinacionales brasilenas con importante inversión en el extranjero

33

- Tres empresas brasileñas están entre las 100 primeras empresas no financieras de países emergentes con mayores activos extranjeros:
 1. Petrobras
 2. Companhia Vale
 3. Metallurgicas Gerdau

- Las experiencias de Petrobras en Bolivia y Ecuador ilustran el potencial beneficio que los TBI significan para los inversores brasileños.

Fallo de CAMEX (Agosto 2007)

34

- En 2007, la Cámara de Comercio Exterior de Brasil (CAMEX) autorizó al gobierno a negociar protecciones a la inversión extranjera en tres situaciones:
 1. Renegociación de los protocolos de Colonia y Buenos Aires (con socios del Mercosur);
 2. Nuevos acuerdos de inversión con otros países sudamericanos; y
 3. Protección para inversiones como parte de los TLC con otros países.

Conclusión

35

- La práctica de los TBI ha evolucionado hacia un mayor equilibrio entre los intereses de los países anfitriones y de los inversores.
- A pesar de retraimientos similares al caso “Calvo” en América Latina, a medida que crece la IED, Brasil, como China, se ve más proclive a aceptar arbitrajes en conflictos de inversión.
- Estas tendencias convergentes deberían aportar mayor efectividad y legitimidad a los tratados de arbitraje de cuestiones relacionadas con inversiones.