

Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales



NACIONES UNIDAS



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo



Este documento contiene dos estudios, preparados por Jorge Barraguirre y Ximena Fuentes, en el marco del proyecto "Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe" (GER 08/004), ejecutado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en conjunto con la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ). Estos trabajos fueron revisados, editados y supervisados por Andrei Jouravlev, Oficial para asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, con colaboración de Michael Hantke Domas, funcionario de la misma división, quienes además elaboraron la introducción y las conclusiones.

Los autores agradecen a Miguel Solanes por sus comentarios y aportes, a Carlos Nuñez, Gabriela Corimanya y Lizbeth Portella de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) del Perú, por su cooperación en la relatoría y revisión, y Ximena Fuentes agradece la asistencia de Daniela Arrese.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/W.325

Copyright © Naciones Unidas, junio de 2010. Todos los derechos reservados
Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen.....	5
I. Introducción.....	7
A. Contexto del seminario.....	7
B. Justificación.....	8
C. Trabajo previo.....	8
D. Lugar y fecha.....	9
E. Organización.....	9
F. Objetivos.....	9
G. Asistencia.....	9
H. Temario.....	10
I. Sesión de apertura.....	10
J. Resumen de los debates.....	11
K. Resultados.....	12
II. Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina <i>Jorge Barraguirre</i>	13
A. La preparación del contenido normativo del tratado.....	14
1. La cláusula de protección de los intereses esenciales.....	14
2. El estándar que prohíbe las expropiaciones no compensadas.....	15
B. El efecto de los paneles arbitrales, la inexistencia de sanas prácticas de rendición de cuentas y el problema de los laudos inconsistentes.....	24
1. La cláusula de litigación en los tribunales domésticos.....	24
2. La distinción entre reclamo contractual y reclamo bajo el tratado.....	26
C. Conclusiones provisionales.....	29
III. El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional <i>Ximena Fuentes</i>	31
A. Los derechos humanos y la constitución económica internacional.....	31
B. El derecho administrativo global.....	34
C. El derecho nacional y la inversión extranjera.....	35
1. Concepto de inversión e inversionista.....	36

2. Obligaciones sustantivas	37
D. El derecho público del Estado frente a un sistema privado de adjudicación	43
IV. Conclusiones.....	47
Bibliografía	51
Anexos	55

Resumen

El Seminario “Acuerdos Internacionales de Inversión, Sustentabilidad de Inversiones de Infraestructura y Medidas Regulatorias y Contractuales” fue organizado por la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) del Perú y el Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (IISD) de Canadá. El evento se realizó entre el 14 y 16 de enero de 2009, en Lima, Perú. Los debates se centraron en torno a los siguientes temas: i) participación del sector privado en la operación e inversión en servicios de utilidad pública e infraestructura; ii) prácticas contractuales, regulatorias y administrativas que promueven la sustentabilidad y eficiencia de las inversiones en estos sectores; iii) implicaciones de acuerdos internacionales de protección a la inversión y al comercio para la formulación de políticas públicas; y iv) la negociación de acuerdos y contratos de inversión extranjera, y las defensas vinculadas a arbitrajes internacionales iniciados por inversionistas bajo las reglas de tratados existentes. Este informe contiene un resumen de los debates, las conclusiones y recomendaciones, el programa, la lista de participantes y dos estudios elaborados especialmente para este seminario.

I. Introducción

A. Contexto del seminario

La regulación de servicios públicos es un proceso intrínsecamente conflictivo (Phillips, 1993). En América Latina y el Caribe, un 75% de los contratos de participación privada en el sector de abastecimiento de agua potable y saneamiento ha sido renegociado, con un lapso promedio entre renegociaciones de tan sólo 19 meses (Estache, Guasch y Trujillo, 2003). Muchas de esas renegociaciones fueron una manifestación temprana de posteriores términos anticipados de contratos de participación privada. Como resultado, la mayoría de los operadores privados internacionales de estos servicios se han retirado de la región, un gran número de prestadores ha sido reestatizado, y se ha producido un debilitamiento generalizado de los organismos de regulación, especialmente en los casos en que se han presentado conflictos serios (Vives, 2007).

El desenlace de aquellos conflictos, renegociaciones y reestatizaciones no siempre ha sido pacífico, pues en muchos casos las empresas recurrieron al arbitraje internacional y a la presión indirecta a través de sus gobiernos y de las entidades financieras internacionales (Ducci, 2007). Considerando sólo las demandas relacionadas directamente con la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, se han registrado en todo el mundo por lo menos once procedimientos de arbitraje internacional, correspondiendo el 91% de ellos a reclamos contra países de América Latina (Argentina y Bolivia) (Bohoslavsky, 2009).

Aun cuando las disputas regulatorias son normales dentro del tráfico jurídico de una nación, la preocupación es que cuestiones anteriormente internas a los países sean hoy resueltas en tribunales arbitrales internacionales, que no necesariamente tienen la integración ni principios sustantivos ni procedimientos para afrontar conflictos estructuralmente conectados al desarrollo socioeconómico y a la protección de interés público. La forma en la que están redactados los tratados de protección a la inversión y al comercio, la lógica expansiva con que los árbitros internacionales tienden a interpretar los derechos de los inversores extranjeros, sumadas a procedimientos escasamente transparentes, ausentes de participación, faltos de rendición de cuentas y plagados de posibles conflictos de interés, generan desequilibrios en la permanente tensión que se registra entre, por un lado, los derechos de los inversores a no ser tratados de manera arbitraria o discriminatoria, y por el otro, las facultades gubernamentales básicas a regular la actividad económica dentro del país en pro del interés público (Bohoslavsky, 2009). Tal desequilibrio en ocasiones ha llegado a ser tan intenso que ha provocado diversos problemas de orden social, político y económico en varios países, lo que ha devenido en una creciente debilidad política del sistema mismo de protección de las inversiones.

B. Justificación

El seminario fue estratégicamente muy importante, pues en la actualidad hay países que enfrentan cuantiosas demandas ante tribunales arbitrales internacionales como resultado de sus defectuosas políticas públicas en materia de regulación y contratos. Por ejemplo, los montos de las demandas contra la Argentina ascienden a unos 2 mil millones de dólares, por lo que las consecuencias financieras y políticas de tales arbitrajes pueden ser sustanciales (Ducci, 2007). La amenaza de eventuales juicios arbitrales desalienta la adopción de nuevas y mejores normas para proteger el interés público y limita el espacio regulatorio de los países para la toma de decisiones de política pública.

Estos hechos justificaron la organización de un foro para debatir y analizar los efectos de acuerdos internacionales de protección a la inversión sobre la capacidad nacional de regulación de los servicios públicos. El objetivo de esta discusión fue contribuir a reducir los riesgos que las omisiones legales, regulatorias, contractuales y de políticas gubernamentales, pudieran generar tanto para el Perú como para otros países de la región.

La relevancia de esta actividad se relacionaba además con el crecimiento económico que la región, y especialmente el Perú, habían venido experimentando, y el consecuente atractivo generado para la inversión privada en la prestación de los servicios de utilidad pública e infraestructura. Se consideró ante esta situación que era necesario:

- Fortalecer estratégicamente aquellas políticas públicas que permitan desarrollar marcos regulatorios y contractuales que fomenten la sustentabilidad e incentiven la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- Analizar y debatir procedimientos y estrategias para minimizar las conductas gubernamentales que pudieran generar demandas por conflictos regulatorios en el contexto de acuerdos internacionales de protección a la inversión y al comercio.
- Preparar al regulador en caso de litigación eventual frente a un tribunal arbitral internacional.

C. Trabajo previo

Las principales actividades realizadas por la División de Recursos Naturales e Infraestructura en esta temática incluían lo siguiente:

- La organización de reuniones de expertos, como la Reunión sobre Temas Críticos de la Regulación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en los Países de la Región (Sede de la CEPAL, Santiago de Chile, 22 de septiembre de 2003) (Jouravlev, 2003) y el Seminario sobre Regulación de Servicios de Infraestructura “Agua y Electricidad” (Sede de la CEPAL, Santiago de Chile, 18 y 19 de octubre de 2005) (Lee, 2007).
- Cooperación con las organizaciones nacionales, internacionales y regionales interesadas en este tema, como por ejemplo, la Visión Social del Agua en los Andes de Bolivia, y el IISD y el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC) de Canadá.
- Actividades de asesoramiento técnico a los países de América Latina y el Caribe (Argentina, Perú, etc.).
- La organización del Curso “Acuerdos de Inversión Internacional, Aguas y Servicios Públicos” (Sede de la CEPAL, Santiago de Chile, 28 de junio al 6 de julio y 13 al 17 de agosto de 2007).
- La publicación del estudio sobre privatización, inversión extranjera, arbitraje internacional y agua (Solanes y Jouravlev, 2007).

D. Lugar y fecha

El Seminario “Acuerdos Internacionales de Inversión, Sustentabilidad de Inversiones de Infraestructura y Medidas Regulatorias y Contractuales” se realizó entre el 14 y 16 de enero de 2009, en el Hotel Sonesta Posada del Inca - El Olivar, en Lima, Perú.

E. Organización

El evento fue organizado por la División de Recursos Naturales e Infraestructura, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)¹ del Perú y el Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (IISD) de Canadá, y contó con auspicio de las otras tres entidades peruanas de regulación de los sectores de infraestructura como son el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

El seminario fue realizado como cooperación de la División de Recursos Naturales e Infraestructura con la SUNASS en el marco de los talleres nacionales cuya organización está prevista en el proyecto “Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo Compromiso, Eficiencia y Equidad para Servicios Sustentables de Agua Potable y Saneamiento en América Latina y el Caribe”. El proyecto tiene como objetivo fortalecer la capacidad de los gobiernos de los países de la región para diseñar e implementar políticas públicas efectivas en el área de los servicios de agua potable y saneamiento con énfasis en elementos tales como compromiso, eficiencia, equidad y sustentabilidad.

F. Objetivos

El seminario tuvo los siguientes objetivos principales:

- Discutir las experiencias regionales e internacionales de resolución de controversias en tribunales arbitrales internacionales —como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)—, en temas relacionados con provisión y regulación de servicios de utilidad pública e infraestructura y gestión de los recursos naturales, en especial, hídricos.
- Intercambiar experiencias y proponer buenas prácticas contractuales, regulatorias y administrativas que promuevan la sustentabilidad y eficiencia de las inversiones en servicios de utilidad pública e infraestructura.

G. Asistencia

Participaron en el seminario cerca de cien expertos provenientes principalmente de los organismos gubernamentales del Perú con responsabilidades en la regulación, supervisión y fiscalización de la prestación de los servicios de utilidad pública e infraestructura, y promoción de la inversión extranjera, entre ellos, los Presidentes de Consejos Directivos de SUNASS, OSITRAN, OSINERGMIN y OSIPTEL (véase el Anexo 1).

¹ La SUNASS tiene como misión regular, supervisar y fiscalizar el desarrollo del mercado de servicios de agua potable y alcantarillado, así como resolver los conflictos derivados de éstos, actuando con autonomía, imparcialidad y eficiencia, con la finalidad de incentivar la mejora de la calidad y cobertura de los servicios. Su función es normar, regular, supervisar y fiscalizar la prestación de estos servicios, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario.

H. Temario

Teniendo en cuenta el contexto en que se desarrollan los procesos de inversión extranjera y los objetivos planteados para la discusión, los debates se organizaron alrededor de los siguientes temas globales:

- La experiencia de la región con la participación del sector privado en la operación e inversión en servicios de utilidad pública e infraestructura (experiencias relevantes, situación, desafíos, mejores prácticas, estrategias empresariales, etc.).
- Implicaciones de acuerdos internacionales de protección a la inversión y al comercio para marcos regulatorios y contractuales (conceptos claves, principios, espacio regulatorio y contractual, arbitraje internacional, negociación, sustentabilidad, prácticas regulatorias, financiamiento, etc.).

De acuerdo con el programa aprobado (véase el Anexo 2), el desarrollo del seminario se estructuró en las siguientes tres áreas temáticas o sesiones: i) la experiencia de América Latina con participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios de utilidad pública; ii) rol e impactos del ambiente legal internacional en inversiones en infraestructura y desarrollo regulatorio; y iii) superando los retos: inversión en infraestructura para el desarrollo sostenible.

I. Sesión de apertura

En la sesión inaugural hicieron uso de la palabra: i) en representación de la SUNASS, José Salazar, Presidente del Consejo Directivo; y ii) en representación del proyecto “Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización”, Miguel Solanes, consultor GTZ/CEPAL.

José Salazar abrió el seminario y dio la bienvenida a los participantes, señalando que la economía peruana ha destacado en los últimos años por su estabilidad macroeconómica y sus altas tasas de crecimiento acompañado de un ciclo de inversión privada muy dinámica, con bajos niveles de riesgo país reflejado en la obtención del grado de inversión de la deuda soberana. Sin embargo, el país mantiene elevados niveles de exclusión y pobreza así como un importante déficit en el sector de agua potable y saneamiento: se estima que el monto de inversión necesario para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) para el año 2015 bordean los 5 mil millones de dólares. En este contexto, la participación del Estado en el desarrollo e implementación del Programa Agua Para Todos (PAPT), un programa de inversión en infraestructura de agua potable y saneamiento, es considerado como uno de sus mayores aciertos en política pública de inversión como respuesta a la exclusión, pobreza extrema y aporte al fortalecimiento de la competitividad y grado de inversión del Perú. Se refirió a los aportes del regulador a la sostenibilidad del PAPT y su propuesta de tarifas sostenibles, que le ha permitido construir un nuevo enfoque de regulador multifuncional, que incorpora la dimensión política, ambiental y cultural en la regulación económica de los servicios, a través de nuevo instrumental.

A su vez, Miguel Solanes recalcó que en los últimos años, los litigios resultantes de los acuerdos internacionales de protección a la inversión se han incrementado dramáticamente. Muchos de estos casos provienen de la región de las Américas, y los de mayor magnitud económica se relacionan con inversiones en sectores de infraestructura y servicios de utilidad pública. Por consiguiente, los acuerdos de protección a la inversión tienen importantes consecuencias para el desarrollo sustentable y la gestión de los recursos naturales. Existe una urgente necesidad de expansión y mejoramiento de las capacidades nacionales de negociación de estos acuerdos, y también de defensa en litigios vinculados a los mismos. Otra área donde se necesita desarrollar capacidades es la implementación de acuerdos de protección a la inversión. En muchos casos, la incapacidad de los gobiernos para dar cumplimiento efectivo a estos tratados es lo que genera problemas que conducen a juicios arbitrales. Es por ello que existe una necesidad creciente de mejorar las capacidades, tanto de negociación de tratados y contratos como de arbitraje e implementación, tarea de la que este seminario forma parte.

J. Resumen de los debates²

Michael Mortimore (CEPAL) destacó que los países de América Latina y el Caribe han privilegiado la visión de balanza de pagos en el tratamiento de la inversión extranjera directa. Como resultado, se observa una alta presencia de empresas transnacionales, pero los beneficios no siempre han sido los esperados. Los países deben ser más activos en identificar, atraer y mantener las mejores opciones de inversión extranjera. Siempre hay que evaluar los resultados en el contexto de los objetivos de la estrategia nacional de desarrollo. Es recomendable evolucionar desde políticas que buscaban maximizar sólo los montos, hacia otras enfocadas a la calidad de la inversión extranjera. Para hacerlo, se deben consensuar y definir las prioridades nacionales. Además, es necesario ajustar la institucionalidad de la promoción de inversión extranjera. Por ejemplo, las agencias de promoción de inversión debe contar con los recursos financieros y humanos necesarios para: i) desempeñar nuevas tareas (identificar, contactar y facilitar la entrada de aquellas empresas transnacionales que son más relevantes para el desarrollo de las prioridades nacionales); ii) ser más selectivas a la hora de atraer a estas compañías; y iii) analizar y evaluar los impactos para poder definir cómo está funcionando la política de inversión extranjera directa.

Miguel Solanes indicó que hay serios cuestionamientos sobre el funcionamiento de los tribunales arbitrales internacionales. De consiguiente, es necesario al redactar acuerdos de protección a la inversión y contratos cuyas actividades puedan afectar el interés público, establecer principios y mecanismos de balance. Entre otras cosas, se puede prever que se deban aplicar los principios generales del derecho aceptados por las naciones con mayor experiencia en esta materia, así como también en los contratos el derecho aplicable o las excepciones a los acuerdos. Algo importante, y para lo cual estos acuerdos pueden ser una invitación al pensamiento responsable, tanto por parte de Estados como empresas, es firmar contratos razonables y cumplibles. Otra posibilidad es dictar legislación doméstica adecuada antes de firmar los acuerdos. Agregó que una de las importantes lecciones aprendidas de la crisis de la Argentina fue que el desarrollo de los servicios públicos depende de una economía sana y su desfase conduce a problemas que impactan a las inversiones.

Juan Carlos Zevallos (OSITRAN, Perú) se refirió a los retos estructurales y regulatorios para la participación del sector privado en infraestructura en el Perú y América Latina (véase el Anexo 3).

Andrei Jouravlev (CEPAL) presentó las lecciones de las reformas que el sector de agua potable y saneamiento ha experimentado en los países de la región: i) la separación de funciones es imprescindible con prestación privada y altamente recomendable con prestación pública; ii) la definición del marco regulatorio e implantación institucional del ente encargado debe preceder el proceso de privatización; iii) las reformas masivas y apresuradas conducen al fracaso; iv) es necesario fortalecer la independencia de reguladores con relación al poder político; v) la actividad regulatoria requiere mayores recursos, así como también es necesario mejorar la rendición de cuentas y participación de los consumidores; vi) el continuar con una estructura fuertemente descentralizada (municipal) implica renunciar a transferir a los consumidores los beneficios de las economías de escala; vii) la participación privada no es una fuente neta de recursos adicionales para el sector, sino básicamente un instrumento financiero; viii) estos servicios son caros, mientras que en la región se registran elevados niveles de pobreza, por lo que las prioridades gubernamentales son muy importantes; y ix) la eficiencia depende más del marco regulatorio, estructura industrial y condiciones del entorno, que del tipo de propiedad.

Patricio Rozas (CEPAL)³ rebatió el argumento esgrimido frecuentemente por las empresas operadoras y algunos analistas sobre la baja rentabilidad de las inversiones en la provisión de servicios de infraestructura en América Latina, presentando el caso del Grupo ENDESA a modo de ejemplo. En general, la baja rentabilidad ha estado condicionada principalmente por la carga financiera generada por el alto endeudamiento que estas empresas arrastran desde su privatización y no tanto por las condiciones del entorno económico de la región, salvo situaciones puntuales en alguno de estos países en que las

² Las presentaciones realizadas en el seminario se encuentran disponibles en el sitio web de la SUNASS en <http://www.sunass.gob.pe>.

³ La presentación se basa en Rozas (2008).

pérdidas obedecen también a situaciones específicas de contracción de la demanda agregada, devaluación de la moneda nacional o restricciones tarifarias. El análisis del Grupo ENDESA sugiere que la rentabilidad de las inversiones del Grupo en América Latina e, incluso, la eficiencia de la gestión operativa de sus principales negocios en la región, han estado condicionadas, en gran medida, por la estructura de los pasivos de las filiales latinoamericanas de ENDESA y por la decisión de sustentar la adquisición de buena parte de estas compañías en la capacidad de endeudamiento de algunas operadoras o empresas *holding*, en algunos casos ya altamente endeudadas. Conforme ha ido disminuyendo el monto de los pasivos financieros en los últimos años, la rentabilidad de las filiales latinoamericanas ha mejorado considerablemente.

Howard Mann (IISD, Canadá) realizó tres presentaciones: i) una sobre la relevancia de los tratados internacionales de protección a la inversión y contratos de inversión para el desarrollo de la inversión sostenible en infraestructura (véase el Anexo 4); ii) otra sobre los conceptos claves en los tratados internacionales de protección a la inversión y contratos de inversión (véase el Anexo 5); y iii) una tercera sobre cláusulas de estabilización y derechos humanos, elaborada por Andrea Shemberg, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y la Corporación Financiera Internacional (CFI) (véase el Anexo 6).

Jorge Barraquirre (Universidad Nacional del Litoral y Universidad de San Andrés, Argentina) presentó sobre “Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina” (véase la página 13).

Ximena Fuentes (Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile) presentó su trabajo “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional” (véase la página 31).

Stanimir Alexandrov (Sidley Austin) realizó dos presentaciones: i) una sobre los conceptos claves en contratos de inversión: términos de inversión, equilibrio económico, cláusulas de estabilización y arbitraje internacional; y ii) otra sobre las lecciones aprendidas en los casos arbitrales.

Alejandro Escobar (Baker Botts) destacó las siguientes conclusiones: i) hay métodos para prevenir y manejar diferencias que surjan bajo los contratos de inversión extranjera, sin necesidad de un proceso jurisdiccional; ii) el arbitraje internacional es un método ampliamente usado en los contratos internacionales; iii) los procedimientos de arbitraje internacional de inversión pueden ser procesos complejos; iv) estos procedimientos involucran una multiplicidad de factores jurídicos y estratégicos; y v) cada parte puede utilizar esos factores a su ventaja.

Susan Maples (Universidad de Columbia) hizo una presentación sobre la negociación de los contratos de inversión para el desarrollo sostenible (aspectos claves y enfoques).

K. Resultados

El seminario contribuyó a fortalecer la capacidad de la SUNASS para formular políticas regulatorias y contractuales en dos temas cruciales para el desarrollo del sector de agua potable y saneamiento en el Perú: i) implicaciones de acuerdos internacionales de protección a la inversión y al comercio para la capacidad del Estado de proteger el interés público en los servicios de utilidad pública; y ii) estrategias empresariales de los inversionistas internacionales en estos servicios.

La División de Recursos Naturales e Infraestructura, en base a los debates realizados en el marco de este seminario, decidió continuar el trabajo en el tema de efectos que los acuerdos internacionales de protección a la inversión tienen en la capacidad nacional de regulación de servicios de utilidad pública e infraestructura, iniciando un estudio sobre estos tratados e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), cuya publicación está prevista para el año 2010.

II. Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina⁴

Jorge Barraguirre

En este artículo reflexiono sobre algunas de las enseñanzas que ha dejado la litigación arbitral a la que se vio sometida la Argentina con referencia tanto a los casos que se originaron con motivo de la modificación radical de las condiciones macroeconómicas bajo las cuales se había otorgado un número importante de contratos de servicios públicos posteriores a las privatizaciones como así también aquellos originados en supuestas faltas al derecho internacional en la ejecución de otros contratos que no fueron afectados por aquellos trágicos eventos.

No intento ni una reflexión póstuma, ya que la Argentina obtuvo recientemente dos importantísimas decisiones jurisdiccionales, ni tampoco es una reflexión que intenta ajustar las cuentas con el sistema del CIADI⁵ tratando de racionalizar una jurisprudencia poco consistente. Simplemente trato de presentar del modo más claro y sencillo ciertas áreas sensibles sobre las cuales hay diversas opiniones muchas veces encontradas.

Tanto la importancia de negociar adecuadamente el contenido normativo del tratado internacional como la selección del tribunal son verdades obvias. Sin embargo, en el caso argentino, han adquirido una trascendencia dramática.

En la primera parte considero la importancia crucial que tiene no sólo la negociación del tratado sino la registración adecuada de esas negociaciones. Para ello considero algunas dificultades que surgieron en la litigación de casos como *CMS Gas Transmission Company* (Caso CIADI N° ARB/01/8). Tomo sólo dos parámetros: la cláusula de los intereses esenciales de seguridad y el estándar sobre

⁴ El presente trabajo constituye una reflexión personal sobre algunos problemas a los que se enfrentó la Argentina en su litigación arbitral bajo los TBI. De ninguna manera compromete la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación de la Argentina.

⁵ El Convenio CIADI es un complejo conjunto de reglas no bien establecidas que adjudica derechos básicamente *ex aquo et bono* (un arbitraje de equidad, es decir, los arbitrajes que se resuelven discrecionalmente ya que no son arbitrajes de derecho) sin órganos de revisión judicial que controlen el error legal (ni siquiera el manifiesto) y sin permitir la revisión de sus decisiones por parte de los tribunales domésticos.

expropiaciones. Los países exportadores de capital han tomado nota de la jurisprudencia arbitral y han ido adaptando sus tratados modelos. Lo mismo no ha sucedido con los países importadores a pesar de ser quienes más han sido demandados.

En la segunda parte destaco la importancia que tiene la selección de los paneles arbitrales en el sistema normativo compuesto por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) más los tratados bilaterales de inversión (TBI). Bajo el Convenio CIADI, a diferencia de otros conjuntos normativos, el panel arbitral tiene rasgos de infalibilidad papal. Por lo tanto, el resultado del arbitraje es mucho más “panel-dependiente” que en otros subsistemas de arbitraje.

A. La preparación del contenido normativo del tratado

1. La cláusula de protección de los intereses esenciales

Una de las defensas centrales de la Argentina en buen número de arbitrajes fue invocar la cláusula que permite proteger los intereses esenciales de seguridad bajo el TBI con los EE.UU. Al Estado que la invoca, esta cláusula le permite justificar una conducta que en principio atentaría contra las distintas protecciones que el mismo tratado brinda.

Tanto en el caso de *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc.* (Caso CIADI N° ARB/02/1) como en el *Continental Casualty Company* (Caso CIADI N° ARB/03/9), la Argentina invocó satisfactoriamente la cláusula que permite proteger los intereses esenciales de seguridad contenida en el Artículo XI de su TBI con los EE.UU. En el primer caso, el tribunal consideró que la situación socio-institucional y económica justificaron la invocación de la cláusula en los siguientes términos: “Este Tribunal rechaza la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra. Ciertamente, las condiciones vividas en la Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva, para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía. Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar” (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. contra Argentina*).

A su vez, en el segundo de los casos citados, el tribunal también hizo lugar a la defensa de la Argentina bajo el Artículo XI del TBI con los EE.UU.: “A la luz del análisis que hemos llevado arriba, creemos que éste fue el caso. En términos generales, dentro de la situación económica y financiera de la Argentina hacia fines de 2001, las Medidas en cuestión (el Corralito, el Corralón, la pesificación, la cesación de pagos y la subsecuente restructuración de aquellos instrumentos involucrados aquí) fueron inevitables o ineludibles, en parte indispensables y, en cualquier caso relevantes o decisivas en orden a reaccionar positivamente contra la crisis, prevenir el completo derrumbe del sistema financiero, la implosión de la economía y la creciente amenaza contra la fábrica de la sociedad argentina y, en forma general, para superar la crisis. A la vista del Tribunal, hubo indudablemente una ... genuina relación de fines y medios” (*Continental Casualty Company contra Argentina*).

Lamentablemente los negociadores argentinos de los TBI durante los comienzos de los años noventa no incluyeron, o no lograron incluir, esta cláusula en los tratados suscriptos con Gran Bretaña, Francia y España, por ejemplo. Si bien es cierto que en los casos *CMS Gas Transmission Company, Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets* (Caso CIADI N° ARB/01/3) y *Camuzzi International* (Caso CIADI N° ARB/03/7)⁶, el tribunal descartó la aplicación de la cláusula de protección de los intereses esenciales de seguridad, su ausencia lisa y llana en los otros

⁶ Es cierto, sin embargo, que en estos tres casos el tribunal estuvo inclinado a solicitar evidencia sobre si la Argentina, al momento de la negociación con los EE.UU. del TBI, mantenía la interpretación sostenida en el arbitraje. Sobre la cuestión no pudieron obtenerse buenos registros.

TBI obligó a la Argentina a invocar la defensa de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario que exige un mayor despliegue argumental y probatorio y que es esencialmente distinta.

Precisamente, el error de los tribunales arbitrales presididos por Francisco Orrego Vicuña, descansó en aceptar que la cláusula de intereses esenciales de seguridad se identificaba con la defensa de necesidad ya que la primera no era más que una simple convencionalización del derecho internacional consuetudinario encarnado por la segunda. Sobre este punto, el Comité de Anulación sostuvo severos reproches que justificarían la anulación del laudo: “el artículo XI es sustancialmente distinto del Artículo 25. El primero comprende medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada Parte, sin calificar dichas medidas. Por su parte, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones. Este requiere, por ejemplo, que la acción tomada ‘no perjudique seriamente un interés esencial del Estado o Estado respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto’, requisito que es ajeno al Artículo XI. En otros términos, los requisitos contemplados en el Artículo XI no son los mismos que aquellos bajo el derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 25 ... Sobre este punto, el Tribunal incurrió en un manifiesto error de derecho ... Teniendo ambos textos una operación y contenidos diversos, el Tribunal tuvo que tomar posición sobre su relación y decidir si ambos tenían aplicación en el presente caso. El Tribunal no entró en ese análisis, asumiendo simplemente que el Artículo XI y el Artículo 25 tienen el mismo fundamento ... Al proceder de esa forma, el Tribunal cometió otro error de derecho. Aunque es pertinente preguntarse si el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario se refiere a la cuestión de la ilicitud o de la responsabilidad, en todo caso la excusa fundada en el derecho internacional consuetudinario sólo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el Artículo XI” (*CMS Gas Transmission Company contra Argentina*).

Más adelante el propio Comité de Anulación consideró que los dos errores en los que incurrió el Tribunal “podrían haber tenido impacto decisivo en la parte resolutive del Laudo” y que de ser una corte de apelación “tendría que revocar el laudo sobre esta base” (*CMS Gas Transmission Company contra Argentina*). Sin embargo, consideró que como corte de anulación su jurisdicción estaba limitada y que no podía imponer su visión del derecho y de los hechos. En este punto, el propio Comité olvidó cuáles eran, en parte, las bases fundamentales de la jurisdicción de anulación que había expuesto al comienzo de la decisión, distinguiendo la falta de aplicación del derecho del error en su aplicación. Mientras que el primer caso caía bajo la jurisdicción anulatoria de los comités *ad hoc*, y comprende el error manifiesto, el segundo no, puesto que, tal como sostuvo el comité en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile contra Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7): “Un laudo no escapará a la nulidad si el tribunal, mientras pretenda aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente. Sin embargo, el error debe ser ‘manifiesto’ e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular”⁷. Deberá esperarse si en los casos de aguas el tribunal arbitral adopta el criterio sostenido en los casos *BG Grupo contra Argentina* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Laudo, 24 de diciembre de 2007) (distribución de gas) y en *National Grid contra Argentina* (CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008) (transporte de energía eléctrica).

2. El estándar que prohíbe las expropiaciones no compensadas

En cuanto a los estándares de protección me voy a referir a uno sólo que es, tal vez, el que menos problemas generó en la litigación argentina. Los laudos que encontraron que la Argentina tenía responsabilidad internacional por sus leyes de emergencia y pesificación de los contratos de servicios públicos, nunca concluyeron que habían servido para expropiar las inversiones hechas bajo las concesiones otorgadas. Mi referencia, entonces, debe ser más bien vista con el propósito de repensar conceptualmente el estándar de protección a partir de las ciertas autoridades legales, como los tribunales

⁷ Lamentablemente, el Comité citó también la decisión del comité *ad hoc* del caso *Maritime International Nominees Establishment contra Guinea* (Caso CIADI N° ARB/84/4) en la que había rechazado considerar como motivo de anulación el error manifiesto de derecho.

Irán-EE.UU., que debieron enfrentarse masivamente con el problema. Ello sirve también para evaluar el avance (o no) de la jurisprudencia arbitral sobre el punto.

Sostendré que la expropiación es un instituto que sólo puede pensarse desde la justicia distributiva, que por lo tanto su corazón está preocupado con la reasignación de derechos de propiedad (examen que denomino test distributivo), que la interferencia redistributiva debe ser sobre los derechos de propiedad del inversor (test de la extensión de los derechos)⁸, no efímera ni temporaria (test de la interferencia permanente), grave (test de la afectación substancial) y típica (no pueden concebirse como reclamos meramente contractuales). Agrego como una nota esencial que, en las expropiaciones progresivas o regulatorias, la intención del Estado receptor (a diferencia de las expropiaciones directas) es sumamente relevante.

a) El test redistributivo: el corazón de la expropiación

De acuerdo a Ackerman (1977), el problema de la protección de la propiedad privada surge en el punto en que la economía capitalista colisiona con el Estado activista. Como la Argentina señaló en la primera contestación de demanda, ello implicaba concebir al estándar que prohíbe expropiar sin compensar como un estándar básicamente de justicia distributiva aun cuando existían resistencias extendidas en el ámbito del derecho internacional a definirlo de esa forma.

Ackerman (1977) lo pone muy claro en el inicio mismo de su trabajo: “No más que un vigilante nocturno, el Estado supervisa el resultado de los procesos de mercado a fin de encontrarlos satisfactorios. Armado con un prodigioso conjunto de herramientas legales, los utiliza para mejorar la mano invisible —creando impuestos aquí, subsidiando allá, regulando en cualquier lugar. Los resultados de todo este movimiento bien puede ser algo que redunde en beneficios del bien público —un ambiente más limpio, un lugar de trabajo más seguro, un hogar decente. Sin embargo, estas ganancias de bienestar pueden adquirirse raramente sin costo social —aunque muchos ganarán, algunos perderán como resultado de esta nueva iniciativa gubernamental. Y es el destino de aquellos que están llamados a sacrificarse por el bien público de lo que se ocupa este ensayo: cuando ellos pueden demandar justamente que el Estado los compense por los sacrificios financieros que están llamados a hacer”.

Bajo esta mirada, la tarea esencial para establecer cuándo un Estado receptor expropia sin compensar una inversión de un inversor consiste en averiguar, contra un marco normativo específico, bajo qué especiales circunstancias estamos autorizados a exigir un sacrificio financiero no compensable para “ganancia del interés público”⁹.

La misma preocupación estaba en la mente de algunas autoridades clásicas del derecho internacional como George Christie —para quien la averiguación central en toda disputa pasa por diferenciar el caso de una restricción legítima de un caso expropiatorio (Christie, 1964)¹⁰— y para el

⁸ La palabra derecho es usada ampliamente aceptando la inclusión de las expectativas legítimas. Lo que rechazo es la construcción que hacen los inversores de las expectativas legítimas.

⁹ El ejemplo que usaba Ackerman (1977) es el caso *Sibson contra Nuevo Hampshire*, recomendando que consideremos si el expropiado debería “serle requerido soportar sin ayuda el sacrificio financiero envuelto en la ganancia de la humanidad”. En otro trabajo importante sobre el concepto de expropiación, Paul (1991) adoptaba una pregunta inicial similar. Para Paul (1991), la respuesta debe estar concentrada en el problema de determinar “cuándo las contribuciones individuales al bienestar colectivo cesan de ser el precio propio de una ciudadanía comunal y se constituye en el sacrificio inequitativo de los pocos a favor de los muchos”. Las referencias que hicimos en el caso *CMS Gas Transmission Company* a Ackerman (1977) y Paul (1991) obedecía a que se entrelazaban con la mejor tradición del pensamiento constitucional estadounidense, como la de John Sax y Frank Michelman, quienes fueron considerados como autoridades legales en la materia en el caso *SEDCO* resuelto por los tribunales arbitrales Irán-EE.UU.

¹⁰ El párrafo siguiente es bastante significativo del problema conceptual al que me estoy refiriendo: “La cuestión también ha surgido en casos concernientes a los efectos de la legislación y los decretos administrativos de los países de Europa Oriental, donde las medidas han restringido severamente los usos del derecho real de propiedad sin haber afectado los títulos de propiedad a la tierra; por ejemplo, tales medidas podrían fijar precios máximos a la renta, regularían los usos posibles, el tipo de arrendatarios que podrían ser dejados y la cantidad de espacio, si alguna, que el propietario podría reservar para sus propios propósitos. ¿Podrían ser equivalentes a una expropiación tales restricciones tomadas en conjunto?” (Christie, 1964).

tribunal arbitral del caso *Pope & Talbot Inc. contra Canadá* (en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)). Este problema no está presente por definición en los casos de expropiación directa. Por lo tanto, lo más interesante de los tratados es la introducción convencional de la figura de la expropiación progresiva la que, sin embargo, no se encuentra nunca correctamente definida. Mi argumento se concentra en la estructura y función de la primera para tratar de caracterizar adecuadamente a la segunda.

Como adelanté, la más razonable reconstrucción de la expropiación es concebirla **como una institución distributiva**¹¹. En otros términos, el primer rasgo definitorio de la expropiación, bajo cualquiera de sus formas (oculta o manifiesta, progresiva o directa, formal o de facto) es que implica la redistribución de los derechos de propiedad existentes, transfiriendo los derechos adquiridos por uno hacia otro/s, sean estos determinados o determinables, sea el beneficiario el propio Estado, el público en general, parte de él o un miembro específico del común¹².

Ackerman (1977) justifica la presencia conceptual de este rasgo imaginando el tipo de lenguaje que desplegaría un determinado tipo de abogado¹³ para quien el derecho de propiedad¹⁴ no estaría constituido por una relación entre una persona y una cosa (entre un sujeto y un objeto — que es el modo habitual en que el derecho europeo continental ha concebido los derechos reales) sino que el derecho de propiedad serviría para discutir y regular las relaciones que surgen entre diversas personas con respecto a las cosas, o sea, entre distintos sujetos con relación a un conjunto de bienes.

Ahondando esta concepción, Ackerman (1977) sostiene que: “Más precisamente, el derecho de propiedad considera el modo en que los derechos a usar cosas pueden ser parcelados entre una gran cantidad de usuarios competitivos de recursos. Cada usuario de recursos es concebido como un tenedor de un haz [“*bundle*”] de derechos *vis-a-vis* otros usuarios potenciales. En verdad en el sistema americano moderno, los modos bajo los cuales los derechos de los usuarios pueden ser legalmente empaquetados y distribuidos son asombrosamente diversos. Y probablemente nunca sea verdad que la ley asigna a cualquier persona el derecho de usar una cosa del modo que absolutamente le plazca.”

Por lo tanto, el propietario, para esta concepción: “Sirve como una forma taquigráfica para identificar al tenedor de un haz de derechos los cuales contienen un campo de entitulamientos más numerosos o valuales que el haz sostenido por otra persona con respecto a una cosa en cuestión ... Cuando un juez dice que Jones más que Smith es ‘el’ propietario, él debió entenderlo de este modo: ‘en uno u otro conflicto de recursos entre Jones y Smith, el sistema legal emplaza un entitulamiento en el haz de derechos de Jones más que en el Smith’. Pero, simplemente porque Jones ganó en la batalla sobre el uso X del recurso, no se sigue que él ganará en la batalla sobre el uso A ... Ambos haces son haces de derechos de propiedad, aun cuando uno puede ser más amplio que el otro” (Ackerman, 1977)¹⁵.

Queda claro que los derechos de propiedad son relativos, rigen las relaciones de las personas sobre cosas en torno a usos competitivos de ellas, los distintos conflictos no tienen por qué solucionarse de la misma manera siempre y la extensión de esos haces no está fijada de antemano y para siempre. Una expropiación ocurre cuando el sistema legal es utilizado para remover derechos que residían en una persona y transferirlos hacia otra. Ésta es la estructura general de la expropiación.

Ackerman (1977) describe la noción conceptual antes expuesta con el siguiente ejemplo:

¹¹ Concebir a la expropiación como una institución distributiva sirve para diferenciarla de los casos de responsabilidad, la que está sujeta a los parámetros de la justicia correctiva y, en el ámbito del derecho de los TBI, al estándar de trato justo y equitativo.

¹² Este rasgo es resaltado por Ackerman (1977) quien cita los dos celeberrimos artículos de John Sax sobre el tema y se explaya sobre el artículo de Frank Michelman.

¹³ El tipo ideal que hablaría este lenguaje es el que Ackerman (1977) denomina formulador de políticas científico (“*scientific policymaker*”) opuesto a otro tipo ideal que etiqueta con el nombre de observados ordinario (“*ordinary observer*”).

¹⁴ Derecho de propiedad refiere por lo tanto al conjunto de normas que regula las relaciones reales o de dominio; no debe considerarse aquí como sinónimo de “derecho subjetivo” a la propiedad.

¹⁵ Ackerman (1977), según el lenguaje del formulador de políticas científico, considera adecuadamente que la propiedad no es un cosa sino un conjunto complejo de derechos. En igual sentido, véase Ross (1957).

- En un tiempo uno (T_1) se asignan varios conjuntos de derechos de propiedad.
- Juan recibe los derechos X, Y, Z.
- En un tiempo dos (T_2) quienes gobiernan la comunidad política en la que vive Juan, sancionan una ley que rediseña los conjuntos de derechos asignados en T_1 considerando que resulta conveniente para la comunidad que el derecho Z sea reasignado y puesto en el conjunto de derechos que había recibido Pedro. En ese momento **la propiedad es redistribuida**.
- En el tiempo tres (T_3), Juan buscará que se lo compense. Su eventual compensación se justifica en que no debería cargar exclusivamente con el costo de mover una sociedad hacia un estado de cosas considerado mejor, óptimo o más justo.
- Por lo tanto, para resolver si Juan puede legítimamente reclamar esa compensación, corresponde indagar si debe soportar solo las pérdidas implicadas en la redistribución o si puede compartirlas con —o transferirlas hacia— sus conciudadanos. Esto supone reconocer que **la expropiación es justamente una institución redistributiva**: no hay razón para creer que quienes no se han beneficiado en T_2 con la redistribución de los derechos inicialmente asignados en T_1 a Juan tengan que soportar una compensación en T_3 en favor de Juan¹⁶.

El cuadro que tracé es la forma típica bajo la que se presenta la institución de la expropiación. El presupuesto sobre el que descansan las preguntas iniciales —esto es, ¿qué constituye una expropiación? (Christie, 1964) o ¿cuándo las contribuciones individuales cesan de ser el precio de vivir en una comunidad para ser la imposición inequitativa de unos pocos en favor de muchos? (Paul, 1991) o si el supuesto expropiado debe soportar sin ayuda el sacrificio financiero involucrado en la ganancia de la humanidad (Ackerman, 1977)— es que, primero y antes que nada, debe haber habido **una redistribución de los derechos de propiedad** y, segundo, **un beneficio** por parte de quienes sean postulables para compensar.

Ahora bien, **si no hubo transferencia esto supone que, nadie debe compensar**. La expropiación no sólo es una institución redistributiva sino que en algún sentido importante, al menos en el inicio, es un **juego de suma cero**: lo que una persona gana en derechos de propiedad —sin que esto implique un juicio sobre la eventual compensación— lo pierde otra. Sólo bajo estas condiciones las intervenciones gubernamentales pueden ser concebidas como interferencias distributivas compensables¹⁷.

En situaciones muy críticas, por ejemplo, si se trata de profundas depresiones económicas, es muy difícil calificar —*prima facie*— a las medidas gubernamentales como medidas expropiatorias ya que, en general, son medidas que tienden a mitigar daños y distribuir sacrificios (pérdidas) más que derechos (beneficios)¹⁸. Esto pone de relieve que determinar si estamos en presencia de una expropiación (directa o regulatoria) requiere el auxilio de una determinación adicional: saber de qué derechos de propiedad estamos hablando. En otros términos, necesitamos establecer la extensión de los derechos de propiedad contenidos en el haz inicial del inversor.

b) El alcance de los derechos de propiedad bajo el derecho doméstico

En general los TBI no especifican cuál es el concepto de **propiedad protegida bajo los mismos**. Este punto es de fundamental importancia dado que el inversor sólo puede alegar la

¹⁶ Ackerman (1977) emplea las palabras distribución, redistribución, reasignación, no menos de cuatro veces en una extensión que no alcanza las dos páginas.

¹⁷ Sólo en principio la expropiación es un juego de suma cero ya que, precisamente por ser distributiva (y no correctiva) la compensación puede no ser simétrica a la supuesta pérdida y/o, por otro lado, la reasignación de derechos busca mover a la comunidad política a un estado de justicia y eficiencia superior.

¹⁸ No obstante, aún en situaciones de pérdidas universales (esto es, situaciones en las que no hay beneficiarios o ganadores aparentes), puede darse el caso, en especial, a la hora de reconstituir el esquema de derechos de propiedad preexistentes.

expropiación de su propiedad. Todo el resto, es decir, todo aquello que no es su propiedad —por definición— no puede serle expropiado. La definición de los derechos de propiedad es una tarea que corresponde al derecho doméstico. En los casos argentinos en los que se discutieron la eventual responsabilidad internacional del demandado por expropiación y trato injusto e inequitativo a las inversiones de los inversores en el sector de transporte y distribución de gas y electricidad, los mandantes alegaron que su propiedad estaba constituida por ciertas promesas (llamadas “garantías” o, a veces, “representaciones”) que le habría efectuado la Argentina. Si bien el punto era bastante oscuro, los inversores parecieron haber argumentado que tales promesas se habrían incorporado (o adquirido) a su patrimonio como **expectativas legítimas**¹⁹. Tales promesas estaban relacionadas, por lo general, con una cierta estructura de la tarifa. Esta estructura tenía cierta composición y tenía también cierta dirección.

La **composición** de la tarifa (lo que podríamos llamar la **promesa 1**) era, para los inversores, la siguiente:

- Un derecho a calcular las tarifas en dólares y luego expresarlas en pesos convertibles a la tasa de cambio aplicable al momento de la facturación²⁰.
- Un derecho a ajustar las tarifas en forma semestral²¹ según el índice de precios de productores de los EE.UU.
- Un derecho a un reajuste general quinquenal teniendo en cuenta el factor de inversión (factor K) y el factor de eficiencia (factor X)²².
- Un derecho a no sufrir congelamiento de la tarifa, ni a regulación adicional, ni a control de precios, fuera de ciertos procedimientos ante el regulador.
- Un derecho a que no se alteren las reglas básicas de la licencia.

A su vez, la **dirección** (o el resultado) de la tarifa (lo que podríamos llamar la **promesa 2**), es siempre ascendente. Ello quiere decir que para los inversores y en base a los componentes de la promesa tarifaria 1, no hay modo de disminuir el precio que se obtiene de ella ni modo de reducir las utilidades de la compañía en la cual habrían comprado acciones²³. Siempre el vehículo corporativo debía tener utilidades²⁴.

Nadie nunca puso en duda que la inversión de los inversores es y era propiedad suya. La cuestión pasaba por precisar cuáles eran los derechos que el sistema jurídico les otorga a los inversores en relación con su inversión. En otros términos, si Ud. pretende incorporar a su propiedad **expectativas** acerca de los beneficios esperados y **vallas** procesales y substantivas contra cualquier supuesta depreciación en el valor de sus activos, muy probablemente cualquier resultado perjudicial será visto como una expropiación. Mire qué diferente es concebir sus derechos bajo estas dos posibilidades.

En el conjunto o haz 1, sus derechos de propiedad derivados de su inversión son estos:

- Derecho a permanecer en control de su inversión (derecho A).

¹⁹ El concepto de expectativas legítimas, expectativas establecidas o expectativas compartidas es utilizado también en el derecho internacional. En este sentido, refiriéndose a la distinción entre regulación y expropiación, Orrego Vicuña (2003), “Todo depende de los hechos y circunstancias específicas del caso, particularmente la gravedad y extensión de la interferencia, los derechos de las partes bajo un contrato o la legislación general y aún elementos culturales que definen expectativas compartidas”.

²⁰ Los inversores basaban este alegado derecho en el Decreto N° 2.128 de 1991, el Decreto Reglamentario y el Memorando de Información de 1992. Sobre la respuesta dada por la Argentina a los inversores bajo el derecho municipal me remito al excelente comentario en Pérez Cortés (2005).

²¹ Tal promesa estaría contenida en la Ley del Gas, el Decreto Reglamentario, el Memorando de Información de 1992, el Modelo de Licencia (Decreto N° 2.255 de 1992), la Licencia (Decreto N° 2.457 de 1992) y el Memorando de Oferta de 1995.

²² Tal promesa estaría establecida en la Ley del Gas, el Decreto Reglamentario, el Memorando de Información de 1992, el Modelo de Licencia, la Licencia y el Memorando de Oferta de 1995.

²³ En muchas demandas se sostuvo que existía siempre y bajo cualquier circunstancia un derecho a obtener una rentabilidad razonable (ya que ella era concebida en términos de “garantía”).

²⁴ Esta reclamación se matizó a lo largo de las disputas, aceptándose finalmente que el vehículo corporativo en el que estaban hundidas las inversiones pudiera no recibir utilidades siempre y cuando la tarifas fueran reconstituidas según los alegados procedimientos ante los reguladores.

- Derecho a dirigir las operaciones día a día de su inversión, en tanto accionista minoritario o mayoritario (derecho B).
- Derecho a que el Estado receptor no supervise —como control policial— el trabajo de los ejecutivos y empleados de la inversión (derecho C).
- Derecho a que el Estado receptor no interfiera con las decisiones de la administración o con las actividades de los accionistas (derecho D).
- Derecho a que el Estado receptor no impida que la inversión pague dividendos a sus accionistas (derecho E).
- Derecho a que el Estado receptor no designe en forma permanente los directores y administradores de la inversión (derecho F).
- Derecho a obtener una tarifa justa y razonable (derecho G)²⁵.

Por otro lado, Ud. puede agregar a su lista no sólo sus derechos como inversor sino ciertos derechos contractuales de su inversión, con lo cual, en el conjunto o haz 2, Ud. tendría los siguientes derechos adicionales:

- Derecho a la actualización de la tarifa por el índice de precios de productores de los EE.UU. (derecho W).
- Derecho a la expresión de la tarifa en dólares estadounidenses durante todo el término de la concesión (derecho X).
- Derecho a cobrar la tarifa expresada en la forma y durante el tiempo indicados en el numeral anterior (derecho Y).
- Derecho a **obtener siempre, y bajo cualquier circunstancia o decisión empresaria, utilidades** (derecho Z). Incluso Ud. podría tener un derecho menos fuerte y concebido como un derecho a obtener utilidades bajo la neutralización de ciertos riesgos o eventos. En este caso, la garantía del Estado se extendería, solamente, a protegerlo, por ejemplo, del riesgo devaluatorio.

Así, bajo el conjunto o haz 1, el inversor sólo tendría un caso en materia de expropiación de derechos patrimoniales si se le hubiera arrebatado algún derecho propio (por ejemplo, los derechos A a G)²⁶. Si por vía de hipótesis, como sugiere el conjunto o haz 2, se le hubieran arrebatados los derechos W, X, Y o Z, ello constituiría un supuesto expropiatorio si los inversores demostrasen que su reclamo a W, X, Y o Z fuera un reclamo genuino. Como veremos deberían de sustentar que su reclamo no constituye un reclamo contractual (lo que denomino “test de tipicidad”). Y además, deberían demostrar que esos derechos contractuales bajo las licencias y concesiones estaban constituidos tal como los describían²⁷. Antes de avanzar en cualquier de las hipótesis, un inversor debe demostrar que la redistribución es definitiva.

c) Sobre el test de la interferencia permanente

Un tercer elemento para determinar si estamos en presencia o no de una expropiación es comprobar si la interferencia redistributiva es definitiva o temporaria. Este criterio, al igual que el

²⁵ Esto está definido en la Ley del Gas (artículo 2) que establece el derecho a cobrar una tarifa justa y razonable.

²⁶ Así tendría un caso, por ejemplo, si la Argentina hubiera sancionado un régimen de nombramientos de administradores de inversiones como el que sancionó Irán y que dio origen a un buen número de laudos por parte de los tribunales Irán-EE.UU.

²⁷ Los tribunales en los casos *CMS Gas Transmission Company, Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation)* y *Ponderosa Assets y Sempra Energy International* (Caso CIADI N° ARB/02/16) encontraron que los inversores tenían esos derechos contractuales pero que no habían sido expropiados sino tratados en forma injusta e inequitativa.

anterior, es muy relevante para poder distinguir una expropiación compensable de una regulación legítima no compensable²⁸.

Los tribunales arbitrales que más insistieron en este elemento fueron los tribunales Irán-EE.UU. En el caso *ITT Industries contra Irán*, hubo una opinión concurrente en estos términos: “Las autoridades indican que, mientras la asunción del control sobre la propiedad no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los **derechos fundamentales de la propiedad** y aparezca que la privación no es esencialmente efímera.”

Luego de ello, ahora sí como tribunal, la segunda cámara del tribunal arbitral Irán-EE.UU., integrada por su Presidente Willem Riphagen y los árbitros Shafie Shafeiei y Geogre Aldrich, volvió a pronunciarse sobre el tema, esta vez en el caso *Tippets, Abett, McCarthy y Stratton contra TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Gobierno de Irán y otros*. Allí se sostuvo que: “Mientras que la asunción del control sobre la propiedad por un gobierno no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los **derechos fundamentales de la propiedad** y aparezca que la privación no es esencialmente efímera. La intención del gobierno es menos importantes que los efectos de las medidas sobre el propietario y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto”.

Este punto había despertado la preocupación de distintas autoridades legales, entre ellas, George Christie. Como su interés central estaba constituido por establecer la diferencia entre la regulación legítima no compensable y la expropiación compensable una vez detectados —o más bien reconstruidos— sus contornos difusos, fue preocupación de Christie establecer si el tiempo tenía alguna influencia sobre los eventos supuestamente expropiatorios. En este sentido, sostuvo que: “Puede haber una cuestión adicional: asumiendo que el Gobierno ofensor ha secuestrado o haya interferido de otro modo con el uso de la propiedad en cuestión ¿qué tiempo después ese secuestro o interferencia puede llegar a ser considerado una expropiación? De la determinación de esta cuestión dependerá no sólo el problema de cuándo y cómo protestar sino también, en los casos apropiados, cuestiones tales como la fecha a partir de la cual deben ser evaluados los daños y los intereses corren” (Christie, 1964).

Es claro que lo que estos laudos nos indican es que la madurez del reclamo expropiatorio está ligada en forma directa al tiempo. El tiempo puede jugar un papel agravante transformando una mera interferencia redistributiva temporaria en una expropiación o, todo lo contrario, hacer de la interferencia redistributiva temporaria una cuestión irrelevante.

En casos como el alegado por los inversores contra la Argentina, esto es, en casos de supuestas expropiaciones progresivas y no formales, cobra vital importancia saber cuándo uno puede estar en presencia de un caso maduro de expropiación. Christie (1964) considera un determinado período de tiempo que se reduce en la opinión concurrente del árbitro George Aldrich en el citado caso de *ITT Industries contra Irán*.

Para Christie había circunstancias en donde el control operacional de la empresa estaba completamente fuera del poder del inversor extranjero sin que ello implique responsabilizar al Estado por daños: “Suponga que un Estado se apropió de ciertas empresas extranjeras y las operó en forma prudente, pagando a los propietarios un retorno equitativo, quizá las ganancias esperadas de la empresa. Presumiblemente, después de un tiempo suficiente, tal acción equivaldría a una expropiación ... Si el Estado anunció que la apropiación sería por la duración de la ‘presente emergencia económica’ pero en ningún caso más allá de, digamos, ‘cinco años’, sería dudoso que un extranjero pudiera quejarse que su

²⁸ Por ello, este criterio se aplica más bien a las alegadas expropiaciones regulatorias que a las expropiaciones físicas o directas.

propiedad ha sido expropiada. Bajo algunas circunstancias análogas hay fuertes indicios que, en los Estados Unidos al menos, tal propiedad no sería considerada como una expropiada” (Christie, 1964)²⁹.

De modo que, para Christie (1964), en situaciones de emergencia, no habría expropiación cuando las medidas sólo sean temporarias. A todo evento, la transformación de una legítima interferencia redistributiva temporaria en un caso de expropiación debería dejar correr un lapso significativo en términos de la extensión total del derecho conferido y alegadamente atacado.

d) Sobre el test de la afectación substancial

Aún cuando, por hipótesis, hubiese una privación permanente de la propiedad, se debe alegar y probar la privación sustancial de los derechos fundamentales de la misma. No sólo basta la interferencia redistributiva permanente sobre un derecho del inversor sino que se requiere una **afectación sustancial** de los derechos de propiedad. Este examen también, en gran medida, depende de los hechos que originan cada disputa, pero fundamentalmente depende de la propia definición del concepto legal, que sirve para seleccionar cuáles hechos deben ser tenidos en cuenta y cuáles no.

Por ejemplo, si afectación sustancial significa simplemente una pérdida del valor de los derechos de propiedad, habría que establecer una regla que prescribiera cuánto valor debe perderse y transferirse para estar en presencia de una expropiación. Si el significado fuera equivalente a la pérdida de la administración de la sociedad, entonces deberíamos fijarnos si efectivamente el inversor perdió su capacidad para administrar la inversión. Si por pérdida sustancial debe entenderse la pérdida de la capacidad legal para tomar decisiones, esto es, la pérdida de los derechos políticos del accionista, entonces deberíamos analizar si el inversor está impedido de ejercer estos derechos. Esto es consecuencia de que el derecho limita o selecciona el campo de los hechos relevantes.

Este criterio fue aplicado en el caso *ITT Industries contra Irán* (véase la página 21) y luego reiterado poco más de un año después en el caso *Tippets, Abett, McCarthy y Stratton*.

En el caso *Starret Housing Corp.*, la primera cámara del tribunal arbitral Irán-EE.UU., dispuso otro criterio, que si bien puede parecer semejante, claramente padece menor vaguedad semántica: “Sin embargo, el derecho internacional reconoce que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad en una tal medida que rindan esos **derechos tan sin utilidad** que deban ser considerados que han sido expropiados, aún cuando el Estado no se haya propuesto ello y que el título legal a la propiedad formalmente permanezca en su propietario original”.

También el tribunal de *Pope & Talbot Inc. contra Canadá* se pronunció sobre el particular: “Aún aceptando ... las alegaciones del Inversor concernientes a la disminución de sus ganancias, el Tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones de la Inversión debido al Régimen de Control de Exportaciones no constituye una expropiación (progresiva o de otro tipo) bajo el significado del Artículo 1110 ... El examen es si una interferencia es suficientemente restrictiva para apoyar una conclusión que la propiedad ha sido ‘desprovista’ para el dueño. En realidad, en la audiencia, el abogado del Inversor concedió, correctamente, que bajo el derecho internacional una expropiación requiere una **privación sustancial**. El Régimen de Control de Exportaciones no ha restringido a la Inversión de modo de encontrar esos estándares”.

Reconstruir una noción útil acerca de la magnitud de la afectación a los derechos de propiedad exige solamente especial cuidado acerca del significado corriente de las palabras utilizadas por los tribunales arbitrales. Así, vemos que en el caso *Starret Housing Corp.* y en *ITT Industries contra Irán*, por ejemplo, se califica la privación, no como una privación a secas, sino como una privación que vuelve

²⁹ Christie (1964) cita incluso como respaldo a los editores del borrador de la convención de Harvard sobre responsabilidad de Estados que sugieren como posible test para determinar si hubo o no expropiación el hecho de estar habilitado, o no, a enajenar la empresa durante el período de duración de la emergencia, criterio que el autor pone en duda si el tamaño de la empresa es lo suficientemente grande de modo tal que sólo el Estado estaría en condiciones de adquirirla. **Es dable remarcar su consideración acerca de que tal plan de emergencia en los EE.UU. no sería considerado expropiación.**

tan inútiles y tan sin sentido los derechos de propiedad que no pueden sino considerarse extinguidos completamente. Y no se trata de algunos de los derechos nacidos de la propiedad de la inversión, como sugiere la actora: se trata de la privación completa (*Pope & Talbot Inc. contra Canadá*) o total (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/96/1) de los derechos de propiedad. Esa es la magnitud del daño que se requiere para reclamar protección contra una expropiación.

Me parece ilustrativo citar los criterios específicos que se tuvo en el caso *Pope & Talbot Inc. contra Canadá* porque el tribunal en el caso *CMS Gas Transmission Company contra Argentina* se valió de ellos para sostener que la Argentina no había expropiado la inversión del inversor:

- ¿Permanece el inversor en control de su inversión?
- ¿Dirige el inversor las operaciones día-a-día de su inversión?
- ¿Han sido los ejecutivos o empleados de la inversión detenidos en virtud del régimen que califican como expropiatorio?
- ¿Supervisa el Estado receptor el trabajo de los ejecutivos y empleados de la inversión?
- ¿Ha interferido el Estado receptor con la administración o con las actividades de los accionistas?
- ¿Ha impedido el Estado receptor que la inversión pague dividendos a sus accionistas?
- ¿Ha interferido el Estado receptor con la designación de directores y administradores?
- ¿Ha tomado otro curso de acción quitando al inversor la totalidad de la propiedad y del control de la inversión?

e) Sobre el “test de la tipicidad”: el requisito basado en la distinción entre pretensiones contractuales y pretensiones bajo el TBI

Además de los requisitos anteriores, el inversor —para tener éxito con su reclamo— debe poder diferenciarlo de un reclamo contractual, el que está dominado por el derecho doméstico del Estado receptor y por la cláusula de foro local. De allí que la jurisprudencia arbitral haya sido clara en cuanto a que existe una prohibición de efectuar reclamos contractuales disfrazados como reclamos bajo el tratado, aunque luego haya tenido enormes vacilaciones a la hora de distinguirlos.

En este sentido, se ha señalado hace tiempo: “Para ponerlo de otro modo, un inversor extranjero intitulado en principio a la protección bajo el TLCAN puede entrar en relaciones contractuales con una autoridad pública, y puede sufrir una violación de esa autoridad, y aún así puede no estar en una posición para establecer un reclamo bajo el TLCAN. Es un hecho de la vida que en cualquier parte que los individuos pueden ser decepcionados en sus tratos con las autoridades públicas, y decepcionados aún también cuando los tribunales nacionales rechazan sus quejas. Puede ser tranquilamente asumido que muchas partes mejicanas pueden haber hecho tratos con las entidades gubernamentales los cuales no fueron satisfactorios; México no es diferente de otros países a este respecto. El TLCAN no fue celebrado para proveer a los inversores extranjeros con protecciones globales contra esa clase de decepciones, y nada en sus términos así lo establece ... El problema es que la queja fundamental del Demandante es que ellos son víctimas de la violación de un Contrato de Concesión. El TLCAN no permite, sin embargo, a los inversores buscar un arbitraje internacional para violaciones meramente contractuales. En verdad, el TLCAN no puede ser leído para crear un tal régimen, el cual elevaría a una multitud de transacciones ordinarias con autoridades públicas a potenciales disputas internacionales. Los Demandantes simplemente no podrían prevalecer persuadiendo al Tribunal Arbitral que el Ayuntamiento de Naucalpan violó el Contrato de Concesión” (*Robert Azinian y otros contra México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/2). Se necesita algo más que una violación al ordenamiento doméstico (incluido la violación al contrato) para que ello pueda alcanzar a considerarse una violación al tratado.

B. El efecto de los paneles arbitrales, la inexistencia de sanas prácticas de rendición de cuentas y el problema de los laudos inconsistentes

Es obvio que en todo proceso arbitral, internacional o doméstico, la selección de los árbitros es primordial. Sin embargo, en el sistema CIADI, esta verdad cobra una trascendencia paradigmática ya que el Convenio —a diferencia de otros complejos normativos— funciona sobre el principio de la irrevisibilidad de las decisiones arbitrales limitando así el papel de los comités *ad hoc* del propio tratado y, especialmente, el de los tribunales domésticos. Mucho menos existen sanas prácticas casatorias que uniformen decisiones inconsistentes y la profesión arbitral —traspasando los límites de la ética jurídica y del derecho constitucional global— se mezcla con la profesión abogadil. Se diría que el Convenio CIADI no es un modelo de rendición de cuentas (“*accountability*”) judicial.

Al contrario, en base a este programa de inapelabilidad absoluta que deifica las decisiones de los paneles arbitrales iniciales, no es sorprendente que ante los mismos hechos y los mismos argumentos, ciertas mismas partes hayan recibido tratamientos diametralmente opuestos. Además de las decisiones contrarias en materia de aplicación al caso argentino de la cláusula que permitir adoptar medidas inconsistentes con el TBI aplicable en salvaguarda de los intereses esenciales de seguridad de un Estado (contenida en el tratado con Estados Unidos), hubo otras decisiones significativas que ilustran suficientemente la importancia de contar con paneles arbitrales apropiados y prestigiosos constituidos por líderes y no por seguidores.

1. La cláusula de litigación en los tribunales domésticos

a) Siemens A.G. contra Argentina³⁰

El artículo 10(3) del tratado entre la Argentina y Alemania contiene una norma que establece un período de litigación obligatoria ante los tribunales domésticos, cláusula que es calificada por algunos como una regla moderada de agotamiento de los recursos internos. Independientemente de cómo se la califique o se la presente, la norma impone que, agotado el período de negociaciones amistosas de seis meses, la disputa debe ser sometida a los tribunales locales del Estado receptor por un plazo no menor a dieciocho meses.

En este caso, el tribunal consideró que ese obstáculo procesal al arbitraje internacional directo podía circunvalarse invocando la cláusula de nación más favorecida (NMF). Aplicando el racional del caso *Emilio Agustín Maffezini contra España* (Caso CIADI N° ARB/97/7), el panel llegó a la conclusión de que la norma contenida en el tratado no constituía una política de la Argentina y, por lo tanto, la cláusula de la NMF del artículo 3 del tratado podía aplicarse, incluso, a los mecanismos de solución de disputas.

b) Wintershall Aktiengesellschaft contra Argentina³¹

Sin embargo, pocos años después, un tribunal con una integración distinta, por unanimidad y frente a los mismos argumentos llegó a la conclusión opuesta. El tribunal sostuvo que un inversor privado no puede invocar sino secundariamente la doctrina de la responsabilidad del Estado en la medida que lo establezca el TBI en cuestión. Agregó que no se trataba de un obstáculo meramente procesal sino jurisdiccional y que el derecho de acceso al arbitraje del CIADI está sujeto al estricto cumplimiento del Artículo 10(2) del TBI que contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo

³⁰ Caso CIADI N° ARB/02/8. Composición del tribunal: Andrés Rigo Sureda (presidente), y Charles Brower y Domingo Bello Janeiro (árbitros).

³¹ Caso CIADI N° ARB/04/14. Composición del tribunal: Fali Nariman (presidente), y Santiago Torres Bernárdez y Piero Bernardini (árbitros).

accionamiento ante los tribunales locales, cláusula que obliga al inversor a litigar durante un período determinado ante el foro local y no que simplemente lo autoriza a elegir los tribunales del CIADI³².

En otro argumento independiente, el tribunal sostuvo que, de acuerdo al significado usual del lenguaje, la palabra “será” que emplea la cláusula del Artículo 10(2) constituye una obligación: “El término ‘será’ utilizado en el Artículo 10(2) ... denota, en sí mismo, una ‘obligación’, y no simplemente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra ‘será’ significa que lo estipulado es jurídicamente vinculante”.

Adicionalmente, el tribunal sostuvo que no era cierto que la Argentina no había condicionado la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal al previo agotamiento de los recursos locales. De acuerdo al tribunal, el argumento de la demandante sólo sería cierto si se pusiera el acento en la palabra “agotamiento”. Y agregó: “Sin embargo, en el contexto de los TBI actualmente se considera (en la práctica de las Naciones Unidas) que incluso esta frase (‘agotamiento de los recursos locales’) incluye la búsqueda de soluciones antes los tribunales locales dentro de determinado plazo”.

En un párrafo llamativo, ya que tiene que ver con el lenguaje de la cláusula y por lo tanto hubiera merecido tal vez considerarse en forma independiente, el tribunal señaló que dada la transparencia de la cláusula ello bastaba para rechazar la pretensión de la demandante: “Para concluir, si se tiene en cuenta la redacción del Artículo 10 del TBI, resulta evidente que la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI está sujeta a la condición expresa de que, entre otras cosas, el inversor demandante someta su diferencia a un tribunal competente de la Argentina, para que éste la dirima, dentro de un plazo de 18 meses (más un período de espera adicional de tres meses) antes de someter la diferencia al arbitraje del CIADI. Las palabras empleadas por los Estados Contratantes en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania sin duda tienen sentido en su contexto y, como la declaró la CIJ [Corte Internacional de Justicia] en la sentencia del caso *Guinea Bissau c. Senegal*, fallo del 12 de noviembre de 1991, ... si las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tienen sentido en su contexto, se acabó el problema”.

El tribunal también rechazó el principio excepcional del caso *Emilio Agustín Maffezini contra España* acerca de que debe existir una política pública para validar las cláusulas, como la contenida en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania. Lo hizo considerando que no corresponde interpretar un tratado en función de otros tratados, que la interpretación debe realizarse a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y del principio de contemporaneidad³³.

A su vez, el tribunal rechazó la idea de que las etapas procesales previas consistentes en períodos de espera no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden, por lo tanto, derogarse y pasarse por alto. La demandante apoyó el punto en su escrito posterior a la audiencia oral en base a un nuevo

³² El tribunal lo expresó con un lenguaje inusualmente claro en los siguientes términos: “Dada la redacción del Artículo 10 del TBI (y son las palabras las que determinan la intención de las Partes cuando se interpreta un tratado), resulta evidente que la posibilidad de acceder al arbitraje CIADI depende expresamente, entre otras cosas, de que el inversor-demandante someta primero su controversia a un tribunal competente de la Argentina durante un período de 18 meses (más un período de espera de tres meses) antes de iniciar el procedimiento de arbitraje del CIADI ... En el presente caso, por lo tanto, el TBI Argentina-Alemania es un tratado en que indudablemente se concede el derecho de acceder al arbitraje internacional (CIADI) a inversores extranjeros que sean nacionales de Alemania; sin embargo, este derecho de acceder al arbitraje del CIADI no se establece sin reservas, sino sujeto a la condición de que se acuda primero a los tribunales competentes de la Argentina. El que una condición como la que impone el Artículo 10(2) por ejemplo, una cláusula de agotamiento de las vías de reparación locales con una cláusula de autoexclusión puede establecerse legalmente, se desprende claramente de lo dispuesto en el Artículo 26 del Convenio CIADI ... En el presente caso se ha otorgado a las Partes Contratantes (la República Argentina y la República Federal de Alemania) la libertad de incluir (y ellas han incluido específicamente) una cláusula relativa al recurso a los remedios locales como requisito previo al recurso (como última instancia) del arbitraje CIADI. Dado que la Demandante (una entidad nacional de Alemania) sólo puede presentar una reclamación en el marco del TBI Argentina-Alemania, y bajo ningún otro documento, al hacer la reclamación (como lo ha hecho en el presente caso), la Demandante Wintershall no tiene más opción que cumplir las condiciones estrechamente interrelacionadas que se mencionan en el Artículo 10, antes de ejercer su derecho al arbitraje del CIADI, sencillamente porque ésa es la voluntad expresa de los Estados Contratantes”.

³³ El principio de contemporaneidad exige que las cláusulas de un tratado se interpreten al momento de la celebración del mismo.

informe del perito que había ofrecido Christoph Schreuer. El tribunal lo descartó por considerar que la obligación bajo el Artículo 10(2) no constituye un mero obstáculo procesal sino que está compuesto por un elemento *ratione fori* (la competencia se determina en “razón del foro”) y un elemento *ratione temporis* (la competencia se determina en “razón del tiempo”), es distinguible de la cláusula de espera del Artículo 10(1) y no hay decisiones que respalden la aseveración de que puede pasarse por alto.

Luego el tribunal analizó el segundo aspecto de la primera excepción preliminar de la Argentina que consistía en afirmar que las cuestiones sobre resolución de disputas estaban excluidas del ámbito de la cláusula de la NMF. Agregó que las cuestiones jurisdiccionales constituyen la oferta permanente que los Estados hacen a los inversores extranjeros dado que: “El ‘consentimiento’ del Estado receptor al arbitraje internacional se presta, no de manera general, sino, *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. El ‘consentimiento’ del Estado receptor se presta en el momento de celebrarse un tratado bilateral con otro Estado. La afirmación de la Demandante en el sentido de que ... la invocación ... de la NMF del Artículo 3 del mencionado TBI ... no entrañaría ninguna cuestión de jurisdicción, ni de consentimiento al arbitraje del Estado receptor, es sencillamente equivocada, porque desde el mismo momento en que la cláusula de la NMF es invocada por la Demandante como fundamento o base de jurisdicción (es decir, para permitir a la Demandante invocar el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos ‘en lugar del’ del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania), se plantea la cuestión del ‘consentimiento’ (o falta de él) del Estado receptor a otra cláusula sobre la jurisdicción (de un TBI distinto)”.

A renglón seguido el tribunal propuso una “verdadera interpretación” del Artículo 10 del TBI en el contexto del Artículo 3 y la cláusula de la NMF que contiene. Sostuvo que las cláusulas como la de la NMF no pueden ser extendidas en base a la interpretación de un tribunal, que claramente el artículo 3 del tratado no aplica a todos los otros artículos y que la oferta jurisdiccional argentina había sido entera, la que incluía, entre otros, el artículo 10(2).

2. La distinción entre reclamo contractual y reclamo bajo el tratado³⁴

Otra de las cuestiones que más tierra levantó en los arbitrajes contra la Argentina fue el tratamiento dado por los paneles arbitrales a la distinción entre reclamos contractuales y reclamos bajo el derecho internacional. La confusión conceptual que siempre ha existido desde el proceso de anulación en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3,

³⁴ A esta dificultad de distinguir un reclamo contractual de un reclamo protegido bajo el tratado se le suma la dificultad de establecer el alcance de la cláusula paraguas que busca, precisamente, proteger bajo el derecho del tratado lo que hubieran sido reclamos contractuales bajo el derecho doméstico. El tribunal del caso *CMS Gas Transmission Company* condenó a la Argentina precisamente por violar la cláusula de protección. Consideró que el reclamo, en principio, era un reclamo genuino y no un reclamo contractual. En segundo lugar, sostuvo que las promesas contractuales hechas por la Argentina a Transportadora Gas del Norte estaban protegidas por el derecho internacional y, por lo tanto, CMS podía reclamarlas como hechas a ella. El comité *ad hoc*, sin embargo, anuló esta parte del laudo. Consideró que el razonamiento del tribunal era oscuro y que se había omitido expresar los motivos por los cuales el tribunal había favorecido una interpretación amplia de la obligación prevista en el Artículo II(2)(c) (el que contenía la denominada cláusula paraguas). Entre las omisiones que el comité encontró estaban las siguientes: i) el tribunal omitió establecer que las obligaciones protegidas son obligaciones específicas prometidas o relativas a la inversión, descartando que se trate de obligaciones generales impuestas por el derecho del Estado receptor; ii) el tribunal omitió considerar que las obligaciones protegidas son obligaciones consensuales, las que no se contraen *erga omnes* (respecto de todos) sino con respecto a personas determinadas, específicamente, entre el deudor y el acreedor; además, iii) el efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto, sino que el contenido de la obligación se mantiene inalterado, lo que significa que ello se extiende al derecho aplicable y a las partes que establecieron la obligación; por otro lado, iv) la obligación del Estado comprendida en la cláusula paraguas a menudo es una obligación bilateral o una obligación intrínsecamente asociada a las obligaciones de la sociedad de inversión, pero un accionista aparentemente facultado para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio beneficio, no estará vinculado por las obligaciones de la sociedad, por ejemplo, en cuanto a la solución de controversias; y v) si la interpretación implícita del tribunal es correcta, el mecanismo contemplado en el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI resultaría innecesario dondequiera que exista una cláusula paraguas.

Decisión de Anulación)³⁵ ha sido puesta recientemente en evidencia. El punto es vital porque según cómo se lo enfoque depende la arbitrabilidad de la diferencia y el derecho aplicable a la disputa³⁶.

a) **Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina (Decisión de Anulación)**

El primer tribunal arbitral en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina* sostuvo correctamente que el alegato de los inversores estaba tan inseparablemente unido al alegato sobre violación del contrato que consideró que la demanda no podía proceder. Tal vez erró en considerarlo una cuestión de fondo y no de naturaleza jurisdiccional, pero estaba en lo cierto en lo que importa: Ud. no puede alegar como falta al derecho internacional un sinnúmero de faltas contractuales. La cantidad de violaciones a un contrato no transubstancia su reclamación. Sigue siendo una cuestión de derecho doméstico, de los tribunales que tienen experticia sobre el derecho que gobierna la disputa y, en definitiva, del propio foro establecido en el contrato. En otras palabras, Ud. no puede eviscerar el contrato para hacer respetar, supuestamente, el contrato.

Sin embargo, el Comité de Anulación, en una decisión bastante extraña, sostuvo que el tribunal había errado en su razonamiento en forma grosera y egregia. Se podrá no estar de acuerdo con el tribunal arbitral, pero lo cierto es que si hubo error, éste estuvo lejos de ser manifiesto. El comité, por el contrario, indicó que una falta contractual es una falta contractual y una falta al derecho internacional es una falta al derecho internacional. Sin embargo, nunca informó que es lo que transubstanciaba páginas y páginas de alegadas faltas contractuales en expropiación o trato injusto bajo el TBI entre Francia y la Argentina³⁷.

³⁵ Composición del comité *ad hoc*: Yves Fortier (presidente), y James Crawford y José Carlos Fernández Rozas (miembros).

³⁶ Es una verdad de Perogrullo (o más bien una verdad analítica) afirmar que el derecho internacional regula las cuestiones relativas a los actos alegadamente ilícitos para ... el derecho internacional. Sin embargo, si lo que buscan los TBI es la protección de las expectativas legítimas del inversor, como éstas están determinadas en mayor medida por el derecho doméstico que regula la inversión en una concesión, licencia, u otra forma contractual, lo cierto es que el derecho doméstico cumple un papel relevante en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado receptor en tanto establece la extensión legítima del derecho del inversor que no puede ser expropiado sin compensación, que debe ser tratado justa y equitativamente y que no debe ser discriminado *vis-a-vis* otros en similar situación. Esto no es limitar la protección al inversor al estándar de trato nacional sino establecer el contenido de las expectativas protegidas bajo el estándar de trato justo y equitativo (si es que finalmente este estándar está llamado a proteger la confianza del inversor en esos términos). Este estándar de protección de inversiones jugó un rol especial tanto en la litigación argentina como en muchos otros arbitrajes (por ejemplo, en los casos *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile contra Chile* y *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/06/11)). Los tribunales recurrieron a este estándar más flexible que, bajo un enfoque particular, permite proteger las denominadas “expectativas legítimas” del inversor. Si bien el lenguaje había sido introducido en el caso *Aminoil contra Kuwait*, recibió un fuerte respaldo cuando fue adoptado en *Técnicas Medioambientales (TECMED) contra México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2). Aún si se adoptara este enfoque, sus sostenedores deberían explicar varias cosas. ¿Cuál es la fuente que genera la expectativa o confianza que merece protección. Por ejemplo, ¿merece protección la promesa de un funcionario incompetente para hacerla? ¿Merece protección la promesa hecha en violación del régimen jurídico del Estado receptor? ¿Debe la promesa registrarse en algún documento oficial? ¿Constituye una base para determinar una promesa el documento que se presenta en una gira internacional describiendo un determinado negocio siendo que ese documento fue elaborado por corporaciones financieras y que son documentos previos a los documentos de la licitación internacional? Además, deberían explicar los incentivos y desincentivos que introduce para el cumplimiento del derecho doméstico. Si el estándar sirve para que se desconozca la noción de competencias circunscriptas de un funcionario, flaco favor se le estaría haciendo al Estado de derecho. En otros términos, el enfoque debe explicar cuán relevante es el sistema jurídico doméstico en el cual van a invertir o si el tratado internacional de inversiones es una espada que corta todo nexo entre la inversión y el derecho municipal insularizando al inversor. Por último, deberían explicar si las promesas podrían modificarse, por ejemplo, prohibiendo las reversiones arbitrajes, como sugiere el laudo en el caso de *Técnicas Medioambientales (TECMED) contra México*, o si en realidad el estándar es una versión moderna y convencional de las viejas cláusulas de estabilización contractuales que congelaban las promesas durante el término de duración del contrato, con total independencia del cambio de circunstancias.

³⁷ Tomando nota del portón que había contribuido a abrir, James Crawford fue mucho más explícito y restrictivo en dos decisiones posteriores como fueron los casos de *SGS Société Générale de Surveillance contra Filipinas* (Caso CIADI N° ARB/02/6) y *Waste Management, Inc. contra México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3).

b) TSA Spectrum de Argentina contra Argentina³⁸

Obviamente, cualquier inversor en un contrato alega que no solicita una compensación basada en incumplimientos contractuales sino en aquellos bajo un tratado internacional. Habitualmente, a los extensos capítulos dedicados a la descripción de las bases contractuales violadas, sigue uno en donde indica que las faltas contractuales constituyen violaciones simultáneas al derecho internacional acompañando abundantes citas conceptuales y jurisprudencia que la engalana (esto es, que indican qué constituye una expropiación, qué trato injusto, etc.). Sin embargo, es raro que expliquen cómo una violación bajo el derecho doméstico, o cómo una conducta bajo el derecho doméstico, constituye y se transubstancia en una violación bajo el derecho internacional. Esto es lo que se llama una recaracterización del incumplimiento y es lo que hizo, como todos los otros inversores, TSA en su litigio contra la Argentina. Esta trampa de la recaracterización del ilícito no pasó desapercibida para el Georges Abi-Saab quien suscribió una opinión concurrente.

Para que no queden dudas, inició afirmando que un mismo conjunto de hechos pueden dar lugar a dos tipos independientes y autónomos de falta. En esto no hay ninguna novedad y por eso lo afirma con énfasis. Cualquier abogado sabe que el derecho penal, el derecho civil y el derecho administrativo disciplinario pueden evaluar un mismo conjunto de hechos de distinto modo de acuerdo a los propios patrones normativos que fundan y justifican cada subsistema legal.

Lo importante del voto comentado es que remarca el carácter autónomo e independiente de las faltas. En otros términos, para que un mismo conjunto de hechos califique como reclamación contractual y como reclamación de derecho internacional, cada una debe bastarse a sí misma. Así, una infracción al tratado, no puede tener como premisa fundamental una infracción al contrato (*TSA Spectrum de Argentina contra Argentina*, Opinión Concurrente).

Georges Abi-Saab no acepta lo que denomina la “trampa nominal” de sostener que una violación al tratado es una infracción al contrato. Y en este sentido, para no despegarse de la premisa normativa del caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina* (Decisión de Anulación) (aunque sí de su resultado), sostiene que si la base esencial de la reclamación es el contrato “por más que uno la complementa con más reclamaciones, continuará siendo una reclamación contractual, que deberá ser resuelta de acuerdo a las disposiciones del contrato a través del fuero acordado en dicho contrato”. Las razones son sólidas y simples:

- respetar el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga)³⁹; y
- no eviscerar el contrato ya que interpretar la cuestión de otro modo anularía por completo la cláusula de foro contractual y esta interpretación no anula la cláusula jurisdiccional del tratado.

Para que ésta subsista basta con presentar una reclamación genuina. Esa reclamación genuina debe incorporar algún elemento que no pueda ser considerado por el juez del contrato. Si se alega que hubo un sinnúmero de incumplimientos y, simplemente por el efecto, se sostiene que ello generaría una expropiación, bastaría simplemente que el juez del contrato revise esos supuestos incumplimientos para dejar sin base el reclamo bajo el tratado. Esta es la sabiduría del caso *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina* (Laudo) en escena de nuevo. No basta con re-caracterizar el reclamo para que el reclamo se “sostenga por sí mismo”. Debe haber, en el conjunto de hechos bajo análisis, uno o unos tales que gatillen la jurisdicción internacional porque pertenecen al ámbito de garantías otorgadas por el TBI aplicable⁴⁰.

³⁸ Caso CIADI N° ARB/05/5. Composición del tribunal: Hans Danelius (presidente), y Georges Abi-Saab y Grant Aldonas (árbitros).

³⁹ “Una solución diferente significaría dejar de lado de forma implacable el texto expreso del contrato, que refleja el deseo de las partes, en total perjuicio de los principios de autonomía de parte y de *pacta sunt servanda*” (*TSA Spectrum de Argentina contra Argentina*, Opinión Concurrente).

⁴⁰ En la opinión concurrente se deja bien establecido que el tribunal tiene jurisdicción para oír el caso en razón de ciertas declaraciones de funcionarios que la rescisión del contrato podría haber estado motivada por razones ajenas a los

C. Conclusiones provisionales

La experiencia argentina sirve para tomar algunas lecciones, no por obvias, menos importantes:

- La primera es que las innovaciones profundas de los sistemas legales deben ser ampliamente debatidas. La incorporación de TBI tiene un impacto extendido sobre el derecho doméstico⁴¹, las prácticas administrativas seculares y la internacionalización de los contratos⁴². Por lo tanto, su celebración debería ser más reflexiva y doctrinaria antes que política dado que permiten circunvalar el sistema de justicia del Estado receptor, a veces, sin siquiera agotar la vía interna.
- La segunda es que las discusiones y los intercambios que se tienen con el otro Estado parte deberían estar minuciosamente registradas. El caso de la cláusula de medidas no prohibidas (la cláusula de preservación del orden público y de los intereses esenciales de seguridad) demuestra que haberlo hecho hubiera mejorado la posición en un buen número de arbitrajes.
- Esto se facilitaría si, tercero, los países de la región adoptaran tratados modelos con todas las explicaciones y justificaciones que ello implica, uniformando su posición frente al resto de las naciones⁴³.
- La cuarta lección que deja toda esta larga estela de decenas de procesos arbitrales es sobre el contenido mismo de los tratados. Los estándares de responsabilidad internacional que contienen los instrumentos iniciales no constituyen un buen homenaje a las disciplinas legales y su vaguedad es tan amplia que nadie termina sabiendo qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas. Un estándar como el de expropiación debería claramente ser concebido como una regla de justicia distributiva, dejando un espacio razonable para la actuación del Estado receptor. Un estándar como el de trato justo y equitativo, en cambio, es una regla correctiva, cuya violación, por ejemplo, no debería acarrear las mismas consecuencias que apareja la violación de la anterior.
- La quinta lección es que las inconsistencias del sistema CIADI deberían ser materia de más amplio debate en torno a la separación de la función arbitral (que es función de juzgar) de la función de abogar. Asimismo, para constituirlo en un ámbito de derecho administrativo global —en términos normativos y no sólo por su mero impacto fáctico sobre el sistema de derecho doméstico⁴⁴— sería adecuado que cuente con un verdadero sistema de revisión judicial (“*judicial review*”) (lo cual incluye la apelación y no sólo los recursos de anulación)⁴⁵.

graves incumplimientos denunciados de TSA Spectrum de Argentina, consideraciones que pertenecerían “a la esfera de garantías otorgadas por el” TBI (*TSA Spectrum de Argentina contra Argentina*, Opinión Concurrente).

⁴¹ Por ejemplo, en materia de noticiamiento y participación en el procedimiento administrativo, transparencia, decisión razonada y revisión judicial temporalmente apropiada.

⁴² En este punto, las concesiones y las licencias deberían estar cuidadosamente redactadas. Si se trata de contratos relacionales, no deberían presentarse como contratos formales típicos y completos. Mucho menos, deberían incorporar formas jurídicas que establezcan variables macroeconómicas (aún cuando sean contratos de infraestructura; más bien, precisamente por ello).

⁴³ Sería importante que los distintos mercados o asociaciones políticas que comienzan a desarrollarse en América Latina y el Caribe aumenten el diálogo entre sí y discutan eventuales estrategias comunes (por ejemplo, para la reforma de sistemas arbitrales internacionales o para la designación de árbitros).

⁴⁴ Ver una crítica más extensa en Barraguirre (2007).

⁴⁵ En este sentido, parece bastante extraño tener que cumplir un laudo que un comité de anulación califica como manifiestamente erróneo.

III. El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional⁴⁶

Ximena Fuentes

A. Los derechos humanos y la constitución económica internacional

Los pocos años que lleva este siglo veintiuno han dejado claro que el derecho internacional está provocando transformaciones importantes en los derechos nacionales. Desde luego, se debe mencionar el hecho de que en las constituciones de diversos países se reconoce como límite a la acción del Estado la existencia de derechos humanos establecidos en tratados y costumbres internacionales. Este reconocimiento, que podría tener sólo efectos políticos, ha logrado obtener resultados en el ámbito jurídico a través de la competencia que se ha otorgado a tribunales de derechos humanos que pueden evaluar si la legislación interna de los Estados se conforma o no con los estándares establecidos en los respectivos tratados de derechos humanos.

Aún más, los efectos jurídicos no se han quedado en la arena internacional —lo que para muchos habría significado que desde el punto de vista del derecho doméstico el efecto de los tratados de derechos humanos seguía siendo solamente un efecto político— sino que han tenido impacto también en el derecho interno, permitiendo a los jueces nacionales decidir casos mediante la aplicación de normas contenidas en tratados internacionales y sin perjuicio de lo que diga el derecho doméstico, prefiriendo así la aplicación de las normas internacionales sobre la legislación interna. Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha atrevido a señalar que éste debe ser precisamente el efecto de los tratados de derechos humanos en el derecho interno⁴⁷.

⁴⁶ Este trabajo se inscribe dentro de la investigación realizada en el proyecto del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) de Chile N° 1070185.

⁴⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 26 de septiembre de 2006 en el caso *Almonacid y otros contra Chile*, señala “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un

Esta fuerte influencia que el derecho internacional está ejerciendo sobre los derechos internos de los Estados se ha movido hacia áreas que van más allá de los derechos humanos. Los conceptos de aplicación preferente del derecho internacional sobre el derecho interno y de efecto directo de las normas internacionales en los derechos domésticos reclaman su aplicación en las diversas áreas del derecho internacional. Probablemente, era predecible que esto iba ocurrir. El movimiento de derechos humanos abogaba por la aplicación preferente y directa del derecho internacional de los derechos humanos argumentando que esto no era más que un simple efecto de ciertos principios generales que gobiernan la relación entre el derecho internacional y los derechos domésticos. En este sentido, el propio movimiento de derechos humanos quiso partir de la premisa de que el lugar especial de los derechos humanos en los derechos domésticos era una consecuencia del lugar especial que todo el derecho internacional debe ocupar en la esfera nacional.

Dicho de otro modo, no había nada especial en las normas de derechos humanos que exigiera que esas normas y no otras ocuparan una posición particular en el derecho interno; sólo se trataba de constatar los errores conceptuales del dualismo para abrazar sin más los efectos del monismo⁴⁸. Es así como, los jueces nacionales articularon esta posición doctrinaria y la tradujeron en términos de que sólo se trataba de dar eficacia material al principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden invocar su derecho interno para justificar la violación de normas internacionales⁴⁹. No hubo, por entonces, nadie que objetara que los jueces nacionales invocaran una norma relativa a la responsabilidad internacional de los Estados para transformarla en una norma de derecho interno relativa a la solución de antinomias entre normas jurídicas.

El segundo paso fue otorgar efecto directo a las reglas internacionales en el derecho interno. Para esto los jueces nacionales comenzaron por constatar que, en la medida que una regla no sea programática, no existe mayor obstáculo para que el juez interno interprete y aplique esas reglas internacionales para resolver los casos que tiene entre manos.

Al concebir que la relación entre el derecho internacional y el derecho doméstico de los Estados está regida por estos supuestos principios generales de derecho internacional (principios del efecto directo y de la primacía) a los que el Estado se encuentra obligado, todo el derecho internacional pasa a convertirse en un derecho potencialmente aplicable en forma directa por los operadores jurídicos nacionales y toda norma de derecho internacional incorporada al derecho

Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos ... el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

⁴⁸ El dualismo y el monismo han sido dos doctrinas que tradicionalmente se han invocado para explicar la relación entre el derecho internacional y los derechos nacionales. El dualismo trató de explicar la diferencia entre el sistema jurídico internacional y los diversos sistemas jurídicos nacionales a partir de ciertos criterios diferenciadores. Así, el dualismo enfatizaba que el derecho internacional posee su propio sistema de fuentes y que su objeto de regulación es propiamente internacional. En este segundo aspecto el dualismo se equivocó, ya que no hay ninguna materia que, por su sola naturaleza, se encuentre fuera de la posibilidad de ser regulada por el derecho internacional. El monismo, por su parte, trata de demostrar que todos los sistemas jurídicos integran un sólo sistema. Para los monistas, los sistemas jurídicos nacionales existen porque una norma del sistema jurídico internacional los reconoce como sistemas jurídicos independientes. La teoría monista es perfectamente plausible. Sin embargo, de la aceptación de que la regla de reconocimiento para determinar la existencia separada de sistemas jurídicos nacionales se encuentra en el derecho internacional, no se sigue que las normas internacionales pueden aplicarse en forma directa y con primacía sobre otras reglas domésticas en el derecho interno de los Estados.

⁴⁹ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Se trata de una regla de responsabilidad bastante obvia. Durante la negociación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ningún Estado se opuso a esta regla, la que fue aceptada por países como los Estados Unidos de Norteamérica, que le otorga rango legal a los tratados, y por el Reino Unido, país dualista que no acepta que los tratados se incorporen como tales al derecho nacional. Véase Fuentes (2007).

nacional pasa a tener primacía sobre la legislación ordinaria nacional. Era obvio que esto sería utilizado para otorgar más eficacia a las normas del derecho internacional económico.

Pueden identificarse dos estilos distintos en esta búsqueda de mecanismos que pueden dotar de mayor eficacia a las normas del derecho internacional económico. Una primera estrategia trata de encontrar una justificación sustantiva para la primacía y efecto directo de las normas del derecho internacional económico en el derecho interno. Esa justificación sustantiva se basa en la idea de la existencia de un vínculo estrecho entre derechos humanos y derecho internacional económico.

Petersmann (2002 y 2008) es un buen representante de esta estrategia. Él plantea que la liberalización económica promueve no sólo el bienestar económico y social, sino también el estado de derecho y el respeto por los derechos humanos (Petersmann, 2002). Hecha esa aseveración, su siguiente paso consiste en afirmar que los derechos humanos poseen un núcleo básico inderogable por las legislaciones nacionales, lo que implica su primacía en el derecho doméstico (Petersmann, 2002).

Esa misma primacía y carácter constitucional es la que reclama también para la libertad y la no discriminación en materia económica. De esta manera, concluye que la libertad económica que se obtiene con el libre mercado debe formar parte de un derecho constitucional internacional que sirva de límite a la acción de los Estados, de una manera similar a la de los derechos humanos: “El derecho constitucional nacional y el de los derechos humanos no pueden cumplir su objetivo de promover el desarrollo personal y la gobernabilidad democrática a menos que sean complementados por el derecho constitucional internacional que protege los derechos humanos a través de las fronteras tanto en la economía como en la política” (Petersmann, 2002).

La crítica a la propuesta de Petersmann (2002 y 2008) no se ha dejado esperar. Entre sus críticos, Alston (2002) ha señalado que esta manera de entender la relación entre comercio y derechos humanos es una forma de instrumentalizar los derechos humanos y ponerlos al servicio del neoliberalismo. Los derechos humanos se basan en la dignidad inherente de todos los seres humanos. Los derechos asociados al comercio son funcionales al logro de determinados objetivos de política económica, en que los detentadores de esos derechos se relacionan unos con otros como sujetos económicos, no como sujetos políticos (Alston, 2002).

Pero el movimiento hacia la primacía y el efecto directo del derecho internacional económico en los derechos internos de los Estados, admite también una segunda forma de desarrollo, que no necesita justificarse en la importancia de la libertad económica para la instauración y mantenimiento de un estado de derecho. Esta segunda forma se despoja de toda discusión sustantiva y se vale simplemente de las modificaciones legales y jurisprudenciales que el movimiento de derechos humanos ya ha logrado establecer en los sistemas jurídicos internos para imponer las reglas del derecho internacional económico sobre el derecho interno.

¿Cómo las normas relativas al trato que los Estados otorgan a los inversionistas extranjeras comienzan a tener impacto dentro de los Estados? No se puede negar que el derecho económico haya tenido un enorme desarrollo en distintas áreas tales como el comercio de bienes y servicios, la inversión extranjera y el sistema financiero internacional, y que se hayan creado normas e instituciones internacionales que afectan al derecho público de los Estados y su capacidad regulatoria de los mercados. Así por ejemplo, en el área de la protección de la inversión extranjera, la conducta del Estado puede ser juzgada por tribunales arbitrales internacionales, en procedimientos iniciados por particulares y en conformidad a reglas que establecen estándares de conducta a los cuáles los Estados se encuentran obligados. Este fenómeno, como se explicará más adelante, inevitablemente restringe la actividad administrativa del Estado.

Asimismo, el universo de normas internacionales se ha ampliado también para incluir no sólo las fuentes clásicas del derecho internacional, esto es, tratados, costumbre y principios generales, sino que también la actividad “normativa” de organismos internacionales tanto gubernamentales como no gubernamentales. Este es el caso, por ejemplo, de los códigos de liberalización creados a alero de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La magnitud de la expansión y

crecimiento de esta normativa ha llevado a algunos autores a hablar de un “derecho administrativo global” (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2005; Cassese y otros, 2008).

En este contexto, este artículo intenta explicar cómo el surgimiento de este tipo de normas en el ámbito de la regulación de la inversión extranjera está cambiando no sólo la intensidad con que el derecho internacional puede afectar al derecho interno en el ámbito económico, sino especialmente el poder del Estado para regular la economía y las relaciones sociales dentro de la comunidad política nacional.

B. El derecho administrativo global

El derecho administrativo global es el nombre que recibe el conjunto de regulaciones transnacionales dirigidas a lidiar con las consecuencias de la globalización en distintas áreas tales como el comercio internacional, las finanzas, las telecomunicaciones, la seguridad, el medioambiente y la propiedad intelectual, entre otras. Dada la interdependencia entre los Estados y la ampliación de la esfera de los problemas que se pretenden resolver mediante reglas, dichas áreas ya no pueden ser reguladas sólo por medidas nacionales y, por lo tanto, exigen un trato supranacional. De esta forma, los Estados han establecido mediante tratados y otras formas de cooperación intergubernamental diversas organizaciones y entidades que se encargan de desempeñar funciones administrativas respecto de las materias nombradas. Esto ha generado una transferencia del poder regulatorio del nivel doméstico al nivel global (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2005).

En el ámbito del derecho internacional del libre comercio, se sostiene que estas nuevas regulaciones supranacionales tienen impacto en los sistemas jurídicos nacionales de diversas maneras. En primer lugar, muchas de las obligaciones que los Estados han contraído en el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en los tratados de libre comercio que han suscrito con otros Estados, requieren ser cumplidas mediante la modificación de la legislación interna. Pero es importante subrayar que la modificación de la legislación doméstica depende todavía de una decisión del órgano legislativo nacional respectivo. De no modificarse la legislación doméstica que es incompatible con las obligaciones asumidas por el Estado, éste incurrirá en responsabilidad internacional. En la medida en que la regla internacional sólo exige la modificación de la normativa interna, sin que se le reconozca efecto directo a las normas internacionales, su impacto en el derecho doméstico queda todavía entregado a una apreciación del propio Estado sobre el costo que puede implicar el no cumplimiento. Es verdad que ese costo puede ser a veces demasiado alto como para justificar el incumplimiento de la normativa internacional (Krisch y Kingsbury, 2006), pero al menos conceptualmente todavía, en el ámbito del comercio internacional, la decisión final sobre el diseño del derecho interno se encuentra en manos del propio Estado⁵⁰.

En el ámbito de las inversiones extranjeras han surgido también normas a nivel internacional que gobiernan la relación entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Estos inversionistas pueden reclamar ante tribunales internacionales, sin antes tener que agotar los recursos internos. De esta manera, el derecho administrativo de los Estados es evaluado por órganos jurisdiccionales internacionales conforme a estándares internacionales derivados de un conjunto de tratados y normas consuetudinarias. Entre estas reglas y/o estándares se encuentran: el trato nacional, el trato justo y equitativo, y la compensación por la expropiación directa e indirecta.

En la medida que el derecho administrativo de los Estados no puede ni debería diseñarse como un derecho especial para los inversionistas extranjeros, los estándares más altos fijados en los tratados internacionales tienen el potencial de modificar el derecho administrativo nacional general. La objeción obvia que puede hacerse a este desarrollo, es que este derecho administrativo global se

⁵⁰ Aunque en algunas áreas del derecho internacional económico se ha interpretado que los particulares podrían reclamar directamente en los tribunales internos sobre la base de un acuerdo internacional. Esto es lo que ocurre con el artículo 33 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS).

genera de una forma no democrática. Adicionalmente se puede indicar que la jurisprudencia internacional en materia de inversiones no ha mostrado deferencia hacia el rol del Estado como regulador, sino que ha resuelto las controversias entre Estado e inversionistas extranjeros bajo el paradigma de la justicia conmutativa, es decir, bajo el paradigma del derecho privado que sólo mira a las dos partes comprometidas en un negocio jurídico en el que se encuentran comprometidos sus intereses individuales.

En la siguiente sección se examinará cómo funciona el sistema internacional de protección de la inversión extranjera y cómo efectivamente la dimensión pública de las medidas regulatorias que un Estado toma respecto de los inversionistas no es evaluada adecuadamente por los tribunales arbitrales que son llamados a decidir disputas entre Estados e inversionistas.

C. El derecho nacional y la inversión extranjera

El derecho internacional de la inversión extranjera está compuesto principalmente por una extensa red de acuerdos para la promoción y protección de las inversiones (APPIs). Estos acuerdos establecen una serie de principios de promoción y protección para la inversión extranjera, imponen diversos estándares de trato que se traducen en obligaciones y deberes respecto de la inversión y del inversionista, y crean mecanismos jurisdiccionales para la solución de conflictos entre Estados y entre Estados e inversionistas.

Desde el primer APPI firmado entre Alemania y Pakistán en 1959, el crecimiento de estos acuerdos ha proliferado exponencialmente, llegando a construir una extensa red de tratados sobre la materia. Globalmente existen alrededor de 2.500 APPIs, sin contar los tratados de libre comercio (TLC) que incorporan capítulos sobre inversión (UNCTAD, 2006). Es por eso que hoy en día ya no se habla sólo de APPIs o tratados bilaterales de inversión (TBI, *bilateral investment treaties*), sino que de acuerdos sobre inversión (o como se conocen en inglés, *international investment agreements* o IIAs).

Frente a este panorama internacional y como consecuencia directa de la celebración de los IIAs, los Estados se han visto expuestos a un segundo fenómeno que dice relación con el incremento de las disputas sobre inversión que se ventilan ante tribunales arbitrales internacionales. En efecto, dado que todos los IIAs contemplan disposiciones especiales para la solución de conflictos que otorgan competencia directa a tribunales arbitrales internacionales, los Estados se han visto compelidos a comparecer ante estas instancias. Estos procedimientos revelan los verdaderos peligros que representa la masiva suscripción de IIAs, como se verá más adelante.

En efecto, los derechos otorgados a los inversionistas en los IIAs han resultado ser en extremo imprecisos e indeterminados, lo que tiene como principal consecuencia que éstos terminan por imponer límites importantes a toda la actividad estatal, especialmente al derecho administrativo doméstico. Esto, porque la mayoría de los IIAs carece de un marco conceptual que reconozca el rol del interés público en el diseño de la actividad regulatoria del Estado, lo que se traduce finalmente en exponer a los Estados a continuas demandas y millonarias condenas⁵¹.

América Latina ha sido uno de los continentes más afectados por este nuevo sistema de protección de inversiones. De hecho, y de forma contraria a lo que el continente venía defendiendo, a fines de la década de los noventa los países sudamericanos suscribieron IIAs con distintos países desarrollados, adhiriendo así a un sistema que no sólo concede a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales, sino que además, les garantiza una posición de privilegio. No cabe duda que este nuevo régimen se aleja de la doctrina Calvo, que sostenía que los extranjeros se encontraban

⁵¹ La Argentina, por ejemplo, ha debido enfrentar tras su debacle financiera en el año 2000 más de 40 procesos ante tribunales arbitrales internacionales. En la mayoría de esos procesos, las circunstancias especiales de dicha crisis no han sido consideradas.

sometidos a las mismas reglas que los nacionales puesto que no existía justificación para un trato privilegiado (Shan, 2008).

Los acuerdos de inversión extranjera son en su mayoría tratados simples y uniformes, en el sentido que responden a un mismo modelo adoptado en la década de los noventa. Estos acuerdos incorporan definiciones de los principales conceptos, imponen a los Estados determinadas obligaciones sustantivas, regulan la facultad del Estado de interferir con la propiedad privada, aseguran la libre transferencia de las utilidades, e incluyen mecanismos para resolver las controversias relacionadas con una inversión.

1. Concepto de inversión e inversionista

El significado de estos términos resulta clave para determinar el alcance de los IIAs. Estos conceptos definen el ámbito de aplicación de los referidos acuerdos, esto es, fijan los bienes, actividades y personas cubiertas, el tipo de protección que reciben, y limitan la competencia de los organismos encargados de resolver las disputas concernientes a esta materia.

En relación al concepto de inversión se puede decir que los acuerdos no incorporan definiciones específicas, sino que más bien contienen una cláusula general del tenor “el término ‘inversión’ se refiere a toda clase de bienes o derechos”. Esta cláusula va seguida, generalmente, por una lista no exhaustiva de bienes y derechos que se considerarán inversión para propósitos del acuerdo⁵². Por ende, bajo esta noción es difícil que un bien o actividad no sea considerado como inversión para efectos de recibir la protección que garantiza un acuerdo sobre la materia.

Por otra parte, el concepto de inversionista comprende a personas naturales y jurídicas siempre y cuando sean nacionales de la otra parte contratante o no sean nacionales del Estado parte en la disputa. Incluso, bajo algunos acuerdos, personas jurídicas nacionales del Estado receptor también pueden calificar como inversionistas si ellas se encuentran sujetas a control extranjero⁵³. En todo caso, se debe advertir que, en la medida que el concepto de inversión incluye la tenencia de acciones de empresas nacionales, los accionistas extranjeros de empresas nacionales, aunque sean minoritarios, también califican como inversionistas para los efectos de los tratados de protección de inversiones y pueden reclamar de las medidas que el Estado toma respecto de la empresa nacional en la que tienen sus intereses accionarios (Orrego Vicuña, 2005).

Sin perjuicio de la amplitud del concepto de inversión, debe señalarse que en la jurisprudencia del CIADI se aprecia un intento de delimitar más claramente lo que debe entenderse por inversión para los efectos de obtener la protección del respectivo acuerdo de inversiones y acceder a la jurisdicción internacional. En el caso *Salini Costruttori contra Morocco* (Caso CIADI N° ARB/00/4) el tribunal indicó que, en relación con el concepto de inversión, debían reunirse tanto los requisitos del respectivo TBI como los requisitos objetivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI).

El Convenio CIADI no establece una definición de inversión pero la doctrina y la jurisprudencia han interpretado que ese concepto incluye: i) una contribución monetaria; ii) cierta permanencia en el tiempo; iii) riesgo de ganancia o pérdida; y iv) una contribución al desarrollo económico del país receptor de la inversión (Casos CIADI N° ARB/00/4, ARB/04/13 y ARB/06/5). Hay que advertir en todo caso que no todos los tribunales se han guiado por estos criterios y que algunos prefieren dejar entregado el concepto de inversión enteramente a los acuerdos de protección

⁵² Para evolución del concepto de inversión véase Sornarajah (2004).

⁵³ De acuerdo con el artículo 25 2 (b) del Convenio CIADI, “Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’: ... toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”

de inversiones (como por ejemplo, el voto disidente del árbitro Shahabuddeen en el Caso CIADI N° ARB/05/10). El criterio más difícil de aplicar es el que dice relación con la contribución al desarrollo económico del país. No está claro cómo se puede evaluar este último requisito y, tal vez por ese motivo algunos tribunales prefieren simplemente darlo por supuesto (Caso CIADI N° ARB/05/3).

De esta manera, se puede apreciar que el concepto de inversión sigue siendo amplio, sin perjuicio de que algunos tribunales han determinado a veces que no existe inversión para los efectos de obtener la protección del CIADI. Así por ejemplo, en *Phoenix contra República Checa* el tribunal, aplicando el principio general de buena fe y la prohibición del abuso de los procedimientos judiciales, estableció que no había realmente una inversión de acuerdo al Convenio CIADI ya que simplemente se trataba de transacciones económicas realizadas con el sólo propósito de obtener acceso al CIADI: “El sistema Convención CIADI/APPI no está pensado para proteger transacciones económicas que se realizan con el sólo propósito de sacar provecho de los derechos contenidos en esos instrumentos, sin que exista una actividad económica significativa, que es el requisito fundamental de la protección de cualquier inversionista. Tales transacciones deben ser consideradas como un abuso del sistema. El Tribunal es del parecer que si el único propósito de la transacción económica es el de iniciar un reclamo CIADI, sin la intención de realizar una actividad económica en el país receptor, entonces esa transacción no puede ser considerada como una inversión protegida” (Caso CIADI N° ARB/06/5).

2. Obligaciones sustantivas

Los IIAs imponen obligaciones sustantivas a los Estados parte respecto del trato debido a los inversionistas y sus inversiones. Dentro de las principales obligaciones están el de otorgar un trato justo y equitativo, el de trato nacional y el de equiparar el trato al de la nación más favorecida (NMF). Todos estos estándares han sido interpretados ampliamente por los tribunales encargados de resolver las disputas relativas a inversiones internacionales. Así, a pesar de la aparente uniformidad en el lenguaje que emplean las cláusulas que contienen estas obligaciones, su respectivo sentido y alcance siguen siendo vagos e imprecisos.

La obligación de otorgar trato justo y equitativo, por ejemplo, no tiene un contenido normativo determinado, por ende, no es claro a qué exactamente está obligado un Estado que debe otorgar trato justo y equitativo a las inversiones, como tampoco se conocen con exactitud los deberes positivos o negativos que impone. Pero los tribunales arbitrales encargados de resolver las disputas entre Estados e inversionistas se han encargado de llenar de contenido este estándar, aunque lamentablemente no han sido uniformes en sus decisiones.

Tudor (2008), en su reciente estudio sobre el estándar del trato justo y equitativo, incluye las siguientes obligaciones:

- la obligación de otorgar protección y vigilancia;
- la obligación de otorgar justicia procedimental y conforme a las reglas del debido proceso;
- la obligación de respetar las legítimas expectativas del inversionista;
- la obligación de abstenerse de ejercer presiones o acosar al inversionista;
- la obligación de ofrecer un marco jurídico estable y predecible para el inversionista;
- la obligación de transparencia en el trato con el inversionista, y
- la obligación de no discriminación y de otorgar un trato no arbitrario a los inversionistas.

De estas obligaciones probablemente las más controvertidas se refieren a la protección de las expectativas de los inversionistas y la de transparencia.

a) Trato justo y equitativo

En *Técnicas Medioambientales (TECMED) contra México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2), una empresa española demandó a México por la no renovación de un permiso para operar un confinamiento. La empresa acusó la violación de varias disposiciones del APPI entre España y México, entre ellas, la obligación de otorgar al inversionista un trato justo y equitativo. La demandada se defendió invocando razones medio ambientales y de salud pública para el cierre del confinamiento y las presiones de la comunidad preocupada de las infracciones de la operadora del vertedero.

El tribunal arbitral decidió que había existido expropiación y violación del estándar del trato justo y equitativo. En particular, el tribunal subraya que la razón de fondo para cerrar el confinamiento eran políticas: el Estado quiso dar una respuesta a la oposición social: “Es por consiguiente, necesario estimar, desde la óptica del artículo 5(1) del acuerdo y del derecho internacional, hasta qué punto tales circunstancias políticas —que en opinión del Tribunal Arbitral, sobre la base de la prueba producida, no parecen ir más allá que las suscitadas por la oposición social— subyacen la Resolución a los efectos de evaluar en qué medida ésta guarda proporcionalidad con tales y las restantes circunstancias que conducen a ésta y con la neutralización del valor económico o comercial de la inversión de la Demandante derivada de la Resolución”.

Luego el tribunal señala que al analizar la proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado se tomarán en cuenta los factores indicados, sin embargo, al explicar la violación cometida al estándar del trato justo y equitativo no se aprecia un análisis que haya sopesado todos los factores relevantes: “El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta que punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo”.

Se puede apreciar que en esta definición de lo que debe entenderse por trato justo y equitativo no existe mención alguna de un intento real de pesar los intereses del Estado ni su obligación de escuchar las opiniones de la ciudadanía. Este caso es un buen ejemplo de la aplicación de un análisis que se basa solamente en los efectos que una medida tiene sobre el inversionista.

Respecto de la obligación de conducirse en forma transparente es interesante mencionar el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile contra Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7) en el que la demandante se vio impedida de realizar su proyecto de construcción de una ciudad satélite en las cercanías de Santiago, ya que la autoridad competente no modificó la zonificación del terreno, que

estaba destinado a actividades agrícolas. La demandante compró el terreno sabiendo su destino agrícola, sin embargo, acusó que el gobierno había creado la expectativa de que tal situación cambiaría. El tribunal condenó a Chile por falta de transparencia, fundándose efectivamente en la expectativa creada por una de las reparticiones del Estado, el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), al celebrar con el inversionista un contrato de inversión extranjera.

Para el derecho chileno esos contratos no garantizan que los proyectos se puedan llevar a cabo, sino que solamente se otorgan una serie de garantías tributarias relativas al capital ingresado por el inversionista. La opinión del tribunal fue la siguiente en relación con este punto: “Chile ha sostenido que cada órgano del Gobierno tiene determinadas responsabilidades y, que no es su función llevar a cabo tareas de *due diligence* [diligencia debida] respecto de la viabilidad jurídica y técnica de un proyecto, ya que ello es responsabilidad de los interesados. El Tribunal comparte la opinión de que es responsabilidad del inversionista asegurarse de contar con el asesoramiento apropiado, especialmente si va a invertir fuera de su país, en un entorno desconocido. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile. Si las Demandantes actuaron en forma responsable o diligente al adoptar la decisión de invertir en Chile es otra cuestión ... El Tribunal está convencido, basándose en las pruebas que le han sido presentadas de que la aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo. El hecho de que la reunión del 6 de noviembre de 1996 se hubiera celebrado o no, no afecta el resultado de estas consideraciones. En efecto, si en verdad la reunión tuvo lugar, es aún más inexplicable que el CIE aprobara la inversión y que se suscribieran los dos primeros Contratos de Inversión Extranjera. El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada”.

De acuerdo a lo decidido por el tribunal arbitral, los Estados frente a los inversionistas se conducen como monolitos y las agencias que tratan con los inversionistas extranjeros pueden crear en éstos últimos expectativas que de no cumplirse pueden generar indemnizaciones de perjuicios. Para cualquiera que conozca cómo funciona la administración del Estado puede parecer verdaderamente imposible pensar en un Estado monolítico donde cada funcionario está perfectamente coordinado con los demás.

b) Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida

El trato nacional (TN) y la cláusula de la NMF, por otro lado, cumplen con la delicada función de eliminar las diferencias o discriminaciones en base a la nacionalidad del inversionista (UNCTAD, 1999; OCDE, 2004). Estos principios actúan de forma complementaria, uno se encarga de las diferencias entre extranjeros y nacionales del Estado receptor, mientras que el otro de las diferencias entre extranjeros y nacionales de cualquier tercer Estado.

El TN es un estándar que define la obligación de un Estado receptor de tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a sus inversionistas nacionales. Y la cláusula de NMF, significa que el país receptor de la inversión debe tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a los inversionistas de cualquier otro tercer Estado.

Tanto el TN como la NMF son obligaciones que fueron importadas del derecho internacional del comercio. Sin embargo, el desarrollo que estas obligaciones han experimentado en materia de inversiones ha sido mucho más extenso que en materia comercial, donde principalmente resguardan la igualdad de oportunidades a nivel de mercado.

En efecto, el TN en el ámbito de las inversiones no sólo ha sido interpretado para evitar el proteccionismo, sino que también, para impedir cualquier tipo de diferencia entre extranjeros y nacionales (*Occidental Petroleum Corporation contra Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/06/11), con lo cual se deja al Estado sin espacio de maniobra legítima para implementar medidas destinadas a

promover áreas económicas nacionales que no están en igualdad de condiciones respecto de los competidores extranjeros. Asimismo, la cláusula de la NMF se ha utilizado en este ámbito no para prevenir diferencias efectivas en el trato que reciben inversionistas extranjeros de distintos países, sino que para extender disposiciones más favorables de otros acuerdos de inversión. Esto ha fomentado el fenómeno denominado “*treaty shopping*”, por el cual el inversionista elige el tratado más conveniente a partir del cual basará su respectiva demanda (Faya, 2008).

c) Expropiación

Los IIAs no desconocen la facultad de los Estados de afectar la propiedad privada, pero la limitan, imponiendo requisitos y exigencias para que las interferencias se consideren lícitas. Estos requisitos son básicamente los siguientes: que las medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, que no sean discriminatorias, y que se adopten en conformidad a la legislación local, contra pago de compensación justa y adecuada.

En la actualidad, estos acuerdos no lidian sólo con tomas violentas y directas de propiedad tangible, sino que también con todas aquellas medidas que puedan perturbar el manejo, administración, uso, control e incluso valor económico de una inversión. Esto indica que una expropiación también puede producirse cuando se afectan derechos, es decir, cosas incorpóreas y también cosas inmateriales.

Al comprender medidas distintas a la apropiación de propiedad, hoy en día se distingue entre expropiación directa e indirecta. Dentro de este último concepto se ha distinguido también entre medidas regulatorias que desencadenan la aplicación de las cláusulas de expropiación de los IIAs, y aquellas acciones que, a pesar de interferir en la propiedad del inversionista, no conllevan indemnización o compensación por los perjuicios (así por ejemplo, medidas que sancionan hechos punibles, normas tributarias, siempre y cuando sean razonables).

La clasificación anterior evidencia un giro en la definición misma del término expropiación o toma de propiedad, que se ha movido desde una toma física de posesión a medidas administrativas o legislativas, que afectan los derechos que implica el derecho de propiedad. Por lo tanto, hoy en día ya no es sólo la invasión a la propiedad física lo que constituye una expropiación, sino que también las diversas interferencias en los derechos asociados al derecho de propiedad, cabe decir, uso, goce y disposición.

En todo caso, esta ampliación del concepto de expropiación, que ahora cubre también la llamada “expropiación indirecta”, no es un fenómeno que haya surgido a partir de la jurisprudencia internacional en materia de inversiones, sino que se trata de una evolución experimentada por el derecho de propiedad en la jurisprudencia de varios Estados, particularmente, de países desarrollados. Del mismo modo que se ha dado la discusión en los sistemas jurídicos internos, el tema de la expropiación indirecta en la esfera internacional ha sido tratado en forma casuística y no se vislumbra en el horizonte la aparición de una jurisprudencia más uniforme en esta área (Dolzer, 2003). Sin perjuicio de la similitud en la forma de enfrentar la controversia sobre la expropiación indirecta, hay que hacer notar que probablemente el sistema internacional no es el foro adecuado para llenar de contenido un concepto de textura abierta como el de expropiación regulatoria.

Al respecto, Dolzer (2003) ha señalado que los tribunales internacionales deberían actuar como lo hacen los tribunales constitucionales al tratar de equilibrar la protección de la propiedad con el interés del Estado en regular su economía. La pregunta que se deja planteada en este trabajo es si los tribunales arbitrales en materia de inversión se pueden comparar siquiera con un tribunal constitucional doméstico y si el sistema internacional de protección de inversiones posee los elementos necesarios para promover que estos tribunales puedan realmente materializar en sus decisiones el adecuado equilibrio entre el derecho de propiedad y el poder de regulación estatal. En la siguiente sección se podrá apreciar que probablemente estos tribunales, en la forma en que funcionan actualmente, no se encuentran preparados para desarrollar una doctrina de expropiación indirecta adecuada ni robusta.

d) Sistema de solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros

La gran mayoría de los IIAs contienen capítulos dedicados a la solución de controversias inversionista-Estado y Estado-Estado. Estas disposiciones dan eficacia a las garantías sustantivas que contemplan los IIAs.

Las cláusulas sobre controversias inversionista-Estado generalmente contemplan dos vías de solución de conflictos:

- recurso a los tribunales internos del Estado receptor; y
- recurso a mecanismos internacionales⁵⁴.

Dentro de los métodos internacionales más utilizados en materia de inversión se encuentran la negociación (consultas amistosas) y el arbitraje internacional (aunque también existen tratados que privilegian métodos no vinculantes como la conciliación).

El arbitraje en materia de inversión puede ser *ad hoc* o institucional. Las reglas más utilizadas en materia de arbitraje *ad hoc* son las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Con respecto al arbitraje institucionalizado, lo usual es que en los acuerdos se dé competencia al CIADI.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias ampliamente utilizado en el derecho internacional. Sin embargo, en materia de resolución de disputas entre inversionistas y Estados el modelo de arbitraje que se ha seguido no es el modelo Estado-Estado propio del derecho internacional público, sino el modelo del arbitraje comercial internacional (Van Harten, 2007a).

En el modelo tradicional de arbitraje se encuentran dos Estados que litigan sobre la interpretación y aplicación de normas de derecho internacional. Ambos se han obligado a cumplir con el laudo del tribunal, pero el laudo no tiene efecto directo dentro de los respectivos sistemas jurídicos de estos Estados. En la medida en que el arbitraje se refiera a la legislación de los Estados, tratándose de dos Estados litigantes ante un tribunal internacional, la contraparte puede invocar la conducta del propio Estado demandante ya sea para interpretar la norma internacional que se pretende aplicar⁵⁵ o para reclamar un estoppel (preclusión) en contra del demandante.

El modelo privado de solución de controversias, propio del derecho comercial internacional, es radicalmente distinto en tanto enfrenta a dos partes que se relacionan entre sí como partes iguales en un contrato. En las controversias entre Estados e inversionistas lo que se juzga es el ejercicio del poder soberano del Estado (Van Harten, 2007a), sin que exista oportunidad para contraponer la conducta del Estado frente a la propia conducta del inversionista.

En los orígenes de las normas sobre protección de los inversionistas extranjeros, éstos no tenían acceso directo a los tribunales internacionales. Para lograr que una disputa doméstica entre el inversionista y el Estado receptor se internacionalizara, debía el Estado de la nacionalidad del inversionista acceder a brindarle protección diplomática. La controversia entre un privado y Estado se transformaba así en una disputa interestatal. Ese sistema ha cambiado ostensiblemente con la creación de mecanismos que otorgan acceso directo a los inversionistas a tribunales internacionales en los que pueden demandar a los Estados receptores. Actualmente los inversionistas extranjeros tienen acceso

⁵⁴ Muchas veces los acuerdos contemplan la obligación del inversionista de decidir qué vía tomar, la nacional o el arbitraje, de manera que si se elige la vía nacional precluye la posibilidad de recurrir a la internacional.

⁵⁵ Ver por ejemplo el artículo 31(3)b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dice que, en relación con la interpretación de los tratados, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta ... “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

directo para demandar a los Estados en foros internacionales por daños a su propiedad, sin la necesidad de recurrir previamente a sus propios Estados solicitando la protección diplomática⁵⁶.

Los problemas a los que da lugar la aplicación de un modelo privado de solución de disputas en materia de inversiones pueden ser examinados desde un punto de vista procedimental y sustantivo. Van Harten (2007b) ha resaltado cómo ciertas características procesales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados explican la inadecuación de este sistema para evaluar la legalidad internacional de la acción regulatoria del Estado. Este autor señala que el sistema carece de rendición de cuentas (“*accountability*”), publicidad y participación, coherencia e independencia de los jueces (Van Harten, 2007b).

La falta de rendición de cuentas se produce por el hecho de que los árbitros que deciden estas controversias no quedan sujetos al control de ningún otro órgano judicial ante quien se pueda reclamar de los errores de derecho de los laudos o sólo lo hacen en forma muy limitada. En efecto, el Convenio CIADI (Artículo 52) sólo permite la anulación de un laudo en los siguientes casos:

- que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o,
- que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Como puede apreciarse, no se contempla la anulación por haber incurrido el laudo en errores de derecho. Es verdad que las partes podrían tratar de incorporar el error de derecho en la causal relativa a la extralimitación manifiesta de sus facultades por parte del tribunal, sin embargo, como lo demuestra la decisión del comité de anulación en el caso *CMS Gas Transmission Company contra Argentina*, no es fácil para los tribunales establecer el vínculo entre ambas causales. En este caso, el tribunal arbitral decidió que la Argentina no podía emplear el artículo XI del respectivo acuerdo de inversiones como defensa, que establece que: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

El tribunal arbitral decidió que, al interpretar el Artículo XI del Acuerdo, debían asimilarse los requisitos de un estado de necesidad a los requisitos establecidos por la disposición interpretada. De esta manera, se introdujeron al Artículo XI los requisitos del estado de necesidad según las reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados. El Comité de Anulación sostuvo que esta interpretación era manifiestamente errónea y que había gravitado sustantivamente en la decisión final del tribunal arbitral. Sin embargo, a pesar de haber incurrido en errores manifiestos de derecho, el Comité sostuvo que en el laudo no había una violación manifiesta de las facultades del tribunal: “El Comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del Convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal. A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades”.

En lo que se refiere a la falta de publicidad, Van Harten (2007b) explica que las partes en el arbitraje tienen el poder de cubrir el procedimiento arbitral bajo el manto de la confidencialidad. Así por ejemplo, en el Artículo 48 del Convenio CIADI se especifica que el Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Es interesante que, en el caso de los arbitrajes bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), los Estados han interpretado este acuerdo en el

⁵⁶ Esta evolución se aleja de la regla general en el derecho internacional, donde la prioridad para resolver controversias la tiene el derecho doméstico (Van Harten, 2007b).

sentido de dar más acceso al público y a terceras partes al procedimiento arbitral, lo que significó que en el caso *Methanex Corporation contra EE.UU.* se accediera a abrir al público los alegatos (Van Harten, 2007b).

Los arbitrajes en materia de inversiones se resuelven en única instancia sin que exista una etapa de apelación. La falta de apelación tiene dos efectos. En primer lugar, en la medida que no hay un superior jerárquico único a quien se pueda recurrir en apelación, la jurisprudencia sentada en los laudos arbitrales es fragmentada. En el ámbito de las disputas comerciales entre Estados, la OMC ha intentado solucionar este problema con la creación del Órgano de Apelación. Pero es importante destacar que, ese órgano de apelación es un tribunal permanente constituido por funcionarios de la organización. De esta manera, la apelación puede también ayudar a crear una responsabilidad institucional por la jurisprudencia que el sistema genera. En el caso del arbitraje en materia de inversiones, tampoco existe esta responsabilidad institucional, de tal manera que nadie se hace cargo de los efectos que los laudos pueden tener en el corto y largo plazo en la comunidad política y jurídica de los Estados.

Por último, se ha criticado también la falta de independencia demostrada por los árbitros que operan en el sistema de solución de controversias relativas a inversiones. En la medida que los árbitros son nombrados por las partes y en vista de que el sistema sólo recibe demandas de inversionistas contra Estados, el sistema incentiva que los árbitros no puedan desligarse del efecto que tiene el laudo sobre su propia reputación y sus posibilidades de ser nombrados como árbitros en nuevas disputas (Van Harten, 2007b).

D. El derecho público del Estado frente a un sistema privado de adjudicación

El arbitraje de inversiones tiene su origen en el sistema de arbitraje comercial privado, nacido bajo el marco de las Convenciones de Ginebra de 1923 y 1927⁵⁷. Esta naturaleza privada del arbitraje ha influido significativamente en el tipo de acciones que se pueden interponer a nivel internacional (acciones indemnizatorias) y en la forma en que se juzga la conducta y las medidas regulatorias del Estado parte en la disputa.

Uno de los principios básicos que rigen el ámbito privado es el de la justicia correctiva. Este principio propio del derecho privado implica que los sujetos mantienen una relación de correlatividad y simetría. Si una persona sufre algún perjuicio a causa de otra, ese daño debe ser reparado por el responsable para restablecer el equilibrio (Barros, 2005). Por esta razón, una de las acciones más comunes en el derecho privado es la acción de indemnización de perjuicios, que obliga a la parte responsable de los daños a compensarlos. En materia de inversión se ha llegado a la misma solución. La función de los tribunales arbitrales es determinar si una de las partes es o no responsable de los perjuicios ocasionados a la otra y, en caso afirmativo, fijar el monto de compensación que se debe.

Sin embargo, esta lógica privada de adjudicación no considera que el ámbito material de los arbitrajes en materia de inversiones se refiere a lo que se ha denominado “disputas regulatorias”, esto es, disputas que surgen de la relación entre Estados e individuos, a propósito del ejercicio de la autoridad soberana de los primeros (Van Harten, 2007b). Este cambio en el ámbito material de las disputas marca una de las principales innovaciones del derecho de las inversiones, y es que a través de estos mecanismos de solución de controversias se han removido del control interno disputas que tradicionalmente pertenecían exclusivamente a la esfera doméstica. De hecho, esta característica se

⁵⁷ El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fueron derogadas por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) de 1958.

exacerba al no exigir los acuerdos que se agoten, antes de recurrir al arbitraje internacional, los recursos internos⁵⁸.

En definitiva, los tribunales arbitrales revisan la corrección y legitimidad de medidas que fueron tomadas dentro de las potestades regulatorias de los Estados, lo cual se asemeja mucho más al tipo de adjudicación del derecho público interno, administrativo o constitucional, que determina los límites del ejercicio del poder ejecutivo y, en algunos casos, el legislativo (Van Harten, 2007b). Sin embargo, en materia de inversiones, el Estado sigue siendo juzgado bajo una óptica de derecho privado. La principal consecuencia de esto es que en los procesos arbitrales no se ha mostrado deferencia hacia el rol que cumple el Estado en materia regulatoria.

El hecho de que el derecho público de los Estados aparezca en los arbitrajes como una simple conducta más de los Estados que debe ser evaluada conforme a principios del derecho privado, le resta al derecho público los aspectos esenciales del mismo. A esto se debe agregar que el poder que se entrega a los órganos de adjudicación es enorme ya que la ambigüedad de los conceptos, derechos y obligaciones dispuestos en los IIAs deja en definitiva la decisión última sobre el correcto equilibrio entre la justificación de la norma pública y el daño sufrido por el privado en manos de los miembros de los tribunales arbitrales.

En efecto, dada la imprecisión del derecho aplicable, la función de los órganos encargados de la aplicación de estos acuerdos adquiere incluso características de creación de derecho (“*law making power*”) (Montt, 2007). Así, son los tribunales encargados de resolver las disputas sobre esta materia quienes en definitiva otorgan contenido a las obligaciones y fijan los estándares de conducta que deben seguir los Estados parte de los IIAs. Los problemas ya mencionados anteriormente relativos a la independencia de los árbitros que operan en el campo de las inversiones permiten mirar con cierto miedo este tremendo poder que se entrega a los jueces.

Esta última característica del sistema de adjudicación a nivel de inversiones, ha llevado a algunos a concluir que los IIAs representan un nuevo mecanismo o sistema de derecho administrativo global (Montt, 2007). Sostener que el sistema de protección internacional a la inversión extranjera es en realidad una forma de derecho administrativo global, equivale a establecer que este sistema es una forma de gobierno supranacional que impone soluciones regulatorias a los Estados, imponiéndose sobre aquellas medidas adoptadas internamente. Esta primacía por sobre el derecho interno se debería a las nuevas exigencias del derecho internacional: autoridad y supremacía (Montt, 2007).

Las objeciones a este tipo de posturas son múltiples, comenzando por el profundo déficit democrático del que adolece este “nuevo derecho”. Así, las decisiones de tribunales arbitrales compuestos por árbitros que forman parte de un sistema privado y con marcadas inclinaciones pro inversionista no sólo limitarían la actividad estatal, sino que además estarían ellos mismos creando este nuevo derecho con independencia de toda comunidad política. Inmediatamente surge en este contexto la pregunta por la legitimidad de dichas decisiones y del sistema de protección de inversiones en general. Montt (2007) ha sugerido que la legitimidad de este nuevo derecho se lograría cumpliendo dos condiciones. La primera condición exige que el sistema de los acuerdos de inversión no pueda imponer estándares de conducta más exigentes que la protección otorgada por los países más desarrollados y la segunda requiere que los ordenamientos jurídicos internos extendieran la protección brindada por los acuerdos de inversión a los inversionistas nacionales.

El gran problema con esta postura es que el sistema de inversiones ya ha evolucionado hacia el otorgamiento de protecciones que van mucho más allá que las normas de los países desarrollados.

⁵⁸ El artículo 26 del Convenio CIADI evidencia una inversión en la regla relativa al agotamiento de los recursos internos como condición previa para recurrir a los mecanismos internacionales. Este artículo dispone: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

Esto queda demostrado con la aplicación que han hecho los tribunales de inversiones del concepto de trato justo y equitativo, que escapa a los estándares que se aplican en países europeos o en el propio Estados Unidos. Por otra parte, habría que preguntarse por qué se debe tomar en consideración el estándar de un país desarrollado que probablemente no debe enfrentar los mismos problemas económicos y sociales de un país en desarrollo. Así por ejemplo, se debe pensar que en muchos países en desarrollo recién se ha comenzado a implementar una legislación ambiental más efectiva, de manera que el estándar de mantener un sistema jurídico estable y previsible probablemente no sea adecuado para un país en desarrollo. Del mismo modo, muchos países en desarrollo se encuentran adecuando sus normas laborales con el objeto de ir garantizando de mejor manera los derechos de los trabajadores. No se debe olvidar que cada comunidad política organizada en estados tiene derecho a autogobernarse y en este sentido el empleo de un estándar propio de un país en desarrollo parece no tomar en serio las múltiples objeciones al imperialismo.

Adicionalmente, es necesario tener presente que los estándares se han aplicado consistentemente pro inversionista y casi no se ha tomado en consideración la lógica que subyace a la actividad estatal, esto es, la satisfacción del interés público. Asimismo, el sistema completo no ofrece las condiciones mínimas de legitimidad, coherencia, responsabilidad y transparencia que requeriría un sistema que viene a reemplazar el derecho administrativo y constitucional interno.

Por lo tanto, no cabe duda que el sistema de protección de inversiones internacionales, bajo esta óptica, constituye una amenaza a nociones básicas de soberanía y democracia. Schneiderman (2008) sostiene que los tratados de inversión extranjera han creado un sistema de limitación constitucional del Estado similar a los sistemas constitucionales de derechos, frente a determinadas minorías, que en este caso serían los inversionistas. De esta manera se contribuye a congelar la distribución actual de la riqueza y los sistemas regulatorios existentes, obligando a las generaciones futuras: “El sistema congela la distribución existente de la riqueza y privilegia la ‘neutralidad del status quo’ ... Éste no sólo compromete al ciudadano con instituciones y reglas predeterminadas a través de las cuales se alcanzan objetivos políticos sino también institucionaliza una incapacidad jurídica para actuar en una diversidad de cuestiones económicas. No se trata de una estrategia de pre-compromiso habilitante, sino que en vez, se trata de una estrategia que inhabilita. En el fondo, el régimen de las reglas en materia de inversiones representa una forma de pre-compromiso constitucional vinculante a través de las generaciones que en forma insensata restringe la capacidad para autogobernarse” (Schneiderman, 2008).

De la misma manera que las constituciones nacionales ponen límites a la acción del Estado a través de un conjunto de derechos, los tratados de inversión extranjera limitan la acción regulatoria del Estado con normas sustantivas cuyo contenido es indefinido y cuya interpretación es más amplia que los precedentes nacionales. Y de la misma manera que en las constituciones políticas de los diversos países del mundo, estos derechos están redactados en un lenguaje de textura abierta. No habría problema si esa textura abierta funcionara solamente para guiar e inspirar la acción del Estado, siempre que en manos de éste quedara la decisión final. Pero, en la medida que se han creado sistemas de solución de controversias, la decisión final queda en manos de un juez.

En derecho constitucional eso es lo que se ha logrado con los sistemas de revisión judicial (“*judicial review*”). En el contexto constitucional doméstico se responde a la objeción de la falta de democracia del sistema señalando que la idea de soberanía popular permite darle sentido y legitimidad a las discusiones sobre lo que es bueno y justo para una sociedad determinada (Correa, 2008). Sin embargo, a diferencia del sistema constitucional interno, los árbitros internacionales en materia de inversiones juegan con una serie de principios de índole constitucional pero el contenido de los mismos se determina conforme a criterios que sólo miran a la supuesta justicia conmutativa envuelta en la relación entre un Estado y los inversionistas extranjeros, o que sólo mira a los efectos económicos que una medida tuvo sobre el inversionista.

El anterior análisis lleva a concluir sobre la necesidad de modificar el actual sistema internacional de protección de inversiones. Es importante subrayar nuevamente que los árbitros internacionales en materia de inversiones juzgan el derecho público de los Estados y tienen el poder

de ordenar que los Estados indemnicen los perjuicios causados a los inversionistas. En este sentido, Van Harten (2007a) ha señalado que el gran impacto del arbitraje internacional en este campo del derecho se traduce en la privatización de la autoridad para definir el propio concepto de esfera pública. Los siguientes aspectos deben ser tenidos en cuenta por los Estados a la hora de intentar modificar un sistema que perjudica a la democracia y al concepto de soberanía popular:

- Las reglas sustantivas por las cuales se rige la protección de las inversiones extranjeras deben definirse por los propios Estados y no pueden quedar entregadas a los árbitros internacionales.
- Debe realizarse un esfuerzo por los propios Estados para codificar y desarrollar normas sustantivas que permitan equilibrar los intereses de los inversionistas con los intereses del Estado como representante del interés público.
- El sistema de solución de controversias no puede equiparse al sistema de arbitraje comercial. Es necesario que exista una responsabilidad institucional por las decisiones judiciales y un sistema que contribuya a la uniformidad en la jurisprudencia.

IV. Conclusiones

El uso de acuerdos internacionales de inversión para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros es una respuesta de los países exportadores de capital a la preocupación con que ellos miran los procesos regulatorios y expropiatorios en los países en vías de desarrollo. La gestación y proliferación de estos acuerdos tienen múltiples causas. Por un lado, la errónea creencia de los países en vías de desarrollo en que la firma de estos tratados será un factor relevante en la atracción de inversiones extranjeras. Y por otro, una visión ideológica de que las actividades que desarrolla el Estado son intrínsecamente ineficientes y que, por ende, el mejor Estado es el que menos interfiere, aun en cuestiones relevantes en materia de protección de interés público.

Ambos prejuicios han resultado erróneos a la luz de la experiencia. Por un lado, existen países, como el Brasil, en los cuales la falta de acuerdos de inversión extranjera no la ha disuadido. Y por otro, la insuficiencia de controles activos por los Estados ha derivado en la crisis financiera y de los servicios, que el mundo está actualmente afrontando. En validación de esta afirmación, las mayores economías han endurecido y extendido la regulación de las actividades económicas y financieras. Estas medidas, paradójicamente, están asociadas con la profundización de los mercados.

Sin embargo, la implementación de controles similares a los de las economías más avanzadas, por parte de países en vías de desarrollo suscriptores de acuerdos de protección a la inversión, puede verse afectada por los principios fundamentales de estos tratados. Esto, por cuanto una serie de derechos de los inversionistas consagrados en este tipo de acuerdos —no expropiación, trato justo y equitativo, trato nacional, NMF, y prohibición de cláusulas de desempeño— compromete la función regulatoria de los Estados. Conspiran tres factores para ello:

- Las disputas de inversión generalmente tratan de materias de interés público, como el sistema bancario, los servicios públicos esenciales y el medio ambiente. Sin embargo, el mandato de los árbitros es la protección del inversor extranjero. Por consiguiente, las cuestiones ambientales, de interés público, de servicio de utilidad pública, son ajenas a sus mandatos.
- Los tribunales arbitrales de inversión pueden constituirse sólo a pedido de los inversionistas, lo que compromete su imparcialidad y debido proceso. Por ejemplo, las decisiones se toman en procedimientos secretos, sin precedente obligatorio ni apelación tradicional. Los árbitros son remunerados en función de los casos que atienden —en los que pueden actuar como jueces y como abogados al mismo tiempo—, lo que crea potenciales conflictos de intereses; y tienden a adoptar interpretaciones amplias sobre lo

que es expropiación y violación del debido proceso. Todo esto compromete la capacidad regulatoria de los Estados de proteger el interés público.

- Existen serias brechas entre la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversión y los principios generales del derecho de las naciones, aplicables a disputas sobre la regulación económica de los servicios de agua potable y saneamiento.

Estas brechas son particularmente pronunciadas en materia de:

- Medidas para enfrentar los impactos de la crisis económica en los servicios públicos. La jurisprudencia arbitral, salvo excepciones, tiende a ignorar los criterios que han adoptado las cortes nacionales, que en tiempos de crisis son anuentes a no aumentar tarifas, suspender cobros, modificar tasas de interés y suspender ejecuciones forzadas.
- Los principios jurídicos comunes que rigen la actividad de los inversores privados cuando prestan los servicios públicos —como la eficiencia, debida diligencia, transparencia, y conductas razonables— son prácticamente ignorados por los tribunales arbitrales internacionales, pese a su indiscutida relevancia en la legislación comparada.
- Regulación en función del interés público, la cual los tribunales arbitrales muchas veces asimilan con expropiación, ignorando prácticamente la totalidad de los principios generales del derecho de las naciones en esta materia. Esto es particularmente grave en el caso de cuestiones ambientales, derechos humanos, servicios públicos, aguas, minorías étnicas y recursos naturales.

En consecuencia, en estas condiciones se sugirió:

- Que los países sean renuentes a firmar acuerdos internacionales de inversión que no contengan cláusulas de protección de interés público, y que reivindiquen los principios generales del derecho de las naciones en cuestiones regulatorias.
- Que a los derechos de los inversionistas extranjeros se agreguen sus deberes correlativos, como los de eficiencia, diligencia debida, buena fe, transparencia y respeto por el interés público del país huésped y sus normas legales.
- Que se promueva una reforma del sistema arbitral de inversión, para que se corrijan sus disfuncionalidades de carácter procedimental, entre las que se cuentan la falta de rendición de cuentas, el déficit en materia de publicidad y participación, la inexistencia de sistemas de unificación de la jurisprudencia arbitral, y la falta de independencia — conflicto de interés— de los árbitros.
- Que se propicie que sean incorporados expresamente como derecho aplicable en los arbitrajes de inversión los principios regulatorios comunes que se han desarrollado en la legislación comparada en materia de protección de interés público, medio ambiente, aguas, servicios públicos, derechos humanos y manejo de crisis económica. Los acuerdos de protección a la inversión han generado un sistema jurídico mediante el cual la institucionalidad internacional ha avanzado sobre el derecho doméstico aplicando principios que ni se ajustan a la materia tratada, ni coinciden con el derecho que las naciones aplican en iguales circunstancias.
- Que antes de aceptar la inversión privada internacional en servicios públicos, los países desarrollen e implementen los marcos regulatorios basados en los principios fundamentales de eficiencia, buena fe, igualdad ante la ley, debida diligencia y transparencia. En este sentido, los lineamientos para la revisión tarifaria del sector del

agua potable y saneamiento en el Perú, aprobados en 2008 (véase el Anexo 7), son una muestra de una notable sofisticación de la técnica regulatoria⁵⁹.

- Que se haga claro a los inversores que las gestiones ante las agencias de promoción de inversiones extranjeras, no los eximen de cumplir con todas las obligaciones ante los organismos sectoriales competentes (como los ambientales, de aguas o de asuntos sociales), ni constituyen una excusa para la ignorancia de las legislaciones y regulaciones nacionales.
- Que las agencias de promoción de inversiones no deben otorgar autorizaciones sin la conformidad expresa de los organismos sectoriales competentes en cuestiones de servicios públicos, recursos hídricos y medio ambiente.

⁵⁹ “Lineamientos para la Revisión Extraordinaria de la Fórmula Tarifaria por Incorporación de Proyectos y por Adelanto de Inversiones Previstas en el Plan Maestro Optimizado”, 4 de agosto de 2008 (Resolución de Consejo Directivo N° 056-2008-SUNASS-CD, Diario Oficial El Peruano, 6 de agosto de 2008) (disponible en la página web de SUNASS en <http://www.sunass.gob.pe>).

Bibliografía

- Ackerman, Bruce (1977), *Private property and the Constitution*, Yale University Press, New Haven.
- Alston, Philip (2002), “Resisting the merger and acquisition of human rights by trade law: a reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, volumen 13, número 4.
- Barraguirre, Jorge (2007), “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?”, *Res Pública Argentina*, número 3, octubre/diciembre (disponible en Internet: <http://www.iilj.org>).
- Barros, Enrique (2005), “Justicia y eficiencia como fines del derecho privado”, *Estudios de derecho civil: código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LexisNexis.
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2009), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, borrador, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.
- Cassese, Sabino; Bruno Carotti; Lorenzo Casini; Marco Macchia; Euan MacDonald y Mario Savino (eds.) (2008), *Global administrative law. Cases, materials, issues*, Institute for Research on Public Administration (IRPA), Institute for International Law and Justice (IILJ), New York University School of Law (disponible en Internet: <http://iilj.org>).
- Christie, George (1964), “What constitutes a taking of property under international law?”, *The British Year Book of International Law, 1962*, Oxford University Press.
- Correa, Rodrigo (2008), *International law: the view from the republic*, tesis doctoral no publicada, Yale School of Law.
- Dolzer, Rudolf (2003), “Indirect expropriations: new developments?”, *New York University Environmental Law Journal*, volumen 11, número 1.
- Ducci, Jorge (2007), *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C. (disponible en Internet: <http://www.iadb.org>).
- Estache, Antonio, José-Luis Guasch y Lourdes Trujillo (2003), *Price caps, efficiency payoffs and infrastructure contract renegotiation in Latin America*, Banco Mundial, Washington, D.C. (disponible en Internet: <http://econ.worldbank.org>).
- Faya, Alejandro (2008), “The most-favored-nation clause in international investment: agreements a tool for treaty shopping?”, *Journal of International Arbitration*, volumen 25, número 1.

- Fuentes, Ximena (2007), “La relación entre el derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, volumen 4, número 15, Lima, Perú.
- Jouravlev, Andrei (2003), *Informe de la reunión sobre temas críticos de la regulación de los servicios de agua potable y saneamiento en los países de la región. Santiago de Chile, 22 de septiembre de 2003*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Seminarios y Conferencias* N° 34, LC/L.2017-P, Santiago de Chile (disponible en Internet: <http://www.eclac.org>).
- Kingsbury, Benedict; Nico Krisch y Richard Stewart (2005), “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, verano/otoño, volumen 68, número 1 (disponible en Internet: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>).
- Krisch, Nico y Benedict Kingsbury (2006), “Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order”, *European Journal of International Law*, volumen 17, número 1 (disponible en Internet: <http://www.ejil.org>).
- Lee, Terence (2007), *Seminario sobre Regulación de Servicios de Infraestructura “Agua y Electricidad” (Santiago de Chile, 18 y 19 de octubre de 2005)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Documento de proyecto, LC/W.125, Santiago de Chile (disponible en Internet: <http://www.eclac.org>).
- Montt, Santiago (2007), “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation”, *Res Publica Argentina*, número 3, octubre/diciembre (disponible en Internet: <http://www.iilj.org>).
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) (2004), “Most-favoured-nation treatment in international investment law”, *Working Papers On International Investment* (disponible en Internet: <http://www.oecd.org>).
- Orrego Vicuña, Francisco (2005), “The limits of international responsibility in the protection of foreign investments”, *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Maurizio Ragazzi (eds.), Martinus Nijhoff Publishers.
- _____ (2003), “Keynote address. Carlos Calvo, honorary NAFTA citizen”, *New York University Environmental Law Journal*, volumen 11, número 1 (disponible en Internet: <http://www3.law.nyu.edu>).
- Paul, Jeremy (1991), “The hidden structure of takings law”, *Southern California Law Review*, volumen 64.
- Pérez Cortés, Ignacio (2005), “El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad”, *La Ley*, 8 de junio.
- Petersmann, Ernst-Ulrich (2008), “State sovereignty and individual sovereignty: from constitutional nationalism to multilevel constitutionalism in international economic law?”, *Redefining sovereignty in international economic law* (Studies in International Trade Law, N° 7), Wenhua Shan; Penelope Simons y Dalvinder Singh (eds.), Hart Publishing, Oxford.
- _____ (2002), “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for integrating human rights into the law of worldwide organizations: lessons from European integration”, *European Journal of International Law*, volumen 13, número 3.
- Phillips, Charles (1993), *The regulation of public utilities. Theory and practice*, Arlington, Virginia, Public Utilities Reports.
- Ross, Alf (1957), “Tû-Tû”, *Harvard Law Review*, volumen 70, número 5, marzo.
- Rozas, Patricio (2008), *Internacionalización y estrategias empresariales en la industria eléctrica de América Latina: el caso de ENDESA*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 133, LC/L.2885-P, Santiago de Chile (disponible en Internet: <http://www.eclac.org>).
- Schneiderman, David (2008), “Constitutionalizing economic globalization”, *Cambridge Studies in Law and Society*, Cambridge University Press.
- Shan, Wenhua (2008), “Calvo doctrine, state sovereignty and the changing landscape of international investment law”, *Redefining sovereignty in international economic law* (Studies in

- International Trade Law, N° 7), Wenhua Shan; Penelope Simons y Dalvinder Singh (eds.), Hart Publishing, Oxford.
- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2007), *Revisiting privatization, foreign investment, international arbitration, and water*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 129, LC/L.2827-P, Santiago de Chile (disponible en Internet: <http://www.eclac.org>).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy (2004), *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press.
- Tudor, Ioana (2008), “The fair and equitable treatment standard in international foreign investment law”, *Oxford Monographs In International Law*, Oxford University Press.
- UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) (2006), *Informe sobre las inversiones en el mundo 2006. La inversión extranjera directa de los países en desarrollo y las economías en transición: consecuencias para el desarrollo*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra (disponible en Internet: <http://www.unctad.org>).
- _____ (1999), “National treatment”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.IV), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra (disponible en Internet: <http://www.unctad.org>).
- Van Harten, Gus (2007a), “The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the State”, *International and Comparative Law Quarterly*, volumen 56, número 2.
- _____ (2007b), “Investment treaty arbitration and public law”, *Oxford Monographs in International Law*, Cambridge University Press.
- Vives, Antonio (2007), “Prólogo”, en Jorge Ducci, *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C. (disponible en Internet: <http://www.iadb.org>).

Anexos

Anexo 1

Lista de participantes

María Cecilia Rosas
Directora de Promoción de Inversiones y
Proyectos de Desarrollo
Ministerio de Relaciones Exteriores
Perú

Marco Donayre Zárate
Dirección de Promoción de Inversiones y
Proyectos de Desarrollo
Ministerio de Relaciones Exteriores
Perú

Eduardo Escobal
Jefe de Saneamiento
PROINVERSIÓN
Perú

Italo Bicerra
Secretario General
PROINVERSIÓN
Perú

Verónica Maceda
PROINVERSIÓN
Perú

Katherine Hidalgo
PROINVERSIÓN
Perú

Carlos Ramirez Rodriguez
Ministerio de Economía y Finanzas
Perú

Vanessa Rivasplata
Ministerio de Economía y Finanzas
Perú

Fernando Laca
Viceministro de Construcción y Saneamiento
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Javier Boyer
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Lidia Oblitas
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Lourdes Flores
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Daniel Rondon Machaca
Dirección Nacional de Saneamiento
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Geraldine Anelhi Canales Grande
Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento
Perú

Benjamin De La Torre
OSITRAN
Perú

Francisco Medina
Jefe de Comunicación Corporativa
OSIPTEL
Perú

Edwin Quintanilla Acosta
Gerente General
OSINERGMIN
Perú

Víctor Ormeño Salcedo
Gerente Adjunto de Regulación Tarifaria
OSINERGMIN
Perú

Guillermo Shinno Huamani
Gerente de Fiscalización Minera
OSINERGMIN
Perú

Raúl Perez-Reyes Espejo
Gerente de Estudios Económicos
OSINERGMIN
Perú

Katherine Amelia Effio Zuñiga
OSINERGMIN
Perú

José Salazar
Presidente del Consejo Directivo, SUNASS
Perú

Rosalina Reyes Flores OSINERGMIN Perú	José Aguado Ministerio de Transportes y Comunicaciones Perú
Marcos Yui Punin OSINERGMIN Perú	Luis Rebolledo Soberón Presidente Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) Perú
Dante Cersso Caso OSINERGMIN Perú	Luis Carlos Rodríguez Presidente Ejecutivo PROINVERSIÓN Perú
Cesarina Quintana Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE)	Alfredo Dammert Lira Presidente del Consejo Directivo OSINERGMIN Perú
Carmiña Moreno Banco Interamericano de Desarrollo (BID)	Guillermo Thornberry Villarán Presidente del Consejo Directivo OSIPTEL Perú
José Barandarian Perú	Juan Carlos Zevallos Ugarte Presidente del Consejo Directivo OSITRAN Perú
Placido Aguirre Perú	José Aróstegui Gerencia de Asesoría Jurídica SUNASS Perú
Ivonka Hurtado Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) Perú	Anivar Rodríguez Gerencia de Políticas y Normas SUNASS Perú
Miguel Rodríguez CONASEV Perú	Iván Lucich Gerencia de Regulación Tarifaria SUNASS Perú
Ernesto Alvarez Cisneros CONASEV Perú	Johnny Marchán Tribunal de Solución de Reclamos (TRASS) SUNASS Perú
Lorena Monsalve Requejo CONASEV Perú	Mabel Morillo Gerencia de Supervisión y Fiscalización SUNASS Perú
Margalida Salinas Moncada CONASEV Perú	José Zavala Gerencia de Administración y Finanzas SUNASS Perú
Mario Ramírez Rojas CONASEV Perú	
Adolfo Quevedo Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS) Perú	
José Luis Rojas SBS Perú	

Carlos Nuñez
Gerencia de Usuarios
SUNASS
Perú

Silvia Falcón
Alta Dirección
SUNASS
Perú

José Salardi
Gerencia de Regulación Tarifaria
SUNASS
Perú

Juan Carlos Zevillanos
TRASS, SUNASS
Perú

Antonio Bringas
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Raúl Regalado Tamayo
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Fausto Mercado Philco
Gerencia de Supervisión y Fiscalización
SUNASS
Perú

Jorge Luis Cerna Celi
Gerencia de Supervisión y Fiscalización
SUNASS
Perú

Eugenia Mariño
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Carlos Mora
TRASS, SUNASS
Perú

Kathy Moscol
TRASS, SUNASS
Perú

José Yataco
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Rosario León
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Natalia Escudero
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Jessica García
Gerencia de Asesoría Jurídica
SUNASS
Perú

Juan José Lázaro
TRASS, SUNASS
Perú

César Mendez Gómez
TRASS, SUNASS
Perú

Aldo Caballón Díaz
TRASS, SUNASS
Perú

Renato Villar
TRASS, SUNASS
Perú

Javier Gónzales
TRASS, SUNASS
Perú

Luis Espinal
TRASS, SUNASS
Perú

Aldo Caballón
TRASS, SUNASS
Perú

Jorge Toledo
Gerencia de Regulación Tarifaria
SUNASS
Perú

Roger Cueva
Gerencia de Regulación Tarifaria
SUNASS
Perú

Angélica Berdillana
Gerencia de Regulación Tarifaria
SUNASS
Perú

Ximena Fuentes
Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de
Chile
Chile

Jorge Barraguirre
Universidad Nacional del Litoral y
Universidad de San Andrés
Argentina

Stanimir Alexandrov
Sidley Austin
EE.UU.

Howard Mann
IISD
Canadá

Susan Maples
Universidad de Columbia
EE.UU.

Alejandro Escobar
Baker Botts
Inglaterra

Secretaría

Miguel Solanes
GTZ/CEPAL

Andrei Jouralev
CEPAL

Patricio Rosas
CEPAL

Michael Mortimore
CEPAL

Anexo 2

Programa del seminario

14 de enero de 2009

Sesión: La experiencia de América Latina con participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios de utilidad pública

- 09:00-09:15 Palabras de apertura
- Ponente: José Salazar, SUNASS, Perú
Ponente: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL
- 09:15-11:00 Reseña de la experiencia y práctica de participación privada en inversiones en infraestructura en el Perú y Américas Latina
- Moderador: Luis Rebolledo, COFIDE, Perú
Ponente: Michael Mortimore, CEPAL
- 11:00-11:15 Café
- 11:15- 13:00 Retos estructurales y regulatorios de la participación del sector privado en infraestructura en el Perú y Américas Latina
- Moderador: Luis Carlos Rodríguez, PROINVERSIÓN, Perú
Ponente: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL
Ponente: Juan Carlos Zevallos, OSITRAN, Perú
- 13:00-14:30 Almuerzo
- 14:30-17:30 Mejores prácticas en la regulación de infraestructura; brechas entre la practica actual y las mejores prácticas; principios claves en regulación de infraestructura
- Moderador: Alfredo Dammert, OSINERGMIN, Perú
Ponente: Andrei Jouravlev, CEPAL
Ponente: Patricio Rozas, CEPAL

15 de enero de 2009

Sesión: Rol e impactos del ambiente legal internacional en inversiones en infraestructura y desarrollo regulatorio

- 09:00-10:15 Reseña de la relevancia de los tratados internacionales de protección a la inversión y contratos de inversión para el desarrollo de la inversión sostenible en infraestructura
- Moderador: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL
Ponente: Howard Mann, IISD, Canadá
Ponente: Jorge Barraguirre, Universidad Nacional del Litoral y Universidad de San Andrés, Argentina
- 10:15-10:30 Café
- 10:30-13:00 Introducción a los tratados internacionales de protección a la inversión; conceptos claves en los tratados internacionales de protección a la inversión: liberalización de inversiones, expropiación, trato justo y equitativo, arbitraje entre inversionista

internacional y Estado, espacio regulatorio para gobiernos y tratados de protección a la inversión

Moderador: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL

Ponente: Howard Mann, IISD, Canadá

Ponente: Ximena Fuentes, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile, Chile

13:00-14:30 Almuerzo

14:30-17:30 Introducción a los contratos de inversión; conceptos claves en contratos de inversión: términos de inversión, equilibrio económico, cláusulas de estabilización y arbitraje internacional

Moderador: Howard Mann, IISD, Canadá

Ponente: Stanimir Alexandrov, Sidley Austin, EE.UU.

Ponente: Alejandro Escobar, Baker Botts, Inglaterra

16 de enero de 2009

Sesión: Superando los retos: inversión en infraestructura para el desarrollo sostenible

09:00-11:00 Negociando contratos de inversión para el desarrollo sostenible: aspectos claves y enfoques

Moderador: Guillermo Thornberry, OSIPTEL, Perú

Ponente: Susan Maples, Universidad de Columbia, EE.UU.

Ponente: Howard Mann, IISD, Canadá

11:00-11:15 Café

11:15- 13:00 Desarrollando prácticas regulatorias bajo tratados de inversión y obligaciones contractuales

Moderador: José Salazar, SUNASS, Perú

Ponente: Stanimir Alexandrov, Sidley Austin, EE.UU.

Ponente: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL

Ponente: Ximena Fuentes, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile, Chile

13:00-14:30 Almuerzo

14:30-16:30 El rol del financiamiento de inversión en infraestructura

Moderador: José Salazar, SUNASS, Perú

Ponente: Jorge Barraguirre, Universidad Nacional del Litoral y Universidad de San Andrés, Argentina

Ponente: Miguel Solanes, GTZ/CEPAL

Ponente: Howard Mann, IISD, Canadá

Ponente: Alejandro Escobar, Baker Botts, Inglaterra

Ponente: Stanimir Alexandrov, Sidley Austin, EE.UU.

16:30-16:45 Cierre de la sesión: panel de cuatro reguladores de infraestructura en el Perú

Ponente: Alfredo Dammert, OSINERGMIN, Perú

Ponente: Juan Carlos Zevallos, OSITRAN, Perú

Ponente: Guillermo Thornberry, OSIPTEL, Perú

Ponente: José Salazar, SUNASS, Perú

Anexo 3

Resumen de la presentación de Juan Carlos Zevallos

- El crecimiento económico de los últimos años está liderado por aumento de la productividad y tiene una alta correlación con la participación de la inversión privada.
- La mayor inversión en infraestructura ha permitido reducir la brecha y ganar mayores niveles de competitividad y crecimiento.
- Por tanto, es necesario mantener e incrementar los efectos inerciales de una mayor infraestructura de calidad.
- En el Perú, actualmente, la brecha en infraestructura (telecomunicaciones, transporte, agua potable y saneamiento, gas natural y electricidad) supera los 23 mil millones de dólares. La calidad de la infraestructura sigue siendo muy pobre en comparación con otros países.
- A pesar de ello, el Perú se mantiene en el cuarto lugar en el ranking de atracción de inversión en infraestructura en América Latina. Aunque se encuentra octavo en el ranking de eficiencia regulatoria.
- Por lo tanto, uno de los principales retos es aumentar la participación privada eficiente con entidades que aseguren el óptimo comportamiento del mercado.
- Durante la década pasada, se dio inicio a esta nueva tendencia de mayor participación privada.
- El modelo regulatorio de la infraestructura de transporte sigue el siguiente esquema: i) el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) representa al Estado en los contratos de concesión; ii) la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) es responsable del diseño de los contratos de concesión (en coordinación con el MTC y, de ser el caso, con el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)) y ejecuta los procesos de licitación o concurso; y iii) el OSITRAN regula a las entidades prestadoras y supervisa el cumplimiento de los contratos de concesión.
- Modelo regulatorio sectorial: i) una agencia reguladora encargada de infraestructura de transporte; ii) enfoque multimodal (puertos, aeropuertos, carreteras y trenes); y iii) especialización transversal (el “*know-how*” genera economías de escala, por ejemplo, los mismos mecanismos regulatorios en puertos pueden ser aplicados a aeropuertos).
- Mecanismo de designación del Consejo Directivo. Ventajas: i) criterio de selección pública; y ii) estrictos requerimientos. Desventaja: no se cuenta con ellos por tiempo completo.
- Modelo regulatorio de la infraestructura de transporte: i) independencia técnica y económica; ii) transparencia (prepublicación de normas preliminares, audiencias públicas, publicación de estudios de tarifas y consejo de usuarios para cada tipo de infraestructura); iii) rendición de cuentas; iv) predictibilidad (reglas de tarifas, régimen de acceso y contabilidad regulatoria); y v) desarrollo institucional (curso de infraestructura de transporte cada año, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, y alianzas estratégicas con universidades, centros de investigación, etc.).
- OSITRAN no tiene competencia en: i) infraestructura de transporte administrada por el gobierno central (MTC); ii) infraestructura de transporte administrada por los municipios;

iii) infraestructura de transporte de uso privado; iv) infraestructura de transporte del Ministerio de Defensa; y v) servicio de transporte de carga y pasajeros en general. OSITRAN no es competente en el servicio de transporte terrestre de carga y pasajeros, como son los buses, camiones, líneas aéreas, navieras, etc.

- OSITRAN maneja dos tipos de concesiones de servicios públicos de infraestructura: autofinanciada (los flujos superan las retribuciones necesarias para cubrir los costos; factor de competencia es la máxima retribución al Estado) y cofinanciada (los flujos no cubren las retribuciones necesarias para cubrir los costos de la concesión; el Estado cubre la diferencia; factor de competencia es el menor pago que hace el Estado).
- Este nuevo mecanismo permite que el sector privado participe en proyectos de baja rentabilidad económica y alta rentabilidad social: i) incentivos para la eficiencia; ii) concilia restricciones presupuestarias con necesidades de inversión; iii) incorpora innovación en sectores cerrados al capital privado; y iv) asignación de riesgos (se asignan los riesgos a la parte que mejor pueda gestionarlos).
- Como resultado, tenemos un aumento significativo de los contratos de concesión en los últimos años.
- La inversión en infraestructura ejecutada y reconocida producto del cumplimiento de los contratos de concesión va en aumento. A la fecha, se tiene un compromiso de inversión que supera los 3 mil millones de dólares (carreteras, aeropuertos, puertos y ferrocarriles).
- Internamente, se viene trabajando para fortalecer las capacidades de la institución: i) consolidación de un cuerpo normativo claro y transparente; ii) fortalecimiento de la autonomía normativa, económica y financiera; y iii) promoción de la gestión de la calidad de procesos, incluyendo la obtención de la certificación ISO.

Anexo 4

Reseña de la relevancia de los tratados y contratos internacionales de inversión, por Howard Mann

Why investment treaties?

- Origin in 1959: to fight impacts on business of communism and decolonization.
- Protection of the existing investor property is the main goal.
- Expands over time to include other government conduct, mandatory dispute settlement and, since early 1990s, investment liberalization in services and non-services sectors (acquisitions, etc.).
- Since the 1970s: purpose is to attract investment (the “sell”), but evidence suggests that this does not work (Brazil),
- Since the 1990s: other purpose is to lock in reforms.
- Number of treaties now over 2,500 signed, plus more than 100 investment chapters in free trade agreements and regional integration processes.
- “Photo opportunity” versus “words have meaning”.
- World Bank, International Finance Corporation (IFC), Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) promotion.
- All investment is good investment, has positive benefits.
- Focus always on quantity of investment, not quality of investment.

Treaties and domestic law

- Treaties create binding international law.
- Enforceable in international arbitration.
- Domestic law is not a defence for a breach of a treaty.
- Treaties that restrict sovereignty are an exercise of sovereignty.
- All international law restricts sovereignty.

Treaties and arbitrations

- Arbitrations used to enforce investment treaties.
- Initiated directly by private investors under international law.
- Investment contracts being enforced under treaties as well (more later).
- Growth in number: i) higher levels of investment; ii) more legal knowledge, role of lawyers; and iii) increase in regulatory activity by developing countries.

Anexo 5

Conceptos claves en tratados de inversión e introducción a contratos de inversión, por Howard Mann

Investment liberalization

Investment liberalization (not all, but feature of United States and Canada texts)

- Give same treatment to foreign investors as domestic investors to make or expand investments.
- Some require privatizations or competition with state enterprises.
- Some simply lock in domestic steps and prevent backsliding, some require more measures.

Performance requirement prohibitions

- Prevent measures to require certain types of investments, locations, economic linkages, research and development.

National treatment

- Always in for post-establishment.
- Investors in same or similar circumstances.
- Tests not clear.

Most favoured nation treatment

- Very controversial.
- Same treatment as investors from other countries.
- But also allows investors to use better provisions in other treaties that in treaty with home state (pick best provisions from all treaties).

Expropriation

- Taking of property.
- Effective taking of property.
- Economic impact and regulatory taking. Two opposite trends in cases: i) *Metalclad vs. Mexico*, economic impact is test; and ii) *Methanex vs. United States*: normal regulations not expropriation.

Fair and equitable treatment

- Minimum standard of treatment.
- Undefined standard.

- Single global government conduct standard, or one that recognizes differences due to level of development?
- “Legitimate expectations of the investor”.
- Two separate streams of cases.

Investor-state arbitration

- Prominent feature.
- Generally mandatory for states.
- Under international law.
- Usually no or little transparency.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) leading but not the only forum.
- No appeals, minimum type of reviews.

Contracts under treaty arbitration

- The two are linked.
- Umbrella clause.
- Treating breach of contract as breach of treaty.
- Interpretation of provisions of treaty in light of contracts (*Methanex vs. United States* and *Parkerings vs. Lithuania*).

Anexo 6

Cláusulas de estabilización y derechos humanos, por Andrea Shemberg

Categories of stabilization

- Freezing: freeze the laws of the host state over the life of the investment or for a specified period.
- Economic equilibrium: require compliance with new laws but require or allow one or more forms of compensation to the investor (adjusted tariffs, extension of concession, monetary compensation).
- Hybrid: restore investor to position prior to law, including by exemption.

Findings

- There are 2 separate worlds of contracts (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) vs. non-OECD).
- Freezing and hybrid clauses providing exemptions to new social and environmental laws were found only outside the OECD.
- Even in limited economic equilibrium clauses, significant differences were found (OECD vs. non-OECD)

OECD contracts

- OECD generally limited to discriminatory laws.
- OECD: investors must absorb risk of changes to generally applicable laws, and sometimes specified laws and also those geared to public policy (safety, security).

Non-OECD contracts

- Greater disparity among contracts: heavily negotiated or lack of basically agreed principles?
- No principle that investors must absorb risk of compliance with generally applicable laws (including social and environmental).
- Sometimes labour, environment or other social laws are specifically stabilized.

Conclusions

- Stabilization clauses are very much in use today.
- Stabilization clauses vary greatly, and there are clear distinctions between OECD contract and non-OECD contract practice.
- Outside the OECD, investors and governments continue to conclude investment contracts agreeing to exempt investors from (or compensate investors for) compliance with new laws, including environmental and social measures.

Anexo 7

Los lineamientos para la revisión tarifaria de la SUNASS

La SUNASS, como autoridad tarifaria en el sector de agua potable y saneamiento del Perú, aprobó los “Lineamientos para la Revisión Extraordinaria de la Fórmula Tarifaria por Incorporación de Proyectos y por Adelanto de Inversiones Previsto en el Plan Maestro Optimizado”.

La preparación de esta resolución respondió a la necesidad de establecer lineamientos a través de los cuales se garantiza de manera imparcial el respeto de los intereses de todas las partes. Se trataba de un tema urgente, puesto que no existía un procedimiento para regular la revisión de las formulas y estructuras tarifarias en las empresas con proyectos de iniciativa privada.

En virtud de estos lineamientos, la SUNASS dispone que las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), y en especial los operadores privados (según la legislación peruana, los operadores públicos extranjeros devienen en operadores privados) que suscriban contratos para la ejecución de obras de infraestructura o relativos a gestión de las EPS, respeten los siguientes principios de conducta en el desempeño de sus deberes legales, contractuales y regulatorios:

- **Eficiencia económica:** La EPS y el operador privado tienen el deber de eficiencia, que consiste, entre otros aspectos, en operar a costos eficientes y precios competitivos en insumos de todo tipo, considerando en su gestión las alternativas de oferta disponibles en mercados nacionales e internacionales. La EPS y el operador privado identificarán especialmente los casos en que se contrató con compañías vinculadas, y justificarán que se pagó a precio de mercado. Sus gastos de operación deben ser razonables y tendrán derecho a un retorno razonable sobre su inversión.
- **Transparencia:** La EPS y el operador privado deben proporcionar, en la forma y el plazo fijados, la información solicitada por el organismo regulador, a fin de facilitar su comprensión, análisis y comparación con otras fuentes de información. Esta información puede ser solicitada al operador privado de manera directa o a través de la EPS.
- **Debida diligencia:** La EPS y el operador privado deben actuar con diligencia y prudencia en la gestión y operación de los servicios a su cargo, así como en la obtención, elaboración, valoración y uso de la información que le sirva de base para la toma de decisiones. Ambos están obligados a gestionar sus negocios en forma prudente y razonable, con vistas a la sostenibilidad de la empresa. A tal fin, respetarán las reglas del arte, tanto técnicas, como financieras y administrativas, que indique la legislación, la regulación, las instrucciones del organismo regulador, y las buenas prácticas internacionales en materia de agua potable y saneamiento, y sostenibilidad de empresas operadoras.
- **Buena fe:** La EPS y el operador privado obrarán de buena fe en la preparación, la presentación de propuestas, y en la ejecución de los contratos, presumiéndose que su actuación obedece a su buena intención, salvo prueba en contrario. Sus inversiones deberán ser útiles y utilizables, conforme a los principios que informan los servicios públicos y el interés público. Respetarán y cumplirán con la legislación peruana.
- **Equidad social:** La SUNASS implementará una política que permita el acceso a los servicios de saneamiento del mayor número de pobladores.