

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS AO AUTOR
Proibida a reprodução sem indicação da fonte.

Ventajas y desventajas del Arbitraje Internacional de Inversiones – Críticas al Sistema Arbitral y Modificaciones a los BITs en los recientes TLCs

Modelo Alternativo Brasileiro: ACFI

Christian Carbajal Valenzuela

12 de Julio 2019

Preguntas iniciales

- Inversión extranjera directa (IED) y desarrollo económico ¿basta inversión nacional para alcanzar los objetivos de desarrollo? ¿La IED afecta la soberanía nacional?
- ¿Cuál es la situación actual de Brasil en cuanto a atracción de IED? Multinacionales extranjeras se retiraron del país.
- Multinacionales brasileiras invierten más en el exterior, mercados externos más atractivos ¿Cómo protegen estas empresas sus inversiones en otros países?
- ¿Debe integrarse Brasil con mayor decisión al exterior en esta materia? ¿Debe participar en el Derecho Internacional de la Inversión Extranjera?
- ¿Debe Brasil suscribir y ratificar Tratados de Protección y Promoción de Inversiones (BITs), Tratados de Libre Comercio (TLCs) o Acuerdos de Cooperación e Facilitación de las Inversiones (ACFIs)? ¿o debe mantenerse al margen?
- ¿Cómo deberían resolverse las controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado brasileiro? En Poder Judicial, en foros arbitrales nacionales/locales, en arbitraje internacional ante ICC, CIADI, Ad Hoc-UNCITRAL? Hoy sería posible proteger a inversionistas extranjeros vía arbitral en Brasil únicamente en el marco de controversias contractuales, a diferencia de los demás países que hacen parte del sistema arbitral de inversiones.

Origen de la Convención Internacional para el Arreglo de Controversias en Materia de Inversiones (CIADI)

- Posiciones antagónicas entre países desarrollados y países en desarrollo (protección diplomática, cláusula Calvo, expropiaciones arbitrarias) = Politización de las controversias.
- Creación de **organismo internacional neutral que pudiera satisfacer los intereses de los inversionistas extranjeros y de los Estados receptores de inversión**. Redacción final del Convenio concluyó en 1965 dando nacimiento al CIADI.

- Actualmente más de 160 países han ratificado el Convenio CIADI.
- Algunos países que se mantienen fuera del sistema: **Brasil, India, Cuba e Irán**. Se han retirado, por razones ideológicas, únicamente **Venezuela, Bolivia y Ecuador**.
- Países, con importantes economías, antes renuentes al arbitraje CIADI, hoy son Estados parte del Convenio: China, México y Rusia (falta ratificación).
- Aumento en países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional está relacionado con reformas económicas de los años noventa, cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados.

Objetivos del Convenio CIADI

- Objetivo general: Contribuir a la creación de un clima de inversiones favorable y promover el desarrollo del Estado receptor, mediante el establecimiento de mecanismo de solución de controversias neutral;
- Objetivo del Convenio CIADI (deber ser): Garantizar una protección equitativa de los intereses del inversionista extranjero y de los Estados receptores de inversión, permitiendo la **DESPOLITIZACION DE LOS CONFLICTOS DE INVERSION.**

Ventajas para el inversionista:

- (i) Tiene a su alcance un foro internacional neutral y (ii) Estado receptor de la inversión renuncia a su inmunidad de jurisdicción, es decir, en adelante no exigirá sometimiento de estas controversias a cortes judiciales locales;

Ventajas para el Estado receptor de la inversión

- La ratificación del Convenio CIADI permite mejorar el clima de inversiones, haciendo más atractivo al país como destino de inversión extranjera. Mensaje de transparencia, previsibilidad y estabilidad.
- Los Estados miembros del Convenio CIADI (de los inversionistas) renuncian a otorgar protección diplomática a sus nacionales y se comprometen a no promover ninguna reclamación internacional en defensa de sus nacionales que hayan sometido una controversia con un Estado receptor ante el CIADI.

Críticas al Sistema de Arbitraje Internacional de Inversiones

- Indefinición del Derecho Internacional de las Inversiones. Contenido poco claro (ambiguo) de los estándares de protección de inversiones (trato justo & equitativo, expropiación indirecta, etc).
- Incertidumbre derivada de la posibilidad que Derecho Internacional pueda ser violado por el Estado receptor, a pesar del cumplimiento del Derecho Interno.
- Percepción que laudos internacionales de inversión favorecen mayoritariamente a inversionistas, con poca consideración de las facultades regulatorias de los Estados.

Críticas al Sistema de Arbitraje Internacional de Inversiones

- Arbitraje de inversión: Solución inadecuada por provenir del Derecho Privado, siendo que por naturaleza, estas controversias están más próximas al Derecho Público (relevancia del interés público involucrado).
- En este tipo de controversias existe necesidad de rendición de cuentas por los Estados (actuación y uso de fondos públicos) y por los inversionistas (no corrupción, no violación de normas internas), mayor transparencia, unificación de la “jurisprudencia” arbitral (para evitar laudos contradictorios), doble instancia (apelación) para lograr mayor certeza en la solución.
- Mediante el arbitraje internacional de inversiones se juzga a las autoridades locales bajo un estándar distinto al que operan (mayor cercanía del Arbitraje de Inversiones al Derecho Anglosajón vs Derecho Civil). Relación con América Latina: Principal región demandada.

Modificaciones en el tratamiento del arbitraje internacional de inversiones como existía en los BITs: Hoy búsqueda de equilibrio de intereses

Nuevas regulaciones en los TLCs Aspectos procesales

- Fomento de mecanismos no adjudicativos: negociación, conciliación y mediación (anterior y en paralelo al arbitraje inversionista-Estado).
- Limitación de determinadas materias (que pasarían a ser no arbitrables): Tema tributario, solamente podrá ser llevado a arbitraje inversionista – Estado, si las autoridades tributarias de ambos Estados “lo autorizan”, por posible existencia de vulneración. Temas ambientales, etc.
- Transparencia: Posibilidad de audiencias públicas, mayor participación de *amicus curiae*, publicación de laudos arbitrales en medios especializados. Denominación: “Arbitraje regulatório”: Disciplina (no debe ser solamente del Estado).

Modificaciones en el tratamiento del arbitraje internacional de inversiones como existía en los BITs: Hoy búsqueda de equilibrio de intereses

Nuevas regulaciones en los TLCs

Aspectos procesales

- Tendencia a incluir posibilidad de apelación interna, de comun acuerdo, debido a proliferación de laudos contradictorios.
- Estado Parte no contendiente (del inversionista) autorizado a presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal arbitral respecto a la interpretación del TLC (protección diplomática “judicializada”).
- Tribunal antes de dictar el laudo, si lo solicitan las partes, deberá presentarles proyecto de laudo para comentarios, que serán evaluados por el tribunal, antes de la emisión del laudo. Promueve carácter consensual.

Modificaciones en el tratamiento del arbitraje internacional de inversiones como existía en los BITs: Hoy búsqueda de equilibrio de intereses

Nuevas regulaciones en los TLCs

Aspectos sustantivos

- Precisiones a diversos estándares de protección (trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo).
- Concepto más restringido de expropiación: Incorporación de listas detalladas de actividades regulatorias de los Estados, que en principio no podrán ser consideradas medidas expropiatorias, no dando lugar a indemnización o a arbitraje: Por ejemplo, regulaciones relativas a salud pública, seguridad, medioambiente, etc.
- Se incluyen no obstante factores de evaluación del acto estatal: Impacto económico de la medida regulatoria, posible interferencia negativa con las expectativas del inversionista, carácter discriminatorio de la medida, etc. Mayor respeto a facultades regulatorias estatales, sin embargo no es carta blanca para arbitrariedades.



Objeciones de Brasil al arbitraje internacional de inversiones y comentarios preliminares

- Brasil no es Estado miembro del CIADI y no ratificó BITs o convenios internacionales incorporando el arbitraje de inversiones. Es uno de los pocos países en el mundo en esta situación.
- Diversos son los argumentos de Brasil para mantener esta posición contraria al arbitraje de inversiones.
- A continuación se mencionan estas objeciones y de manera preliminar algunos comentarios:

Primeira objeção: Inconstitucionalidade del sometimiento de controversias del Estado o de entidades estatales brasileiras a arbitraje.

Comentario preliminar: Con la reforma de la norma de arbitraje de 2015, hoy está expresamente reconocida la posibilidad de pactar arbitraje en los contratos de la Administración Pública.

Observación: Solamente contratos con cláusula arbitral. Inversiones extranjeras sin contrato, no serian protegidas mediante arbitraje, como sucede con el arbitraje internacional de inversiones bajo la protección de tratados internacionales. Arbitrajes de inversión contractuales son minoría (20% aprox).

- **Segunda objeção:** Los instrumentos internacionales que regulan la inversión extranjera únicamente protegen al inversionista, dejando de lado las facultades regulatorias de los Estados.
- **Comentario preliminar:** Los recientes TLCs y laudos buscan un mayor equilibrio entre protección de inversiones y facultades regulatorias de los Estados (evolución natural y en gran medida ante pérdida de legitimidad). Las críticas se concentran en tratados de la primera generación (BITs) e ignoran los tratados de la segunda generación (TLCs).
- **Tercera objeção:** Los Estados pierden la mayoría de los casos en el sistema arbitral CIADI, favoreciendo a los inversionistas.
- **Comentario preliminar:** Esta objeção ignora la realidad. Conforme a estadísticas CIADI 2018 (verificável), los Estados tuvieron éxito en 35% de los casos (jurisdicción o méritos), inversionistas en 30% y concluyeron por acuerdo de las partes o desistimiento el 35% de los casos.

Cuarta objeción: Argentina, demandada en más de 40 casos debido a medidas gubernamentales de emergencia adoptadas durante la crisis económica de 2001 e 2002 es un referente para que Brasil no sea miembro del CIADI y no ratifique BITs.

Comentario preliminar: Se discutió en esos casos si las medidas de emergencia adoptadas por el gobierno fueron o no imprescindibles y proporcionales para enfrentar la crisis económica, si protegieron de manera efectiva el interés público, justificando los daños a los inversionistas. Hoy, luego de más de 15 años, existe mayor consideración a las facultades soberanas para enfrentar situaciones de crisis.

En relación al alto número de casos contra Argentina, esto es relativo, ya que otros países como Perú, tienen igualmente un gran número de BITs y muchos casos en el CIADI, y apesar de eso, el Estado peruano ha tenido éxito en la mayoría de los casos. Depende de la conducta del Estado y del inversionista en cada caso particular, por ello Argentina, por sí misma, no debería ser un referente para esta decisión.

Quinta objeción: El sistema atenta contra la soberanía estatal y el arbitraje de inversiones implica un trato discriminatorio entre inversionistas extranjeros y nacionales, ya que únicamente los extranjeros tienen acceso al arbitraje internacional.

Comentario preliminar: La soberanía se encuentra protegida ya que: (i) Estado es libre de ratificar o no el Convenio, en ejercicio de esa soberanía; (ii) el Convenio considera la aplicación del Derecho interno del Estado. Esto es aclarado por los TLCs; (iii) el Convenio considera la posibilidad de exigir el paso previo por cortes locales, es decisión soberana.

Sobre la posible discriminación entre inversionistas nacionales y extranjeros, es un sistema arbitral especializado en inversión extranjera (búsqueda de despolitización, no interferência judicial interna, ejecución automática del laudo, especialización de los árbitros en Derecho Internacional). Con este sistema no se busca proteger a inversionistas nacionales contra su propio Estado, ya que éstos cuentan con foro interno propio, judicial o arbitral. Los elementos anteriores (IE) no se dan.

Sexta objeción: Tradicionalmente se ha argumentado que las grandes dimensiones de la economía brasileira, con un mercado en expansión y con una economía en crecimiento, han permitido que Brasil sea un país atractivo a la inversión extranjera sin ser necesario ratificar BITs o el Convenio CIADI.

Comentario preliminar: La situación económica del país no es la misma que existía en años anteriores. Multinacionales extranjeras de diversos países se retiraron del país. De acuerdo a UNCTAD, el 2018 la IED en Brasil cayó 12% respecto a 2017 (De US\$ 68 billones a US\$ 59 billones. La expectativa era US\$ 75 billones en 2018). Es necesario recuperar la confianza del exterior y atraer inversiones (extranjeras y brasileras), teniendo en consideración distintas condiciones económicas, políticas y jurídicas. El arbitraje internacional de inversiones es una de esas condiciones jurídicas.

Países como China y México, con dimensiones mayores o similares a Brasil, litigan ante el CIADI y han ratificado diversos Convenios de Inversión. China es el 2° país destino de inversiones en el mundo y ha ratificado alrededor de 90 BITs y TLCs, precisamente para ser más atractivo a la IED. Rusia sigue este camino.

Finalmente, multinacionales brasileras también necesitan protección en el exterior, mediante un mecanismo como el arbitraje internacional de inversiones. La inversión brasileras en el exterior está en crecimiento. Desde 2014, debido a la crisis económica interna, las empresas brasileras se están internacionalizado más, entrando a nuevos mercados o expandiéndose en aquellos en los que ya estaban presentes. Las multinacionales brasileras operan en más de 80 países, la mayoría miembros del CIADI y requieren protección.

El acceso a este sistema via filiales de otra nacionalidad y mecanismos de fórum shopping para acceder a la protección de BITs de otros países, puede potencialmente generar declaraciones de no competencia/jurisdicción por los Tribunales Arbitrales y con ello falta de protección.

Sétima objeción: No está probado que la ratificación de BITs y TLCs, así como el acceso al arbitraje internacional de inversiones realmente contribuyan a la atracción de inversiones.

Comentario preliminar: Estudios señalan que ratificar el CIADI, BITs, TLCs y acceso a arbitraje internacional, generan 2 efectos: **Efecto de compromiso** internacional vinculante y **efecto demostrativo** de seriedad de intenciones en la protección de derechos. Se transmite mensaje de transparencia, previsibilidad y estabilidad del Estado a la comunidad internacional ¿Si fuera cierta esta objeción por qué un país como China va a suscribir cerca de 90 Tratados de Inversión?

Modelo Brasileiro de Acuerdo de Inversiones: Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI)

- Entre 2015 y 2018, Brasil firmó ACFIs con países de África y América Latina, como Mozambique, Angola, Malawi, Etiopia, México, Colombia, Chile, Perú, entre otros. Ninguno de estos tratados fue ratificado.
- El ACFI es un modelo de Acuerdo de Inversiones, con dos etapas y objetivos claros: (i) Prevención de controversias inversionista – Estado y (ii) Arbitraje Estado – Estado, como último recurso.

- Como mecanismo preventivo de conflictos, contempla 2 instituciones - etapas:
- **Punto Focal (Ombudsmen)**
 - Primer punto de contacto del inversionista y del Estado para procurar apoyo y presentar un reclamo, con el objetivo de resolver preventivamente la controversia.
- **Comité Conjunto Interestatal**
 - Si la etapa anterior no tiene éxito, el asunto o controversia se presenta al Comité Conjunto para que colabore en una solución consensuada. Se trataría de un tipo de mediación, anterior a un posible arbitraje.
 - Las dos etapas son preventivas y/o auto-compositivas, con la participación de un facilitador – mediador.

- Si la etapa frente al Comité Conjunto no alcanzó resultados positivos, la controversia será vista en un **Arbitraje entre los dos Estados**, cuyo objetivo principal será que el Tribunal determine si la medida estatal cuestionada se encuentra o no conforme con el ACFI. Determinación de daños de manera excepcional solamente mediante acuerdo previo de los 2 Estados.
- El modelo de ACFI de solución de controversias es en cierta medida similar al sistema GATT-OMC. Inversionista no tiene acción directa contra el Estado. Mecanismo interestatal. Evaluación de conformidad de la medida. Pierde eficacia para una real protección de los derechos inversor.
- Al ser un mecanismo Estado – Estado, la solución de la controversia potencialmente podría ser influenciada por factores políticos y diplomáticos, dependiendo en gran medida de las relaciones entre los 2 Estados involucrados y pasando a un segundo plano el interés directo y las obligaciones del inversionista extranjero e inclusive la responsabilidad del Estado receptor.

Reflexiones en torno al arbitraje internacional de inversiones

- Los laudos arbitrales CIADI contribuyen a la creación del Derecho Internacional relativo a la IED.
- Constituye un mecanismo de solución de controversias internacionales de naturaleza mixta, pues se encuentran involucrados legítimos intereses privados (de protección del inversionista extranjero) e intereses públicos (del Estado receptor);
- A pesar de la existencia de principios y reglas de protección de la IED en Convenios Multilaterales y BITs, el contenido del Derecho Internacional relativo a la IED aún no se encuentra plenamente consolidado. Los laudos arbitrales contribuyen a ello;

- El arbitraje internacional de inversiones es conocido también como “arbitraje regulatorio” (pues involucra facultades tradicionalmente consideradas “soberanas”);
- Ejemplos de interés público involucrado en controversias de inversión: Protección ambiental, repercusión de una ineficiente gestión de conflictos socio-ambientales en proyectos de explotación de recursos naturales, estabilidad del sistema financiero, ejercicio arbitrario de facultades tributarias, protección del patrimonio cultural, prestación de servicios públicos, tangencialmente protección de derechos humanos, etc;

- Búsqueda a nivel interno y a nivel internacional (BITs, TLCs, ACFIs), de un mayor equilibrio y coherencia entre conceptos aparentemente contrapuestos:
 - (i) Protección de las inversiones extranjeras vs. ejercicio legítimo y adecuado de facultades estatales regulatorias;
 - (ii) Políticas públicas de liberalización vs. políticas de regulación estatal;
 - (iii) Derechos y obligaciones de los Estados vs. derechos y obligaciones de los inversionistas/multinacionales;
 - (iv) Políticas de promoción de las inversiones vs. otras políticas públicas (protección ambiental, protección de derechos humanos, políticas de generación y distribución de beneficios a localidades);

- Por ello algunos mencionan que en esta área del Derecho Internacional confluyen el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ambos de especial preocupación para el Estado.
- El arbitraje internacional de inversiones puede perfeccionarse, con mayor participación de la sociedad civil, mayor equilibrio en los laudos arbitrales, posibilidad de revisión y mayor transparencia en la atribución de responsabilidades de los Estados y de los inversionistas.
- El objetivo es encontrar un modelo de Tratado de Inversiones que refleje de manera equitativa los derechos y obligaciones de ambas partes, que contenga un mecanismo de solución de controversias que sea efectivo para ambos, pudiendo cualquiera de ellas ser demandante. Se requieren modificaciones en el Derecho Internacional de las Inversiones sustantivo y el fortalecimiento de un Sistema de Solución de Controversias efectivo, no lírico, pero que sea verdaderamente imparcial y que combine aspectos del Derecho Privado y del Derecho Internacional Público.