

**Riesgos y retos de los tratados
de libre comercio y los tratados
bilaterales de inversión**

*El caso de los litigios inversionista-Estado y
de las expropiaciones indirectas*

Diana Rodríguez Franco

Director: César Rodríguez Garavito
**Investigación profesoral: “Globalización, tratados de
libre comercio y de recho”**

**INVESTIGACIÓN PROFESORAL
MODALIDAD INFORME ANALÍTICO
4 DE JUNIO DE 2007
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES**

Riesgos y retos de los tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión

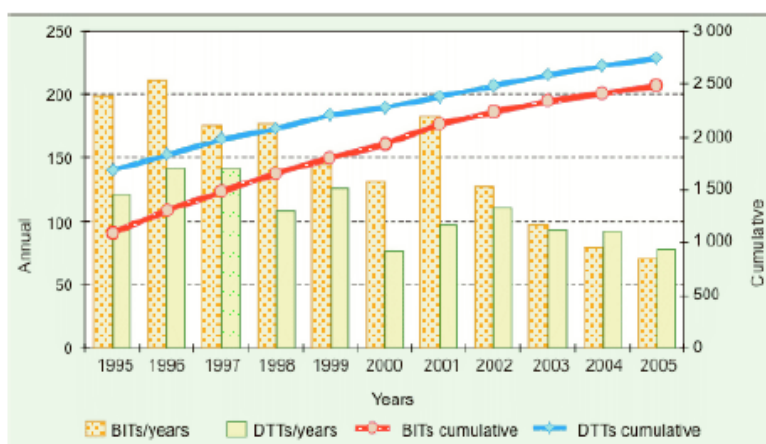
El caso de los litigios inversionista-Estado y de las expropiaciones indirectas

Diana Rodríguez Franco

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha estado acompañado en los últimos años de un crecimiento sin precedentes de tratados bilaterales de inversión (TBIs) y tratados de libre comercio (TLCs), como revela el gráfico 1. Durante los últimos diez años se han firmado un promedio de dos TBIs por semana. Actualmente, más de 250 tratados bilaterales y multilaterales de inversión gobiernan más del 30 por ciento del comercio mundial (Oxfam, 2007, p.5).

Gráfico 1: Numero de TBI y Tratados de Doble Tributación concluidos, acumulativo y anual entre 1995 y 2005



Fuente: UNCTAD, 2006, p.26.

Los países desarrollados usan estos tratados para ganar concesiones imposibles de obtener en el seno de la Organización Mundial del Comercio donde los países pobres trabajan mancomunadamente para evitar imposiciones excesivas.

Uno de los pilares esenciales de los TBIs y los TLCs son las normas relativas a inversiones que exigen a los países signatarios proporcionar amplios derechos procesales y sustanciales a los inversionistas extranjeros con el fin de: (i) proteger a los inversionistas de su eventual asimetría de poder frente a los Estados, (ii) eliminar las barreras a las inversiones y (iii) suministrar medios efectivos para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados.

El propósito de este informe es analizar, con un telón de fondo jurídico que tiene implicaciones en el campo económico y de políticas públicas, dos componentes medulares de estas normas de inversión: el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (sección II) y la cláusula de expropiaciones indirectas (sección III).

La importancia de estudiar el sistema de solución de controversias y las expropiaciones indirectas se debe a su incidencia en las capacidades tradicionales del Estado, particularmente, su función regulatoria y su función jurisdiccional. Así, como al impacto que la interacción entre estas dos figuras produce en el ámbito económico, jurídico, social y ambiental de los países signatarios de los tratados.

II: EL MECANISMO DE SOLUCIÓN CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

El capítulo de inversiones en los tratados de libre comercio (TLCs) y los tratados bilaterales de inversión (TBIs o BITs por sus siglas en inglés) consagran un conjunto amplio de derechos sustanciales y procesales a favor de los inversionistas extranjeros. En materia procesal, el derecho consiste en un mecanismo privado de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Dicho mecanismo faculta a los inversionistas extranjeros para exigir de manera directa a los Estados receptores de las inversiones el cumplimiento de las normas de inversión incluidas en dicho capítulo y reclamar de esos gobiernos la indemnización en efectivo por daños y perjuicios producto de las acciones estatales que, según los inversionistas, violen esos derechos. Estas reclamaciones de los inversionistas contra los Estados se resuelven por medio de un procedimiento de arbitraje ante tribunales privados conocidos como “inversionista-Estado”¹ que operan por fuera de los sistemas judiciales nacionales. Contrasta con el sistema de solución de diferencias Estado-Estado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y otros acuerdos multilaterales en los que únicamente los Estados parte de los acuerdos pueden tomar acciones contra los otros Estados para hacer cumplir los derechos y las obligaciones contenidas en los mismos².

Existen diversos procedimientos bajo los cuales se podría adelantar el arbitraje entre inversionistas y Estados: el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID, en inglés), el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derechos Mercantil Internacional (CNUDMI o más conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés), el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el de la Organización Multilateral para la Garantía de las Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), entre otros. Sin embargo, la mayoría de los procedimientos de arbitraje que se llevan a cabo en el marco de las relaciones

¹ El nombre “inversionista-Estado” surge de las dos partes que intervienen en el proceso.

² El único país que hasta el momento no ha incluido un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en un TLC con Estados Unidos es Australia en 2004. En el marco de dicho TLC, las controversias que surgen entre los inversionistas extranjeros y el Estado son atendidas por los propios gobiernos en una relación Estado-Estado como establecen las normas de la OMC (Capling y Nossal, 2004, p.2).

comerciales internacionales se han regido por las reglas del CIADI³, como indican las cifras.

Para finales de 2006, se habían concluido más de 2500 TBIs⁴ y 25 TLCs entre países en vía de desarrollo y países desarrollados (Oxfam, 2007, p.2), que contenían el procedimiento de arbitraje del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario⁵ como el sistema para solucionar las controversias entre un inversionista y el Estado. Por otra parte, aunque el Convenio del CIADI prevé la posibilidad de iniciar procedimientos de conciliación o de arbitraje, para 2003 el CIADI había registrado 159 casos, de los cuales 155 fueron de arbitraje y cuatro de conciliación (Bernal, 2005, p.7). Por esta prevalencia, al analizar el arbitraje en un contexto de tratados de libre comercio y de tratados bilaterales de inversión, es relevante analizar las reglas y los procedimientos de arbitraje del CIADI.

El objetivo de la presente sección es estudiar la naturaleza de los tribunales privados “inversionista-Estado” tipo CIADI y analizar las consecuencias que para los Estados y sus ciudadanos tiene éste medio de resolución de controversias. Para ello, el primer aparte estudia el origen del CIADI, luego analiza la jurisdicción de dicha institución y por último destaca los rasgos distintivos de los tribunales arbitrales privados tipo CIADI. La sección concluye con un segundo aparte donde se analizan las implicaciones de los tribunales de arbitramento “inversionista-Estado” para los países y para sus ciudadanos; en particular, las consecuencias que tienen estos tribunales sobre la capacidad de solución de controversias de un Estado y los mayores derechos que este tipo de mecanismo consagra para los inversionistas extranjeros en comparación con los nacionales.

³ Para evitar errores comunes, antes de entrar en materia, conviene tener claro que el CIADI es una organización internacional cuya principal actividad es la administración de procedimientos de arbitraje, pero que no es él, sino los tribunales privados “inversionista-Estado” constituidos bajo su reglamento quienes dirimen los conflictos. En otras palabras, hay diversos centros internacionales con sus propios reglamentos de arbitraje internacional (CCI, CIADI, CNUDMI, etc.) pero no son ellos quienes resuelven directamente los conflictos entre el Estado y el inversionista sino los tribunales de arbitramento inversionista-Estado constituidos bajo sus reglamentos. De ahí que se conozcan como tribunales arbitrales “inversionista-Estado” tipo CIADI o CCI, por ejemplo.

⁴ Para una lista cronológica de TBIs firmados entre los años 1959 y 1996, véase, <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/i-1.htm>

⁵ Como se explicará más adelante en detalle, las Reglas del Mecanismo Complementario también son reglas del CIADI.

1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): origen, objeto, competencia y rasgos distintivos

1.1. Origen y objeto del CIADI

El CIADI es una organización internacional de carácter público, con sede en Washington D.C., constituida por iniciativa del Banco Mundial en 1965 a través de un tratado internacional: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio de Washington). Tras ser ratificado por veinte países, el tratado entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.

Con el Convenio del CIADI el Banco Mundial pretende construir una atmósfera de inversión más estable, que genere confianza recíproca entre el inversionista y el Estado, para fomentar la inversión de los países industrializados hacia los países en vía de desarrollo. El objetivo, en últimas, es despolitizar el manejo de los conflictos que se venían presentando con relación a las inversiones extranjeras entre los Estados (Álvarez, 2002, p.224). Para estos fines se creó una organización independiente e imparcial que se encargue de la resolución de conflictos entre Estados e inversionistas privados y que además, garantice un equilibrio entre los intereses de ambas partes.

Para garantizar esta neutralidad, el Convenio contiene la Cláusula de Opción Única y Definitiva Jurisdicción (Art. 26). La cual prohíbe a las partes, una vez se comprometen a dirimir sus diferencias bajo el procedimiento de arbitraje del CIADI, acudir ante tribunales nacionales ya sean judiciales o arbitrales, inclusive tratándose de la práctica de medidas cautelares. Asimismo, establece que la ley aplicable al litigio será la acordada por las partes y sólo en su defecto, regirá el derecho del Estado receptor (Art. 42). Tampoco permite a los Estados Contratantes conceder protección diplomática o promover ninguna reclamación internacional en defensa de una persona moral o física que haya sometido una diferencia con otro Estado contratante (Art. 27) pues se busca brindar al Estado-parte la seguridad jurídica de que no será objeto de reclamaciones paralelas, una por el inversionista y otra por el Estado.

El Convenio, sin embargo, se queda corto en la medida en que sólo puede ser invocado si tanto el país receptor como el país de donde es nacional el inversionista lo han ratificado. De manera que si el litigio se presenta entre un país que ha ratificado el Convenio y un inversionista nacional de un país que no lo ha ratificado, o si la diferencia sometida no emana directamente de una inversión, no puede someterse a un arbitramento del CIADI.

Con el ánimo de superar dicha limitación, y ampliar el campo de acción del CIADI, en septiembre de 1978 se crearon las Reglas del Mecanismo Complementario que facultan al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos que no estén dentro del marco del Convenio CIADI. Bajo este Mecanismo Complementario se ventilan los siguientes procedimientos:

- Procedimientos de conciliación y arbitraje en materia de inversiones entre un Estado y un inversionista cuando alguno de los dos no está cobijado por el Convenio.
- Procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de disputas que no emanen de una inversión (excepto si provienen de una transacción comercial ordinaria) y en donde al menos una de las partes es un Estado contratante o un inversionista de un Estado contratante.
- Procedimientos de comprobación de hechos.

De esta manera, disputas relacionadas con inversiones que surjan en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o más conocido como NAFTA), por ejemplo, en donde ni México ni Canadá han ratificado el Convenio, pero Estados Unidos sí, pueden someterse al arbitraje del CIADI a través del Mecanismo Complementario, como de hecho lo vienen haciendo. Sin embargo, el procedimiento para el reconocimiento de los laudos bajo el Mecanismo Complementario no es tan eficiente como bajo CIADI. Para que el laudo sea reconocido en uno de los países que no han ratificado el Convenio del CIADI, se requiere el exequátur⁶ y haber firmado la

⁶ Exequátur es el procedimiento a través del cual un Estado verifica si una sentencia judicial o un laudo proferido en un país extranjero reúne los requisitos que permiten conferirle efectos legales en dicho Estado.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, más comúnmente conocida como la Convención de Nueva York de 1958.

Las normas relativas a la estructura y a los procedimientos de arbitraje y conciliación del CIADI se encuentran principalmente en la mencionada Convención del CIADI y en cuatro textos adicionales. El primero, las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje, conocidas como Reglas de Arbitraje, que constituyen la carta de navegación para efectuar este procedimiento, desde la constitución del tribunal hasta la elaboración del laudo. Segundo, el Reglamento Administrativo y Financiero. Tercero, las reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje, conocidas como Reglas de Iniciación. Cuarto y último, las reglas procesales aplicables a la conciliación. Por otra parte, existe el referido Reglamento del Mecanismo Complementario. Tanto las reglas como los reglamentos comenzaron a regir el 1 de enero de 1968, siendo reformadas por primera vez en 1984 y la última en 2002 (ICSID, 2004, p. 2).

Las funciones del CIADI no son conciliar ni arbitrar diferencias directamente, eso lo hacen los tribunales de arbitramento que pueden ser “inversionista-inversionista” o “inversionista-Estado”, según la naturaleza de las partes. Su principal actividad es administrar los procedimientos de arbitraje. Para ello, registra solicitudes de conciliación o arbitraje, ayuda en la constitución de los tribunales y las comisiones de conciliación. También provee la lista de árbitros y conciliadores y brinda apoyo administrativo, como nombrar un secretario de las comisiones o los tribunales.

La Convención del CIADI está abierta para la firma de los Estados miembros del Banco Mundial y de todo Estado signatario del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que el Consejo Administrativo del CIADI, por voto de dos tercios de sus miembros, invite a suscribirlo (Art. 67). En los últimos tiempos, la popularidad del tratado ha aumentado de manera exponencial. Hasta la fecha, 156 Estados han firmado el Convenio y 144 lo han ratificado⁷, entre ellos Colombia⁸. Resulta particularmente

⁷ Para una lista actualizada de los estados signatarios y contratantes del Convenio del CIADI, véase <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>

interesante el caso de los países latinoamericanos que permanecieron adversos al arbitraje durante la mayor parte del siglo XX, incluso objetando la aprobación del texto del Convenio del CIADI en 1964 durante la reunión de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial llevada a cabo en Tokio, pero desde 1990 la mayoría lo han ratificado (Bernal, 2005, p.5).

La aversión hacia el arbitraje se remontaba al siglo XIX y estaba relacionada con los conflictos de fronteras entre estos países y las potencias occidentales (Nariman, 2004, p.124). En 1983, durante la celebración de los 60 años de la Cámara de Comercio Internacional, el Juez Keba M'baye, presidente de la Corte Suprema de Senegal y posteriormente de la Corte Internacional de Justicia, insistía en que la idea, sostenida por algunos como el Juez Howard Holtzmann de los Estados Unidos, sobre la existencia de un sistema internacional de justicia, no era compartida por algunos países especialmente de África, Asia y América Latina quienes aún veían el arbitraje como una institución judicial extranjera impuesta sobre ellos a la fuerza. No obstante, M'baye vaticinó un cambio: “El arbitraje internacional, gradualmente y con el tiempo, ganará reconocimiento cuando gane la confianza del Tercer Mundo” (Nariman, 2004, p.125). Y así fue. En el nuevo milenio, el arbitraje parece haberse emancipado del aborrecimiento de los países en desarrollo, recayendo hoy sobre los mecanismos nacionales judiciales. Parafraseando a Christoph Schreuer (2001), el CIADI es parte de un sistema que se complementa con los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio suscritos profusamente en los últimos diez años y en los que se otorga el consentimiento a los inversionistas extranjeros para que, en caso de controversias, puedan acudir al arbitraje internacional.

1.2. Jurisdicción del CIADI

La jurisdicción del CIADI la determinan dos características del arbitraje: el consentimiento y la especialización (Álvarez, 2002, p.207).

⁸ Colombia firmó el Convenio del CIADI el 18 de mayo de 1993, depositó el instrumento de ratificación el 15 de julio de 1997 y la entrada en vigor fue el 14 de agosto de 1997. La ley aprobatoria del tratado es la Ley 267 de 1996 y fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-442 de 1996.

1.2.1. El consentimiento

El consentimiento de las partes se considera el pilar angular de la jurisdicción del CIADI⁹. Por esto, el Estado parte y el inversionista deben manifestar por escrito su consentimiento de acudir al CIADI (Art. 25). Además, tanto el Estado parte como el Estado del inversionista deben ser Estados contratantes de la Convención del CIADI. Sin embargo, que uno u otro no sean contratantes de la Convención no es un impedimento para iniciar un procedimiento de arbitraje ante este centro pues lo pueden hacer a través del Mecanismo Complementario del CIADI.

La pregunta es entonces cuándo y cómo debe ser el consentimiento. En virtud del Art. 36.2, para presentar la solicitud de arbitraje es indispensable presentar la prueba del consentimiento por lo que éste debe existir al momento de presentar la solicitud. Más allá de exigir que sea por escrito, el Convenio no especifica cómo debe ser ese consentimiento. Esto significa que el consentimiento puede constar en una cláusula arbitral contenida en un tratado de inversión que especifique que las eventuales diferencias que surjan como producto de ese tratado serán sometidas al CIADI o puede manifestarse en un compromiso en el que las partes hayan acordado someter una diferencia ya existente al procedimiento del Centro. También es usual que en su legislación sobre inversiones o en tratados bilaterales o multilaterales los países den la opción de acogerse al arbitraje del CIADI en caso de emanar diferencias relativas a inversiones, por lo que el inversionista sólo debe consentir por escrito a la iniciativa estatal. Este tipo de oferta se conoce como “oferta pública de arbitraje” (Álvarez, 2002, p. 208) y se ha vuelto inmensamente popular; lo que también ayuda a explicar por qué el apogeo del arbitraje internacional.

1.2.2. La especialización

Para que el CIADI adquiera jurisdicción sobre una diferencia inversionista-Estado se requiere que la diferencia sea de naturaleza jurídica y que surja directamente de una inversión entre un inversionista nacional de un Estado contratante, por un parte, y un

⁹ Para un desarrollo detallado sobre la importancia del consentimiento en los tribunales del CIADI, véase Caso *Autopista Concesionada de Venezuela C.A v. la República Bolivariana de Venezuela*, párrafos 47-133.

Estado contratante o cualquiera de sus subdivisiones políticas u organismos públicos acreditados por éste ante el CIADI, por la otra.

Aunque son los elementos que hacen del arbitraje del CIADI un procedimiento único y especializado, el Convenio no define ni qué es “Estado contratante”, ni “nacional de un Estado contratante”, ni “diferencia de naturaleza jurídica” o “inversión”. Por ello, a continuación se analizan cada uno de estos conceptos por separado.

1.2.2.1 Competencia en razón de la persona (Ratione personae): personas naturales y personas jurídicas

Pueden ser parte del procedimiento de arbitraje adelantado ante el CIADI, en principio, los Estados contratantes de la Convención de Washington. Sin embargo, para alcanzar una mayor cobertura, el Art. 25 permite que cualquier subdivisión política u organismo público del Estado que esté acreditado por éste ante el CIADI, intervenga por sí mismo como parte en el litigio. Bajo esta clasificación caben las entidades con o sin personería jurídica, del sector centralizado o descentralizado, así como empresas públicas y demás organismos que cumplan funciones públicas. Pero no basta con la designación. Adicionalmente, el Convenio requiere que el consentimiento de estas entidades o subdivisiones sea aprobado por el Estado, salvo aclaración expresa o que se haga de manera *ad hoc*.

La otra parte del litigio debe ser un inversionista nacional de un Estado contratante; bien un nacional persona natural, bien un nacional persona jurídica. Para que una persona natural pueda ser parte directamente, el Convenio exige dos requisitos, a saber: que al momento de que las partes expresen el consentimiento de someter sus diferencias al arbitraje y al momento de registrar la solicitud de arbitraje ante el CIADI, la persona tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinta a la del Estado receptor contra quien se inicia el procedimiento. De esto se desprende que un inversionista nacional de un Estado contratante que tenga doble nacionalidad –la otra siendo la del Estado contraparte en la diferencia- al momento de expresar el consentimiento y registrar la solicitud, está impedido para iniciar un procedimiento de arbitraje frente al CIADI.

Tratándose de personas jurídicas, el concepto de nacionalidad continúa siendo un elemento clave para delimitar la posibilidad de someter diferencias ante el CIADI. Sin embargo, como el Convenio no brinda criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica, se usan los que ofrece la jurisprudencia internacional: el lugar de constitución y el lugar de domicilio principal y además se deja abierta la opción de que las partes fijen otros criterios. Al igual que en el caso de las personas naturales, las jurídicas deben cumplir con los requisitos fijados en el Convenio para poder recurrir al arbitraje, a saber: (1) Ser nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia al momento de brindar su consentimiento o; (2) Que a una persona jurídica que tenía la nacionalidad del Estado receptor, las partes hayan decidido atribuirle la calidad de nacional de otro Estado contratante por estar sometida a control extranjero.

El segundo supuesto se presenta frecuentemente y en vista de que el término *control extranjero* no está definido en el Convenio mismo, las partes cuentan con una extensa autonomía para llenarlo de contenido. Sin embargo, es un criterio ampliamente criticado, en especial, por el poder que se le otorga a la sociedad subsidiaria de vincular a la sociedad controlante.

1.2.2.2 Competencia en razón de la materia (*Rationæ materiae*)

Los litigios que se pueden presentar ante el CIADI deben cumplir dos condiciones. Primero, sólo pueden ser diferencias de naturaleza jurídica y segundo, deben surgir directamente de una inversión. Pero nuevamente ninguno de los dos términos está definido por el Convenio. Por esto, se recurre normalmente al informe de los Directores Ejecutivos del CIADI o a definiciones de instituciones supranacionales como la Corte Internacional de Justicia.

Por *diferencias de naturaleza jurídica* se entiende un conflicto de derechos. Son aquellas que se dirijan a determinar la existencia o el alcance de un derecho u obligación de carácter legal, o la naturaleza o el alcance de la reparación que dé lugar la violación de una obligación de carácter legal (Informe de los Directores Ejecutivos acerca del

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relacionadas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 2003, p.44). Con esta delimitación se busca evitar que las controversias inversionista-Estado llevadas ante CIADI versen sobre diferencias comerciales, políticas o conflicto de intereses.

Respecto a la falta de una definición de *inversión*, cabe anotar que su omisión fue intencional porque en virtud de la consensualidad característica del Convenio, se pensó que las partes eran quienes debían delimitar las clases de diferencias que consideraban provenientes de una inversión. Sin embargo, algunos laudos han intentado llenar de contenido la palabra por ser el eje del CIADI. Así, de la jurisprudencia del CIADI es posible establecer que los elementos constitutivos de una inversión bajo el Convenio del CIADI son los siguientes¹⁰:

1. Que la inversión sea beneficiosa para el desarrollo de los Estados
2. Que no se trate de una transacción comercial común

También sucede que con excepción del Protocolo de CARICOM y de la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), todos los tratados bilaterales o multilaterales, al menos en las Américas, definen lo que se debe entender por inversión (Robert, 2001, p. 3). El problema, sin embargo, es que la mayoría de estas definiciones son tan amplias, que impiden delimitar con claridad el alcance del tratado, cayendo en el riesgo de que se abuse del mecanismo de arbitraje del CIADI, como de hecho sucede en el marco del TLCAN (Molot, 2002, p. 162).

1.3. Los factores distintivos del CIADI: autonomía e independencia

El arbitraje del CIADI se distingue por la completa autonomía e independencia del procedimiento. En efecto, se diferencia de cualquier otro tipo de arbitraje comercial por ser el único que se basa en un tratado internacional –Convenio de Washington de 1965– de manera que puede estar desprendido del derecho nacional en lo relacionado a la sede del tribunal y al procedimiento de reconocimiento, revisión y ejecución del laudo. Si bien la independencia es un gran atractivo para el inversionista que desea evitar

¹⁰ Al respecto, véase Caso CIADI *Fedax N.V. v. la República de Venezuela*.

someterse a los tribunales del país receptor, constituye la gran amenaza para el Estado, como veremos con detalle en el segundo aparte de esta sección. A continuación analizaremos las características que convierten al procedimiento del CIADI en autónomo e independiente.

1.3.1. Los poderes del tribunal de arbitramento

El tribunal de arbitraje se constituye, en principio, de acuerdo a la voluntad de las partes y está compuesto de un número impar de árbitros, generalmente tres. Cuando existe acuerdo previo respecto al número de árbitros y al procedimiento de constitución, las partes se lo comunican al CIADI junto con la solicitud de arbitraje. En caso de no existir alguno de estos acuerdos, el solicitante puede proponerle a la otra parte el número de árbitros—siempre impar- y el método de nombramiento, dentro de los 10 días siguientes al registro de la solicitud de arbitraje. La otra parte tiene 20 días para aceptar la oferta o para proponer modificaciones, pero si al cabo de 60 días no hay acuerdo sobre el número o el procedimiento de nombramiento, a solicitud de la parte interesada, se procederá a nombrar tres árbitros: uno nombrado por cada parte y el otro por el Centro (Art. 37.2b)¹¹. Si 90 días después de la notificación del acta de registro de la solicitud no se ha constituido el tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, procederá a nombrar el o los árbitros faltantes.

Una vez constituido el Tribunal, éste debe resolver sobre su propia competencia en virtud del principio conocido como *kompetenz-kompetenz* (Art. 41). Bajo este principio, toda alegación que haga una parte acerca de que la controversia está por fuera de los alcances del Centro deberá ser analizada por el propio tribunal y será éste quien determine si la resuelve como cuestión previa o al tiempo con el fondo (Art. 41.2).

Indudablemente éste es uno de los poderes más trascendentales del tribunal, y aunque es una facultad reconocida a toda institución de naturaleza judicial como la Corte Internacional de Justicia y los otros arbitrajes institucionales y *ad hoc*, es una de los factores que más incide en la transformación de la jurisdicción del Estado por parte de

¹¹ Los árbitros son nombrados de las listas de árbitros y conciliadores del CIADI conformadas de acuerdo al Art. 12 del Convenio CIADI.

los tribunales privados “inversionista-Estado”. Determinar qué órgano es competente para conocer de cada asunto dejó de ser una potestad del Estado, para convertirse en la potestad de un grupo de árbitros por fuera del ámbito nacional.

Con el caso *Mobil Oil Corporation y Otros v. Nueva Zelanda* se hizo evidente la potestad de los tribunales arbitrales tipo CIADI para determinar su propia competencia. El gobierno de Nueva Zelanda solicitó ante una corte local que se impidiera a la empresa Mobil Oil continuar con el proceso ante el CIADI, alegando que el tribunal no era competente para conocer la controversia. Sin embargo la corte, invocando el Art. 41, determinó que eso era algo que debía determinar el propio tribunal.

Sin embargo, no sólo es sorprendente que tal poder recaiga exclusivamente en cabeza de tres—y en algunos casos de una—, sino que además es preocupante que haya dudas sobre la idoneidad de tribunal en cuanto “si son realmente árbitros que entienden del tema arbitral, del tema de inversión y de la filosofía o si simplemente es el reconocimiento de un favor político a un personaje tal”¹².

1.3.2. La autonomía del laudo

La autonomía del laudo se manifiesta en dos propiedades. En primer lugar, los laudos proferidos por un Tribunal del CIADI no requieren de exequátur, ya que la Convención de Washington obliga a todo Estado contratante a tratarlo como una sentencia en firme proferida por un juez nacional o federal (en caso de tener el Estado una constitución federal). En efecto, basta con presentar ante los tribunales nacionales competentes o ante la autoridad designada por el respectivo Estado una copia del laudo certificada por el Secretario General del Centro para iniciar el procedimiento de ejecución conforme a la legislación nacional.

En segundo lugar, el laudo proferido por el tribunal de arbitramento es obligatorio y sólo puede ser objeto de los recursos previstos en el mismo Convenio (Art. 53), a saber:

¹² Rafael Bernal Gutiérrez, Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, entrevista realizada personalmente el 16 de junio de 2006. Esta fue la respuesta a la pregunta de por qué se desea instaurar un mecanismo de apelación del CIADI.

rectificación o requerimiento de decisión complementaria, aclaración, revisión y anulación. Son recursos que conoce el mismo tribunal y dentro de los cuales no figura la apelación; lo que implica que el Estado se juega su suerte en una sola instancia. Estos tipos de recursos cumplen una doble función. Por una parte, le confieren autonomía al laudo, y por otra, contribuyen a la autonomía del sistema CIADI en general al garantizar la independencia de cualquier sistema judicial nacional.

Hasta el momento ninguna otra institución de arbitraje cuenta con tal blindaje para sus providencias (Álvarez, 2002, p. 215). Sin embargo, si sumamos la inquietud a la que hacíamos referencia sobre la idoneidad de los árbitros, la preocupación sobre la calidad, la orientación y la contundencia de sus decisiones, y el temor de los Estados de jugarse la suerte en una sola instancia, es de esperar que ya esté en curso una reforma para establecer la apelación. Sería una manera de reconocerla cierta protección al Estado.

Con la descripción de los factores distintivos del CIADI se concluye este primer aparte cuyo fin es estudiar el objeto, la competencia y los rasgos más distintivos de los tribunales arbitrales “inversionista-Estado” tipo CIADI. Con este trasfondo, el segundo aparte busca analizar las consecuencias que tienen para los Estados y sus ciudadanos incorporar éste mecanismo de resolución de controversias en los tratados bilaterales de inversión y en los tratados de libre comercio.

2. Principales implicaciones de los tribunales privados “inversionista-Estado”

El sistema privado de solución de controversias por medio de tribunales “inversionista-Estado”, concebido como un mecanismo de los TBIs y los TLCs para atraer la inversión extranjera en la medida en que les garantiza a los inversionistas extranjeros un procedimiento expedito y neutral para defender el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o de los TBIs, acarrea consecuencias negativas tanto para el Estado receptor de las inversiones como para sus ciudadanos.

En primer lugar, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado otorga a los inversionistas extranjeros derechos significativamente mayores que los que tienen

las empresas nacionales. Acudir a dichos tribunales arbitrales para exigir de manera directa a los Estados receptores de las inversiones el cumplimiento de las normas sustanciales incluidas en el BIT o en el capítulo de inversiones de los TLCs, y la indemnización en efectivo por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento por parte del gobierno hubiera podido causarles, es una potestad conferida exclusivamente a los inversionistas extranjeros y no a los nacionales. Es decir, si un inversionista nacional quiere demandar al Estado por considerar que éste, a través de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, ha incumplido sus obligaciones, debe hacerlo ante los jueces nacionales.

Conferirles a los extranjeros la posibilidad de saltarse la jurisdicción nacional y apelar a comités de arbitraje internacional es darle una lectura errónea a la doctrina Calvo¹³, según la cual los extranjeros tienen una condición jurídica equivalente a la de los nacionales y por ende, deben estar sometidos al derecho y a las autoridades del Estado que los acoge, evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Sin embargo, con el referido mecanismo “inversionista-Estado”, si bien se prohíbe la protección diplomática, la responsabilidad de los gobiernos hacia los extranjeros es superior que la que tienen hacia sus nacionales.

Asimismo, se le brinda un trato preferencial a los inversionistas en relación con el propio Estado. Por ser un mecanismo inversionista-Estado es sólo el inversionista quien puede demandar al Estado, sin que exista un mecanismo equivalente donde el Estado pueda demandar al inversionista. Tampoco se les exige ninguna responsabilidad a los inversionistas con el Estado (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2004, p. 43).

La adopción de tribunales arbitrales “inversionista-Estado” como mecanismo de solución de pleitos menoscaba la función de todo Estado de solucionar controversias y administrar justicia. Como veíamos en la sección anterior, en virtud de la Cláusula de Opción Única y Definitiva Jurisdicción cuando los Estados aceptan resolver las controversias ante tribunales de arbitramento constituidos bajo las reglas del CIADI, se

¹³ Esta doctrina toma su nombre del jurista argentino Carlos Calvo, quien en 1896 declaró que “la responsabilidad de los gobiernos hacia los extranjeros no puede ser mayor que la que tienen hacia sus propios ciudadanos” (Center for International Environmental Law, 2003, p.1).

obligan a renunciar a otros mecanismos de solución de controversias, tanto nacionales como internacionales. Esto significa que, contrario a lo que sucede en otros sistemas como el sistema universal de los derechos humanos donde un país puede ser juzgado en una jurisdicción internacional pero bajo el entendido de que es un mecanismo subsidiario¹⁴, en los TLCs y en los TBI s los Estados quedan automáticamente sometidos a la competencia de los tribunales arbitrales privados en caso de controversia con un inversionista. El poder judicial queda relegado a un segundo plano e incluso pasa a ser innecesario dado que al firmar los capítulos de inversiones, los gobiernos aceptan las potestades de los mecanismos internacionales de arbitraje comercial.

Ello sumado a que en el sistema privado de solución de controversias el Estado y sus funcionarios gozan de menos garantías que bajo su propia jurisdicción. El hecho que los tribunales funcionen en el ámbito privado significa que los procesos no son conducidos por el principio de prevalencia del interés público, de manera que poco importan los motivos por los cuales el Estado pudo haber incumplido las obligaciones que ocasionaron el perjuicio al inversionista. Esto aunado a que los funcionarios públicos cuyas políticas son objeto de la controversia no tienen la posibilidad de defenderse ante los tribunales arbitrales -ni por sí mismo ni a través de los funcionarios electos para representarlos- y que el laudo no es apelable.

Asimismo, los procesos están privados de todo control ciudadano. En vista de que el CIADI fue creado para arbitrar litigios privados y comerciales entre partes contractuales, hay una condición de estricta confidencialidad en estos procesos. Por consiguiente, no hay formas de acceso para la prensa o para el público, ni tampoco amplios mecanismos de participación pública, a pesar de que en el marco de los TLCs las controversias suelen versar sobre asuntos de interés público relacionados a políticas públicas y leyes nacionales o locales, como veremos en detalle en la sección II.

Conviene anotar que la participación ciudadana en los procesos de arbitraje parecería estar ganando espacio a medida que los tribunales arbitrales ya han empezado a aceptar escritos de *amicus curiae*, tal como sucedió en los casos del CIADI *Agua s Argentinas*

¹⁴ Por subsidiario se entiende que un Estado puede acudir a la jurisdicción internacional pero antes puede someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales.

*S.A. y otros v. la República Argentina*¹⁵, *UPS v. Canadá* y *Methanex v. Estados Unidos*. Esto no significa, sin embargo, que la participación ciudadana esté garantizada dado que bajo el reglamento del CIADI la aceptación de los *amicis* es a discreción del tribunal y la empresa demandante tiene la potestad para exigir que el proceso sea confidencial.

Por último, y quizá la más nociva de las consecuencias del mecanismo “inversionista-Estado”, es que abre la posibilidad para que inversionistas extranjeros impugnen ante los tribunales arbitrales las decisiones tomadas por juzgados nacionales (Public Citizen, 2005, p. 12). Con ello, desaparece por completo la seguridad jurídica en los países receptores de inversión extranjera porque incluso una decisión de una corte de casación –que se creería sería una decisión definitiva– podría ser impugnada por un inversionista extranjero y revertida por un tribunal del CIADI. Asimismo, se convierte en un factor adicional de desigualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros porque los primeros, una vez agotan las instancias judiciales dentro de su país deben acatar los fallos, mientras a las firmas extranjeras les quedan otra oportunidad ante los tribunales arbitrales.

El primer caso dentro del marco del TLCAN en que se impugnó una decisión de un juzgado estatal, revela como los sistemas de justicia de los países parte de los TLCs y los TBIs corren el riesgo de quedar sometidos a la incertidumbre y a la última palabra de los tribunales privados de arbitramento. En el caso *Loewen*, el conglomerado funerario canadiense del mismo nombre impugnó la indemnización que le impuso un Juzgado estatal de Mississippi en un juicio contractual iniciado por una empresa local que argüía que Loewen incurría en prácticas comerciales anticompetitivas. Si bien el tribunal falló en contra de Loewen por razones técnicas, emitió un laudo afirmando “que todas las decisiones adversas de juzgados nacionales son potencialmente elegibles para una revisión en el marco del mecanismo inversionista-Estado como infracciones a la legislación internacional” (Public Citizen, 2005, p. 18). Con esta decisión, el tribunal

¹⁵ El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales de la Argentina, entre ellas el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), presentaron ante el CIADI una “Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*” en el procedimiento entre Aguas Argentinas, S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. (demandantes) y la República Argentina (demandada). El 19 de mayo de 2005 el tribunal expidió una resolución en respuesta en la que “resolvía unánimemente que, el presente caso, es apropiado para que personas idóneas que no sean partes en el mismo proceso puedan realizar presentaciones *amicus curiae* útiles para el caso (...) teniendo en cuenta que este caso involucra materias de interés público (...) y no entraña una simple diferencia contractual entre las partes”.

abrió la posibilidad para que, incluso sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, puedan ser revertidas por tribunales privados de arbitramento en un procedimiento a puerta cerrada y sin ninguna rendición de cuentas¹⁶. En suma, los tribunales locales de justicia dejan de tener utilidad y las resoluciones de controversias quedan en manos de paneles de arbitraje internacionales.

Con el análisis de las principales consecuencias que acarrea para los Estados y sus ciudadanos la adopción del mecanismo de solución de controversias “inversionista-Estado”, finaliza esta sección. La siguiente tiene como objeto estudiar una de las figuras más controvertidas de los capítulos de inversiones de los TLCs y los TBIs: las expropiaciones indirectas. Ambas secciones están estrechamente relacionadas dado que los inversionistas extranjeros suelen apoyarse en la figura de las expropiaciones indirectas para demandar a los Estados ante los tribunales “inversionista-Estado”, por la aplicación de políticas nacionales o municipales que menoscaban sus utilidades.

¹⁶ Para otro caso en el cual un inversionista extranjero impugnó una sentencia de un juzgado local estadounidense porque la decisión le era adversa, véase el caso CIADI *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos*.

III. LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS

En la sección anterior se señaló que los tratados bilaterales de inversión (TBI o BITs en inglés) y el capítulo de inversiones de los tratados de libre comercio (TLCs) les otorgan protecciones legales especiales y nuevos y amplios derechos a los inversionistas extranjeros. En materia procesal, les garantizan el derecho de utilizar el arbitraje entre inversionistas y Estados como medio de solución de controversias y de reclamar la indemnización en dinero por los perjuicios que acciones de los gobiernos pueden ocasionarles¹⁷. En materia sustancial, entre los nuevos derechos se encuentran principalmente las cláusulas de trato nacional¹⁸, trato de nación más favorecida¹⁹, nivel mínimo de trato²⁰ y expropiaciones, tanto directas como indirectas²¹.

Todas las anteriores cláusulas han servido de base para las demandas presentadas por los inversionistas extranjeros contra los Estados en el marco de los TBIs y los TLCs. Sin embargo, la cláusula de expropiaciones indirectas es quizá la más polémica por ser la que en mayor grado menoscaba la capacidad regulatoria del Estado al facultar a los inversionistas extranjeros para demandar a los Estados por regulaciones, políticas públicas, leyes, decretos, y medidas de emergencia, que, según ellos, les causen un detrimento en sus utilidades.

Por esta razón, el objetivo de la presente sección es estudiar la figura de las expropiaciones indirectas y analizar las principales consecuencias que acarrea para los

¹⁷ Los tribunales de arbitramento que resuelven las controversias entre inversionistas y Estados reciben el nombre de tribunales arbitrales “inversionista-Estado”. Para un desarrollo extensivo sobre éste mecanismo de resolución de controversias, véase la sección II del presente informe.

¹⁸ El “trato nacional” es una cláusula que obliga al Estado receptor de las inversiones concederles a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el que les otorga a sus inversionistas nacionales. Para un ejemplo de dicha cláusula véanse Art. 1102 del TLC de América del Norte (TLCAN o NAFTA) y Art. 10.3 del TLC firmado entre Colombia y Estados Unidos.

¹⁹ La cláusula de “trato de nación más favorecida” obliga al Estado receptor a concederles a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el mejor de los tratos que les brinda a los inversionistas de otro país signatario, inclusive cuando el otro país no es parte del tratado. Con esto, los derechos de inversión que un país receptor le confiera a cualquier otro Estado, debe extenderse a todos los países con lo que haya firmado dicha cláusula. Véanse, por ejemplo, Art. 1108 del TLCAN y Art. 10.4 del TLC Col-EE.UU.

²⁰ Con el “nivel mínimo de trato” se busca que los inversionistas extranjeros reciban del Estado receptor un trato conforme con el derecho internacional consuetudinario, lo que comprende plena seguridad y protección y un trato justo y equitativo, entre otros. Véanse, por ejemplo, Art. 1105 del TLCAN y Art. 10.5 del TLC Col-EE.UU.

²¹ La cláusula sobre expropiaciones –como se verá en detalle a continuación– les garantiza a los inversionistas extranjeros que los indemnizarán en efectivo en caso de cualquier expropiación gubernamental –también conocida como nacionalización– y ante una expropiación indirecta, es decir, una medida que tenga un efecto equivalente al de una expropiación. Véanse, Art. 1110 del TLCAN y Art. 10.7 del TLC Col-EE.UU.

Estados y sus ciudadanos. El primer aparte define y explica la evolución de la figura de las expropiaciones indirectas. Luego, se presentan algunos casos donde los tribunales arbitrales han resuelto disputas originadas en expropiaciones indirectas. La sección concluye con el análisis de las principales implicaciones que las expropiaciones indirectas tienen sobre los países receptores de las inversiones y sus nacionales, en especial, el fenómeno de la “parálisis regulatoria” del sector público y los mayores derechos que otorga a los inversionistas extranjeros en comparación a los nacionales.

1. Naturaleza de las expropiaciones indirectas

1.1. Definición de expropiaciones directas e indirectas

Una expropiación directa o nacionalización se presenta cuando el Estado se apropia directamente de un bien mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia C-1074/2002) ha definido la expropiación “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”. En el contexto internacional, una expropiación directa ocurre cuando “el Estado anfitrión se apropia de una propiedad de un inversionista extranjero establecido en el Estado anfitrión, siempre y cuando haya una privación de riqueza atribuible al Estado” (Banco Interamericano de Desarrollo, s.f.).

La expropiación indirecta, también denominada expropiación regulatoria, es un acto o una serie de actos de un Estado que tienen el efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Se constituye una expropiación indirecta cuando por medio de ley, decreto, actuación administrativa o política pública, el Estado priva a un inversionista de su propiedad privada relacionada con la inversión, ocasionándole un perjuicio en virtud del cual el inversionista puede reclamar una indemnización por parte del Estado (Mann y Von Moltke, 2002, p.16). Es decir, pueden ser catalogadas como expropiaciones indirectas una reforma tributaria, la aplicación de un tratado internacional de medio ambiente, una política pública municipal

que establezca cuotas de contaminación y una campaña estatal contra el consumo del alcohol y el tabaco, en otras.

1.2. Origen y evolución de las expropiaciones directas e indirectas

El derecho internacional siempre se ha preocupado por proteger a los extranjeros cuando son privados de sus bienes por parte de un Estado distinto al de su nacionalidad. A finales del siglo XIX, se regula por primera vez el derecho internacional de las inversiones en los tratados de amistad, comercio y navegación (TACN) y se incluyen normas pertinentes a una expropiación directa (Kundmüller y Rubio, 2006, p. 73). Durante la década de los 20 y los 30, los TACN comienzan a incorporar la llamada “fórmula o cláusula Hull”²² que les confiere a los inversionistas nacionales de un país el derecho a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiados en un país extranjero. A partir de los años 60, los tratados bilaterales de inversiones consagran la cláusula de expropiaciones directas que hoy es común a todos los TBIs y los TLCs. Paralelamente, tratados internacionales de derechos humanos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴ contienen normas expresas sobre expropiaciones e indemnizaciones como manera de garantizar el derecho a la propiedad.

La protección contra las expropiaciones indirectas, por el contrario, no siempre ha sido consagrada formalmente. El concepto de expropiación regulatoria –conocido en inglés como *regulatory takings*– se atribuye al magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes quien en 1922 redactó la decisión del caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*. En este histórico fallo, Holmes señaló “que si una normativa regulaba en forma tan restrictiva que el propietario era privado del

²² Esta cláusula deriva su nombre del Secretario de Estado de Estados Unidos Cordell Hull, quien en los años 30, en una carta dirigida al gobierno mexicano en relación a la expropiación de ciertas propiedades agrícolas y petroleras, explicó la postura norteamericana –sostenida hasta hoy–, según la cual la expropiación de una propiedad extranjera debe ir acompañada de una compensación que reúna los requisitos de “sin demoras, adecuado y efectivo”; esto es, concretamente, que la compensación debe ser equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada. Para una discusión detallada sobre la “cláusula Hull” (Arsen, 2003, pp. 18- 39).

²³ Art. 17. “Derecho a la propiedad. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legítimamente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización”.

²⁴ Art. 21.2. “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley”.

aprovechamiento económico de su tierra, esta normativa equivalía a una expropiación de acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos”. A lo largo del siglo se continuaron presentando controversias relacionadas con expropiaciones indirectas, tanto en Estados Unidos²⁵ como en otros países, que fueron resueltas por los juzgados nacionales. Sin embargo, es sólo en las últimas décadas, cuando las expropiaciones indirectas se consagran formalmente en los tratados de inversiones como el TLCAN (en inglés NAFTA) y los tribunales arbitrales privados empiezan a decidir sobre las mismas, que el debate entorno a las expropiaciones indirectas adquiere preponderancia.

2. La cláusula de expropiaciones indirectas y los tribunales de arbitramento “inversionista-Estado”

La cláusula de expropiaciones en los TBIs y en los capítulos de inversiones de los TLCs prohíbe a un Estado-parte nacionalizar o expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otro Estado-parte, excepto cuando se realice por un fin público, sobre bases no discriminatorias, de conformidad con el debido proceso legal y mediante pago de una indemnización.

Independientemente del motivo de la expropiación, el Estado está obligado a pagar una compensación justa en una suma igual al valor presente de la propiedad. El pago debe efectuarse previamente o poco después de la medida expropiatoria²⁶, y en caso de retraso, se deberán reconocer intereses.

Si bien los tratados de inversiones que vinieron después del TLCAN contienen generalmente un anexo donde aclaran que no son expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de un Estado-parte que son diseñados y aplicados con fines medioambientales, de salud pública o de seguridad, las expropiaciones indirectas tienen en la práctica una definición tan vaga que permite a los inversionistas clasificar

²⁵ La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos no ha mantenido una posición unificada frente a las expropiaciones indirectas. Véanse, entre otros, los casos *Agins v. Ciudad de Tiburón* y *Lucas v. South Carolina Coastal Council*.

²⁶ No hay un consenso sobre el momento en el que se debe pagar la indemnización. La mayoría de los TLCs dicen que debe ser “pagada sin demora”. Véase, entre otros, el art. 10.7 del TLC firmado entre Colombia y Estados Unidos.

como expropiaciones indirectas toda actuación gubernamental (tanto nacional como municipal), ley, política pública e inclusive decisión judicial que menoscabe sus inversiones.

La pregunta obligatoria es: si un Estado toma una medida o expide un acto regulatorio de manera no discriminatoria y con motivos de salud pública, medio ambiente u orden público, pero éste termina ocasionándole perjuicios al inversionista extranjero, ¿en qué medida será considerado como una expropiación indirecta por el cual deberá indemnizar?

Infortunadamente, los precedentes en esta materia no ofrecen una respuesta muy alentadora. Como lo muestran los siguientes fallos, es evidente la actitud favorable de los tribunales privados de arbitramento hacia los inversionistas extranjeros y por consiguiente, el riesgo cada vez mayor de que los actos regulatorios del Estado demandado sean clasificados como expropiaciones indirectas.

En el famoso caso de *Metalclad v. México* el gobierno del estado de San Luis de Potosí denegó el permiso para construir una planta de manejo de residuos debido a sus consecuencias ambientales. Posteriormente, el gobernador declaró la zona como reserva ecológica. Alegando la pérdida de futuras ganancias comerciales, la empresa Metalclad demandó al Estado mexicano en el marco del TLCAN.

En agosto de 2000, un tribunal arbitral tipo CIADI accedió a las pretensiones de la demandante y obligó al Estado a pagarle en un plazo máximo de 45 días la suma de 16.7 millones de dólares por daños y perjuicios. El tribunal estableció que la expropiación en el TLCAN “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o imprevista del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad” (Public Citizen, 2005, nota al pie 360). Asimismo, en el laudo los árbitros aclaran que “[n]o necesitan considerar

los motivos o intención para considerar la adopción del Decreto Ecológico (...). El Tribunal considera que la implementación del Decreto podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación” (Molot, 2002, p. 168).

En el caso *Aguas del Tunari, S.A (Bechtel) v. República de Bolivia* una empresa holandesa demandó al gobierno boliviano en el marco del TBI entre estos dos países²⁷, alegando que la revocación de una concesión constituía una expropiación indirecta. En 1998, por recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, Bolivia puso en práctica la privatización de todas las empresas públicas, incluidas las de servicio de agua. Para ello, la ciudad de Cochabamba firmó un contrato de concesión de los servicios de agua por 40 años con un conglomerado liderado por la empresa Bechtel, con sede en Estados Unidos, y una sociedad anónima subsidiaria holandesa con sede en Bolivia, llamada Aguas del Tunari (ADT).

La concesión fue un fracaso y tuvo costos que superaron los beneficios en todos los aspectos. Para recuperar las pérdidas, ADT subió las tarifas del agua en Cochabamba en un promedio de 43 por ciento, pero incluso el alza alcanzó el 200 por ciento, según informes de prensa (Public Citizen, 2005, p. 38). Como respuesta, el gobierno bajó las tarifas del agua, pero la empresa no se acogió a las medidas. El resultado fueron manifestaciones de los habitantes y enfrentamientos violentos con la policía. Finalmente, después de cuatro meses de conflicto el gobierno boliviano revocó la concesión en abril de 2000. En respuesta, ADT reclamó ante Bolivia alegando expropiaciones indirectas.

Si bien el caso aún está pendiente para fallo en el CIADI, cabe resaltar que el tribunal rechazó una demanda de participación presentada por la sociedad civil y los medios de comunicación (Centro para el Derecho Internacional Ambiental, 2003, p. 5). Por su parte, las pretensiones de la demandante revelan el riesgo que esta figura representa para los países, especialmente los más pobres. ADT, una empresa que en 2000 tuvo ganancias de 14,3 mil millones de dólares, reclama una indemnización de 25 millones de dólares, aún cuando en ese mismo año el producto interno bruto de Bolivia era de 8

²⁷ TBI entre el Reino de Holanda y la República de Bolivia disponible en el sitio: www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf [Consultado el 25 de mayo de 2007].

mil millones de dólares y el presupuesto anual para políticas públicas de 2,7 mil millones. Por éste y otros casos similares, el Presidente Evo Morales se salió del Convenio del CIADI el 1 de mayo de este año.

Argentina enfrenta hoy 37 demandas ante el CIADI que suman alrededor de 18 mil millones de dólares reclamados en indemnizaciones (Oxfam, 2007, p.2). De éstas, 34 están relacionadas de alguna forma con la devaluación del peso, la congelación de las tarifas de servicios públicos y demás medidas de emergencia adoptadas por el gobierno entre 2001 y 2002 para superar la crisis económica²⁸.

Inclusive la aplicación de acuerdos internacionales con fines medio ambientales ha sido catalogada como una expropiación indirecta. En aplicación del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos, el gobierno canadiense cerró sus fronteras al comercio de policlorobifenilos (PCB) tóxicos. Ante esta medida, la empresa estadounidense S.D. Meyers se apoyó en la figura de expropiación indirecta para reclamar al Estado la pérdida de oportunidades comerciales sufrida. El tribunal falló a su favor y condenó a Canadá al pago de una indemnización de 4,8 millones de dólares.

3. Consecuencias de las expropiaciones indirectas sobre los Estados y sus ciudadanos

Los casos expuestos anteriormente ilustran en forma contundente como la ampliación de los derechos del inversionista a través de los TBI y de los capítulos de inversiones de los TLCs, aunada a la actitud tan laxa de los tribunales de arbitramento, tiene el potencial de producir drásticas repercusiones sobre los países en desarrollo y sus ciudadanos.

Las expropiaciones indirectas constituyen la más clara expresión de los mayores derechos sustanciales que los TLCs o TBI les conceden a los inversionistas extranjeros

²⁸ Véanse, entre otros, los casos CIADI *Aznix Corp. v. Argentina y Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universa, S.A. v. la República Argentina*.

con respecto a los nacionales (Evans y Barenberg, 2007, p.425) Los inversionistas nacionales que deseen demandar al Estado no pueden acudir directamente ante los tribunales “inversionista-Estado”, sino que deben someterse a la jurisdicción de las cortes locales. Ello sumado a que, si bien en sus países los nacionales pueden obtener indemnizaciones del Estado por regulaciones expropiatorias, los tribunales nacionales manejan un concepto más restringido de dicha figura por lo cual, en la práctica, es muy difícil que los nacionales sean indemnizados como consecuencia de una medida regulatoria estatal.

La Corte Suprema de Estados Unidos (*Lucas v. South Carolina Coastal Council*), por ejemplo, exige que la compañía demuestre que prácticamente el cien por ciento del valor de la propiedad ha sido destruido y que no existe otro uso económico para esa misma propiedad. En Colombia, por su parte, la Constitución (Art. 90) exige que el interés privado ceda ante el interés público y la jurisprudencia administrativa ha desarrollado otros requisitos que hacen más difícil la obtención de una indemnización. Por el contrario, los tribunales arbitrales “inversionista-Estado” (véase *Pope y Talbot Inc. v. el Gobierno de Canadá*) han dicho que inclusive un impacto “significativo” o “sustancial” sobre el valor de la propiedad puede ser suficiente para configurar una expropiación²⁹.

El hecho que los tratados de inversiones les otorgan a los inversionistas extranjeros una protección contra cualquier política tributaria, ambiental, de salud pública, etc. que el Estado quiera impulsar, tiene un impacto significativo sobre la capacidad regulatoria del Estado. Los funcionarios públicos se abstienen de regular por miedo a que sus actuaciones o decisiones sean tachadas como expropiaciones indirectas por las empresas extranjeras y que en consecuencia el Estado deba indemnizar, entrando en los que se conoce como un “regulatory chill” o parálisis regulatoria (Hart y Dymond, 2002, p.135).

Un claro ejemplo de este fenómeno es el caso *Ethyl Corp de Estados Unidos v. Canadá*. Cuando Canadá prohibió el ingreso del aditivo de la gasolina MMT tras ser calificado por la Agencia Ambiental de los Estados Unidos como peligroso para la salud y el

²⁹ Para una explicación detallada de las implicaciones de la definición de *Pope y Talbot* de “inversión”, véase Evans y Barenberg, 2007, p.430.

medio ambiente, la empresa elevó una demanda ante un tribunal arbitral del TLCAN alegando que la prohibición de importar MMT constituía una expropiación indirecta³⁰. Ante el temor de perder el caso, el gobierno pagó 13 millones de dólares a la empresa y públicamente revirtió su prohibición.

La parálisis regulatoria, además de menoscabar la potestad regulatoria del Estado, pone en peligro las condiciones sociales, medioambientales, laborales, presupuestales, de salud pública, etc. de un país. Incluso cuando un Estado encuentre conveniente por motivos de interés general regular una determinada materia, se abstendrá de hacerlo por el temor a una eventual indemnización. Asimismo, los tribunales arbitrales ignoran por completo el medio ambiente. En el caso *Metalclad*, por ejemplo, el tribunal expresamente desestimó la motivación del derecho cuyo fin era proteger el medio ambiente. De hecho, el elevado número de demandas exitosas que atacan las políticas ambientales “ha generado gran consternación entre la comunidad ambientalista y los expertos legales”, y provocado “una respuesta fuerte por parte de los funcionarios locales electos” (Public Citizen, 2005, p.16).

³⁰ Es interesante anotar que en este caso el tribunal de arbitramento violó las reglas del TLCAN según las cuales las empresas sólo pueden instaurar una demanda seis meses después de ocurrido el hecho o tomada la decisión. En este caso la política demandada era un proyecto de ley en debate en el Congreso canadiense.

IV. CONCLUSIONES

El sistema de resolución de controversias inversionista-Estado y la cláusula de expropiaciones indirectas son un riesgo y un reto para los países.

Constituyen un riesgo para los Estados que firman los tratados con esas cláusulas porque por un lado, menoscaban su potestad regulatoria en materias tan variadas como salud, medio ambiente, impuestos, condiciones laborales y políticas sociales, y por el otro, amenazan su facultad jurisdiccional. Convierten prácticamente en obsoletos a los tribunales locales porque inclusive una sentencia nacional en firme puede ser demandada ante los tribunales privados "inversionista-Estado". Adicionalmente, el principio de igualdad se vulnera porque estas cláusulas confieren mayores derechos procesales y sustanciales a inversionistas extranjeros que a los nacionales.

El reto tiene dos facetas. Por una parte, el reto del inversionista al Estado a través de las demandas y las consecuencias funestas que estas pueden tener. Por la otra, el reto que tienen para los países, especialmente en vía de desarrollo, para no firmar cláusulas de esta naturaleza en detrimento de sus intereses ante el afán de atraer inversión extranjera (IED). Los TBIs y los TLCs no son condición *sine qua non* de la inversión extranjera. Mientras los países africanos han firmado más de 1000 TBIs y reciben menos del 4 por ciento de la IED global, Brasil fue el mayor receptor de inversión extranjera de América Latina durante 2004 sin haber ratificado ni un solo TIB (CEPAL, 2005, p.1). Moraleja: en todo momento hay que tener presente que el remedio puede ser peor que la enfermedad.

REFERENCIAS

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2004). *La posición del Bogotá frente al Tratado de Libre Comercio –TLC- que negocia el Gobierno de Colombia con Estados Unidos*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Álvarez Ávila, Gabriela. (2002). Las características del arbitraje del CIADI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2, 205-229.
- Arsen, Patricia. (2003). *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Editorial Astrea. Disponible en: <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0107.pdf>. [Consultada el 18 de mayo de 2007].
- Banco Interamericano de Desarrollo. (s.f.). *Diccionario de términos de comercio*. Disponible en: http://www.iadb.org/research/Tradedictionary/term_desc.cfm?language=spanish&id=1165. [Consultado el 22 de mayo de 2007].
- Bernal Gutiérrez, Rafael. (2005). *El sistema de resolución de conflictos del CIADI*. Bogotá: Mimeo.
- Capling Ann y Nossal, Kim. (2004). *The Rise and Fall of Chapter 11: Investor-State Dispute Mechanisms in the North American Free Trade Agreement and the Australia-United States Free Trade Agreement*. Paper prepared for the Oceanic Conference on International Studies, Australian National University, Canberra, July 14-16, 2004.
- Center for International Environmental Law Issue Brief. (2003). *International Law on Investment: The Minimum Standard of Treatment (MST)*. Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/investment_10Nov03.pdf
- Centro para el Derecho Internacional Ambiental. (2003). *Una nota del centro de derecho internacional ambiental- Siguiendo la corriente: cómo el comercio, las*

finanzas y los regímenes de inversión internacionales influyen sobre el suministro de agua a los pobres. Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Waterbrief_3Sep03_Spanish.pdf. [Consultada el 26 de mayo de 2007].

CEPAL. (2005, 15 de marzo). Brasil fue el mayor receptor de inversión extranjera directa de América Latina en 2004. *Comunicado de prensa*. Disponible en: <http://www.eciac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/4/20934/P20934.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/prensa/tpl/top-bottom.xsl>. [Consultado el 27 de mayo de 2007].

Evans, Peter y Mark Barenberg. (2007). El impacto del ALCA en la gobernanza democrática. En Peter Evans, *Instituciones y Desarrollo en la Era de la Globalización Neoliberal*. (pp.419-456). Bogotá, Colombia: ILSA.

ICSID. (2004). *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*. Discussion Paper, ICSID Secretariat. Washington D.C., United States.

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relacionadas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. (2003). En *Convenio, Ciadi, Reglamento y Reglas*. (CIADI/15/Rev. 1). Washington, D.C., EE.UU.: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Hart, Micheal M. y Dymond, William A. (2002). NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles, and Prospects. En Laura Ritchie Dawson (Ed.) *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*. (pp.115-154). Canada: Center for Trade Policy and Law.

Kundmüller, Franz y Rubio, Roger. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration, I*, 69-112.

Mann, Howard y Von Moltke, Konrad (2002). *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*. Background paper to the 2002

ILSD Tri-National Policy Workshops in Mexico City, Ottawa and Washington D.C. Disponible en: <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop> [Consultada el 27 de mayo de 2007].

Molot, Maureen Appel. (2002). NAFTA Chapter 11: An Evolving Regime. En Laura Ritchie Dawson (Ed) *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*. (pp.154-177). Canada: Center for Trade Policy and Law.

Nariman, Fali. (2004). East Meets West: Tradition, Globalization and the Future of Arbitration. *Arbitration International*, 20, (No. 2), 123-137.

Oxfam International. (2007). *Signing Away the Future – How trade and investment agreements between rich and poor countries undermine development*. Oxfam Briefing Paper, No. 101.

Public Citizen. (2005). *Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica*. Observatorio Mundial del Comercio (Global Trade Watch).

Robert, Maryse. (2001). *Multilateral and Regional Investment Rules: What Comes Next?* Washington, D.C.: Organization of American States - Trade Unit.

Schreuer, Christoph (2001). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

UNCTAD. (2006). *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies – Implications for Development*. NY, NY, United States: United Nations.

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (1994 – entrada en vigencia). Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/Indice1.asp

Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos (2006 – firma). Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>

CASOS CITADOS DEL CIADI

Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. la República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19. Resolución en respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*, 19 de mayo de 2005.

Autopista Concesionada de Venezuela CA v. la República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/00/5.

Fedax N.V. v. la República de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/96/3.

Mobil Oil Corporation y Otros v. Nueva Zelanda. Caso CIADI No. ARB/97/2.

Mondev International Ltd. v. Estados Unidos. Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2.

CASOS CITADOS DE LA CNUDMI

Pope y Talbot Inc. v. el Gobierno de Canadá. Caso CNUDMI, junio 26, 2000.

CASOS CITADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS

Agins v. Ciudad de Tiburón. Case 447 U.S. 255 (1980).

Lucas v. South Carolina Coastal Council. Case 505 U.S. 1003 (1992).

Pennsylvania Coal Company v. Mahon. Case 260 U.S. 393 (1922).

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Sentencia C- 1074 de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

ENTREVISTAS

Rafael Guillermo Bernal Gutiérrez, Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia. Entrevista realizada el 16 de junio de 2006.