

“Análisis crítico sobre el Modelo de Arbitraje Inversionista-Estado en América Latina”

*Proyecto de Investigación para las Maestrías en Derecho con énfasis en Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos
2018-2019*

Presentado por: Federico Suárez Ricaurte¹
Monitora: María Camila Camargo

Justificación y Presentación del Proyecto

La globalización económica sentó unas nuevas bases sobre las cuales debía operar el orden económico global. Sintetizado en los postulados del denominado “Consenso de Washington”, en las últimas tres décadas la economía mundial se orientó hacia el libre flujo de capitales, el favorecimiento a la inversión extranjera, la privatización de los activos y bienes públicos del Estado, la liberalización del comercio de servicios, la protección de los derechos de propiedad intelectual, el libre comercio de bienes agrícolas e industriales, el incremento de los impuestos indirectos y la independencia de la Banca Central, entre otros.

En la promoción de tales objetivos jugarían un papel de liderazgo las instituciones financieras y comerciales internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. El origen de estas instituciones se presenta en la Conferencia de Bretton Woods en 1945, posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y sí bien el contexto histórico y los propósitos iniciales de estas organizaciones han mutado con el tiempo, su preeminencia en el orden económico internacional sigue siendo notoria, hasta el punto que otras organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, también desarrolla buena parte de su actividad internacional con criterios semejantes.

Este contexto económico dio lugar a la proliferación en la suscripción y ratificación de tratados de libre comercio de orden multilateral o bilateral y a tratados de promoción de las inversiones de índole bilateral. Según la UNCTAD, en su informe sobre Inversiones del año 2016, desde 1980 hasta 2016 se han firmado 3324 acuerdos internacionales sobre inversiones, lo cual es muestra de un amplio y sentido interés de la comunidad

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Master en Derecho Internacional Comercial con Derecho Internacional en la Universidad de Kent, Inglaterra, e Investigador visitante en el Instituto de Derecho Transnacional del King’s College de Londres. Con experiencia en la Corte Constitucional y ex asesor de Carlos Gaviria Díaz en la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones, CAITISA, Ecuador. Actualmente se desempeña como profesor e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

internacional por proveer una especial protección a la inversión extranjera a nivel internacional y local. En materia de tratados internacionales es difícil encontrar un régimen jurídico más extendido en el orden internacional que el concerniente a la protección de la inversión extranjera.

En términos sustanciales las cláusulas de inversiones en los tratados multilaterales de libre comercio y en los tratados bilaterales de inversiones crean una jurisdicción paralela a las jurisdicciones nacionales, mediante las cuales las multinacionales tienen la prerrogativa de demandar directamente a los Estados que incumplan o desconozcan los términos previstos en los respectivos tratados. Dicha jurisdicción empodera a árbitros que resuelven cada caso de acuerdo al estudio de los respectivos negocios jurídicos que se hacen en el orden interno, y de conformidad con el comportamiento que las partes han desplegado en el cumplimiento del respectivo contrato o inversión. Los foros de controversias arbitrales más conocidos en la región son el CIADI, creado por el Banco Mundial, y UNCITRAL, conformado por las Naciones Unidas.

El presente proyecto de investigación pretende estudiar el régimen internacional de inversiones en América Latina, en las consecuencias que ha suscitado en la región, en los laudos arbitrales adoptados por Tribunales de Arbitramento Internacional y en las demandas de multinacionales ante Tribunales de Inversión cuyo ámbito de decisión haya sido América Latina. Si bien se estudiarán casos del conjunto de la región, el énfasis de los mismos estará centrado en Argentina, Colombia, Ecuador y México. El objeto de la investigación hace parte esencial de los componentes del derecho económico internacional pero aborda asuntos relacionados con el derecho administrativo, el derecho constitucional, los derechos humanos e incluso contiene particularidades del derecho privado. De esta manera, al participar en este grupo de investigación se puede ampliar la visión tradicional del derecho e integrar diferentes perspectivas sobre el funcionamiento y operación cotidiana del derecho.

En México a raíz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN o NAFTA (Siglas en inglés), se presentaron varios casos de multinacionales canadienses y norteamericanas cuyo resultado fue condenar al Estado Mexicano a pagar indemnizaciones y a modificar aspectos relacionados con la protección del ambiente y de la salud pública. En Ecuador decisiones del Estado ecuatoriano relacionados con la preservación del ambiente, con el incremento de la renta pública estatal proveniente del petróleo, o el incremento de los impuestos, dio lugar al pago de compensaciones económicas y a la modificación de aspectos específicos de la política pública en el manejo de la inversión extranjera directa. En razón de ello Ecuador, junto con Venezuela y Bolivia quienes alegaron preocupaciones semejantes, se retiraron del Convenio CIADI y han impulsado la creación de un nuevo centro de solución de controversias Inversionista-Estado de índole regional, circunscrito a la UNASUR.

Argentina es otro de los países de la región que tiene una experiencia bastante desafortunada en relación con decisiones adoptadas por tribunales de inversiones en contra de sus intereses. Por ejemplo, mediante decisiones del CIADI impulsadas por las multinacionales Azurix, Vivendi y Siemens le tocó modificar decisiones soberanas en materia de contratos públicos. De igual manera, en el contexto de la crisis económica que

sufrieron en Argentina inversionistas extranjeros como Continental Casualty, Metalpar, CMS, Enron, Sempra Energy y LG&E demandaron al Estado argentino por adoptar medidas en el ámbito monetario y fiscal que fueron atentatorias de sus inversiones. Con corte al año 2015, Argentina era el país que más demandas tenía en América Latina con 49 demandas ante el CIADI entre 1997 y 2015.

En Colombia desde el año 2015 y amparados en los tratados de libre comercio y de protección a las inversiones extranjeras se ha presentado un significativo incremento de demandas internacionales interpuestas por multinacionales en contra de decisiones adoptadas por el Estado Colombiano en diversos ámbitos sociales y normativos. Por una parte se encuentran decisiones del sector minero energético, tales como las demandas incoadas por las empresas canadienses Eco Oro Minerals, Tobie Mining-Cosigo Resources y Gran Colombia Gold, así como la interpuesta por Glencore y Cerromatoso por sus operaciones en materia de carbón y de níquel. A lo cual se suman las pretensiones de Unión Fenosa, de origen español, por la reciente decisión de declarar la liquidación de la empresa Electricaribe. A esta se agregan el caso de la multinacional Novartis del área de los medicamentos, quien también ha amenazado con demandar a Colombia ante Tribunales de Arbitramento Internacional, en razón de la declaratoria del medicamento Glivec como de interés público, así como el caso de CLARO-América Móvil por controversias relacionadas con la infraestructura en telecomunicaciones del país.

La teoría económica imperante detrás de esta inusitada protección a la inversión extranjera directa consiste en que el capital extranjero genera empleo, nuevos rubros de inversión para el país, la creación de nuevas empresas y de nuevos puestos de trabajo. Parte del análisis que corresponderá hacer en la línea de investigación será determinar si a partir de la evidencia que se analice en los respectivos países de la región, los mencionados presupuestos teóricos se han cumplido durante los últimos años, o si por el contrario, las condiciones en las cuales se ha desarrollado la respectiva inversión ha generado desajustes institucionales y económicos de alto impacto en los países de la región que se analizarán.

Objetivo General

El presente proyecto de investigación pretende estudiar el régimen internacional de inversiones en América Latina, en las consecuencias que ha suscitado en la región, en los laudos arbitrales adoptados por Tribunales de Arbitramento Internacional y en las demandas de multinacionales ante Tribunales de Inversión cuyo ámbito de decisión haya sido América Latina. Si bien se estudiarán caso del conjunto de la región, el énfasis de los mismos estará centrado en Argentina, Colombia, Ecuador y México.

Objetivos Específicos

- Determinar las características, el funcionamiento, los casos y el contenido del derecho internacional de la inversión extranjera en América Latina, con énfasis en Argentina, México, Ecuador y Colombia.

-A partir del análisis específico que se realice a los casos de cada uno de los países, obtener conclusiones y reflexiones sobre la manera en qué ha operado el sistema Inversionista-Estado en América Latina.

- Tener una visión integral del derecho mediante el análisis de diversas fuentes doctrinarias y normativas, jurídicas y extrajurídicas que interactúan en la operación cotidiana del derecho internacional.

-Analizar las demandas que han presentado empresas multinacionales a Colombia en desarrollo de actividades mineras, energéticas, de prestación de servicios públicos o en otras áreas estratégicas.

-Identificar los patrones fácticos y jurídicos más relevantes por los cuales las empresas multinacionales demandan la actuación de los Estados en América Latina.

-Analizar las alternativas que pueden adoptar los Estados Latinoamericanos en el derecho internacional y en las relaciones internacionales para enfrentar el actual contexto de acciones judiciales en contra de sus intereses jurídicos y el de sus ciudadanos.

-Reflexionar sobre el estado actual del sistema de fuentes del derecho en el orden jurídico, y sobre el alcance de las competencias administrativas y constitucionales de las autoridades jurídicamente constituidas.

-Tener la capacidad de plantear problemas jurídicos sobre asuntos específicos del derecho y de la sociedad, así como formular argumentos consistentes y sólidos que resuelvan en forma satisfactoria los interrogantes de investigación planteados.

-Presentar a la comunidad académica en el Evento “Análisis crítico sobre el Modelo de Arbitraje Inversionista-Estado en América Latina” una visión integral de los efectos del sistema Inversionista-Estado en América Latina, así como las medidas que pueden adoptar los Estados Latinoamericanos para enfrentar su actual contexto jurídico de inversión extranjera.

Resultados Específicos

-El trabajo final que presente cada estudiante deberá oscilar entre **18.000 y 20.000 palabras**. Tal número de palabras **NO** tendrán en cuenta las utilizadas como notas al pie de página ni como bibliografía. Dependiendo de la calidad de los trabajos y del esfuerzo que realicen los integrantes de la Maestría, se podría planificar la elaboración de una obra colectiva que presente los resultados precisos de investigación que cada estudiante ha realizado.

- La Universidad y el Departamento de Derecho Constitucional basados en la relevancia que ha adquirido este tema en el orden interno realizarán un evento con invitados internacionales denominado “Análisis Crítico sobre el Arbitraje de Inversión en América Latina”, el cual servirá para presentar los avances del proyecto, las conclusiones más relevantes sobre el mismo y las reflexiones que desde la región se podrían formular sobre dicho régimen. Esta será un momento excepcional para que los estudiantes de la línea fortalezcan sus argumentos y reflexiones sobre tan importante tema, así como para presentar sus respectivos trabajos.

Evaluación del Trabajo

Un 50% de la nota corresponderá al trabajo realizado durante cada una de las sesiones en la elaboración de los talleres, en la participación en los seminarios de discusión, en la asistencia, en los controles de lectura, entre otros. El 50 % restante corresponderá a la evaluación específica que se realice a los tres avances de investigación que sean presentados al finalizar cada semestre de trabajo.

Metodología de Trabajo

El desarrollo de las sesiones se abordará en dos partes. La primera será una exposición del profesor sobre los aspectos iniciales a desarrollar y, en la segunda parte, se realizará un trabajo en la clase correspondiente al debate y profundización sobre aspectos polémicos que sea menester abordar. De igual manera, en esta segunda parte, se darán recomendaciones generales y específicas sobre el Estado de las investigaciones que el proyecto está desarrollando.

Cada sesión de trabajo tendrá una bibliografía básica que orientará el debate y la discusión del grupo con miras a mejorar la comprensión sobre el conjunto del sistema de derecho internacional que se pretende analizar.

Paralelo al desarrollo de cada proyecto de investigación, se desarrollará un cuadro que detallará todos los casos de Inversionistas contra Estados en América Latina, con miras a tener un banco de información lo más completo posible sobre los casos que ha tenido la región en las últimas décadas. Tal cuadro será un insumo empírico esencial para el avance específico de cada trabajo de investigación.

Para el desarrollo satisfactorio del proyecto, se presentarán tres avances de investigación, correspondientes a la finalización de cada uno de los semestres. Los avances deberán desarrollar el método de *Argumento Resumen Bibliografía, ARB*, el cual será explicado en la primera sesión de la línea de investigación. El primer avance deberá ser de 5000 palabras, el segundo de 10.000 palabras y el tercero de 15.000 palabras. El número de las palabras sólo comprenderá lo contenido en el cuerpo del documento, por consiguiente el material incluido en las notas al pie de página y la bibliografía no serán tenidas en cuenta al momento de establecer el límite de palabras. Aparte de las sesiones establecidas en la línea de investigación, se desarrollarán reuniones individuales para evaluar cada uno de los avances que presenten los estudiantes, de tal manera que se establezca una retroalimentación concreta y específica sobre el trabajo de cada integrante del proyecto.

Temas específicos de la línea de investigación y Cronograma de Trabajo

A continuación se presenta un listado de los temas esenciales para analizar en las respectivas sesiones. El objetivo es tener una visión amplia y completa sobre el contexto y los diversos aspectos que interactúan en la comprensión del presente tema de investigación.

Las primeras seis sesiones tienen como propósito estudiar los aspectos estructurales del sistema de arbitraje Inversionista-Estado. Las siete sesiones adicionales tienen como objetivo profundizar en los casos específicos que tiene la región, con miras a identificar los patrones más relevantes en los que opera este sistema:

El cronograma se adaptaría de acuerdo a los tiempos establecidos por el Departamento y por la Coordinación de Investigación. Dependiendo de las fechas definitivas, se ajustaría el cronograma para adicionar una sesión en la que se analice el impacto del arbitraje inversionista-estado en Latinoamérica a partir de la proyección del trabajo de cada estudiante de la línea.

PRIMER AÑO 2018

Visita 7 Agosto

Presentación de la línea de investigación, distribución de los temas por cada investigador y explicación del ARB.

Visita 8 Septiembre

Evolución histórica sobre el sistema de protección Inversionista Extranjero-Estado

Visita 9 Octubre

Reflexiones sobre las Instituciones Financieras Internacionales y su relación con el Derecho de las Inversiones

Visita 10 Noviembre

Caracterización del sistema de inversiones con base en estudios empíricos

Entrega del Primer Avance: 5000 palabras

SEGUNDO AÑO 2019

Visita 1 Febrero

Concepción económica sobre la Inversión Extranjera y su protección en los Tratados Internacionales

Visita 2 Marzo

Análisis de las cláusulas sustanciales contenidas en los tratados bilaterales de inversión y en los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio

Visita 3 Abril

Análisis de los aspectos procesales y competenciales del sistema de Inversiones

Visita 4 Mayo

Otros sistemas de arbitraje Inversionista-Estado a nivel global. Estudio de Caso: El Tratado sobre Energía en Europa

Visita 5 Junio

Estudio de Caso: Canadá en el NAFTA
Entrega del Segundo Avance: 10.000 palabras

Visita 6 Julio
Estudio de Caso: México

Visita 7 Agosto
Estudio de Caso: Argentina

Visita 8 Septiembre
Estudio de Caso: Ecuador

Visita 9 Octubre
Estudio de Caso: Colombia. Procesos en relación con temas mineros

Visita 10 Noviembre
Estudio de caso Colombia. Procesos en relación con temas **NO** mineros
Entrega del Tercer Avance: 15.000 palabras