

## La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos

### *Dynamics of International Investment Agreements in the Andean Region*

Wilson Adalid **Mamani Prieto\***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en Latinoamérica*. III. *Conclusiones*. IV. *Anexo*.

\* Abogado de la Universidad Católica Boliviana con Maestrías en Integración de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Sede Ecuador y Derecho Económico de la Universidad Andina “Simón Bolívar” Unidad Académica La Paz-Bolivia. E-mail: [wamp\\_mba@yahoo.es](mailto:wamp_mba@yahoo.es).

Artículo recibido el 5 de octubre de 2011  
Aprobado para publicación el 4 de septiembre de 2012

RESUMEN: El propósito del artículo es proporcionar al lector un panorama general de la dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en el ámbito latinoamericano con especial énfasis en los andinos. Se observa que conforme a las tendencias globales en la región en los últimos años se ha generado una serie de reacciones y cambios en el contenido de los acuerdos de inversión, con miras a propender equilibrar o rebalancear los derechos y obligaciones de los Estados e inversores extranjeros. Bajo este esquema, si bien Colombia y Perú continúan con políticas liberales y favorables a este tipo de acuerdos, tomaron una serie de acciones tendientes a mejorar el contenido de los mismos; en cambio Bolivia y Ecuador, tomaron acciones duras (renegociación, denuncias de acuerdos de inversión y foros internacionales) en función de la llegada de nuevos actores políticos, sus estrategias de desarrollo y la vigencia de nuevos textos constitucionales.

**Palabras clave:** acuerdos internacionales de inversión, inversión extranjera directa, tratados bilaterales de inversión, tratados de libre comercio.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to provide an overview of the dynamics of international investment agreements within Latin America with special emphasis on the Andean region. It is noted that in accordance with global trends in recent years in the region has generated a series of reactions and changes in the content of investment agreements, tending towards balance or rebalance the rights and obligations of states and foreign investors. Under this scheme, while Colombia and Peru continue with liberal policies that favor such agreements, they took a series of actions to improve their content, whereas Bolivia and Ecuador, took tough actions (renegotiation, denunciation of investment agreements and international forums) depending on the arrival of new political actors, their strategies for development and entry into force of new constitutions.

**Keywords:** International Investment Agreements, Foreign Direct Investment, Bilateral Investment Treaties, Free Trade Agreements.

RESUMÉ: Le but de ce document est de fournir au lecteur un visage de la dynamique des accords internationaux d'investissement en Amérique latine avec, notamment sur la Cordillère des Andes. Il est à noter que, conformément aux tendances mondiales dans la région ces dernières années a suscité une série de réactions et des changements dans le contenu des accords d'investissement, qui tend vers l'équilibre ou de rééquilibrer les droits et les obligations des Etats et les investisseurs étrangers. Dans cette situation, tandis que la Colombie et le Pérou continuent à favoriser les politiques libérales de tels accords, a pris une série de mesures pour améliorer leur contenu, tandis que la Bolivie et de l'Équateur, a pris des mesures difficiles (renégociation des accords de plaintes d'investissement et des forums internationaux) en fonction de l'arrivée de nouveaux acteurs politiques, leurs stratégies de développement et l'exécution de nouvelles constitutions.

**Mots-clés:** accords internationaux d'investissement, investissement direct étranger, traités bilatéraux d'investissement, accords de libre-échange.

## I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el régimen internacional de inversión extranjera directa (IED) a diferencia de otras esferas como los servicios, propiedad intelectual, compras públicas, no se consolidó en el sistema multilateral, pero tampoco a escala hemisférica con la fallida propuesta del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) impulsada por Estados Unidos.<sup>1</sup>

Sin embargo, ello no obstó a seguir la dinámica bilateral, que si bien había sido iniciada a fines de la década de los cincuenta<sup>2</sup> con concepciones distintas a las actuales<sup>3</sup> se propaga inusitadamente a partir de la década de los noventa, acompañada además de una profundización en los estándares de protección, encabezada por iniciativa de Estados Unidos en conformidad a los nuevos objetivos que incorpora para los acuerdos de inversión.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Acuerdo que fracasa por la oposición de Brasil con el Mercosur como un todo y Venezuela (Amaña Mendoza, Germán, “La trampa del bilateralismo”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, núm. 23, segundo semestre de 2010, p. 335) esencialmente por la negativa de los Estados Unidos a negociar en dicho ámbito los subsidios agrícolas. Véase también Ramírez, Socorro, “La Comunidad Andina y las Perspectivas Suramericanas”, *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, año II, núm. 4, julio-diciembre de 2010, p. 371, [http://www.iaeel.usb.ve/documentos/mundonuevo\\_nuevaepoca\\_4b.pdf](http://www.iaeel.usb.ve/documentos/mundonuevo_nuevaepoca_4b.pdf); Fernández, Luis René, “El Acuerdo de Libre Comercio de los Estados Unidos con Centroamérica y República Dominicana: Obstáculo para el desarrollo sostenible e independiente de la subregión”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, núm. 7, 2008-2009, p. 303.

<sup>2</sup> Recordemos que los orígenes de los tratados bilaterales de inversión se remontan a fines de la década de los cincuenta (primer acuerdo Alemania-Pakistán 1959).

<sup>3</sup> Para mayor respecto al contexto y propósitos iniciales de los Acuerdos Internacionales de Inversión, véase Causal, Asha, “Revisitan Historia: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, núm. 2, verano de 2009, pp. 499 y ss.; UNCTAD, *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Caminos a Seguir*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, p. 7; Franck, Susan D., “Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration”, *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2008, pp. 10 y 11.

<sup>4</sup> Véase Mortimore, Michael, *Arbitraje Internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de Inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL- Serie Desarrollo Productivo núm. 188, 2009, pp. 21-25, 44 y 45. Aunque posteriormente, a consecuencia de que su principal acuerdo, Tratado de Libre Comercio de América del Norte resultara perjudicial

No obstante, en los últimos años, se acentúa las discusiones entre IED y desarrollo y en función a ello se propende a equilibrar o rebalancear los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y países receptores y en esa dinámica se genera una serie de reacciones y cambios en el contenido de los acuerdos de inversión: es este el marco en el que se desarrollará el presente trabajo de investigación. Bajo este esquema nuestro análisis se centrará al ámbito latinoamericano con especial referencia a los andinos más aun considerando que en algunos de estos países, en los últimos años se incorporaron nuevos actores con visiones ideológicas distintas a sus antecesoras y sus nuevos textos constitucionales. Para este fin, el presente artículo se divide en tres partes: en la primera parte se hará mención a la dinámica de acuerdos de inversión extranjera en el contexto latinoamericano desde los ochenta, para luego desarrollar un análisis descriptivo más profundo respecto a la perspectiva y accionar de los andinos, y finalmente presentaremos nuestras conclusiones.

## II. LA DINÁMICA DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

La profunda crisis económica vivida por la región en la década de los ochenta, las recetas del Consenso de Washington en favor de la liberalización del mercado de capitales, unida a la aplicación de políticas de ajuste y reforma estructural bajo los auspicios y condicionamientos de los principales organismos financieros internacionales: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), Banco Interamericano de

para los Estados Unidos, hubo una reacción que se tradujo en su nuevo modelo de 2004 y que introducido algunas mejoras a dichos acuerdos, centrado esencialmente en tres ámbitos. “Aclarar grupos de disposiciones concretas de los TBI, proporcionar mayor transparencia y mejorar la transparencia y la previsibilidad de la solución de controversias” (UNCTAD, “Fijación de normas sobre las inversiones internacionales: Tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias”, Ginebra, Documento TD/B/COM.2/73, 5 de enero de 2007, p. 15, [http://archive.unctad.org/sp/docs/c2d73\\_sp.pdf](http://archive.unctad.org/sp/docs/c2d73_sp.pdf)).

Desarrollo (BID)<sup>5</sup> y el crecimiento inusitado en los flujos mundiales de inversión extranjera esencialmente a partir de la década de los noventa, acompañaron a los países latinoamericanos al abandono de las políticas ordenadoras y regulatorias de la inversión extranjera y su sustitución por políticas liberales y casi indiscriminadas para la atracción de inversión extranjera en la concepción de que ésta representa y es sinónimo de crecimiento económico<sup>6</sup> y llevaron a los países latinoamericanos a modificar sus marcos regulatorios en el nivel interno y regional como el caso de los andinos a través de la decisión 291 o adoptar normativas regionales con esa orientación en el caso del Mercado Común del Sur (Mercosur). Paralelamente implicó que los países latinoamericanos en general se embarcaran en la suscripción de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones<sup>7</sup> y que comúnmente (como hacemos en el presente trabajo) se denominan tratados bilaterales de inversión (TBI), la firma de tratados de doble tributación (TDT) y más recientemente y con gran intensidad en la celebración de tratados de libre comercio (TLC) que incorporan regímenes de inversiones; de esta manera se comenzó a generalizar la adopción y aplicación del

<sup>5</sup> Romero Cevallos, Marco, *Los desafíos de una nueva integración andina Una agenda desde los jóvenes*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2007, p. 49.

<sup>6</sup> Herz, Mariana, “Régimen Argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al ALCA y la OMC”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2003, pp. 2, 3, <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/articulos/regimen-argentino-promocion-proteccion-inversiones-albores-nuevo-milenio-tratados-bilaterales-mercotur-mediante-al-alca-omc>.

<sup>7</sup> Aunque de promoción, como la mayor parte de Acuerdos Internacionales de Inversión no tienen mucho; al respecto la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) advierte “la mayoría de los AII normalmente sólo tienen un efecto indirecto de promoción de inversión. Esto significa que estos AII pretenden atraer la inversión extranjera garantizando su protección y no mediante medidas específicas de promoción de los países de origen o de los países receptores. Los AII pueden llegar incluso a prohibir que los países receptores realicen determinadas actividades concretas de promoción de la inversión, como ofrecer incentivos” (UNCTAD, *op. cit.*, p. 32).

De igual forma Brasil, aunque después de suscribir tales acuerdos (14), finalmente no los ratificó, principalmente por los riesgos asociados con las cláusulas del sistema internacional de solución de controversias (Mortimore, Michael and Stanley, Leonardo “Standing Tall: BRICs Improve FDI Impacts and Reduce Risks”, Working Group on Development and Environment in the Americas, Discussion Paper, núm. 29, enero de 2010, p. 16).

esquema bilateral y al mismo tiempo implicó la adhesión a la principal institución internacional de arreglo de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estado: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

De esta manera, los países de la región se encaminarían a la liberalización de sus regímenes de inversión extranjera; sin embargo, en el último tiempo las políticas liberales en general, han provocado problemas, susceptibilidad y preocupación, poniendo en duda su eficacia, por los magros resultados obtenidos en términos de transferencia de tecnología<sup>8</sup> cambio de estructura productiva,<sup>9</sup> crecimiento económico<sup>10</sup> o a la luz de los efectos negativos en las primeras experiencias plurilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>11</sup> o frente a diversas evidencias empíricas universales que son la base de desmitificación de aquél axioma de que inversión extranjera *per se* conduce irreductiblemente crecimiento económico<sup>12</sup> o de que necesaria-

<sup>8</sup> Véase CEPAL, *La Inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2009*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2010.

<sup>9</sup> CEPAL, “Progreso técnico y cambio estructural en América Latina y el Caribe”, Santiago de Chile, Documentos de proyectos, núm. 136 (LC/W.136), 2007, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/32409/LCW136.pdf>.

<sup>10</sup> Ocampo, José Antonio, *Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América Latina*, México D.F., CEPAL-SERIE Estudios y perspectivas-Sede Subregional de la CEPAL en México, Naciones Unidas, 2005; Moncayo Jiménez, Edgard, “Globalización asimétrica y desarrollo precario: una perspectiva andina”, UNU-CRIS Working Papers, W-2009/3, pp. 5 y 6, [http://www.cris.unu.edu/fileadmin/workingpapers/W-2009-3\\_Globalizacion\\_Asimetriza\\_y\\_Desarrollo\\_Precario\\_-\\_Una\\_Perspectiva\\_Andina.pdf](http://www.cris.unu.edu/fileadmin/workingpapers/W-2009-3_Globalizacion_Asimetriza_y_Desarrollo_Precario_-_Una_Perspectiva_Andina.pdf).

<sup>11</sup> Zepeda, Eduardo *et al.*, “Rethinking Trade Policy for Development: Lessons From Mexico Under NAFTA”, CARNEGIE endowment for international peace, Policy outlook, december 2009; Murayama, Ciro, “México: quince años del TLCAN. 1994-2009: entre la crisis del efecto tequila y la crisis global”, Fundación alternativas, Documento de trabajo núm. 45/2010, 2010.

<sup>12</sup> Véase Herzer, Dierk, “How does foreign direct investment really affect developing countries’ growth?”, Ibero-America Institute for Economic Research, Germany, discussion paper number 207, November 2010; Calderón, César, *et al.*, “Greenfield Foreign Direct Investment and Mergers and Acquisitions: Feedback and Macroeconomic Effects”, World Bank, *Policy Research Working Paper Series*, Germany, number 3192, 2004; Carkovic, María and Levine, Rosee “Does foreign direct investment accelerate economic growth?”, en Moran, Theodore *et al.*, *Does Foreign Direct Investment Promote Development?*, Washington D.C., Instituto de Economía Internacional, 2005.

mente influya positivamente sobre la productividad<sup>13</sup> o al advertir que en la región se haya desplazado inversión doméstica.<sup>14</sup>

Más directamente relacionados con los acuerdos internacionales de inversión (AII), los países son más escépticos de que garanticen inversiones de calidad o de que influyan directamente sobre el crecimiento, o más importante sobre el desarrollo del país receptor, e incluso cuestionan los efectos significativos que puedan tener sobre los flujos de inversión extranjera, frente a la evidencia empírica global no concluyente<sup>15</sup> o ante experiencias de países más cautelosos con respecto a los acuerdos de inversión extranjera y sus sistemas de solución de controversias que desdican la hipótesis del vínculo causal directo entre la suscripción de AII y mayores flujos de Inversión Extranjera Directa<sup>16</sup> o ante la presencia de características desequilibradas<sup>17</sup> que presentan los AII plasmados en sus dispositivos normativos<sup>18</sup> en correspondencia a la correlación de fuerzas<sup>19</sup> o a la luz de la considerable reducción del margen de maniobra

<sup>13</sup> Véase Aitken, Bryan J. y Harrison, Ann E., “Do Domestic firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela”, *The American Economic Review*, vol. 89, núm. 3, junio de 1999; Golejewska, Ana, “Productivity Spillovers from Foreign Direct Investment in Polish Manufacturing 1993-2006”, *Analizy I Opracowania KEIE UG 2/2009*, April 2009; Konings, Jozef, “The Effects of Direct Foreign Investment on Domestic Firms: Evidence from Firm Level Panel Data in Emerging Economies”, *William Davidson Institute*, Working Paper , núm.344, octubre de 2000.

<sup>14</sup> Agosin, Manuel, “América Latina en Perspectiva Comparada: La Inversión Extranjera ¿siempre las bases sobre el Desarrollo Económico?”, en Gallagher, Kevin *et. al.* (edit.), *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo Sustentable*, Global Development and Environment Institute de Tufts University, 2008.

<sup>15</sup> Véase UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, NuevaYork-Geneva, United Nations, 1998; Hallward-Driemeier, Mary “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite”, World Bank, Policy research working paper number 3121, agosto de 2003; Tobin, Jennifer and Rose-Ackerman, Susan, “Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties”, *William Davidson Institute*, Working Paper number 587, junio de 2003.

<sup>16</sup> Es el caso de Brasil. Véase Mortimore, Michael y Stanley, Leonardo, *op. cit.*.

<sup>17</sup> Harten, Gus Van, “Five justifications for investment treaties: a critical discussion”, *Forthcoming 2(1) Trade L. & Dev.* 1, 2010, p. 20, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1622928](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1622928).

<sup>18</sup> Véase UNCTAD, *op. cit.*, pp. 33, 34

<sup>19</sup> Harten, Gus Van, *op. cit.*, p. 15

necesario para regular de forma eficaz el ámbito de la inversión extranjera con miras a lograr su desarrollo<sup>20</sup> o porque van en contra de sus estrategias de desarrollo<sup>21</sup> o por los efectos potenciales nocivos de profundización de crisis económica;<sup>22</sup> desde el punto de vista institucional, por la crisis de legitimidad del que adolecen sus mecanismos de solución de controversias, por los conflictos de intereses que crean o por las dudas vinculadas con la naturaleza poco democrática de estos procedimientos reflejado en la reducción del estatus del Estado al de un particular y la erosión de principios fundamentales de derecho público tales como la rendición de cuentas (responsabilidad), la apertura (transparencia) y la independencia<sup>23</sup> o ante el incremento inusitado de los casos donde las demandas abrumadoramente son iniciadas por las empresas transnacionales (ETN) de países industrializados, sobre todo contra países en desarrollo y no en sentido opuesto o al menos proporcional<sup>24</sup> o por los altos costos financieros que implica el sistema de solución de controversias<sup>25</sup> principalmente para los países en desarrollo.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Chang, Ha-Joon, "Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective", *The European Journal of Development Research*, vol.16, núm. 3, Autumn 2004, pp. 708-712.

<sup>21</sup> Como Bolivia, Ecuador y Venezuela. Véase Stanley, Leonardo, "Natural Resources & Foreign Investors: A tale of three Andean countries", *Working Group on Development and Environment in the Americas*, Discussion Paper, núm. 16, abril de 2008.

<sup>22</sup> Caso argentino. Véase Mortimore, Michael y Stanley, Leonardo, "Obsolescencia de la protección a los inversores extranjeros después de la crisis argentina" Santiago de Chile, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, abril de 2006; Stanley, Leonardo, *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL-Serie desarrollo productivo núm. 158, 2004.

<sup>23</sup> Mortimore, Michael, *op. cit.*

<sup>24</sup> Con base en UNCTAD, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International production and Development*, New York and Geneva, United Nations, 2011, pp. 101 y 102.

<sup>25</sup> UNCTAD, *Controversias entre inversores y estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011, pp. 14 y 15; Franck, Susan, *op. cit.*, pp. 66-70.

<sup>26</sup> Sin duda el país con mayores demandas a nivel global es Argentina, que sólo en CIADI presenta 69 demandas de arbitraje internacional (entre concluidos y pendientes. Base de datos de ICSID).

A nivel andino, en cuanto a las demandas arbitrales internacionales se refiere, el que más demandas conocidas posee es Ecuador, que a la fecha registra 17 demandas (11 concluidos y 6 pendientes) seguida de Perú con 11 (6 resueltas y 5 pendientes) y Bolivia con 7 (4 resueltos y 3 pendientes) (para mayor información respecto del estado de situación en las que se encuentran las demandas internacionales a los andinos basadas en Acuerdos Internacionales de



Estas y otras consideraciones han provocado una serie de reacciones no sólo en el nivel regional, sino global (siendo prevalente y determinante en ambos casos el aumento creciente de casos ante las demandas

Inversión, véase cuadro núm. 1); sin duda, los casos de mayor preocupación son de Ecuador y Perú cuyas demandas (las que se hallan cuantificadas) ascienden US\$4.658 y 4.500 millones respectivamente.

De los casos concluidos para el caso del Ecuador (cuyas demandas en su mayoría provienen del sector hidrocarburífero) se tiene que hasta ahora ha ganado la mayor parte de las contiendas (con excepción del caso *Occidental Exploration y Production Company* (LCIA, Caso núm. UN3467, Final Award, 1o. de julio de 2004) en el que se ordenó al país pagar \$us.71 millones, más intereses (UNCTAD, “Latest developments in investor-State dispute settlement”, IIA Monitor number 4, Nueva York-Geneva, United Nations, 2005, p. 9); el caso *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A.* (Caso CIADI No. ARB/04/19) en el que se dispuso el pago de US\$5.5 millones más intereses (UNCTAD, “Latest developments in investor-State dispute settlement”, IIA Monitor number 1, Nueva York and Geneva, United Nations, 2009, p. 10) y el caso Chevron en el que preliminarmente se dispuso el pago de US\$700 millones más intereses y que posteriormente se redujo a US\$96 millones —no obstante el caso se halla aún pendiente— (UNCTAD, *op. cit.*; *El Comercio*, “Las demandas contra Ecuador suman USD 4 658 millones en el exterior”, 30 de junio de 2011)

Por su parte, Perú, hasta la fecha ha perdido en los casos Tza Yap Shum, donde se declaró el reconocimiento de 1 millón de dólares a favor del inversionista y en el caso Duke Energy International, donde se ordenó el pago de 18.4 millones de dólares (*Gestión, El diario de economía y negocios del Perú*, “El Gobierno tiene denuncias por 900 millones de dólares en CIADI”, 16 de septiembre de 2010; *Expresso*, “Perú enfrenta juicios ante el CIADI por 4.500 millones”, 3 de octubre de 2011).

Es evidente que si bien estos andinos no han sido obligados a erogar sumas exorbitantes a los inversionistas, no deja de ser preocupante las cifras que se manejan en las pretensiones compensatorias que sin duda ponen en riesgo el desarrollo de sus estrategias industriales.

En el caso de Bolivia, hasta la fecha todos los casos han sido concluidos mediante acuerdo de partes. E.T.I. Euro Telecom International N.V. (100 millones de dólares); AEI Luxembourg Holdings (120.6 millones de dólares-Decreto Supremo 621 del 2 de septiembre de 2010); Aguas del Tunari S.A. (menos de un dólar). Para el caso Oil Tanking el estado habría pagado la suma de 16.4 millones de dólares (no obstante dicha demanda no ha sido resuelta oficialmente, como se observa en el portal de CIADI). De las demandas pendientes, la cuantía de demanda de Quiborax es de 66 millones de dólares, Guaracachi pide 70 millones de dólares; no se dispone de información respecto de la cuantía para Pan American Energy. (Grupo del Banco Mundial Bolivia “Bolivia solo tiene un caso pendiente en el CIADI” en “Bolivia se va del CIADI”, 20 de julio de 2010; El Deber, “Elizabeth Arismendi / Ministra de Defensa Legal del Estado: ‘Resolvimos tres casos de arbitraje’”, 30 de enero de 2011).

Con relación a Colombia, a la fecha no registra ninguna demanda internacional (aseveración conforme a la base de datos de UNCTAD y CIADI) lo cual es digno de mencionar, sin embargo a nuestro juicio no es casual, considerando que una de las mayores coadyuvantes para que esto no suceda es el reducido número de TBI vigentes.

ante foros internacionales derivados de estos acuerdos), que como hace notar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)<sup>27</sup> incluyen medidas de *revisión de sus modelos de TBI* (Rusia en 2001-2002; Francia en 2006; Colombia, México, Austria y Alemania en 2008) *terminación de AII* (Bolivia, Ecuador, Venezuela); *renegociación de TBI* (siendo los más activos República Checa (15), Rumania (8), China (6), República de Corea (6)); *la modernización del contenido de los nuevos AII* (clarificando el alcance de los acuerdos; introduciendo excepciones generales que permiten más espacio de regulación en las economías receptoras; clarificando el contenido del significado de obligaciones específicas; incorporando cláusulas ambientales; asegurando el desempeño corporativo adecuado con respecto a las prácticas ambientales y sociales); *desarrollos con respecto del sistema de solución de diferencias* (que incluyen nuevas cláusulas tendientes a disminuir la exposición del Estado receptor a las reclamaciones del inversionista extranjero o que están focalizadas en incrementar la legitimidad y eficiencia de los procesos de solución de controversias); *incluso al interior del propio sistema* (procesos de revisión de los principales mecanismos de solución de controversias) y en el nivel interno *cambios en la tendencia en las regulaciones nacionales* (si bien se puede evidenciar que continúan las medidas regulatorias favorables a la inversión —liberalizadoras y promotoras— también se advierte que se incrementa el número de regulaciones restrictivas a la inversión;<sup>28</sup> cambios de política (nacionales e internacionales) en materia de inversión extranjera que en definitiva apuntan a rebalancear o equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados e inversores. Esta dinámica evolutiva a juicio de UNCTAD está llevando a que el régimen de AII esté tomando cuerpo y potencialmente está creando la oportunidad para una mayor coherencia, balance y efectividad del régimen internacional de inversión, factor que a la larga asegurará que éste sea más eficiente y conducente al crecimiento y desarrollo;<sup>29</sup> aspecto que nos lleva a inferir que al menos en el corto y mediano plazo, los cos-

<sup>27</sup> Desde ya conviene señalar que las medidas señaladas y los ejemplos son tomados de UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing in a low-carbon economy*, Nueva York-Geneva, United Nations, 2010, pp. 83-90.

<sup>28</sup> Véase también UNCTAD, *op. cit.*, pp. 94-98

<sup>29</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 90

tos (económicos, políticos, sociales, medioambientales) de los actuales Acuerdos de Inversión que son asimétricos y desiguales, continuarán siendo asumidos por los países en desarrollo y en transición.

### 1. *Acuerdos Internacionales de Inversión Extranjera-Perspectiva y accionar de Colombia y Perú*

Utilizando la clasificación desarrollada por Michael Mortimore<sup>30</sup> sobre el enfoque de los países latinoamericanos y caribeños respecto de los procedimientos de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, las tendencias en relación con los AII van en dos sentidos; por un lado Colombia y Perú (con políticas liberales y en el marco regionalismo abierto) consideran que los beneficios de estos acuerdos son superiores a los riesgos que implican y de allí su posición favorable con respecto a este tipo de instrumentos así como de su sistema de solución de controversias.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Mortimore, Michael, *op. cit.*, pp. 50-52.

<sup>31</sup> Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, conviene señalar que Colombia ha sido uno de los países latinoamericanos que ha actuado con mayor prudencia en relación con los acuerdos de inversión, pues como nos hace notar Tatiana López Romero, “*Colombia no ha sido protagonista de la primera ola de los TBI*” visto desde la óptica del número de TBI celebrados y vigentes, porque hasta fines de la década del 90 sólo había firmado TBI con España, Reino Unido, Cuba y Perú, y en el marco del tratado de libre comercio del Grupo de los Tres: Venezuela, México, Colombia (ahora simplemente TLC G2 México-Colombia, debido a la denuncia de Venezuela a dicho tratado) que incorporaba un capítulo de inversión, de los cuales sólo los dos últimos entraron en vigencia ya que al declarar la Corte Constitucional a los demás TBI como parcialmente inconstitucionales (vigentes salvo por las disposiciones sobre expropiación) por generar incompatibilidad con su entonces artículo 58 (Constitución Política del Estado de Colombia de 1991) que admitía la expropiación sin compensación “*por razones de equidad*”, desestimuló a los demás suscriptores y provocó que no la ratificaran. No obstante, a partir de 2002 el gobierno decidió adscribirse (aunarse) al movimiento de los TBI y en esa lógica se comenzó a negociar y suscribir tratados con países estratégicos, aprovechando además la reforma constitucional del artículo 58 (mediante Acto legislativo 01 de 1999) por el que reconoce indemnización a toda expropiación y los nuevos lineamientos del Consejo Nacional de Política Económica (CONPES) (López Romero, Tatiana, “La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras: El caso Colombiano”, *Revista Colombiana de derecho internacional*, núm. 11, mayo de 2008, pp. 79 y 80; también véase Cerón Zapata *et. al.*, “Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia: Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales”, Medellín, Universidad EAFIT, Serie

No obstante, debido a las preocupaciones señaladas anteriormente, en los últimos años, estos andinos vienen adoptando medidas con miras a disminuir eventuales reclamaciones ante los sistemas de solución de controversias y gozar de cierto margen de maniobra, en algunos casos como Estados Unidos y Canadá favorecidos además por su cambio de modelo TBI y en general por los cambios en las tendencias globales tendientes a mejorar el contenido de sus acuerdos de inversión.

Bajo esta perspectiva Colombia acudió a la revisión de su modelo TBI en 2008 y/o de allí que ambos países estén en procesos de mejoramiento del contenido de sus AII, por ejemplo, mediante la clarificación del alcance de sus acuerdos a través de la exclusión de temas específicos (como seguridad de deuda pública, surgimiento de reclamaciones por contratos puramente comerciales, operaciones financieras comerciales, préstamos de corto plazo) de la definición de inversión (por ejemplo, TLC Chile-Colombia, capítulo 9, sección C, artículo 9.28; TLC Triángulo del Norte, Parte Cinco, capítulo 12, sección A, artículo 12.1.1; TBI Perú-Japón, artículo 19) o mediante la introducción de excepciones generales que permitan mayor espacio de regulación en las economías receptoras tales como la incorporación de excepciones generales que introduzcan exenciones a las medidas necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal o la conservación de recursos naturales exhaustivos, moral pública, etcétera (por ejemplo, TLC Perú-Chile, capítulo 11, sección A, artículo 11.13, y anexo 11 D, núm. 3, inc. b; TLC Triángulo del Norte, capítulo 12, sección A, artículo 12.8, núm. 3, inc. C, y 12.16), normas prudenciales respecto al sistema financiero a través de su exclusión y/o la incorporación de reservas (por ejemplo, TLC Chile-Colombia, capítulo 9, sección A, artículo 9.1, núm. 3. 4; TLC Perú-Singapur, capítulo 10, artículo 10.2, núm. 4; TBI Perú-Japón, artículo 8, anexo 1, sección 2, sector 14 (servicios financieros del Perú)).

Del mismo modo ambos países acuden al mejoramiento del contenido de su AII clarificando el contenido y significado de obligaciones espe-

Cuadernos de Investigación, Documento 54-032007, marzo de 2007, pp. 62, 63, 74), y en este sentido, suscribe diversos acuerdos de inversión sea bajo la modalidad tradicional de TBI o TLC que incorporan capítulos del mismo y a la fecha algunos de ellos se encuentran vigentes (TBI con España, Suiza, TLC con Chile, Triángulo Norte —Guatemala, El Salvador, Honduras—) (Datos con base en la información disponible que ofrece el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia).

cíficas, por ejemplo, mediante el establecimiento de que el concepto de trato justo y equitativo no requiere de un tratamiento adicional o más allá de los requerimientos del derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, TLC Triángulo del Norte, capítulo 12, sección A, artículo 12.4; TLC Perú Estados Unidos, capítulo 10, sección A, artículo 10.5) clarificando que las obligaciones del principio de nación más favorecida no abarcan materias procedimentales que incluyan el mecanismo de solución de controversias<sup>32</sup> (por ejemplo, TLC Colombia-Chile, capítulo 9, sección A, anexo 9.3; TLC Perú-China capítulo 10, artículo 131), mayor clarificación respecto de la expropiación indirecta, mediante el establecimiento de pautas que otorguen elementos para determinar si la expropiación puede ser considerada indirecta o no para establecer si corresponde compensación (por ejemplo, TLC Colombia-Chile, capítulo 9, sección A, anexo 9-C; TLC, Perú-Canadá, capítulo 8, sección A, anexo 812.1, TBI Perú-Japón, Anexo IV), omitiendo cláusulas paraguas aplicables a la totalidad del tratado (TBI Bélgica/Luxemburgo, Colombia 2009, TLC Triángulo del Norte), mediante la incorporación de cláusulas ambientales, tendientes a viabilizar el accionar público para garantizar la observancia de la legislación ambiental (TLC Triángulo del Norte, capítulo 12, sección A, artículo 12.16; TLC Perú-Chile, capítulo 11, sección A, artículo 11.13).

En el ámbito conflictual dicho mejoramiento se da mediante desarrollos con respecto al sistema de solución de controversias, que incluyen nuevos lenguajes en los AII particularmente en áreas donde los casos de controversias podrían tocar preocupaciones de políticas públicas, por ejemplo, estableciendo límites temporales para la presentación de reclamaciones (TLC Colombia-Chile, capítulo 9, sección A, artículo 9.18. núm. 1; TLC Perú-Singapur, capítulo 10, artículo 10.17, núm. 4) permitiendo la acumulación de reclamaciones, cuando la causa devenga de cuestiones legales o fácticas comunes y arribe de hechos o circunstancias similares (TLC Triángulo del Norte, capítulo 12, sección A, 12.28; TLC Estados Unidos-Perú, capítulo 10, sección A, artículo 10.25), incorporando cláusulas con la finalidad de otorgar mayor

<sup>32</sup> Para evitar que el inversionista invoque nación más favorecida de las provisiones del sistema de solución de controversias con base en un AII de otro país, distinto al AII que lo protege.

transparencia a las actuaciones arbitrales y la participación de terceros (*amicus curiae*) (TLC Colombia Chile, artículo 11.21) y del mismo desarrollan políticas de prevención de disputas como Perú (mejorando el compartimiento de información), y Colombia (con una agencia líder).<sup>33</sup>

No obstante, pese al mejoramiento en muchos ámbitos como los mencionados anteriormente, también se puede observar la extensión de dos elementos a nuestro juicio negativos desde el punto de vista del desarrollo, pues implican una mayor reducción del margen de manobra: la ampliación del trato nacional a la fase de preestablecimiento y el relacionado con los requisitos de desempeño, profundizaciones en conformidad a las propuestas fallidas a nivel multilateral del Acuerdo Multilateral de Inversiones y hemisférica en el Acuerdo de Libre Comercio para las Américas.

En cuanto al primero, es claro que las disposiciones que prevén trato nacional y nación más favorecida en la fase de preestablecimiento (anterior a la entrada de inversiones),<sup>34</sup> siguiendo el modelo de “*derechos de establecimiento*”<sup>35</sup> principalmente en los tratados de los Estados Unidos y Canadá,<sup>36</sup> a pesar de las excepciones y reservas que puedan incorporar,

<sup>33</sup> Cabe reconocer que la utilización de la clasificación del desarrollo de los acuerdos y algunos ejemplos tales como el TBI Colombia-Bélgica/Luxemburgo y la mención acerca de los desarrollos de políticas de prevención de disputas son tomados de UNCTAD, *op. cit.*, pp. 83-90.

<sup>34</sup> Esto se constata a la luz de que los países en sus acuerdos, señalan que tanto el trato nacional como nación más favorecida abarca las operaciones de “*establecimiento*”, etapa conforme señala Capriles donde “aún no se ha producido la transferencia de ningún activo al territorio del país donde la inversión va a tener lugar” (Capriles, Gonzalo, “Implicancias en Inversiones”, en Secretaría General de la Comunidad Andina, *Las negociaciones hemisféricas y la Comunidad Andina Evaluación de Impacto*, Lima, Secretaría General de la CAN, 2006, p. 339).

<sup>35</sup> También denominado modelo combinado (UNCTAD, *Admisión y Establecimiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999).

Este modelo implica que el inversionista no recibirá un trato menos favorable de inversión que el otorgado al inversionista doméstico de la otra parte y que inversores de otros terceros países, provisiones que abarcan no sólo a las inversiones ya establecidas sino también al establecimiento. Estos TBI diseñados con el propósito de asegurar la entrada de inversión en la economía receptora, pueden contener reservas específicas y de esta manera retener algún grado de flexibilidad en el control de admisión de la inversión extranjera directa de la otra parte (UNCTAD, *Bilateral investment treaties 1995–2006: Trends in investment rulemaking*, Nueva York-Geneva, United Nations, 2007, pp. 22 y 23).

<sup>36</sup> Sin embargo, quienes instauran el modelo son los Estados Unidos (UNCTAD, *op. cit.*, pp. 37, 39).

sustraen significativamente al Estado receptor, el espacio de políticas públicas conducentes al control de acceso de las inversiones, sea admitiendo o rechazando las mismas, impidiendo consecuentemente a los países receptores preseleccionar las IED antes de ser admitidas o de requerir concesiones a las empresas como condicionantes para la entrada<sup>37</sup> con miras a lograr su desarrollo socioeconómico, en oposición a los tratados bilaterales de inversión que siguen el “modelo de admisión”<sup>38</sup> (tradicional) seguido principalmente por los países europeos<sup>39</sup> que ordena admitir la inversión de conformidad con las disposiciones legales internas, en respeto de la soberanía<sup>40</sup> (por ejemplo, TBI Perú-Dinamarca, artículo 2; TBI Colombia-España, artículo 2; TBI Ecuador-Alemania, artículo 2; TBI Bolivia-Reino Unido, artículo II). En Colombia y Perú, de los últimos acuerdos que celebran, claramente se puede observar la tendencia de incorporar esta fase en sus acuerdos esencialmente TLC (TLC Triángulo del Norte, artículo 12.5, 12.6; TLC Colombia-Chile, artículo 9.2, 9.3; TLC Perú Singapur, artículos 10.3, 10.4; TBI Perú-Japón, artículo 2, 3, 4; TLC Perú Chile, artículos 11.2, 11.3; TLC Perú-China, artículo 131;<sup>41</sup> TLC Perú Estados Unidos, artículos 10.3, 10.4; TLC Perú

<sup>37</sup> Haslam, Paul Alexander, “El régimen naciente de las inversiones extranjeras en las Américas” FOCAL, Documento de Política FPP-05-01, 2005, p. 7, <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2007/00452.pdf>.

<sup>38</sup> Este modelo hace referencia a la admisión de inversiones de los inversores de la otra parte sólo si tales inversiones están en conformidad a la legislación del país receptor. Permite al país receptor aplicar mecanismos de admisión y selección para la inversión extranjera que pueda tener en el lugar y consiguientemente determinar las condiciones con las que se permitirá el ingreso de la inversión extranjera en el país. Del mismo modo, otra implicación de las cláusulas de admisión es que no hay obligación del país receptor de eliminar legislación discriminatoria que afecta el establecimiento de la inversión extranjera (UNCTAD, *op. cit.*, pp. 21 y 22).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 23.

Como menciona Gus Van Harten, los Estados europeos en sus tratados no comprometen el trato nacional o nación más favorecida en la fase de pre establecimiento y por esto tampoco requieren incorporar excepciones (Harten, Gus Van, *op. cit.*, p. 20).

<sup>40</sup> Ancos, Helena y Vicente, Dámaso Javier, *La Promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela*, Madrid, Fundación Carolina CeALCI, Serie de Avances de Investigación núm. 30, junio de 2009, p. 36.

<sup>41</sup> Cabe señalar que en el caso de China, solo el principio de trato de nación más favorecida alcanza a esta fase.

Canadá, artículos 803, 804), aplicados no solamente en las relaciones norte-sur, sino también sur-sur.

A esto cabe agregar que la aplicación del modelo combinado (derecho de establecimiento), además de profundizar los niveles de protección para el inversor y reducir el margen de maniobra de los países, contrarían el ordenamiento comunitario andino conforme advierten Fairlie, Queija, Rasmussen<sup>42</sup> y Capriles,<sup>43</sup> porque la Decisión 291, exige que la inversión extranjera directa se rija por el ordenamiento comunitario y legislación interna (Decisión 291, artículo 3), y en ese sentido, la norma comunitaria obliga a que haya “aporte” al capital social para que una actividad sea considerada inversión (Decisión 291, artículo 1), y como se puede observar en los AII, de ambos andinos al regular conforme al modelo estadounidense, se protegen también las intenciones de realizar una inversión.<sup>44</sup>

En cuanto a los requisitos de desempeño, si bien no son la regla en los TBI, sí se encuentran expresadas en acuerdos bilaterales como los de Estados Unidos, Canadá y Japón<sup>45</sup> y en diversos TLC siguiendo el modelo de referencia TLCAN introducidas bajo el argumento de que estos “*distorsionan el mercado*”.<sup>46</sup> Si bien, como advierten Moltke, Peterson, Mann y Cosbey, existe el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) que en un anexo

<sup>42</sup> Reinoso, Fairlie *et al.*, *Tratado de Libre Comercio Perú-EEUU: Un Balance Crítico*, Lima, LATN Red Latinoamericana de Política Comercial y CISEPA de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 70, 71.

<sup>43</sup> Capriles, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 337-339.

<sup>44</sup> Pues conforme a la visión de proteger la inversión en la fase de preestablecimiento, los acuerdos de este tipo, incorporan en las conceptualización de inversionista a aquellos que “pretenden” o tienen “intenciones” de realizar una inversión (véase TLC Perú-Estados Unidos, artículo 10.28; TLC Perú-Canadá, artículo 847). Pese a lo mencionado, cabe señalar también que la conceptualización acerca de qué se entiende por intención ha sido mejorada porque a diferencia del pasado, los mismos supeditan tales intenciones a la realización de acciones concretas, sin embargo, a pesar de estos avances, no cambia la transgresión del ordenamiento comunitario.

<sup>45</sup> Según UNCTAD, en el caso de los Estados Unidos desde los ochenta, Canadá después de mediados de los noventa, Japón a inicios del presente siglo (UNCTAD, *op. cit.*, p. 13).

<sup>46</sup> Mora Jiménez, Henry, *Los acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: de vuelta al AMI*, Bogotá, Panamericana, 2006, Colección de Derecho Económico II de la Universidad Externado de Colombia, p. 295.



desarrolla una lista ilustrativa de MIC que son incompatibles con los artículos III y XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), medidas a las que en terminología de los AII se denominan “*requisitos de desempeño*” (como disponer como incompatible las obligaciones de adquirir o utilizar insumos de proveedores nacionales; empatar las compras, utilización o importación de productos con el valor o volumen de productos locales), dicho acuerdo se presenta como “bastante limitado”.<sup>47</sup> Efectivamente, el Acuerdo sobre MIC en términos resumidos prohíbe “exigencias de contenido local; exigencias de balanza comercial, restricciones de moneda extranjera relacionadas con los in-flujos de moneda extranjera atribuibles a una empresa; y controles sobre exportación”<sup>48</sup> y por tanto, claramente permanecen fuera del ámbito del Acuerdo, medidas como requisitos de desempeño relativos a la participación de capitales locales, emprendimientos en materia de investigación y desarrollo, transferencia tecnológica, empleo de personal local, etcétera<sup>49</sup> y precisamente, son algunas de estas medidas que se hallan fuera del MIC las que se restringen en algunos TBI o capítulos de inversión en los TLC, pues además de considerar el ámbito del comercio de bienes, las limitaciones se extienden a los servicios, abarcando también áreas tan sensibles como transferencia tecnológica, prohibiciones de imponer requisitos de contratación de personal nacional en los casos de alta dirección, e incluso como el caso de Bolivia prohíben res-

<sup>47</sup> Cosby, Aaron *et. al.*, *Inversiones y desarrollo sustentable*, Winnipeg, Canadá, Instituto internacional de desarrollo sostenible, 2004, p. 26.

Dichos autores fundamentan tal afirmación, indicando que “Sobre la base de estas disposiciones, se ha argumentado que “las inversiones ya están en la OMC” y que la propuesta de negociar más al respecto no representa un cambio importante. Sin embargo, si las negociaciones propuestas siguen el modelo más tradicional de los acuerdos sobre inversiones, como en la negociación de los AMI [o en propuestas como el ALCA] y... en el contexto de los acuerdos bilaterales y regionales, es imposible sostener este argumento. En efecto, las limitadas disposiciones sobre inversiones existentes en los actuales acuerdos de la OMC no abordan prácticamente ninguna de las numerosas cuestiones que han demostrado ser polémicas en otros acuerdos sobre inversiones” (*Idem*).

<sup>48</sup> Ancos, Helena y Vicente, Dámaso Javier, *op. cit.*, p. 127.

<sup>49</sup> Correa, Carlos M., “Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio: Interpretación, aplicación y opciones para su revisión”, en Carlos María Correa (dir.), *Derecho del Comercio Internacional Acuerdos Regionales y OMC*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2004, p. 118.

tricciones relacionadas con emprendimientos en materia de investigación (por ejemplo, TBI Bolivia-Estados Unidos, artículos VI, VII 2; TBI Ecuador-Canadá, artículos IV, 2 ii, V 2; TLC Colombia Chile, artículos 9.6, 9.7; TLC Colombia-Triángulo del Norte, artículos 12.9, 12,10; TBI Perú-Japón, artículos 6, 12; TLC Perú-Chile, artículos 11,6, 11,7; TLC Perú-Singapur, capítulo 10, artículos 10.7, 10,13; TLC Perú-Estados Unidos, capítulo 10, sección A, artículos 10.9, 10.10; TLC Perú Canadá, artículos 806, 807).

Es claro que la transferencia tecnológica no es una consecuencia automática de la inversión extranjera<sup>50</sup> y por tanto requieren un conjunto de políticas tendientes a viabilizar la absorción de las externalidades positivas, sin embargo, prohibiciones como las de transferencia tecnológica o relativas a la investigación o relativos a la contratación de personal clave, o la ampliación a los servicios, constituyen una renuncia a las expectativas de beneficiarse de los *spillovers* tecnológicos que contribuyan al proceso mismo de desarrollo, dejando ahora sujeta a la mera voluntad de la ETN, perdiendo de vista, las causas principales por las que se promueve la inversión.

En el caso de Colombia y Perú, se observa en los últimos acuerdos de inversión suscritos la incorporación y consolidación de la prohibición de *requisitos de desempeño*, convirtiéndose ahora en la regla. Es claro y evidente, como se hizo notar, que el TRIMs o Acuerdo MIC es la única normativa común de los andinos en materia de requisitos de desempeño;<sup>51</sup> sin embargo, ésta queda limitada al ámbito de las mercancías, y en cambio, los acuerdos que se celebran actualmente amplían su campo de acción a los servicios, al área de transferencia tecnológica y además incorporan prohibiciones con relación al personal de alto nivel ejecutivo, más allá de las excepciones y reservas que se realicen con respecto a estas áreas, pues a pesar de ello, disminuyen considerablemente el margen de maniobra de los países. Además de los efectos negativos sobre la absorción de las externalidades y la canalización de inversiones hacia determinadas actividades o sectores económicos, así como el de-

<sup>50</sup> Blomström, Magnus y Kokko, Ari, "The Economics of Foreign Direct Investment Incentives", Working Paper number 168, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2003.

<sup>51</sup> Capriles, Gonzalo, *op. cit.*, p. 372.

sarrollo de la industria nacional, constituyen limitantes para las estrategias de desarrollo futuras, tomando en consideración la vigencia de este tipo de acuerdos, que incluso una vez realizadas las denuncias surten efectos por periodos prolongados (en general 10 a 15 años).

## 2. *Acuerdos internacionales de inversión extranjera: perspectiva y accionar de Bolivia y Ecuador*

Pasando a los casos de Bolivia y Ecuador, ambos consideran que los riesgos son superiores a los beneficios derivados de estos tipos de acuerdos y por esto las medidas tomadas han ido mucho más allá que las adoptadas por Perú y Colombia, esto es, recurrieron a un proceso de desarrollo de nuevos modelos TBI activado por la adopción de nuevos textos constitucionales que hizo necesario el comienzo de la redefinición del proceso,<sup>52</sup> pero además dicho accionar se sustenta en la adopción de sus estrategias de desarrollo y la incorporación de nuevos actores políticos; esto indudablemente ha repercutido en la decisión de renegociación y/o terminación de AII, su reacción frente a las decisiones del sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias internacionales entre inversores extranjeros y Estado, manifestada en el retiro del principal mecanismo de solución de diferencias entre Estados e inversionistas CIADI.

En efecto, en el caso de Bolivia, se sigue un proceso de renegociación de los acuerdos de inversión y en su defecto se denuncia los tratados de inversión (disposición transitoria novena Constitución Política del Estado (CPE) 2009). En este sentido, Bolivia renegóció el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 31 con México y excluyó entre otros el ámbito de las inversiones (véase ACE 66 México-Bolivia) y aunque siguió otros procesos de renegociación, no obstante hasta el momento, los resultados han sido la denuncia de algunos acuerdos (extraoficialmente se tiene conocimiento de la denuncia de los TBI con Corea, Suiza, Países Bajos y Cuba).

<sup>52</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 85; UNCTAD, *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, Nueva York y Geneva, United Nations, 2009, pp. 32 y 40.

Ecuador por su parte, ha tomado una posición más dura, pues en 2008 decidió la denuncia de nueve tratados bilaterales: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay<sup>53</sup> y a fines de 2009 el presidente Correa, bajo las reglas del nuevo texto constitucional, solicitó a la Asamblea Nacional aprobar la denuncia de 13 TBI (Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos) bajo el argumento de que son perjudiciales a los intereses nacionales y contrarios al artículo 422 que impide ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en determinadas circunstancias, sin embargo, el organismo legislativo advirtió que no se cumplía el requisito del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional con base en el artículo 138, núm. 3, CPE, y 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y solicitó al Ejecutivo que previamente requiera a la Corte Constitucional los referidos dictámenes,<sup>54</sup> y de esa forma el Ejecutivo solicitó el dictamen favorable para la denuncia de los acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones suscritos por la República del Ecuador con los países mencionados y conforme la Corte Constitucional dictaminó positivamente otorgando la facultad de proceder a las denuncias con base en la contradicción con el artículo 422 de la CPE,<sup>55</sup> nuevamente

<sup>53</sup> UNCTAD, “Denunciation of the ICSID Convention and BITs: impact on investor-state claims”, IIA Issues Note number 2, Nueva York-Geneva, United Nations, diciembre de 2010, p. 1.

Denuncias impulsadas por razones eminentemente económicas. Véase las declaraciones de su canciller, en Compañía Anónima EL UNIVERSO, “Ecuador denuncia tratados de inversión con países América latina y Rumania”, 29 de enero de 2008.

<sup>54</sup> Boletín de Noticias de la Asamblea Nacional, “Corte Constitucional deberá emitir dictamen sobre denuncia de tratados”, 7 de Diciembre de 2009.

<sup>55</sup> Todos los dictámenes emitidos han sido favorables para la denuncia de dichos tratados: Alemania: dictamen núm. 023-10-DTI-CC (junio de 2010); Canadá: dictamen núm. 035-10-DTI-CC (octubre de 2010); Chile: dictamen núm. 038-10-DTI-CC (noviembre de 2010); China: dictamen núm. 027-10-DTI-CC (Julio de 2010); Finlandia: dictamen núm. 026-10-DTI-CC (Julio de 2010); Francia: dictamen núm. 031-10-DTI-CC, (septiembre de 2010); Países Bajos: dictamen núm. 030-10-DTI-CC (septiembre de 2010); Reino Unido: dictamen núm. 020-10-DTI-CC (junio de 2010); Suecia: dictamen núm. 029-10-DTI-CC (septiembre de 2010); Suiza dictamen núm. 040-10-DTI-CC, (noviembre de 2010), Venezuela: dictamen núm. 041-10-DTI-CC (noviembre de 2010); Estados Unidos: dictamen núm. 043-10-DTI-CC (noviembre de 2010); no se tiene datos sobre el dictamen de Argentina.

presentó solicitudes de aprobación de denuncias<sup>56</sup> y hasta la fecha ha obtenido de la Asamblea Nacional, la aprobación de denuncias de TBI con Reino Unido y Alemania en septiembre y con Finlandia en noviembre de 2010, Suecia y Francia en marzo del año en curso<sup>57</sup> y se espera que siga la misma suerte con los demás TBI. Se afirma que tomó la posición más dura que Bolivia, porque en el caso de Ecuador, se acudió directamente a la denuncia de dichos acuerdos y no se aplicó la opción de la renegociación de los tratados<sup>58</sup> aunque los resultados arribados hayan sido los mismos.

Con relación al accionar frente al sistema de solución de controversias se tiene las denuncias del Convenio CIADI, en el caso de Bolivia, el retiro fue recibido por CIADI el 2 de mayo de 2007, produciendo efectos seis meses después (artículo 71), esto es el 3 de noviembre de 2007. Para el caso de Ecuador, la denuncia fue recibida el 6 de julio de 2009, y produjo efectos a partir del 7 de enero de 2010,<sup>59</sup> a ello cabe agregar

<sup>56</sup> Véase Boletín informativo de la Asamblea Nacional, bajo las denominaciones “Presidente de la República pide denunciar tratado internacional suscrito con Reino Unido por ser lesivo a intereses nacionales”, 17 de julio de 2010; “Ejecutivo pide a la Asamblea denunciar dos nuevos convenios con Suiza y Chile”, 8 de diciembre de 2010; “Ejecutivo pidió que la Asamblea apruebe la denuncia de dos convenios con China y Finlandia, por ser inconstitucionales”, 17 de agosto de 2010; “Ejecutivo pide a la Asamblea denunciar convenios con Francia, Reino de los Países Bajos y Suecia”, 22 de diciembre de 2010; “Presidente de la República solicita aprobar denuncia del Convenio de Fomento y Protección de Inversiones con Canadá”, 14 de abril de 2011.

<sup>57</sup> Véase Boletín informativo de la Asamblea Nacional, bajo las denominaciones de “Por contradecir expresas normas constitucionales, pleno acepta denuncia del Convenio de protección recíproca de inversiones entre Reino Unido y Ecuador”, 14 de septiembre de 2010; “Pleno viabilizó denuncia del Tratado de Protección de Inversiones entre Alemania y Ecuador”, 14 de septiembre de 2010; “Pleno aprobó la denuncia del Convenio entre Ecuador y Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, por inconstitucional”, 23 de noviembre de 2010; “Aprobada la denuncia de los convenios para la Promoción Recíproca de Inversiones con el Reino de Suecia y la República Francesa”, 15 de marzo de 2011

<sup>58</sup> Más aún, considerando que los análisis realizados por la Corte Constitucional sobre la compatibilidad de las disposiciones de los TBI, presentados por el Ejecutivo con respecto del ordenamiento constitucional, en varias ocasiones hizo notar que muchas disposiciones de los TBI eran concordantes con los textos constitucionales. Véase los dictámenes de Alemania, Finlandia, Suecia.

<sup>59</sup> CIADI, “Lista de estados contratantes y signatarios del Convenio” (al 18 de abril de 2012), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front.Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>

que en primera instancia Ecuador en diciembre de 2007 había notificado la exclusión de su consentimiento de la aplicación de la Convención de CIADI a las disputas sobre recursos naturales.<sup>60</sup>

Ahora bien, como se dijo anteriormente el accionar de ambos países con relación a los AII se sustenta en sus Constituciones, principalmente porque existe incompatibilidad con el principal dispositivo que motiva la suscripción de un tratado de inversión tradicional, esto es, la relacionada con el sistema de solución de controversias,<sup>61</sup> pues no admiten el arbitraje internacional para la solución de conflictos entre Estado-inversor en materia de hidrocarburos en el caso de Bolivia<sup>62</sup> y en ámbitos de “controversias contractuales o de índole comercial” para el caso del Ecuador, salvo instancias regionales.<sup>63</sup>

Por otra parte, cabe considerar los cambios desde el punto de vista político, que devienen de un redireccionalismo ideológico con la llegada de Evo Morales en 2005 y Rafael Correa en 2006, pues estos instrumentos internacionales de inversión son concebidos como limitaciones a la soberanía nacional en la aplicación de sus estrategias de desarrollo, basadas fundamentalmente como bien advierte Stanley en los recursos naturales cuyos ejes centrales son el sector petrolero y gasífero, pues desde la perspectiva económica los ingresos relacionados con la ener-

<sup>60</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, “Entrega de Notificación a CIADI”, Boletín de prensa núm. 1106, Quito, 13 de diciembre de 2007.

<sup>61</sup> Machado, Decio, “Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión”, Información Alternativa Tinku, 6 de diciembre de 2009, <http://www.tinku.org/ecuador/2507-florenca-pena-llamense-al-silencio-y-dejense-de-joder.html>.

<sup>62</sup> La CPE rechaza expresamente la solución de controversias entre inversor extranjero y Estado mediante arbitraje internacional, en materia de hidrocarbúfero, pues ordena que en este caso las empresas extranjeras “*estarán* sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado” pero además afirma que: “No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”, artículo 366.

<sup>63</sup> La incompatibilidad con el sistema de solución de controversias se halla plasmada en el artículo 422 que prohíbe explícitamente la celebración de acuerdos que contemplen la cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o comerciales, entre el Estado y personas sean naturales o jurídicas privadas, con la salvedad de instancias regionales latinoamericanas (véase además los análisis de la Corte Constitucional del Ecuador que realizó respecto al artículo 422 con ocasión de la solicitud efectuada por el presidente de dictamen de denuncia de 13 TBI).

gía son cruciales y las exportaciones de hidrocarburos son la principal fuente de divisas.<sup>64</sup>

Es claro que la historia de ambos andinos está vinculada a oscilaciones entre períodos de nacionalización y de liberalización, “a menudo para aumentar la participación del Estado durante periodos de precios elevados y grandes reservas, y abrirse a los inversionistas durante épocas de precios bajos y disminución de las reservas”<sup>65</sup> siendo el último periodo

<sup>64</sup> Stanley, Leonardo, *op cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>65</sup> Mortimore, Michael, *op. cit.*, p. 63.

En el caso de Bolivia las exploraciones del petróleo y gas devienen desde fines del siglo XIX. Sin embargo los resultados habían sido magros hasta la llegada de Standard Oil de New Jersey a Bolivia a inicios de los veinte del siglo pasado donde se comienza a desarrollar la actividad petrolera (exploración y explotación), sin embargo, en 1937 durante el gobierno de Toro se decide la caducidad de todas las concesiones y la reversión en favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivia (creado poco antes, esto es, diciembre de 1936). En la década de los cincuenta el gobierno boliviano ofrece nuevas concesiones a las firmas extranjeras para promover la exploración y explotación de los hidrocarburos, y así varias empresas llegaron al país, entre las que se encontraba Gulf Oil Company a quien se otorgó concesiones importantes, sin embargo, en 1969 bajo la presidencia de Ovando, se decide revertir las concesiones otorgadas a favor del Estado boliviano. Tras la crisis de la década de los ochenta, en el gobierno de Paz Zamora que otorga mayores y mejores garantías a los inversores extranjeros y fundamentalmente a partir del Gobierno de Sánchez de Lozada, con los procesos de capitalización (en términos sencillos implica transferir el 50% de acciones a los inversores privados a cambio de promesas de inversión) y privatización (refinerías) de YPFB y la nueva legislación petrolera (ley núm. 1689), atrae la inversión de numerosas empresas (entre ellos, la británica BP, la francesa TOTAL, la española Repsol-YPF, la brasilera PETROBRAS, la estadounidense Exxon Mobil), sin embargo, finalmente en 2006 en el gobierno de Morales, a partir del Decreto Supremo núm. 28701 de 2006 se decide retomar el control y propiedad de los hidrocarburos (Principalmente con base en Fundación Jubileo, *Nacionalización de Hidrocarburos en Bolivia Memorias de Don Enrique Mariaca Bilbao*, La Paz, Fundación Jubileo, 2009. Adicionalmente McGuigan, Claire, *Los Beneficios de la inversión extranjera ¿Cuáles fueron sus resultados en el sector de Petróleo y gas en Bolivia?*, La Paz, CEDLA, 2007, pp. 36, 49-73).

En el caso de Ecuador, la primera concesión petrolera se hizo en 1878, sin embargo, la actividad petrolera recién comienza en la década de 1910, pero no sería sino a partir 1967 donde se generan importantes descubrimientos de petróleo. En 1971 se crea la Corporación Estatal Petrolera del Ecuador (CEPE) que posteriormente se convertiría en Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) (1989), año en el que se emite una nueva ley de hidrocarburos y años después bajo el gobierno militar de Rodríguez Lara comienza el proceso de nacionalización del sector petrolero, para esto se emite el decreto 430 de 1972 mediante el cual se pone en vigencia la ley de 1971, ley que como advierte Acosta regiría solo para los nuevos contratos firmados posteriores a octubre de 1971, empero, “Con dicho cambio legal [decreto 430] se revirtió la mayoría de concesiones. Se consiguió una mayor participación del

de liberalización el que comienza en la década de los ochenta, pues entre otros, por el colapso de los precios del petróleo (al igual que la de otros *comodities*) y la incursión y propagación de la crisis de la deuda, condujo a los andinos a un cambio de política que incluyó políticas más favorables a los inversores extranjeros. Así esencialmente a partir de la década de los noventa, se flexibilizan las condiciones de entrada al sector hidrocarburífero, se permite la entrada de la industria bajo nuevas formas contractuales y al mismo tiempo aparejó el activismo de los andinos en la suscripción de TBI.<sup>66</sup> Sin embargo, en la última década, se producen cambios de política en la industria hidrocarburífera, ante las decisiones de incrementar la participación estatal en los sectores petrolíferos y gasíferos con la finalidad de obtener mayores beneficios de estos recursos naturales.<sup>67</sup>

En el caso de Bolivia, se dio a partir de 2006 cuando en virtud de Decreto Supremo núm. 28.701 el gobierno recupera la propiedad, posesión y control absoluto de los recursos hidrocarburíferos, retoma el

Estado en la renta petrolera y se constituyó efectivamente la empresa estatal, la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), cuya existencia legal había sido aprobada en el gobierno anterior. Cuando en julio de 1974 el Estado adquirió una parte del paquete accionario, el consorcio Texaco-Gulf se transformó en el consorcio CEPE-Texaco Gulf. Poco más adelante, al adquirir CEPE todas las acciones de la Gulf, quedó como consorcio CEPE-Texaco” (Acosta, Alberto, *La maldición de la abundancia*, Quito, Comité Ecuménico de Proyectos CEP, Ediciones Abya-Yala, 2009, pp. 40, 37, 39, 100). No obstante, a consecuencia del periodo de crisis de los ochenta y las presiones privatizadoras, se dio marcha atrás en la política nacionalista y “Poco a Poco el Estado cedió crecientes porciones de la renta petrolera, para atraer inversiones extranjeras”, proceso que comienza a partir de las reformas de la ley de hidrocarburos de 1982 y se extiende hasta las reformas de 2000 (*ibidem*, pp. 47 y 208) pero esencialmente con las reformas de 1993 introducidas a la ley de hidrocarburos (ley núm. 44) y así muchas firmas extranjeras se han hecho jugadores importantes en el mercado del petróleo entre otras, la española REPSOL-YPF, la canadiense Alberta Energy y City Investing, la Italiana AGIP, la estadounidense Occidental Petroleum (OXY) (tomado de Stanley, Leonardo, *op. cit.*, p. 5) y finalmente como se verá más adelante a partir de 2006 se da inicio al proceso de nacionalización.

<sup>66</sup> Stanley, Leonardo, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

En el caso de Bolivia, no fue sino hasta 1987 que suscribe su primer TBI (Alemania, marzo 23). En el caso de Ecuador, si bien empezó a celebrar su primer TBI en la década de los sesenta, no fue sino hasta 1993 donde emprende su carrera en la celebración de TBI (hasta 1992, solamente había suscrito 3 TBI: Alemania, junio de 1965; Suiza, marzo de 1968, Uruguay, julio de 1985).

<sup>67</sup> Mortimore, Michael, *op. cit.*, p. 64.



control y dirección de la cadena productiva (producción, transporte, refinación, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización del gas natural y el petróleo de Bolivia). Bajo este esquema, se obliga a la entrega de toda la producción a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) y la migración de los contratos otorgando un plazo temporal (180 días).<sup>68</sup>

En el caso de Ecuador, ya en el periodo de la presidencia de Palacio se da paso a la caducidad del contrato con la compañía Occidental y en 2006 se reforma la ley de hidrocarburos en virtud del cual se establece la redistribución de los excedentes petroleros generados por los contratos de participación sin cláusula de ajuste de precios en partes iguales (50%), en 2008 bajo la presidencia de Correa se incorpora la ley de recuperación de recursos petroleros, mediante la cual se suprimen las leyes que permitieron la creación de fondos especiales con excedentes petroleros (dichos recursos estaban orientados esencialmente a mantener el servicio de la deuda pública), estableciendo que estos pasaran a formar parte de la Cuenta Única del Presupuesto General del Estado.<sup>69</sup> Por último, mediante la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley del Régimen Tributario interno de julio de 2010 se introduce modificaciones sustanciales a la modalidad de contrato de servicios y se determina la migración de los contratos de participación y demás modalidades a la modalidad única de contratos (prestación de servicios).<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Para mayor información véase Vargas Suárez, Rosío, “La nacionalización de los hidrocarburos bolivianos en la presidencia de Evo Morales Ayma”, México, Latinoamérica, *Revista de Estudios Latinoamericanos*, núm. 49, 2009, pp. 11-34, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=64012283002>.

Cabe advertir que “A diferencia de las primeras nacionalizaciones de los hidrocarburos en Bolivia, la tercera no se produjo bajo políticas de confiscación de bienes y resolución inmediata de contratos, sino que respondió a un proceso de concertación y negociación de nuevas condiciones económicas para la suscripción de nuevos contratos, así como para la adquisición del total del paquete accionario de aquellas empresas capitalizadas y privatizadas” (Fundación Jubileo, *op. cit.*, p. 24).

<sup>69</sup> Acosta, Alberto, *op. cit.*, pp. 55, 209.

<sup>70</sup> Con relación a esta ley sin embargo, existen serias críticas muy duras en relación al contenido de las reformas; véase Guaranda, Wilton, “La necesidad imperiosa de reformar una Ley Caduca Análisis sobre las reformas a la Ley de Hidrocarburos”, *Derecho ambiental, Boletín de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos*, 16 de septiembre de 2010, [http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin\\_ley\\_hidrocarburos.pdf](http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin_ley_hidrocarburos.pdf); Acosta, Alberto, “Unas refor-

De esta manera se da paso al proceso de recuperación del papel del Estado en el manejo de los recursos naturales.

Paralelamente, se toman acciones duras con relación al sistema de solución de controversias, pues es evidente que los cambios incorporados o que quisieran incorporarse tienen el potencial de dar lugar a una ola de demandas internacionales, dado que a diferencia del pasado, los inversionistas se hallan protegidos por el esquema bilateral de inversión (que contienen cláusulas de arbitraje entre inversor y Estado) y en esa lógica es natural esperar que los países confronten diversas demandas internacionales.<sup>71</sup> En este marco, para los países andinos una cuestión fundamental de legitimidad que sale a la luz es el sentimiento de limitación a la soberanía nacional, considerando las restricciones al ejercicio de las políticas públicas conforme a la aplicación de sus estrategias de desarrollo basadas en recursos naturales que superan los beneficios de los acuerdos bilaterales de inversión y principalmente de su sistema de solución de controversias.<sup>72</sup>

Estos países [incluyendo Venezuela] cuestionaron si era razonable que los gobiernos nacionales que se oponían ideológicamente a una mayor participación estatal en la economía nacional truncaran efectivamente el espectro de política nacional mediante tratados internacionales que ofrecen garantías a los inversionistas extranjeros de las que no se benefician los inversionistas nacionales en una industria que históricamente ha pasado por etapas de nacionalización y liberalización. Estos tres países no aceptaron los riesgos que plantean las cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado y consideraron que el sistema no era legítimo.<sup>73</sup>

Estas consideraciones aunado a las motivaciones en torno a la crisis de legitimidad del sistema de solución internacional de controversias arriba nombrados, tuvieron peso para la denuncia del CIADI, porque recor-

mas con muy poca reforma: Lectura de los cambios a la ley de hidrocarburos y la posterior renegociación de los contratos petroleros”, *Revista virtual Línea de Fuego*, 9 de marzo de 2011, <http://lalineadefuego.info/2011/03/page/2/>.

<sup>71</sup> Stanley, Leonardo, *op. cit.*, p. 14.

<sup>72</sup> Mortimore, Michael, *op. cit.*, p. 65.

<sup>73</sup> *Idem.*

demos el accionar inicial de Ecuador de excluir determinadas categorías para la solución de controversias (2007) o la denuncia del CIADI en el caso de Bolivia (2007), se dieron en un momento anterior a la vigencia de los nuevos textos constitucionales (2008 y 2009 respectivamente), aunque en el caso del primero, luego de la denuncia de la Convención del CIADI (2009) si se efectuó en conformidad al nuevo texto constitucional (artículo 422, CPE Ecuador).

### III. CONCLUSIONES

Es difícil sino imposible abstraer la importancia y desarrollo jurídico a la mayor internacionalización y transnacionalización de las economías; por ello, junto a la mayor expansión de flujos de IED vinieron nuevas reglas y disciplinas en materia de IED. A nivel bilateral, principalmente mediante los TBI y TLC que incorporan regímenes de inversión y los TDT; en el nivel regional, mediante normativas que incorporan regímenes de inversión; no obstante, en el nivel multilateral solamente existen regulaciones indirectamente vinculadas al tema como el TRIMS o GATS, empero no existe una normativa propia para la IED y obviamente, este hecho ha sido un factor coadyuvante para el mayor impulso a la bilateralización del régimen internacional de inversión extranjera.

Es evidente que la región latinoamericana no pudo separarse de esta tendencia, pues después de la crisis de los ochenta debido a factores de índole endógeno y exógeno, la región decidió dejar de lado las políticas proteccionistas y ordenadoras enmarcadas hasta entonces por la aplicación del modelo Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI), hacia la aplicación de políticas liberales, implicando esto, la liberalización de los mercados de capital, reduciendo el rol del Estado en la actividad productiva y regulatoria, otorgando protagonismo a la actividad privada, privatizando sectores hasta entonces exclusivos del Estado, otorgando mayores incentivos para la atracción de las corrientes de IED, acelerando consecuentemente la carrera en la competencia por la obtención de los mayores flujos de IED, en la concepción de que este podía dotar de los beneficios tales como la transferencia tecnoló-

gica, encadenamientos productivos y que en definitiva se traduzcan en crecimiento económico.

No obstante, a dos décadas de aplicación de estas políticas, los resultados han sido magros, pues los beneficios en cuanto a crecimiento económico para la región como advierten Ocampo<sup>74</sup> y Moncayo,<sup>75</sup> son menores a los obtenidos en el periodo anterior, esto es, de aplicación del modelo ISI, y tampoco se logró transformar la estructura productiva como se advierte en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL),<sup>76</sup> pues la región continúa siendo predominantemente exportadora de recursos naturales y manufacturas con baja tecnología; al mismo tiempo, la evidencia sobre los nuevos proyectos en materia de IED muestran que en la región predominan sectores de baja y media-baja tecnología y las actividades de investigación y desarrollo aún son escasas, estos factores pueden concebirse como nada alentadoras en términos de creación de capacidades, derrames tecnológicos, productividad y capacidad de absorción y fortalecimiento del sistema de innovación;<sup>77</sup> a estas consideraciones se añan los efectos en la realidad fáctica de la dinámica bilateral de los acuerdos de inversión extranjera, tales como la reducción y limitaciones para el establecimiento de políticas públicas necesarios por un lado para garantizar el desarrollo de la industria nacional y por otro para la regulación de acuerdo a las necesidades económicas, sociales, culturales, ambientales y así garantizar el bienestar de la población, o porque van en contra de sus estrategias de desarrollo, o por los efectos potencialmente nocivos para ahondar la crisis económica, o por la implicación que supone principalmente para los países en desarrollo que son los más demandados, o el crecimiento de las reclamaciones del sistema de solución de controversias.

Todos estos aspectos han conducido a un repensamiento de las políticas de inversión y en esa medida, en la dinámica internacional, generó una serie de reacciones traducida en una serie de acciones, tales como la revisión de los modelos TBI, la terminación de AII, renegociación de los

<sup>74</sup> Ocampo, José Antonio, *op. cit.*

<sup>75</sup> Moncayo Jiménez, Edgard, *op. cit.*

<sup>76</sup> CEPAL, *op. cit.*

<sup>77</sup> Con base en CEPAL, *La Inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2010*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2011.

TBI, el mejoramiento del contenido de los nuevos AII, desarrollos con respecto al sistema de solución de diferencias, y a nivel interno mediante la incorporación de mayores medidas regulatorias proteccionistas, todas con miras a garantizar un mayor espacio para el ejercicio de políticas públicas necesarias para garantizar el bienestar de la población, así como disminuir al máximo, las posibles demandas que pudieran surgir a consecuencia de la imprecisión, ambigüedad o indeterminación en el contenido de los AII y en definitiva buscan rebalancear los derechos y obligaciones de los inversores y países receptores.

En este sentido, si bien Colombia y Perú decidieron proseguir con las políticas liberales y continuar con la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión, otorgando en consecuencia mayores beneficios que riesgos a este tipo de acuerdos, no obstó a que tomaran acciones con miras a mejorar el contenido de los acuerdos de inversión y disminuir las potenciales demandas en el sistema internacional de solución de controversias y del mismo modo garantizar cierto margen de maniobra para el ejercicio de políticas públicas; en cambio, Bolivia y Ecuador, decidieron otorgar mayores desventajas que beneficios a este tipo de acuerdos y en función a esto adoptaron una posición dura, fundamentada no sólo en la llegada de nuevos actores políticos y sus estrategias de desarrollo, sino también en sus nuevos textos constitucionales.

Ahora bien, después de haber visto brevemente la dinámica generalizada a nivel regional con especial referencia a los andinos, es necesario realizar sugerencias con respecto a estos países.

Respecto a los acuerdos internacionales de inversión que actualmente siguen Colombia y Perú, es necesario ser lo más específico posible en cuanto a su regulación, para evitar al máximo las posibles incoherencias, vacíos, ambigüedades en el contenido de los acuerdos de inversión e impulsar con mayor énfasis, normativas que muestren las preocupaciones y acciones reales respecto al desarrollo y en este sentido explicitar mayores obligaciones para los inversionistas extranjeros vinculadas al desarrollo, la pobreza, los objetivos nacionales de desarrollo y que no simplemente queden como una mera intención. Del mismo modo, si se toma en cuenta que entre las principales motivaciones para la celebración de acuerdos de inversión están la transferencia de tecnología y los encadenamientos productivos, es necesario dejar de ampliar el establecimiento de la prohibición de las exigencias de rendimiento.

Con respecto a los acuerdos de inversión ya celebrados y vigentes, repensar y en función de la nocividad seguir la dinámica de la renegociación, para evitar controversias no deseadas y garantizar cierto margen de maniobra necesario para garantizar el bienestar de la población y así evitar violaciones a los derechos humanos, al medio ambiente, de tipo cultural entre otros.

En este intento de generar mayor equilibrio y tratar de extraer los máximos beneficios de la IED una herramienta que podría ser de gran ayuda es la propuesta de modelo sobre Acuerdo Internacional sobre Inversión Extranjera del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.<sup>78</sup> En cuanto al mecanismo de solución de controversias, se sugiere impulsar en el contenido de los acuerdos de inversión, el fortalecimiento de los mecanismos preventivos, mediante el agotamiento previo de otros mecanismos de solución de controversias tales como la conciliación y mediación, las apelaciones de segunda instancia.<sup>79</sup>

En lo que refiere a las políticas de regulación internacional de inversión extranjera de Bolivia y Ecuador, considerando que su accionar va en el sentido de rechazar los TBI por las denuncias que se dieron, así como la escisión del principal sistema internacional de solución de controversias CIADI, éstos requieren de alternativas claras. En este sentido, se sugiere para el caso de Bolivia, seguir con la implementación urgente tal como se dio en el caso de Ecuador (Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones) de una nueva ley de inversiones en conformidad al nuevo texto constitucional en procura de obtener los mayores beneficios posibles de la IED, a través de medidas tales como la discriminación en favor de inversiones extranjeras que tengan efectos positivos sobre los niveles globales de inversión, intentando obtener

<sup>78</sup> Mann, Howard *et al.*, *Auerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible*, Winnipeg, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2005.

<sup>79</sup> No obstante, como advierte Yannaca la implementación de un sistema de apelación presenta ventajas y desventajas. En cuanto a ventajas se tiene que se puede evitar inconsistencias, rectificar errores de derecho y posibles serios errores de hecho, contar con un tribunal neutral y efectiva aplicación. Respecto a las desventajas, se tienen las limitaciones al principio de finalidad, costos adicionales, demoras adicionales, politización del sistema, etcétera (Yannaca-Small, Katia, “Improving the system of investor-state dispute settlement: An overview”, *Working papers on International Investment*, París, OECD, núm. 2006/1, febrero de 2006).

nuevas inversiones que las que simplemente compran activos existentes, promoviendo la diversificación del perfil exportador, estimulando los esquemas de desarrollo de proveedores, incentivar mediante mecanismos fiscales o financieros las actividades deseadas como diversificación productiva, actividades de alta intensidad tecnológica, estimular la integración de las firmas locales con las cadenas de valor de las ETN.

En lo que respecta al sistema de solución de controversias, es necesario fundamentalmente para estos andinos, proseguir y consolidar la reciente iniciativa del mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones en el marco de la UNASUR (junio de 2010) para su correspondiente utilización; dicho mecanismo, supone la creación de un centro de solución de controversias entre inversionistas y Estado a nivel regional.

Considerando que en el caso de Bolivia es inexcusable la utilización de la jurisdicción local para la resolución de conflictos entre inversionista y Estado en materia hidrocarburífera, es necesario el mejoramiento y fortalecimiento de la jurisdicción local como la efectuada por Brasil en su momento, que realizó tales acciones debido a que no contaba (ni cuenta hasta el momento) con ningún acuerdo internacional de inversión extranjera vigente con ningún país.

IV. ANEXO

WILSON ADALID MAMANI PRIETO

PAÍS Y NÚMERO DE ACUERDOS DE INVERSIÓN VIGENTES	CASOS EN LOS QUE HA SIDO DEMANDADO EL ESTADO	MATERIA	ESTADO Y RESULTADO DEL PROCESO
Bolivia (22) Acuerdos): Alemania , Argentina, Austria, Bélgica – Luxemburgo, Chile, China, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia, Italia, República de Korea, Países Bajos, Paraguay, Perú, Rumania, Suecia, Suiza, Reino Unido.	Total: 7 casos (4 Pendientes y 3 concluidos)		
	Aguas del Tunari S.A. (Caso CIADI No. ARB/02/3)	Concesión de servicios de agua y alcantarillado	Resuelto
	E.T.I. Euro Telecom International N.V. (Caso CIADI No. ARB/07/28)	Empresa de Telecomunicaciones	Resuelto
	Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún (Caso CIADI No. ARB/06/2)	Concesión Minera	Pendiente
	Pan American Energy LLC (Caso CIADI No. ARB/10/8)	Exploración y explotación de hidrocarburos	Pendiente
	AEI Luxembourg Holdings (Caso de 2008 Cámara de Comercio de Estocolmo)	Empresa de gas de natural	Resuelto.
	Oil Tanking GMBH (Caso 2010)	Empresa de oleoducto	Pendiente
	Guaracachi Americ, Inc and Rurelec PLC (Caso de 2010, UNCITRAL)	Empresa de electricidad	Pendiente
Colombia (6) Acuerdos): México, Perú, España, Chile, Suiza, Guatemala - El Salvador – Honduras			



	Total 18 casos (6 pendientes y 12 concluidos)		
Ecuador (22 Acuerdos):	Burlington Resources, Inc. (Caso CIADI No. ARB/08/5)	Concesión de Hidrocarburos	Pendiente
Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Nicaragua, Países Bajos, Paraguay, Perú, Rumania, Suecia, Suiza, Reino Unido, Uruguay, Venezuela.	Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation (Caso de 2006, UNCITRAL Administrado por PCA)	Tipo de Inversión: exploración de petróleo	Pendiente
	City Oriente Limited (Caso CIADI No. ARB/06/21)	Concesión de Hidrocarburos	Resuelto
	Corporation Quiport S.A. and others (Caso CIADI No. ARB/09/23)	Administración y mantenimiento de instalaciones de aeropuerto	Pendiente
	Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.AC (Caso CIADI No. ARB/04/19)	Instalaciones de generación eléctrica	Decisión arbitral en favor del inversionista
	Empresa Eléctrica del Ecuador INC. (Caso CIADI No. ARB/05/9)	Empresa de electricidad	Decisión arbitral en favor del Estado
	Encana (2003 UNCITRAL (LCIA Caso No. UN3481))	Tipo de inversión: Empresa de explotación de petróleo	Decisión arbitral en favor del Estado
	IBM World Trade Corp. (Caso CIADI No. ARB/02/10)	Contrato de servicios informáticos	Resuelto.
	M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. (Caso CIADI No. ARB/03/6)	Proyecto de generación de energía eléctrica.	Decisión arbitral en favor del Estado
	Murphy Exploration and Production Company International (Caso CIADI No. ARB/08/4)	Concesión de Hidrocarburos	Decisión arbitral en favor del Estado
	Noble Energy Inc. and Machala Power C.A. Ltd. (Caso CIADI) No. ARB/05/12)	Empresa de electricidad	Resuelto
	Occidental Exploration and Production Company (2002 UNCITRAL (LCIA Caso No. UN3467))	Tipo de inversión: empresa de exploración y producción de petróleo	Decisión arbitral en favor del inversor
	Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (Caso CIADI No. ARB/06/11)	Concesión de hidrocarburos	Pendiente
	Perenco Ecuador Limited (Caso CIADI No. ARB/08/6)	Concesión de Hidrocarburos	Pendiente
	Repsol YPF Ecuador, S.A. and others (Caso CIADI No. ARB/08/10)	Contrato de exploración de petróleo	Concluido
	Repsol YPF Ecuador S.A. (Caso CIADI No. ARB/01/10)	Contrato de exploración de Petróleo	Concluido mediante decisión de recurso de anulación, 2007.

	Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. (Caso CIADI No. ARB/06/17)	Expansión de refinería petrolera	Resuelto.
	Ulysseas, Inc. (UNCITRAL/PCA) not public.	Generación de electricidad	Pendiente
Perú: (34 acuerdos)	Total 11 casos (6 pendientes y 5 concluidos)		
Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Liechtenstein, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, Costa Rica, República Popular de China, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Unión Económica Bélgica-Luxemburgo, Venezuela.	Aguytia Energy, LLC v. Republic of Peru (Caso CIADI No. ARB/06/13)	Generación y transmisión de electricidad	Decisión arbitral favor del Estado
	Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. (Caso CIADI No. ARB/11/9)	Acuerdos de transmisión eléctrica	Pendiente
	Compagnie Minière Internationale Or S.A (Caso CIADI No. ARB/98/6)	Proyecto minero de oro	Resuelto
	Convia Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (Caso CIADI No. ARB/10/2)	Proyecto de construcción de autopista	Pendiente
	DP World Callao S.R. L., P&O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company (Caso CIADI No. ARB/11/21)	Proyecto de construcción	Pendiente
	Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. (Caso CIADI No. ARB/03/28)	Proyecto de generación de energía	Concluido mediante decisión de recurso de anulación, 2011. A favor del inversionista
	Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (Caso CIADI No. ARB/03/4)	Fábrica de Pasta	Decisión arbitral en favor del Estado
	Renco Group, Doe Run Perú S.R.L. (UNCITRAL)	Complejo Metalúrgico	Pendiente
	Renée Rose Levy de Levi (Caso CIADI No. ARB/10/17)	Empresa bancaria	Pendiente
	Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. (Caso CIADI No. ARB/11/17)	Propiedad del desarrollo de proyecto	Pendiente
	Tza Yap Shum (Caso CIADI No. ARB/07/6)	Empresa de producción de harina de pescado	Decisión arbitral en favor del inversionista

Fuente: Para los casos: Base de datos de CIADI y UNCTAD y para Renco Group, Doe Run Perú S.R.L.: Expreso, “Perú enfrenta juicios ante el CIADI por 4.500 millones” 03/10/11. Para los acuerdos vigentes: Base de datos de UNCTAD, CIADI, SICE-OEA, CORPEI Ecuador, Agencia de Promoción de Inversión Privada Perú y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia.