



Dossier

# Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:

*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

[www.redes.org.uy](http://www.redes.org.uy)



# *Introducción*

## *El sistema de protección de inversiones: un “traje a medida” para las corporaciones transnacionales<sup>1</sup>*



En los últimos años, por la vía de los hechos se ha ido construyendo un sistema jurídico de protección de los intereses de las grandes empresas transnacionales, avasallando los derechos humanos y ambientales.

Llamados Tratados de “Protección de Inversiones” o de “Libre Comercio”, estos sistemas han relegado a un segundo plano las disposiciones consagradas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o de Medio Ambiente; aunque en la teoría estos tratados se encuentran a un mismo nivel jurídico, en la práctica son los grandes actores económicos, o quienes defienden sus intereses, quienes realmente pueden poner en marcha estos mecanismos.

El economista salvadoreño Raúl Moreno, afirma que de cierta manera las Instituciones Financieras Internacionales son como “sastres”, que se han encargado de desarrollar “trajes a medida” –precisamente, estos tratados supuestamente “de inversiones” o “de comercio”- para las grandes empresas transnacionales.

### *¿Qué son los mecanismos inversor-Estado?*

Con el argumento de favorecer lo que el Banco Interamericano de Desarrollo denomina “*clima de negocios*”, desde fines de la década de los ochenta, instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, la Comisión Europea y el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, han venido impulsando diversos mecanismos jurídicos para regular y favorecer las inversiones extranjeras dentro de los Estados nacionales.

Incluidos en variados formatos de tratados internacionales (tanto bilaterales como multilaterales o regionales) las cláusulas fundamentales de los mecanismos Inversor-Estado son: a) el alcance y definición de inversión extranjera; b) el trato nacional; c) el trato de nación más favorecida; d) el tratamiento justo y equitativo; e) las garantías y la compensación en el caso de expropiación, sea ésta directa o indirecta; f) la garantía de transferencia gratuita de fondos y de repatriaciones de capital y ganancias; y g) disposiciones sobre la solución de controversias, tanto entre Estados como entre inversores y Estados (UNCTAD, 2003).

---

<sup>1</sup> Extracto de la Publicación “¡Soberanía de los Pueblos o Intereses Empresariales!”, Fundación Solón y REDES Amigos de la Tierra, enero de 2008

Además se incluyen, la inaplicabilidad de requisitos de rendimiento, la libre contratación, ingreso y salida de personal extranjero y excepciones generales (Ortiz, 2006). Notoriamente, el inversor, más que seguridad jurídica, obtiene derechos especiales ante los Estados y ante los inversores nacionales.

La mayor expresión de este avance neoliberal lo han significado los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), aumentando de unos 400 en la década de los ochenta a más de 1800 en los noventa, llegando en el 2007 a cerca de los 3000. Estos tratados, principalmente suscritos entre Estados, en general contienen cada una de las cláusulas anteriormente señaladas.

Una variante particular de los TBI, son los denominados Tratados Inversor-Estado –o Acuerdos de Concesión– (HGA por la sigla del inglés Host Government Agreements). Un HGA es un acuerdo legal entre un inversor extranjero y el gobierno del Estado receptor de la inversión, diseñado para reducir los riesgos financieros y políticos del inversor en el país anfitrión.

Otro tipo de tratados de carácter más general, enfocados en lo comercial, pero con importantes capítulos referidos a la inversión, son los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Acuerdos de Asociación Económica (EPA por la sigla del inglés Economic Partnership Agreement).

Los TLC, básicamente a través de la eliminación o reducción de aranceles aduaneros y de leyes y regulaciones discriminatorias, del avance de las regulaciones sobre Propiedad Intelectual, de la apertura de las Compras Gubernamentales y del fomento de las inversiones, brindando un trato preferencial al inversor extranjero, ayudan –según el gobierno estadounidense– a las compañías de ese país a entrar y competir más fácilmente en el mercado global y a nivelar el campo de juego alentando a los gobiernos extranjeros a adoptar procedimientos de regulación abiertos y transparentes.

Propuestos por la Comisión Europea, los EPA buscan también la liberalización de la inversión, la protección garantizada para la propiedad de las corporaciones europeas y de los Derechos de Propiedad Intelectual, y la apertura del sector servicios y de las compras públicas a las compañías europeas (Keet, 2007).

En las últimas dos décadas, de manera acorde a lo impulsado desde las instituciones internacionales señaladas, los países subdesarrollados han suscrito una gran cantidad de TBI, de TLC o de tratados regionales de comercio. Esta proliferación de mecanismos Inversor-Estado “tiene un valor estratégico para los países desarrollados, especialmente los principales exportadores de capital” (Correa, 2004).

Como señalara Pierre Bourdieu en *Las estructuras sociales de la economía*, refiriéndose a los Acuerdos Multilaterales de Inversión<sup>2</sup>, *“esa especie de utopía de un mundo desembarazado de todas las restricciones estatales y entregado al solo arbitrio de los inversores permite hacerse una idea del mundo realmente ‘globalizado’ que la internacional conservadora de los directivos y ejecutivos de las multinacionales industriales y financieras de todos los países aspiran a imponer apoyándose en el poder político, diplomático y militar de un Estado imperial reducido a funciones de mantenimiento del orden interior y exterior”*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La OCDE lanzó en 1995, con el objetivo de asimilar internacionalmente las reglas que regían las inversiones, la negociación de un Acuerdo Multilateral de Inversión, abierto también a países no miembros. Las bases del acuerdo eran los altos niveles de liberalización de la inversión y la protección de las mismas, y la fijación de procedimientos efectivos de solución de controversias. Luego de casi tres años de negociaciones, éstas cayeron definitivamente en diciembre de 1998 (Ortiz 2006).

<sup>3</sup> Citado en: Ortiz (2006).



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

## *¿Qué es el CIADI?*

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo perteneciente al grupo del Banco Mundial (BM), fundado en 1966. Hasta hoy sus actividades son poco conocidas, a pesar de que las decisiones adoptadas en este ámbito están cambiando el curso de las relaciones económicas mundiales.

El BM es quien creó este mecanismo institucional para dar mayor seguridad a los inversores extranjeros y así promover los flujos de inversión internacional, siempre en el entendido de que contribuyen al desarrollo de los países pobres. Para las corporaciones transnacionales se constituyó en un elemento indispensable ya que según ellos, los sistemas judiciales nacionales de los Estados receptores no les brindaban las garantías adecuadas.

Lo escandaloso de esta nueva dinámica es que las grandes corporaciones transnacionales adoptan el mismo rango que los gobiernos en la arena internacional. Antes, según las normas del derecho internacional público, los inversores privados no estaban jurídicamente habilitados para emprender acciones directas contra los gobiernos fuera de su territorio cuando consideraban que sus intereses eran afectados por la acción gubernamental. Es más, esos riesgos eran considerados parte del emprendimiento empresarial. El CIADI eleva a las empresas a la misma categoría que los Estados.

El CIADI, como modalidad de resolución de controversias en materia de inversiones, otorga a las corporaciones la posibilidad de demandar a los Estados en la medida en que sus gobiernos impongan cualquier política, ley o regulación nacional que afecte negativamente las ganancias de dichas empresas. Además, los inversores no tienen ninguna obligación de agotar los recursos legales nacionales antes de acudir al CIADI, ni tampoco después. Los tribunales nacionales no tienen ninguna función establecida para la revisión de fallos de indemnización ni en ningún otro momento del proceso.

En la década de 1960 y 1970 los países en desarrollo escogieron la industrialización por sustitución de importaciones para lo cual crearon distintas medidas de protección a la industria nacional. Estas medidas y reglamentaciones nacionales como protecciones arancelarias, requisitos de cuota nacional, controles de capital y controles sobre la repatriación de ganancias, reglamentaron el accionar de los inversores extranjeros buscando que la inversión reportara ciertos beneficios para el país receptor. Muchas de estas medidas hoy día ya no pueden ser aplicadas por los Estados nacionales, porque se pueden convertir en objeto de graves demandas.

## *Imperio del CLADI*

En el 2007 existían más de cien casos pendientes ante este panel de arbitraje. Se trataba de reclamos por indemnizaciones de inversores contra gobiernos que sumados ascendían a unos 30.000 millones de dólares estadounidenses.

Más de las dos terceras partes de los casos inversor-Estado se presentaron a partir de 2002. Casi la tercera parte de los casos pendientes en 2007<sup>4</sup> eran demandas contra Argentina (en reclamo por las nacionalizaciones ocurridas en el país como consecuencia de las acciones emprendidas para enfrentar la crisis de aquel año). El número total de demandas conocidas presentadas hasta noviembre de 2006 fue de 255.

El *boom* de Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) (mientras que en 1990 existían aproximadamente mil TLCs actualmente existen más de 2.500), revitalizó el protagonismo de este panel de arbitraje que desplazó a otros tribunales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Cámara Internacional de Comercio (CIC).

Hasta la década de 1980, estas modalidades no habían tenido éxito en la región debido a que el grueso de los países latinoamericanos se manifestaron en contra apoyándose en la Doctrina Calvo. Esta doctrina reflejada en la carta de creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Bogotá 1948, sostiene que *“la jurisdicción de los estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros”*. Por su parte el Pacto de Bogotá, también aprobado en esa instancia, obliga a las partes *“a no intentar reclamación diplomática para proteger nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo”* (García Duchini, 2006).

Los argumentos esgrimidos en su momento se basan en el hecho de que las constituciones nacionales no permiten que tribunales extra-regionales juzguen las conductas de los Estados en el orden interno; significando además una garantía suficiente para los inversores locales y extranjeros. Al mismo tiempo, tampoco se podía administrar otras leyes que las nacionales respectivas de cada territorio. El privilegio que se pretendía otorgar a través de los tratados a los inversores extranjeros a recurrir a tribunales internacionales era considerado claramente inconstitucional, ya que esa no era una posibilidad para los inversores nacionales. Por último, en la mayoría de los casos, las constituciones sí permitían el arbitraje internacional, pero sólo para litigios entre Estados.

---

<sup>4</sup> A febrero de 2007, unos 32 casos sobre un total de 109.

## *Tomadores de decisiones*

El CIADI no es un organismo independiente, ni neutral o imparcial para la resolución de querrelas internacionales relativas a inversiones. Perteneció al Grupo BM y depende financieramente de él. A tal punto, que es el presidente del Banco Mundial quien preside el Consejo Administrativo del CIADI y el Vicepresidente del primero es el Secretario General del segundo.

Dentro de las potestades del Presidente del Consejo Administrativo del CIADI está la de designar a diez personas en cada uno de los paneles de conciliación y arbitraje en caso de que las partes en disputa no lleguen a un acuerdo. También puede nombrar los integrantes de los comités ad hoc y es quien descalifica o no a los árbitros o conciliadores.

Las decisiones finales del BM son tomadas por los 24 directores ejecutivos, asignados por los cinco mayores accionistas: Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia y Reino Unido. Otros países se agrupan y nombran representantes. La capacidad de voto de estos directores es determinada por el porcentaje de capital aportado por los países que representan, y por supuesto los mayores accionistas tienen la mayor cantidad de votos: Estados Unidos un 16%, Japón casi un 8% y Alemania, Francia y Reino Unido aproximadamente un 4% cada uno.

El BM respalda este accionar bajo el citado supuesto básico de que la promoción de inversiones internacionales contribuye al desarrollo y por tanto a la reducción de la pobreza. Esta promoción necesita de ambientes atractivos y seguros para los inversores. Nada dicen sobre las responsabilidades o criterios bajo los cuales deberían actuar los inversores, por lo que las exigencias sobre responsabilidad son consideradas impedimentos para el desarrollo de este clima favorable y serán vistas como un incumplimiento a los TLC y TBI.

Dentro de los muchos cuestionamientos que recibe el CIADI, está el hecho de que el BM lejos está de la neutralidad, imparcialidad y objetividad que serían necesarias para actuar como árbitro en estas disputas. Además los casos y el desempeño de los inversores deberían ser revisados a la luz del respeto de los criterios básicos de seguridad, salud y protección del medio ambiente. Asimismo, la promoción de políticas de requisitos de desempeño para los inversores no deben ser vistas como impedimentos para la generación de un ambiente favorable a la inversión (reglamentaciones sobre contenido nacional, controles sobre repatriación de ganancias, empleo de mano de obra local, pago de impuestos nacionales, control de precios sobre los servicios básicos, etc.), menos aún si recordamos que todas estas medidas fueron utilizadas por los países desarrollados en sus procesos de desarrollo.

## *¿Conflicto de intereses?*

Los inversores que demandan a Estados frente al CIADI pueden ser clientes del propio BM o podrían ser beneficiarios de préstamos otorgados al sector privado por el sub-sector del propio banco, denominado Corporación Financiera Internacional (CFI). Si la empresa no obtiene un fallo favorable, el Banco podría no recibir su pago. Además en otro escenario la CFI podría ser accionista propiamente dicho de alguna

de las empresas demandantes. También es altamente probable que los Estados demandados sean clientes endeudados con el Banco y por tanto con bajas posibilidades de negociación.

En otro orden, el BM interviene de manera sistemática en el diseño de las reformas institucionales de los procesos de privatización y estímulo a la inversión. También impone muchas veces -directa o indirectamente- las reglas de los contratos de las concesiones. Estas mismas estipulaciones podrían ser objeto de disputas frente al CIADI, donde es poco probable que la institución reconozca errores.

También existe la posibilidad de que la empresa inversora le haya comprado seguros por riesgo político a otra entidad del Banco: el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). Estas garantías protegen a los inversores contra el riesgo en la transferencia de divisas, riesgo de expropiación o incumplimiento contractual, por ejemplo.

## *De querellas y litigios...*

La preferencia de los arbitrajes por encima del derecho internacional público por parte de las empresas responde a que es un proceso más rápido con menos trabas burocráticas, muchas veces más barato, además de ser un proceso controlado por las partes que prescinde de los inacabables procesos de apelación. Otro aspecto destacable, es que el arbitraje no condiciona ni obliga a las partes a realizar ningún tipo de rendición de cuentas. Muchos afirman que estos mecanismos son una forma de privatizar el sistema judicial.

Pero las presiones sobre los gobiernos no sólo provienen de los inversores demandantes, sino también de los gobiernos de origen de las empresas. El comercio, la cooperación internacional para el desarrollo y la misma deuda externa, son otras formas utilizadas para ejercer presión por parte de los países poderosos sobre los dependientes.

Un argumento en contra del modelo de arbitraje como forma de solución para las querellas entre Estados e inversores es que éste no es un litigio comercial privado; por el contrario, muchas veces involucra temas relacionados con el bienestar público y con derechos humanos como el derecho al acceso al agua potable y otros servicios esenciales para las poblaciones como la electricidad. En otros casos las demandas tienen que ver con empresas que extraen recursos naturales como el petróleo o minerales, que también están directamente vinculados al bienestar de la población, al respeto al medioambiente y muchas veces a la seguridad nacional.

En segundo lugar, no existe distinción entre la función del abogado defensor y la del juez. En la dinámica de los tribunales de arbitraje, los árbitros y abogados pueden oficiar como jueces, dentro del sistema no existe la concepción de juez neutral o imparcial. Esto conlleva un conflicto de intereses con los potenciales futuros clientes.

Otro de los argumentos en su contra es su contraposición con prácticas democráticas ya que no rinde cuentas de ningún tipo al público en general, no hay espacio para la participación ciudadana, ni ofrece transparencia. Esta ausencia de transparencia y participación hace referencia a la falta de mecanismos para que terceros testifiquen o hagan aportes, a la reserva de los documentos presentados por las partes y a la imposibilidad de acceso público.

Es más, para muchos fue expresamente diseñado para evitar la participación pública tanto en las audiencias como en el acceso a la información para evitar publicidad en contra. En muy pocos casos se ha logrado algún tipo de participación o testificación de la ciudadanía en estos procesos. (Fairstein, 2007).

Dentro de los argumentos que manejan las empresas, la existencia del CIADI es necesaria para aumentar el volumen de inversión extranjera como consecuencia de un ambiente protegido. También alegan que las disposiciones entre Estados e inversores no socavan las leyes ambientales ni sanitarias cuando son aplicadas de manera equitativa y no discriminatoria. Afirman que la inversión extranjera de las empresas es complementaria de sus actividades en sus países de origen y que los saldos positivos se reflejan en mejores empleos, salarios y calidad de vida de los empleados en el país de origen.

En los hechos lo que sucede es que los inversores no deciden dónde invertir por el nivel de protección de sus finanzas, sino por el tamaño de los mercados a los cuales están accediendo, la calidad de su mano de obra y las posibilidades que abre para la exportación a otras plazas. China y Brasil son los mejores ejemplos; en la década que va desde 1990 a 2000 fueron los mayores receptores de Inversión Extranjera Directa (IED) sin haber ratificado tratados de protección de inversiones.

Además de no atraer mayor volumen de inversión, los Estados sí se ven debilitados en su capacidad de regularlas. Un ejemplo es la prohibición de establecer requisitos de desempeño<sup>5</sup> o controles de capital.

La inversión extranjera puede ser positiva si genera trabajo decente, es compatible con la definición de desarrollo nacional y contribuye al sostenimiento de los criterios sociales y ambientales establecidos democráticamente.

En muchos casos las empresas arremeten contra leyes de interés público generadas a través de procesos democráticos, para defender sus ganancias y utilizando los derechos que les atribuyen los tratados.

De hecho, la inversión extranjera interfiere en la legislación sanitaria, de seguridad y protección ambiental, en la medida en que la mayoría de los litigios presentados frente al CIADI se basan en la intención de remover nuevas reglamentaciones de este tipo implementadas por los gobiernos, porque supuestamente disminuyen el porcentaje de ganancia de los inversores. El concepto de “equitativa y no discriminatoria” no hace referencia a un criterio de justicia general o público sino al trato que reciben los inversores por parte de los gobiernos. Si socava sus ganancias, es declarada discriminatoria. Para muchos, serían los inversores nacionales los sujetos de la discriminación, ya que no pueden acudir por las mismas razones a tribunales internacionales.

---

<sup>5</sup> Implica que ninguna de las partes impondrá ni exigirá alcanzar un porcentaje de contenido nacional; ni a adquirir o utilizar mercancías producidas en el territorio o adquirir mercancías de personas en su territorio.

## *A modo de conclusión*

En todos los casos que han implicado el arbitraje del CIADI, las empresas transnacionales han explotado las reglas que benefician a los inversores extranjeros para defender sus intereses económicos, socavando procesos democráticos nacionales y atentando contra las comunidades locales y el ambiente.

Por otra parte se están multiplicando las jurisdicciones internacionales entre las cuales no existe una jerarquía clara, lo cual permite que frente a demandas similares se otorguen respuestas significativamente distintas.

Por último, si los gobiernos que imponen medidas durante períodos de crisis económicas y sociales para controlar los capitales y garantizar un mínimo acceso a los servicios, buscando el cumplimiento mínimo de los derechos de la población son condenados, poco probable será que los Estados respondan positivamente a la demanda social de consolidación, regulación y cumplimiento de los derechos humanos.

## *Referencias*

- . Anderson, Sarah y Grusky, Sara (2007). Desafiar el poder corporativo de los inversionistas, Instituto para Estudios Políticos y Food & Water Watch, Washington.
- . Fairstein, Carolina (2007). “La experiencia del CELS frente al CIADI”, Centro de Estudios Legales y Sociales-Argentina, ponencia presentada en: Taller sobre mecanismos de arreglo de diferencias entre Inversores y Estados, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay-Amigos de la Tierra Internacional, Montevideo.
- . García Duchini, Guillermo (2006). Aquella justicia que era nuestra. Los recursos nacionales, la globalización, el CIADI y otros tribunales internacionales, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay, Montevideo (mimeo), Montevideo.
- . Mayta, Rogelio (2007). “Una mirada al caso Bechtel contra Bolivia” ponencia presentada en: Taller sobre mecanismos de arreglo de diferencias entre Inversores y Estados, REDES - Amigos de la Tierra Uruguay-Amigos de la Tierra Internacional, Montevideo.

# *La evolución seguida por los Tratados de Protección de Inversiones*<sup>6</sup>

*Natalia Carrau y Sebastián Valdomir / REDES AT Uruguay*



El surgimiento y proliferación de acuerdos comerciales de diverso tipo, coincide en términos generales, con el auge del proceso globalizador, la liberalización comercial y económica y los acuerdos alcanzados por la comunidad internacional en 1944, conocidos como los acuerdos de Bretton Woods. Estos acuerdos crearon instituciones como el BM, el FMI y establecieron el dólar como moneda internacional. Bretton Woods también marca la consagración de Estados Unidos como la economía más fuerte del mundo a la salida de la Segunda Guerra Mundial<sup>7</sup>. Estos hechos están muy conectados con los formatos en que actualmente se llevan adelante las relaciones económicas internacionales.

A nivel global, el auge y proliferación de los TBI estuvo muy relacionado con la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI) que promovió en 1995 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE). La OCDE buscaba impulsar un acuerdo que incluyera a países no miembros y que se incorporara a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio. El objetivo principal del AMI era la inclusión de aspectos que no estaban siendo comprendidos en las negociaciones multilaterales. A través de este acuerdo quedarían incluidos aspectos claves de la liberalización de inversiones en un solo tratado obligatorio no solo para los miembros de la OCDE. Los pilares sobre los que se sostenía el AMI eran la liberalización de las inversiones, la protección integral de las mismas y la incorporación de un mecanismo de solución de controversias efectivo de tipo “Estado-Estado” e “inversor-Estado” (Carrau, 2011).

La negociación del AMI generó mucha resistencia de parte de la sociedad civil que terminó en protestas mundiales que dieron por concluida en 1998 la posibilidad de concretar el acuerdo. El AMI incluía cláusulas y normativas (o buscaba normalizar ciertas reglas) que no se restringían solamente a buscar el aumento y multiplicación de las inversiones. El acuerdo apuntaba básicamente a concretar un reequilibrio de poderes entre los países receptores de las inversiones y las empresas emisoras de las inversiones.

El fracaso en la negociación y concreción del AMI posibilitó la proliferación de acuerdos tipo bilateral como los Tratados de Protección de Inversiones. Sin embargo, estos instrumentos no nacieron como consecuencia del fracaso del AMI sino que existían con anterioridad a este debate.

---

<sup>6</sup> Este artículo es un extracto del Policy Paper presentado en actividades organizadas por FESUR y REDES AT

<sup>7</sup> Los acuerdos establecidos en Bretton Woods en el marco de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, también significaron una importante apuesta por el fin del proteccionismo y por una política librecambista como dos elementos fundamentales que sellarían la paz mundial.

La incidencia de países europeos en la firma de estos tratados también es importante, de hecho el primer TBI en firmarse ocurre en Europa en 1959 y fue suscrito entre Alemania y Pakistán. El objetivo de este tratado se concentró, sobre todo, en la protección de los inversionistas y no tanto en la promoción de las inversiones. Los pioneros en la firma de estos acuerdos fueron países europeos: Francia e Inglaterra junto con Alemania. La participación de Estados Unidos en la celebración de este tipo de acuerdos sucedió de forma tardía recién “en el año 1981 durante el gobierno de Ronald Reagan a través del “Global Investment Treaty Program”<sup>8</sup>. El primer acuerdo celebrado por Estados Unidos es en 1982 y se suscribe con Panamá, entrando en vigencia en 1991.

En esta nueva estrategia cobra fuerza el camino bilateral para negociar reglas, normas, estrategias y nuevas configuraciones de poder y negociación. Éste no es el primer caso en que una estrategia multilateral fracasa pero es nuevamente incorporada bajo una agenda bilateral. En la OMC, el acuerdo plurilateral sobre compras gubernamentales<sup>9</sup> no pudo negociarse como disciplina dentro del organismo y debió negociarse y aprobarse por aquellos países que así lo desearan. Más próximo a la región, cuando el proyecto estadounidense del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) fracasa en 2005, Estados Unidos retoma la misma estrategia de negociación y liberalización del comercio a través de acuerdos bilaterales: tratados de libre comercio (TLC). La gran mayoría de los TLC, especialmente los que firma Estados Unidos, incluyen un capítulo expreso sobre inversiones y protección de inversiones. La Unión Europea, dentro de su estrategia de relacionamiento comercial vía Acuerdos de Asociación, también negocia promoción y protección de inversiones con cláusulas y normas exigentes y profundas.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por su nombre en inglés) ubica el boom de los TBI a lo largo de la década del noventa<sup>10</sup>. Al comienzo, gran parte de los TBI son firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. Sin embargo, la UNCTAD (2000) señala que a partir de la década del ochenta, esta tendencia comienza a cambiar aumentando el número de TBI firmados entre países en desarrollo o economías en transición. Del total de 1.857 TBI firmados en 1999, el 40% corresponde a acuerdos firmados entre países desarrollados y países en desarrollo y el 26% corresponde a acuerdos firmados entre países en desarrollo.

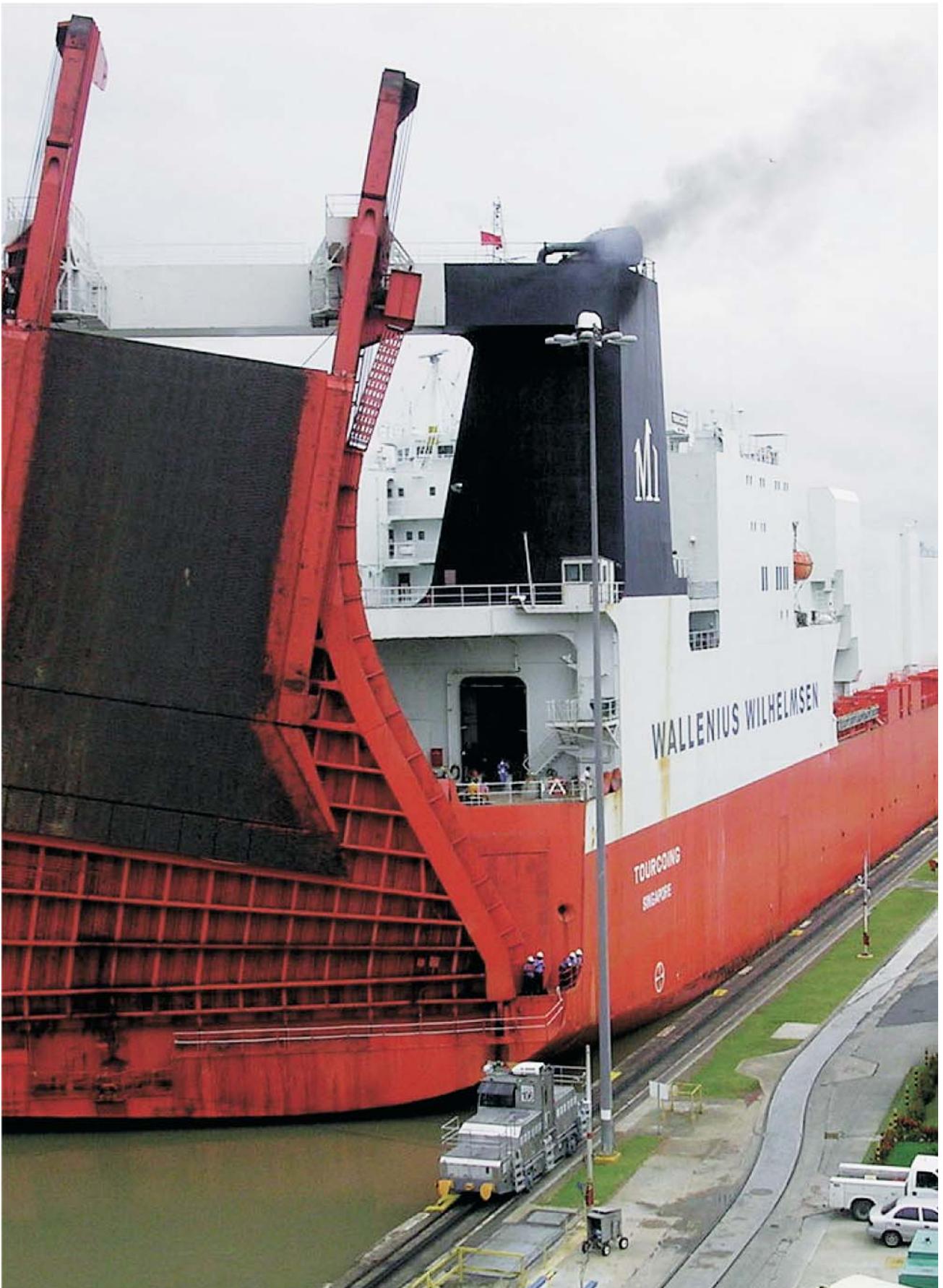
La región de América Latina y el Caribe ha acompañado a lo largo de las décadas esta tendencia. El gran salto en la firma de TBI para la región ocurre a partir de la década del ochenta y noventa. Este salto cuantitativo se produjo a la par de importantes transformaciones en las estrategias de desarrollo de estos países: aplicación de reformas estructurales, apertura de la economía y el comercio y la liberalización de sectores productivos. Las inversiones fueron uno de los aspectos clave en estas reformas y permitió, entre otras cuestiones, que aumentaron drásticamente los flujos de IED que entraron a la región. En la década del noventa, el 93% de los TBI firmados corresponden a América Latina (UNCTAD, 2000). Según la UNCTAD, en los últimos años, la discusión acerca del rol de los TBI en la promoción de inversiones comenzó paulatinamente a dejar de ser una discusión entre países del norte y del sur para comenzar a ser un tema de debate entre países en desarrollo quienes comenzaban a tener un mayor protagonismo como exportadores de IED (UNCTAD, 2009).

---

<sup>8</sup> Beltramino, Ricardo, “La promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina”, Documento de Trabajo N° 49, Área de Relaciones Internacionales – FLACSO / Argentina, Mayo 2010.

<sup>9</sup> La disciplina de Compras Gubernamentales es incorporada en la negociación de la OMC en la Ronda de Tokio pero no se alcanzó un consenso por lo cual el acuerdo fue incorporado como Acuerdo Plurilateral que entra en vigor en 1981.

<sup>10</sup> UNCTAD, “Bilateral Investment Treaties 1959-1999”, UNCTAD, Ginebra, Diciembre 2000.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

Este es un aspecto fuertemente subrayado por los análisis de la UNCTAD que plantean como elemento novedoso el crecimiento de la cooperación sur-sur en materia de acuerdos de inversión. Los TBI pueden definirse como un tipo de acuerdo internacional firmado por dos países –o regiones- y que tiene como objetivo declarado, el incremento de los flujos de inversión y la protección de las mismas en forma recíproca. Estos dos componentes, atracción o incremento de las inversiones y la protección de las mismas, son los aspectos cruciales que se traducen en normas y reglas específicas en acuerdos de este tipo. Como ya se mencionó, en general los contenidos de los TBI son incluidos como capítulos en acuerdos comerciales más amplios como acuerdos de tipo TLC donde la inversión es un aspecto del comercio entre las partes. Los TBI también se denominan Tratados de Promoción de Inversiones o Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Es importante subrayar lo señalado por la UNCTAD sobre estos acuerdos: *“constituyen el instrumento de protección de la inversión extranjera más importante”* (UNCTAD, 2000).

Los TBI como instrumento de liberalización de las inversiones, también se han ido sofisticando con el paso del tiempo: adquiriendo nuevas competencias en áreas de inversiones, evolucionando en el plano normativo y limitando la flexibilidad de la regulación. Sus contenidos expresan una amplia y profunda regulación que previene cualquier tipo de obstáculo a la entrada o desarrollo de una inversión entre los países que lo firman.

## *Políticas de atracción de inversiones en la región y la “explosión” de los TBI*

Desde los principales centros de poder económico mundial como de las instituciones financieras internacionales se considera a las inversiones como particularmente beneficiosas para los países en desarrollo ya que contribuyen al estímulo del crecimiento vía exportaciones, ofrecen importantes “derrames” que dinamizan otros sectores de la economía doméstica, promueven la competencia en el mercado doméstico, aportan financiamiento y menor volatilidad, entre otros elementos. Estos argumentos han sustentado desde la teoría económica, la elaboración e implementación de una variedad de políticas de atracción de inversiones extranjeras.

Estas políticas han sido muy fuertes sobre todo en los países en desarrollo que han reparado en las estrategias de captación de IED como un camino importante para alcanzar el desarrollo. Los acuerdos tipo TBI forma parte del marco normativo que se le aplica a la IED en el país receptor, constituye un “subelemento” del conjunto de determinantes (UNCTAD, 2009). Sin embargo, la firma de acuerdos de promoción y protección de inversiones no asegura per se la llegada de importantes flujos de inversiones. Existe una variedad de elementos que inciden en la decisión de una empresa extranjera de invertir aunque estos varían dependiendo del tipo de inversión que se quiera localizar y el régimen de políticas que tenga el país receptor. Los TBI no parecieran tener demasiado peso al momento de decidir la radicación de una inversión. Sin embargo, también es cierto que se promueven y firman TBI porque ya existe un marco normativo que ha liberalizado la entrada de IED y ha generado garantías a las mismas.

El análisis de la efectividad de los TBI debe incluir un análisis de las políticas de liberalización de la IED en la región y los beneficios que éstas políticas han dejado. Existe un importante debate que cuestiona los beneficios de la liberalización de los regímenes de inversiones como instrumento para promover la entrada de IED y la radicación de inversiones. Por ejemplo, Agosin en un análisis de 2008<sup>11</sup> sobre los efectos de la IED en el crecimiento económico, pone en discusión el argumento de que la liberalización de las inversiones sea el atractivo principal para la radicación de IED. Este mismo autor, citando un trabajo anterior sostiene que los elementos que continúan apareciendo como claves que explican la variación de la IED siguen estando vinculados a características del país receptor: su tamaño, el nivel educativo de la población y la tasa de crecimiento de la economía.

Los países del MERCOSUR utilizaron, en el período de los noventa, una variedad de instrumentos para atraer flujos de IED y estos instrumentos no en todos los casos han tenido los efectos buscados. La primera y principal batería de instrumentos fueron las políticas promovidas por las reformas estructurales de la década del noventa. Una mirada en detalle dentro del MERCOSUR, demuestra las diferencias en la implementación de estos instrumentos y las consecuencias alcanzadas en lo que a IED se refiere. Argentina ha sido quizás, el caso más paradigmático de aplicación del paquete de éstas reformas estructurales<sup>12</sup>. La aplicación de estas reformas se tradujo en muchos casos, en importantes reformas impositivas y legislativas que resultaron muy atractivas para diversas empresas transnacionales interesadas en instalarse en la región. Una reforma por excelencia atractiva a la IED fue el régimen de privatizaciones de empresas públicas, ya que en esta política se detalla la entrada, las garantías y las formas de salida de la IED.

Las ETN han sido claros ganadores de las estrategias implementadas. Éstas pudieron obtener importantes beneficios y aprovecharon la “ventana de oportunidades” abierta producto de la implementación de las reformas de ajuste estructural. Sin embargo, los países de la región receptores de estas empresas e inversiones, no parecen haber resultado ganadores. No pudieron capitalizar los supuestos beneficios que se pueden extraer, según la literatura especializada, de la radicación de inversiones y ETN, sobre todo de la asociación que se puede incentivar con capitales y firmas nacionales y la posibilidad de modernización y crecimiento productivo vía inversiones extranjeras. Los países de la región, saldaron esta etapa con alarmantes índices de pobreza, indigencia y una persistente y profunda desigualdad social.

A pesar de lo que se señala sobre la escasa causalidad que los TBI ejercen en la atracción de inversiones, en el discurso político, los acuerdos comerciales relativos a inversiones son promovidos como instrumentos eficientes en la atracción de inversiones extranjeras. No parece estar clara la contribución que este tipo de instrumentos hace a la atracción de inversiones. Sin embargo, los países del MERCOSUR -salvo Brasil- continuaron negociando y suscribiendo este tipo de acuerdos. De hecho, Argentina y Uruguay son los países que más TBI han firmado dentro del MERCOSUR.

Argentina es el socio del MERCOSUR que ha firmado más acuerdos de tipo TBI a la fecha. Son 58 los tratados que ha negociado con diferentes países de la región y fuera de la misma. 54 de ellos se encuentran

---

<sup>11</sup> Agosin, M., “América Latina en Perspectiva Comparada: La Inversión Extranjera: ¿sienta siempre las bases para el crecimiento económico?” en: Gallagher, K., Porzecanski, R., y López, A., (eds.), *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo Sustentable. Lecciones desde las Américas*, Grupo de Trabajo sobre Desarrollo y Medio Ambiente en las Américas, 2008.

<sup>12</sup> Para el caso de Argentina, la CEPAL señala: “Las empresas transnacionales fueron los agentes más dinámicos del proceso de reestructuración de la economía argentina en ese período y aprovecharon, con mayores ventajas que la mayoría de las empresas nacionales, las nuevas condiciones de competencia y el conjunto de incentivos implícitos en el programa de reformas estructurales”. CEPAL, “Inversión extranjera en América Latina y el Caribe”, Informe 2001.

en vigencia (Beltramino, 2010), solamente 14 han sido firmados con países pertenecientes a América Latina y el Caribe y de éstos, 5 pertenecen a América del Sur. De entre los socios más potentes en materia económico-comercial, Argentina tiene TBI firmados con Alemania, Estados Unidos y Japón, además de varios países pertenecientes a la Unión Europea como Italia, Francia, Finlandia, Los Países Bajos y España, entre otros. Otro dato importante es que el 93% del total de TBI que tiene firmados, fueron suscritos durante la década del noventa. Para Argentina la firma de estos acuerdos complementaron la estrategia de liberalización de la economía y el comercio.

Argentina también ha sido ampliamente estudiada por los casos de litigios que empresas instaladas en el país han iniciado contra el Estado a partir, sobre todo, del estallido de la crisis de 2001. Los TBI han acompañado el proceso de privatizaciones iniciado en la década del noventa. Gran parte de las empresas que iniciaron demandas contra Argentina frente al Centro Internacional de Arreglo a las Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI), tribunal especializado que funciona en la égida del Banco Mundial, introducido como espacio de solución de controversias dentro de la mayor parte de los TBI que se celebran<sup>13</sup>.

Por su parte Brasil, el socio mayor del MERCOSUR, no ha ratificado ningún TBI de los 14 que ha negociado y firmado. Brasil no tiene tratados en vigencia a pesar de constituir la principal economía de América del Sur y América Latina y el Caribe y ser parte del grupo de selecto países conocidos como “emergentes” y nucleado en el BRICS junto con Rusia, India, China y Sudáfrica. Llama la atención que un país con un potencial económico y comercial indiscutible que está planificando a largo plazo su estrategia de desarrollo con ambiciosos programas de industrialización y movimientos sólidos hacia un mayor protagonismo en los foros internacionales, no haya ratificado ni un solo TBI negociado con países estratégicos como Alemania o Francia.

La situación de Brasil respecto a la IED y a los mecanismos de proyección de las inversiones extranjeras es peculiar. El crecimiento económico del país ha experimentado cifras extraordinarias a partir de la segunda mitad de la década del 2000, situándolo como país emergente y disputando los primeros lugares en el ranking de las principales economías del mundo. En 2008, Brasil se convirtió en el principal inversionista extranjero en la región, registrando según el Banco Central de Brasil un monto cercano a los 34 mil millones de dólares. En 2009, la CEPAL registró aproximadamente 877 empresas brasileras invirtiendo en el extranjero (Actis, 2011). A inicios de 2007 Brasil lanzó de la mano del ex presidente Luiz Inacio “Lula” da Silva, el llamado Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC)<sup>14</sup>.

Brasil se ha ido consolidando como gran mercado industrial, exportando y recibiendo IED y destacándose por los niveles de crecimiento económico y de comercio. Estos hechos cuestionan los argumentos que defienden la firma de TBI por su capacidad para atraer IED. Brasil, sin haber ratificado ni uno de los 14 tratados firmados, ha sido uno de los principales destinos de la IED en la región del MERCOSUR y ha logrado internacionalizar empresas nacionales.

---

<sup>13</sup> Beltramino (2010) señala al respecto que de las 44 demandas iniciadas contra Argentina, 35 corresponden a empresas concesionarias de servicios públicos.

<sup>14</sup> El programa englobó un conjunto de políticas económicas en el marco de un plan a cuatro años y con el objetivo puesto en acelerar y alcanzar un crecimiento duradero y sustentable en el tiempo.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

Brasil no solo no ha ratificado ninguno de los TBI negociados sino que tampoco ha adherido al convenio del CIADI por considerar que arremete contra la soberanía del país al no agotar las instancias nacionales para la solución de diferendos, permitiendo a los inversores extranjeros demandar en el exterior al Estado nacional.

Las principales voces que se han mostrado más defensoras de un cambio en la política brasilera han provenido del mundo de los negocios. En el plano político gubernamental, sigue siendo firme la postura del Ejecutivo brasilero en contra de la firma de tratados y de la adhesión al CIADI. Por su parte, el empresario y actual presidente del Consejo Superior de Comercio Exterior de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), Rubens Barbosa ha sostenido y argumentado en más de una oportunidad la necesidad de modificar la posición de Brasil al respecto. En 2009 y a propósito de los conflictos surgidos por empresas brasileras en Bolivia y en Ecuador, Barbosa sostuvo *“acontecimentos recentes envolvendo empresas públicas e privadas brasileiras na Bolívia e no Equador chamam a atenção para outro potencial obstáculo à expansão das empresas brasileiras no exterior: a ausência de tratado de proteção e garantia do investimento. [...]”*. El empresario subrayó enfáticamente la necesidad de impulsar nuevas políticas respecto a la promoción de las inversiones: *“Agora, as empresas brasileiras é que devem receber do governo apoio jurídico para evitar arbitrariedades de governos populistas [...]. No que se refere aos acordos de proteção e garantia de investimentos, a posição do governo até recentemente poderia ser explicada pelo reduzido número de empresas e pela conseqüente ausência de investimentos brasileiros significativos no exterior. Mas a situação nos últimos anos mudou radicalmente, com pesados investimentos brasileiros no exterior e com a repetição de problemas de cumprimento de contratos e de acordos. Em vista disso, o governo brasileiro deveria repensar sua análise e sua posição no tocante à inclusão desse tipo de acordo nas negociações prioritárias, especialmente com países da América Latina e da África.”*<sup>15</sup>

**Paraguay** tiene un total de 24 tratados firmados que lo colocan en el tercer lugar de países del MERCOSUR en cuanto a TBI. El 80% de estos tratados fueron suscriptos durante la década del noventa. En esta década coinciden en Paraguay la sanción de varios instrumentos jurídicos de liberalización de las inversiones<sup>16</sup>. En 1992 se aprueba el Régimen de Inversiones dentro de la Ley N° 117/92 que iguala inversores nacionales con extranjeros<sup>17</sup>.

Finalmente, en el caso de **Uruguay** los TBI suman en total 30. Uruguay es el segundo socio del MERCOSUR con más TBI firmados hasta el momento. La mitad de ellos fueron firmados y negociados durante la década del noventa. Unos pocos corresponden a fines de la década del ochenta. Un segundo impulso en la firma de estos tratados se da en lo que va del S XXI cuando se firman 11 tratados más. Los últimos tratados en firmarse se enmarcan en una política expresa y activa de Uruguay de promover la radicación de inversiones en el país.

Uruguay ha sido históricamente una economía con bajos niveles de inversión. El crecimiento de la IED y la promoción de las inversiones comienzan a tomar un fuerte impulso a partir de las reformas implementadas durante la década del noventa.

---

<sup>15</sup> Rubens Barbosa, “Proteção de investimentos no exterior”, O Estado de São Paulo, 24/02/09. Disponible en: <http://www.eagora.org.br/arquivo/protecao-de-investimentos-no-exterior/>

<sup>16</sup> A inicios de 1991 se aprueba el Régimen de Incentivos Fiscales para las inversiones nacionales y extranjeras comprendido en la Ley N° 60/90. El objetivo expreso de esta ley es promover e incrementar las inversiones nacionales y extranjeras. La Ley establece la concesión de amplias franquicias en la exoneración de impuestos, en la importación de bienes de capital, materia prima e insumos para proyectos de inversión a desarrollar. En materia impositiva la Ley reduce el 95% del impuesto a la renta y concede otros beneficios en otras bases impositivas.

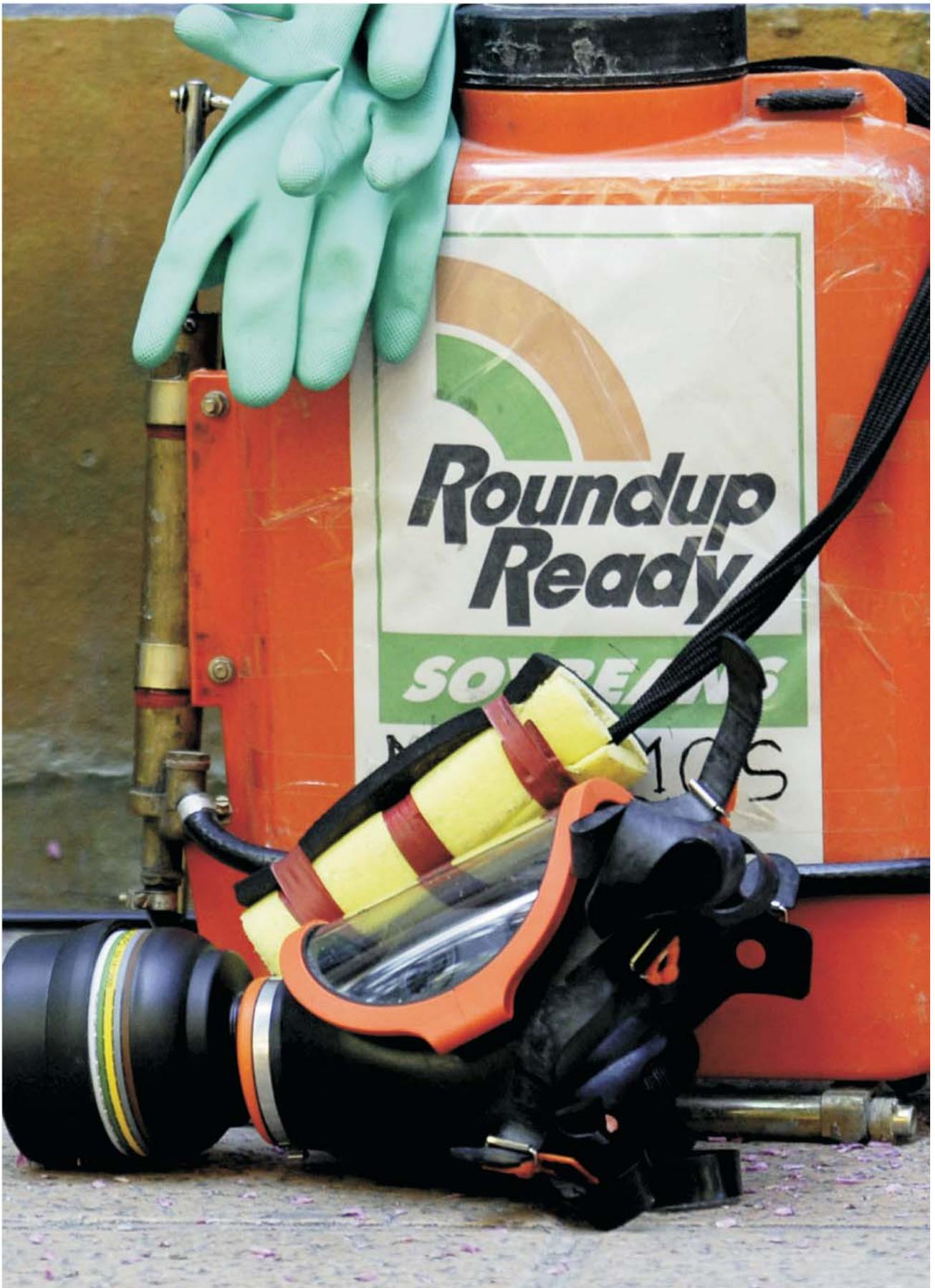
<sup>17</sup> En la Ley N° 117/92, el inversionista extranjero tiene iguales garantías, derechos y obligaciones que los inversores nacionales. La Ley también asegura un régimen de libre cambio sin restricciones para el ingreso y egreso de capitales, el envío al exterior de dividendos, intereses y comisiones entre otros. También garantiza un régimen de libre comercio que abarca la producción y comercialización de bienes y servicios, libre fijación de precios y libre importación y exportación de bienes y servicios. El régimen tributario es el mismo para los inversores extranjeros y deben respetar las Leyes de Trabajo y de Seguridad Social vigentes en Paraguay. Asimismo dicha legislación también reconoce las inversiones conjuntas como los “joint ventures” (asociaciones entre inversores nacionales y/o extranjeros).

En 1987 Uruguay sancionó la Ley N° 15.921 de Zonas Francas que otorgó beneficios tributarios y aduaneros con el objetivo de promover la radicación de inversiones industriales, comerciales y de servicios (Antia, 2001). En el mismo año Uruguay aprueba la Ley Forestal que otorgó incentivos fiscales y subsidios a empresas interesadas en monocultivos forestales en territorios declarados de prioridad forestal. Como consecuencia de esta ley, muchas empresas dedicadas al sector forestal-celulósico extranjeras se instalaron en el país o compraron posteriormente los activos de empresas nacionales dedicadas a la forestación.

El actual régimen de promoción de inversiones del país se enmarca de forma general en la Ley N° 16.906 de 1998 que establece el interés nacional para la promoción y protección de las inversiones que se realicen en el país. La Ley prevé además una distinción de estímulos dependiendo de que las inversiones sean de orden general o específico. Los estímulos que otorga la ley para inversiones de orden general se refieren básicamente a exoneraciones de impuestos. Para las inversiones específicas que presenten un proyecto de inversión que sea de interés del Poder Ejecutivo se prevé el acceso a mayores beneficios como exoneraciones y deducciones mayores o más amplias. Uruguay carece además de cualquier tipo de obstáculo o trabas a la importación y exportación, salvo por los aranceles a la importación de algunos productos específicos. Asimismo, en 2002 (Artículo 18° Ley N° 17.555) el Poder Ejecutivo asume el establecimiento de mecanismos que simplifiquen los trámites de propuestas de inversión de parte de privados y el establecimiento de un organismo que coordine consultas y trámites que deban cumplirse ante el Estado. Ese mismo año el Decreto N° 379/002 establece dicha Oficina de Atención de Inversores en el Ministerio de Turismo. Se le destinan como competencias la tramitación y seguimiento de las solicitudes de inversión privada nacional y extranjera. En 2004, y por actuación del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo pone en marcha la institucionalización de esta Oficina en el Ministerio de Turismo.

De la década del noventa también datan una serie de reformas implementadas para buscar desregular la economía y privatizar de forma parcial algunas empresas públicas o fomentar la participación de privados en los activos estatales. Algunas reformas a destacar fueron la portuaria, la desmonopolización de los seguros y de la producción de alcoholes, la reforma del sistema de seguridad social, la promoción y defensa de la competencia y la promoción de la canalización de recursos financieros a través de fondos, mercados de valores y fideicomisos.

Uruguay continuó con su política de negociación y firma de TBI. De hecho, Uruguay es el único socio del MERCOSUR que ha hecho de los tratados de inversión una política específica para la promoción de las inversiones.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

## *Contenidos y alcances de los Tratados de Protección de Inversiones*

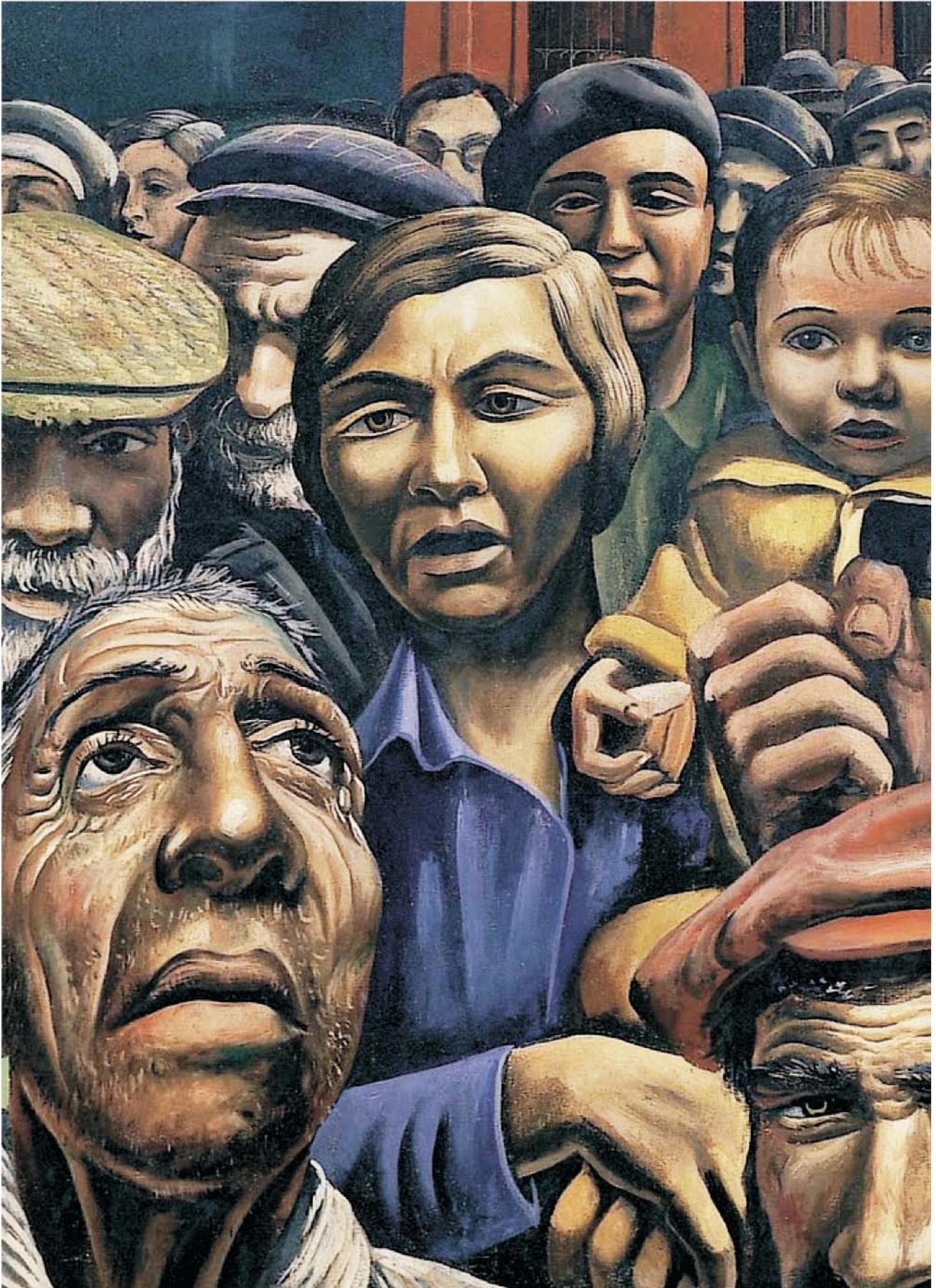
Los contenidos de los TBI no han sufrido grandes modificaciones con el paso del tiempo. El alcance de los contenidos depende también –como sucede con muchos acuerdos comerciales bilaterales- de los socios que negocian el acuerdo. Dependen en gran medida de la importancia geopolítica de cada uno de los socios.

**\* Normas Generales de trato de la inversión:** Incluye normas y cláusulas que estipulan el trato que se le deberá dar a las inversiones provenientes de alguno de los países que firma el acuerdo. Son a menudo restrictivas en la aplicación y exigen la homologación de leyes y reglamentaciones nacionales que complementen o aseguren la buena aplicación del TBI. Aquí la inversión es a menudo definida de forma amplia y se protege tanto la inversión ya instalada que se denomina “inversión cubierta” como la pre-inversión como los estudios de prefactibilidad o las consultorías contratadas por inversores para evaluar la decisión de invertir.

Otras cláusulas importantes contenidas también en los TBI son la Cláusula de Trato Nacional y la Cláusula de Nación Más Favorecida. La primera de estas cláusulas establece la igualdad entre inversiones extranjeras y nacionales estipulando que el país receptor de la inversión deberá otorgarle a la inversión extranjera igual trato al que le otorga a la inversión nacional. Es decir que, cualquier tipo de beneficio, estímulo o política activa de promoción de sectores nacionales deberá ser otorgado también a inversiones extranjeras. La segunda cláusula establece la igualdad entre inversores extranjeros obligando al país receptor a aplicar los mismos beneficios concedidos al inversor más beneficiado para la inversión sujeto del tratado. Por último, los tratados establecen además el Trato Justo y Equitativo para con la inversión extranjera. A menudo se sostiene que esta norma es ambigua en su aplicación y alcance lo cual restringe aún más el margen de maniobra del Estado en la aplicación de políticas de promoción de empresas nacionales.

**\* Protección y Cobertura de las Inversiones:** incluye normas y reglas para proteger la inversión proveniente de alguno de los países firmantes del TBI. Todas ellas son de carácter defensivo: garantías, compensaciones, prohibiciones, límites. Establecen lo que el Estado receptor de la inversión proveniente del país socio del TBI, puede o no puede realizar respecto a la inversión. En términos concretos, se prohíben políticas activas que exijan requisitos de desempeño a la inversión como porcentaje de mano de obra nacional o materia prima nacional y mecanismos específicos de transferencia de tecnología. Asimismo, estas reglas también prohíben expropiaciones o determinar la prohibición de algunas actividades económicas por razones de interés público. Vale la pena destacar que muchos TBI –y normas de la OMC a las que se atienen el comercio de inversiones- aseguran que las razones de interés público como aquellas que refieran a la salud o a la seguridad nacional, son atendidas de forma específica sin necesidad de que la acción del Estado sea objeto de alguna controversia o indemnización. Sin embargo, si la acción del Estado es considerada desproporcional por el inversor o que la misma no atiende las necesidades y requerimientos del inversor, éste puede efectivamente demandar al Estado y/o exigir una indemnización por la pérdida de ganancias (incluso aquellas ganancias proyectadas por el inversor y que considere se ven afectadas).

**\* El “Trato Nacional” y la “Nación más Favorecida”:** El fundamento de este tipo de acuerdos radica en nivelar el trato que los Estados nacionales le dispensan a los inversores nacionales y extranjeros. Dicho fundamento se articula en los principios de Trato Nacional y de Nación más Favorecida.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

En Derecho Internacional se les denomina como Normas de Trato. Estos principios son las piezas fundamentales sobre las que se cimentan los derechos de los inversores, una vez que se reconoce que su esfera de aplicación así como la propia definición de lo que es una inversión, fueron establecidos conforme a los elementos consignados en el apartado anterior.

\* **Prohibición de exigir Requisitos de Desempeño:** Los Requisitos de Desempeño suponen los criterios generales por los cuales las inversiones provenientes del exterior se relacionan con las políticas sociales y económicas globales definidas como estratégicas por un país. Son en sí mismos condiciones impuestas a los agentes inversores para que el país receptor se pueda beneficiar por su accionar. Un tipo clásico de Requisito de Desempeño puede ser el que se consagra en las leyes del tipo “Compre Nacional” o “Contrate Nacional”. Este tipo de mecanismos se implementaron originalmente en Estados Unidos como parte del paquete de medidas comprendidas en el “New Deal”, elaborado por el Presidente Roosevelt para salir de la crisis del año 1929. El denominado “Buy American Act” (Acta de Compre Norteamericano) establecía básicamente que tanto la administración pública como sus concesionarios y contratistas debían privilegiar las compras de bienes y servicios a empresas estadounidenses. En varios aspectos esta disposición se encuentra aún vigente en Estados Unidos, y principalmente en el mercado de las contrataciones públicas mediante una ley similar aprobada en el año 1993. La prohibición de imponerle Requisitos a los inversores extranjeros se extiende al nivel que resulta imposible para un Estado exigirle a los inversores extranjeros que sus insumos, materias primas, servicios y abastecimientos sean brindados desde los aparatos productivos nacionales. En los Tratados de Protección de Inversiones se dispone la prohibición a las Partes de imponer requisitos tales como niveles de exportación, Contenido Nacional, utilización de bienes y servicios domésticos, transferencias de tecnología, disposiciones de reinversión de ganancias en los circuitos nacionales, etc. La prohibición establecida a que los gobiernos impongan Requisitos de Desempeño atenta por lo tanto contra la formulación soberana de políticas sectoriales que sirvan para alentar la producción nacional, por ejemplo en relación a las compras del sector público (Compras Gubernamentales). Al negociarse este tipo de Tratados y al ponerse en práctica, se deben asumir principios de no discriminación muy estrictos a fin de no favorecer servicios o bienes nacionales, y también una serie de procedimientos en lo que hace a las licitaciones y llamados del Estado a proveedores, el manejo de información a ello vinculado, plazos específicos para la participación extranjera, procedimientos diferenciados para la adjudicación de contratos, etc. Por esta vía además resulta en los hechos prácticamente imposible distinguir entre una inversión productiva -de interés para el desarrollo nacional por su capacidad de generar empleo o valor agregado a la producción, de la inversión especulativa que solamente busca beneficios de corto plazo.

\* **Solución de Controversias:** Este es uno de los ejes de mayor debate y cuestionamiento. Una vez que el inversor considera que se ha visto afectado por alguna política o accionar del Estado receptor, comienza a operar un mecanismo de estrategia de la empresa que la puede llevar a demandar al Estado y/o a ser indemnizado por el mismo. Las condiciones con la que opera la solución de controversias, genera importantes implicancias para el Estado demandado. El principal aspecto destacado como controversial se relaciona con el concepto de soberanía de los Estados, ya que los TBI establecen que el Estado podrá ser llevado a una corte internacional a través de una demanda interpuesta por un inversor que no es más que un actor privado.

Los mecanismos de solución de controversias a nivel mundial son relativamente diversos. Dentro del comercio internacional, regulado por la OMC se establecen procedimientos para la solución de diferendos a través de un tribunal internacional al cual se presentan los Estados. Sin embargo, respecto a las inversiones extranjeras se ha observado un desplazamiento del procedimiento de solución de controversias entre Estados. Las inversiones poseen mecanismos de arbitraje internacional entre inversores privados y extranjeros y Estados receptores de la inversión.

Al respecto un análisis de la CEPAL señala *“este sistema no ha funcionado tan bien porque aunque muchos países en desarrollo y economías en transición son países receptores, relativamente pocos de ellos invierten en el extranjero”*<sup>18</sup>. Lo que parece estar claro es que el sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias, impone importantes riesgos a los Estados receptores de la inversión. En los arbitrajes establecidos en los TBI el Estado es equiparado en los tribunales a un inversor extranjero privado, sin que se agoten previamente las instancias jurídicas nacionales del país receptor. En este sistema de comercio de las inversiones (se puede referir lo mismo para el caso del comercio de bienes y servicios) existe una gigantesca asimetría de poderes que separa a los países emisores de IED de los países receptores. Son pocos los casos de países receptores de IED que han podido ejercer cierto poder de negociación para limitar estos riesgos<sup>19</sup>.

Los Estados llegan al CIADI a través de un convenio como los TBI que establecen el compromiso de las partes firmantes de presentarse ante un tribunal internacional para dar continuidad a una demanda. Como otras políticas impulsadas desde el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, el CIADI ha sido promovido de forma amplia y extensa, sumando numerosos miembros. A raíz de importantes controversias generadas a partir de la demanda de empresas a Estados por razones escandalosas (políticas implementadas a partir de la crisis política y social de 2001 en Argentina, la nacionalización de sectores claves de la economía en Bolivia, políticas activas de promoción de la salud y el combate al cáncer generado por el consumo del tabaco en Uruguay, etc), algunos países de la región (Bolivia y Ecuador) han tomado la iniciativa de denunciar el tratado que los hace miembros del CIADI y reconoce en la legislación nacional a este tribunal externo.

---

<sup>18</sup> Mortimore, M., *“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”*, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo N° 188, Chile, 2009.

<sup>19</sup> Los dos tribunales de solución de controversias que se establecen en los TBI son: el Tribunal Arbitral Internacional como el CIADI y el tribunal de Permanente de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre derecho mercantil internacional (CNUDMI). Por lo general, la mayor parte de los TBI incluyen como tribunal al CIADI que se crea en 1965 por parte del Convenio de Washington. El objetivo que se plantea el CIADI es establecer un espacio de conciliación y arbitraje para solucionar controversias relacionadas a inversiones entre Estados firmantes del acuerdo e inversores. Se trata de un centro que opera bajo la órbita del Banco Mundial que ha conformado miembros a través de la firma de un tratado.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

## *Conclusiones tentativas: Instrumentos del pasado actuando sobre el presente en Uruguay*

La experiencia de la última década de Uruguay y Argentina con relación a los TBI, parece indicar que determinados “*efectos colaterales*” -tanto potenciales como instalados concretamente en la agenda política y jurídica- de este tipo de acuerdos van mucho más allá de los objetivos que se procuran lograr con su adopción y ratificación.

Como ya se mencionó, el principal objetivo declarado de este tipo de tratados es el estímulo a la radicación de proyectos de inversión y el consiguiente aumento de la IED. En este sentido, se abren dos líneas de análisis con relación a este tema. Por un lado, la reflexión acerca de la efectividad real de este tipo de acuerdos para lograr esos objetivos. Es decir, si efectivamente, estos instrumentos jurídicos logran que mayor cantidad de proyectos de inversión se radiquen en un país, provocando en términos agregados que la IED recibida por un país se incremente. *Por otro lado, es necesario analizar las consecuencias no deseadas que generan los TBI.* A continuación se abordará precisamente la segunda línea de análisis.

Las disposiciones mencionadas de los TBI le otorgan “derechos” a las empresas extranjeras que instalan un proyecto de inversión. Se dice que una inversión en un territorio determinado está “cubierta” por un acuerdo de estas características, cuando la o las empresas que lo impulsan pueden contar con una “seguridad jurídica” extra conferida por el Tratado, en virtud de ser connacional con respecto a un país que tenga un acuerdo vigente con aquel territorio.

Como se ha visto, la mayoría de los TBI que acordó Uruguay, fueron suscritos durante la década de los años noventa y primeros años del siglo XXI. Estos tratados pueden llegar a establecer de hecho y de derecho, límites para la acción política innovadora si se revisan total o parcialmente los marcos de actuación establecidos entre el Estado y los actores privados. Ejemplo de esto pueden ser las nacionalizaciones de determinados sectores de la economía, el establecimiento de nuevas políticas de salud pública, impositivas o de regulación de la tenencia de tierra por parte de empresas extranjeras.

En todos estos casos, los gobiernos que deciden impulsar este tipo de acciones políticas, deben considerar como tratar estos “límites” heredados del pasado. Deben decidir si hacen que el límite para su acción política sea el “*pacta sunt servanda*”<sup>20</sup>, o si deciden ir más allá de esos límites entendiendo que cualquier acuerdo -incluidos los TBI- se rigen por el principio de “*rebus sic stantibus*”<sup>21</sup> que indica que lo establecido en los contratos lo es en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Es decir, el debate principal que emerge con el análisis es acerca de cómo enfrentar instrumentos jurídicos que son claramente rémoras del pasado neoliberal en nuestros países, que están actuando sobre el presente. Para comprender a cabalidad este debate crucial, es importante analizar ejemplos que ilustran la profundidad del problema<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> “Lo pactado obliga”.

<sup>21</sup> “Estando así las cosas”.

<sup>22</sup> Es posible describir otro conjunto de ejemplos muy significativos como la situación de Argentina ante las más de treinta demandas internacionales impulsadas por empresas transnacionales luego de la caída del plan de convertibilidad. Sin embargo estos casos han sido, en su mayoría, profusamente estudiados y conservan en su base la misma relación de condicionamiento proveniente de las disposiciones contenidas en los TBI suscritos por Uruguay. Es importante advertir que muchas veces Uruguay es tratado como un país “excepcional” por sus cualidades democráticas y su apertura al mundo. Este análisis pretende identificar también si el transcurso de los casos de conflicto y el *modus operandi* de empresas y los tratados que las amparan, demuestran mayores o menores márgenes de maniobra siendo que Uruguay ha demostrado ser un país plenamente abierto y amigable con la inversión extranjera.

## *Los negocios y la soberanía: conceptos para redefinir*

En julio de 2009, un Comité Especial creado por el gobierno de Estados Unidos, a poco de iniciada la administración de Barack Obama, realizó una convocatoria interna y externa a presentar comentarios sobre el Formato Tipo del Acuerdo de Protección de Inversiones que negocia Estados Unidos con otros países. El objetivo de la convocatoria y presentación ante la Comisión Especial fue estudiar posibles modificaciones al formato modelo utilizado en sus negociaciones bilaterales<sup>23</sup>. Si bien luego no se concretaron o no se conocieron públicamente modificaciones al modelo que utiliza Estados Unidos en sus negociaciones sobre inversiones, esta consulta evidenció que existen algunas disposiciones preocupantes en este tipo de acuerdos.

La mayoría de las propuestas enviadas por organizaciones de la sociedad civil apuntaron a la fuerte preocupación por el mecanismo de solución de controversias que disponen estos acuerdos para que inversores privados puedan demandar a Estados en tribunales de arbitraje internacional como el CIADI.

La preocupación no es ajena a otros países del continente americano. De hecho, Bolivia, Venezuela, Ecuador y Argentina han cuestionado públicamente el accionar de inversores privados cuando intermedian tratados como los mencionados y los perjuicios que implica a los Estados una demanda ante el CIADI. Bolivia resolvió retirarse del CIADI, denunciando el acuerdo por el cual había ingresado al organismo. Asimismo y como paso complementario, el gobierno decidió renegociar todos los TBI que tenía vigentes. Posteriormente, Ecuador y Venezuela anunciaron medidas similares, sobre todo el retiro del CIADI, para recuperar márgenes de maniobra en la aplicación de sus políticas de recuperación de soberanía, poniéndose a cubierto -a futuro- de las demandas internacionales. Ecuador actualmente está llevando a cabo una auditoría de todos los TBI que el país ha firmado.

En el caso de la UE, luego de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, se hizo necesario adecuar la situación jurídica de los TBI suscritos por los países de manera individual. En julio de 2010, la Comisión Europea aprobó dos documentos sobre la política de inversiones, uno de los cuales es un reglamento para otorgar cobertura legal a los TBI existentes, en el que se dispone una etapa de transición o revisión de cinco años para decidir cuales se deben renegociar y cuales caducarán. Es decir, en este terreno existe actualmente un amplio movimiento de redefinición de los marcos jurídicos existentes. En ese proceso de redefinición que ya ha comenzado, es útil contar con algunos elementos de partida. Por ejemplo, establecer que existe preeminencia de normas jerárquicamente superiores a los acuerdos comerciales y de inversiones como las constituciones nacionales, y también las normas imperativas internacionales. El Artículo 53 de la Convención de Viena establece que todo tratado que afecte a una norma imperativa de Derecho Internacional debe ser nulo. Las normas imperativas de Derecho Internacional General son por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros Tratados y convenciones Internacionales de derechos humanos y ambientales.

---

<sup>23</sup> Dicha consulta internacional fue contestada por 36 propuestas. Información disponible en: <http://www.regulations.gov/#!docketDetail;rpp=10;p0=30;D=USTR-2009-0019>

En un segundo nivel, es necesario re-establecer la competencia territorial de los tribunales y sistemas jurídicos nacionales. Algo que antes estaba contenido en la llamada Doctrina Calvo<sup>24</sup>, que disponía que las controversias entre privados extranjeros y los Estados debían resolverse en los sistemas jurídicos de ese Estado en conformidad con las leyes y normas de ese territorio. El CIADI precisamente es la antítesis de esto. En primer lugar, restablecer la Doctrina Calvo supone poner en igualdad de condiciones a los inversores nacionales, que cuando tienen controversias con el Estado solamente pueden litigar en el sistema jurídico nacional. En el caso de los inversores extranjeros amparados por los acuerdos de protección de inversiones, existe una doble oportunidad de litigar contra los Estados: en el sistema nacional y luego también en tribunales arbitrales internacionales. Existe, en definitiva, una asimetría de las posibilidades de derecho entre inversores locales y extranjeros.

El contexto actual en la región parece haber estimulado el debate entre las diferentes interpretaciones que pueden realizarse acerca de la efectividad real y potencial de los TBI. Es importante reconocer que tanto la doctrina jurídica como la perspectiva económica han ido evolucionando y diferenciando etapas. En el caso de la doctrina jurídica, el abandono gradual de la Doctrina Calvo –que se constata en la región durante las décadas del setenta y ochenta- coincide con un periodo más amplio, de fuertes transformaciones normativas características del modelo neoliberal. Durante la década del sesenta, la Doctrina Calvo predominó en América Latina, indicando que las controversias entre los Estados y actores privados debían resolverse en los sistemas nacionales de administración de justicia. Posteriormente, la habilitación a los mecanismos supranacionales de arbitraje, que da sustento a la creación del CIADI y su funcionamiento, indican que a nivel jurídico en los países de la región se había procesado un cambio relevante.

En el terreno de los enfoques económicos, la década de los noventa estuvo marcada por la intención de atraer mayores flujos de IED, mediante estímulos diferenciales que incluyeron además una adecuación normativa al interior de los países de la región. En este sentido se enmarcó la firma de los TBI que en el marco de este enfoque dominante, cumplían con el cometido de proporcionar salvaguardas jurídicas externas y extras. Externas porque habilitaron la posibilidad de la resolución de controversias relativas a inversiones en tribunales internacionales, y extras porque estas salvaguardas se establecieron además de los mecanismos usuales que existen a nivel de cada país para la resolución de diferendos entre privados y los Estados. En la jerga económica, los TBI procuraron atenuar las externalidades negativas que podían afectar a los derechos de propiedad de las inversiones extranjeras por causas tan diversas como conmociones internas, guerras civiles, decisiones administrativas arbitrarias, etc.

Esta etapa fue cerrando su ciclo en los años inmediatamente posteriores al fin de la década del noventa. En un marco cualitativamente distinto en la región, tanto a nivel macroeconómico como político, los niveles de IED fueron creciendo contando además con una red de TBI preexistente que provenía de la década del noventa.

---

<sup>24</sup> La Doctrina Calvo encarna una doctrina latinoamericana de derecho internacional que sostiene que los extranjeros deben someterse a la jurisdicción de tribunales locales. La doctrina está recogida en diversas constituciones latinoamericanas. Nace de la obra del jurista y diplomático Carlos Calvo.

## *Demandas contra países de América Latina*

En la Tabla a continuación se presentan las demandas de empresas transnacionales contra países de América Latina amparadas en Acuerdos Bilaterales de Inversiones (TBI) o en el NAFTA, en las que el tribunal arbitral falló a favor de los inversores. Los 36 fallos incluidos suman un total de 3.400 millones de dólares (no incluye intereses ni gastos asociados al litigio)

No.	Demandante	Estado Demandante	Fecha del Fallo	Tratado
1	Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company	Ecuador	10/5/2012	TBI EE.UU.-Ecuador
6	Siemens A.G.	Argentina	2/6/2007	TBI Alemania-Argentina
7	BG Group Plc.	Argentina	12/4/2007	TBI Reino Unido-Argentina
9	Azurix	Argentina	7/14/2006	TBI EE.UU.-Argentina
10	EDF International S.A., Saur International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A.	Argentina	6/11/2012	TBI Francia-Argentina; TBI Argentina - Bélgica - Lux
11	CMS Gas Transmission Company	Argentina	5/12/2005	TBI EE.UU.-Argentina
13	Vivendi Universal S.A. (formerly Companie Generale des Eaux)	Argentina	8/20/2007	TBI Francia-Argentina
14	Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company	Ecuador	8/31/2011	TBI EE.UU.-Ecuador
15	Cargill, Incorporated	México	9/19/2009	NAFTA
17	Occidental Exploration and Production Company	Ecuador	7/1/2004	TBI EE.UU.-Ecuador
20	Corn Products International Inc.	México	1/15/2008	NAFTA
21	LG&E Energy Corp.	Argentina	10/30/2006	TBI EE.UU.-Argentina
22	National Grid PLC	Argentina	11/3/2008	TBI Reino Unido-Argentina
23	Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A.	México	4/18/2013	TBI México-España
24	El Paso Energy International Company	Argentina	10/31/2011	TBI EE.UU.-Argentina

No.	Demandante	Estado Demandante	Fecha del Fallo	Tratado
26	SGS Société Générale de Surveillance S.A.	Paraguay	2/10/2012	TBI Paraguay-Suiza
27	Archer Daniels Midland Company	México	11/21/2007	NAFTA
30	Rurelec PLC	Bolivia	31/01/2014	TBI Bolivia-Reino Unido
31	Impregilo S.p.A.	Argentina	6/21/2011	TBI Argentina-Italia
34	Metalclad Corporation	México	8/30/2000	NAFTA
38	Railroad Development Corporation (RDC)	México	6/29/2012	CAFTA
48	MTD Equity Sdn. Bhd.	Guatemala	5/25/2004	TBI Malasia-Chile
50	Duke Energy	Chile	8/18/2008	TBI EE.UU.-Ecuador
51	Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.	México	5/29/2003	TBI México-España
52	Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V.	México	6/16/2010	TBI Argentina-México; TBI Francia-México
55	Marion Unglaube and Reinhard Unglaube	Costa Rica	5/16/2012	TBI Alemania-Costa Rica
59	Continental Casualty	Argentina	9/5/2008	TBI EE.UU.-Argentina
65	Feldman Karpa, Marvin Roy	México	12/16/2002	NAFTA
69	Tza Yap Shum	Perú	7/7/2011	TBI China-Perú
70	Fedax N.V.	Venezuela	3/9/1998	TBI Holanda-Venezuela
82	Casado, Victor Pey	Chile	5/8/2008	TBI España-Chile
84	Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.	Perú	5/21/2013	TBI Argentina-Perú
85	Burlington Resources Inc.	Ecuador	12/14/2012	TBI EE.UU.-Ecuador
87	SAUR International SA	Argentina	6/6/2012	TBI Argentina-Francia
91	AWG Group Ltd.	Argentina	7/30/2010	TBI Reino Unido-Argentina
92	Suez	Argentina	7/30/2010	TBI Argentina-Francia; TBI Argentina-España

Fuentes: Bases de datos de IIAPP, IISD, UNCTAD, IAREporter, e Italaw.com. Información compilada por el Observatorio del Comercio Global (Global Trade Watch) de Public Citizen.



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

# *La demanda de Philip Morris contra Uruguay y las opciones del Convenio Marco de la OMS sobre Control de Tabaco*<sup>25</sup>

*Alberto Villarreal*



Philip Morris (PMI), la empresa tabacalera más grande del mundo cuya sede administrativa está en Lausana, Suiza (aunque es originalmente una transnacional estadounidense) se ha ensañado contra el único convenio multilateral vinculante de protección de la salud en la órbita de la OMS --el Convenio Marco sobre el Control de Tabaco (CMCT)-- y las políticas nacionales de varios países, entre ellos Uruguay, aplicadas en cumplimiento de sus obligaciones bajo ese convenio. El arma preferida de las transnacionales son las normas y procedimientos de protección de las inversiones extranjeras incluidas en los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI o TBI-tratados bilaterales de inversiones) y los capítulos de inversiones de los TLC, engendros del mismo pensamiento económico neoliberal que se impuso a sangre y fuego en las últimas décadas del siglo pasado y que provocó las crisis financiera y otras que todavía repercuten por doquier en el mundo empobreciendo a muchos y enriqueciendo aún más a algunos pocos.

La tabacalera ya presentó demandas judiciales impugnando las medidas y leyes adoptadas por los gobiernos de Uruguay, Australia y Noruega para proteger a sus ciudadanos, especialmente a los menores de edad y las mujeres frente a los riesgos probados que conlleva para la salud el consumo de productos del tabaco. Aunque ya perdió sus juicios contra Australia y Noruega en los respectivos tribunales nacionales de esos países, la transnacional está empeñada en ganar el juicio que entabló contra Uruguay ante los tribunales de arbitraje internacional del CIADI administrados por el Banco Mundial, que son los preferidos por las empresas demandantes y los más frecuentemente contemplados como mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado en los tratados de libre comercio e inversiones.

PMI, cuya facturación anual equivale a casi el doble del PBI de Uruguay, lanzó su ataque contra este país en febrero de 2010, alegando incumplimiento del APPRI entre Suiza y Uruguay firmado en 1988 (y ratificado en 1991). La primera audiencia oral entre las partes y los tres árbitros (el australiano John Crawford escogido por Uruguay, que ofició como abogado acusador de Chevron contra Ecuador!; un estadounidense elegido por PMI y un italiano nominado por el Banco Mundial) que componen el tribunal del CIADI tuvo lugar en París, el 4 y 5 de febrero de 2013, tres años después de iniciada la demanda, y los árbitros aún no han determinado si ese tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre los reclamos de la multinacional. Antes de esa audiencia, los demandantes y los demandados habían presentado sendos escritos cada uno argumentando los primeros a favor y los segundos contra la jurisdicción del CIADI para dirimir esta disputa inversionista-Estado.

---

<sup>25</sup> Este artículo fue publicado en la Revista *América Latina en Movimiento* No. 485 de mayo de 2013, ALAI, Ecuador



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

Bajo la administración del hoy ex-presidente Dr. Tabaré Vázquez, médico oncólogo de profesión, el primer gobierno de izquierda del Uruguay electo en 2004 promulgó una serie de medidas pioneras para proteger la salud de sus ciudadanos y combatir el flagelo del tabaquismo, en cumplimiento de las obligaciones que contrajo al ratificar ese mismo año el CMTC de la OMS adoptado en 2003 y que entró en vigor el 27 de febrero de 2005. Uruguay fue así el primer país latinoamericano que prohibió el fumar en espacios públicos y lugares de trabajo (marzo de 2006) y la publicidad de productos del tabaco en los medios, y estableció impuestos cada vez más altos a las ventas de esos productos. Además impuso normas muy estrictas sobre la comercialización de productos del tabaco que se convirtieron en ley en marzo de 2008, entre ellas la obligación de incluir advertencias sanitarias e imágenes disuasorias que deben cubrir el 80% de la superficie de las cajillas de cigarrillos, paquetes de tabaco y publicidad en los puntos de venta, y la prohibición de vender más que un producto por marca (por ejemplo, sólo un tipo de Marlboro) para evitar así la venta engañosa de variedades 'light' y otras supuestamente menos nocivas.

Este último conjunto de normas sobre comercialización son el objeto específico de la demanda de PMI, que exige al gobierno uruguayo una indemnización de 2 mil millones de dólares (cerca del 5% del PBI del país) por daños y perjuicios, además de reclamar la anulación de las mismas.

A pesar de la falta total de transparencia en los procedimientos que caracteriza a estos 'tribunales', y la nula voluntad de PMI (y la escasa voluntad de la defensa y el gobierno uruguayo) de hacer públicas sus presentaciones ante el tribunal, se sabe que PMI está alegando que las normas antedichas aplicadas por el gobierno del Uruguay violan cuatro de sus obligaciones bajo el APPRI de Suiza y Uruguay:

1. no obstaculizar el manejo, uso, disfrute, crecimiento o venta de las inversiones mediante medidas 'injustificadas' o 'discriminatorias' (Artículo 3(1));
2. depararles 'trato justo y equitativo' a las inversiones del querellante (Artículo 3(2));
3. abstenerse de acciones expropiatorias, excepto que sean para un fin público y pagando una indemnización (Artículo 5(1)); y
4. respetar los compromisos asumidos por Uruguay con respecto a las inversiones, y más específicamente, sus compromisos frente al acuerdo de la OMC sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (en su Artículo 11).

En pocas palabras, la empresa reclama que las medidas antedichas adoptadas por el gobierno del Uruguay implican un trato discriminatorio, injusto e inequitativo y que representan una expropiación de su propiedad intelectual sin la debida indemnización.

En su defensa, y objetando la jurisdicción del tribunal del CIADI, Uruguay argumenta muy razonable y convincentemente en sus presentaciones por escrito (divulgadas solamente en inglés a solicitud de expertos extranjeros independientes, no así ni en inglés ni en castellano a solicitud de organizaciones nacionales del Uruguay) y presumiblemente en la audiencia oral (a las que casi nunca tiene acceso el público interesado), que:

- a. las medidas de salud pública están expresamente blindadas contra demandas de los inversionistas 'suizos' según los términos del APPRI de Suiza y Uruguay (Artículo 2)
- b. PMI tendría primero que haber buscado un arreglo amistoso (durante 6 meses) y luego acudido a los tribunales nacionales del Uruguay con sus demandas (durante 12 meses) en caso de no haber conseguido un arreglo amistoso, antes de recurrir al arbitraje internacional del CIADI (plazos y procesos que no cumplió).

c. Los negocios de PMI en Uruguay no califican como inversión, ya que según el Artículo 27 del CIADI, para calificar como tal una inversión debe contribuir al desarrollo del país receptor, y Uruguay argumenta en su defensa que los negocios de PMI en el país son, por el contrario, una amenaza para su desarrollo que le ha costado al gobierno US\$ 783 millones entre 2004 y 2009 en costos de salud asociados al tabaquismo, que mata a 5 mil personas al año en Uruguay, sobre un total de 500.000 fumadores, la mitad de los cuales se estima morirán de cáncer.

d. las disposiciones sobre el trato de 'nación más favorecida' contenidas en las cláusulas sobre 'trato justo y equitativo' del APPRI de Suiza y Uruguay no son aplicables a la solución de controversias. Esto refiere al punto 2 de la demanda de PMI, que reclama que en otros APPRI Uruguay no exige lo señalado aquí en el punto b. de la defensa uruguaya, y permite que los inversionistas lleven sus reclamos directamente a arbitraje en tribunales internacionales, y que en virtud de las disposiciones sobre nación más favorecida y trato justo y equitativo del APPRI entre Suiza y Uruguay, éste último tendría que brindarle esas mismas condiciones a los inversionistas suizos.

Ahora bien, visto que este no es un caso aislado sino una estrategia orquestada por la mayor tabacalera del mundo tendiente a amedrentar a los países que quieran proteger la salud de sus pueblos y cumplir con sus obligaciones internacionales frente al CMCT de la OMS, y en definitiva para debilitar ese único tratado multilateral para la protección de la salud, cabe preguntarse si ¿no sería mucho más justo y adecuado que demandas inversionista-Estado como éstas referidas a productos del tabaco amparadas en APPRI y capítulos de inversiones de TLC fueran dirimidas por un tribunal permanente de solución de diferencias en la propia órbita de ese convenio multilateral suscrito por 176 países de todo el mundo,<sup>i</sup> una vez que el inversionista hubiese agotado la vía de los tribunales nacionales del país receptor de la 'inversión'?

Es decir, si por cualquier motivo los Estados contratantes considerasen imprescindible darle al inversionista la posibilidad de elevar sus demandas más allá de los tribunales nacionales del país receptor y entablarlas en tribunales internacionales, en este caso de demandas contra políticas de control del tabaquismo, ¿no sería mucho más justo que en lugar de un tribunal ad hoc compuesto de 3 árbitros con potenciales conflictos de intereses y que solamente vela por los intereses del inversionista (porque se rige por las cláusulas de un APPRI bilateral), sin derecho a apelación ni a participación de otras partes interesadas entre muchos otros vicios, no sería más justo, decíamos, que las dirimiese un tribunal permanente en el seno del tratado multilateral vinculante referido exactamente a las políticas en cuestión?

Más allá de los méritos de la defensa de Uruguay en este caso específico y más allá de los méritos cuestionables de los APPRI como necesarios y efectivos para atraer IED, de lo que ya no cabe mucha duda es que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado mediante arbitraje internacional es un instrumento que les da poderes extraordinarios a los inversionistas y empresas transnacionales al igualarlos jurídicamente a los Estados ante la ley, siendo que unos velan solamente por sus intereses de lucro y los Estados velan (o deberían hacerlo) por el interés general, por el bien común. Así, los tribunales internacionales de arbitraje se han convertido en un arma letal contra la democracia y la soberanía, y cada vez más gobiernos entienden hoy en día que es necesario revisar, reformar o incluso desechar ese sesgadísimo sistema de solución de diferencias y los APPRI que lo promueven y sostienen.

---

*i Seguramente no sea casualidad que de esos 176 países signatarios, los únicos dos países desarrollados que no lo han ratificado hasta la fecha son Suiza y Estados Unidos. Los restantes 6 países que son signatarios pero que no ratificaron el CMCT son todos países en desarrollo productores de tabaco.*



Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:  
*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*

El CMCT no es tampoco el único tratado multilateral de interés público cuyas normas de cumplimiento nacional se han visto impugnadas por inversionistas y empresas transnacionales. Y en virtud de la vaguedad de los APPRI y los capítulos de inversiones de los TLC y los vicios estructurales y la enorme discreción con que cuentan los tribunales arbitrales para interpretarlos, no es aventurado decir que todos los tratados multilaterales de interés público, sobre medioambiente, derechos humanos y otros, está amenazados por ese sistema injusto de arbitraje internacional, toda vez que las legislaciones nacionales aplicadas en su cumplimiento pueden ser blanco de las demandas de empresas e inversionistas transnacionales igualados ante la ley con los Estados, gracias a ese sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

Por ello, entre el menú de propuestas y opciones alternativas que están estudiando algunos gobiernos y la propia UNCTAD que antes promovía ese sistema, debería considerarse la conveniencia de dotar a los tratados multilaterales de interés público con tribunales permanentes de solución de diferencias entre Estados e inversionista-Estado cuyos fallos sean vinculantes y aplicables, donde los Estados y las comunidades afectadas también puedan demandar a las empresas e inversionistas transnacionales y obtener justicia. De ese modo, podría preverse que una vez agotadas las instancias nacionales, en una etapa de transición pos-neoliberal todas las demandas de inversionistas y transnacionales, y también de los Estados y las comunidades afectadas por sus acciones, referidas a actividades o normas nacionales adoptadas en cumplimiento de obligaciones internacionales asociadas a tratados multilaterales de interés público sean dirimidas por tribunales permanentes de los tratados en cuestión.



Dossier

# Los *Tratados Bilaterales* de Inversiones:

*una amenaza a la soberanía y derechos de los pueblos*



Con el apoyo de:

