

EL ARBITRAJE DE LAS INVERSIONES Y SU INFLUENCIA EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE

THE INVESTMENT ARBITRATION AND ITS INFLUENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

✉ Por: MARÍA ISABEL AGUILAR GOEZ* y ALEJANDRO BOTERO URIBE**

Fecha de recepción: 26 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2016

Resumen

El Arbitraje de las Inversiones ha sido concebido como un instrumento que deja a un lado las necesidades de la sociedad civil¹, concebida como “el espacio donde habitan aquellas personas reunidas de manera libre al igual que la serie de relaciones formadas en el ámbito de la familia, la fe, los intereses y la ideología”²; esto se debe a que es un elemento de protección de dos agentes que tienen altos flujos de capital: los Estados y los inversionistas extranjeros. Esta situación no permite que la sociedad civil pueda tener un margen de maniobra ante las decisiones que se tomen dentro del ámbito del arbitraje, las cuales en la mayoría de los casos terminan por afectarlos. Debido a esto, muchos han puesto en duda su legitimidad, pues al ser el Estado una parte dentro del arbitraje, las decisiones que en este se tomen van a afectar a sus habitantes, por lo que no resulta coherente que estos no

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín-Colombia.
Contacto: maguila9@eafit.edu.co.

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín-Colombia.
Contacto: aboter19@eafit.edu.co.

1 Cecilia Olivet y Pia Eberhardt, “La industria del arbitraje de las inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia”, *The Transnational Institute*, [en línea], (6 de septiembre de 2013), disponible en: <https://www.tni.org/en/node/12277>, consulta: 1 de octubre de 2015.

2 Michael Walzer, *Toward a Global Civil Society*, 2.a ed., Estados Unidos, Berghman, 1998.



tengan presencia dentro de la toma de decisiones que se lleva a cabo dentro del proceso arbitral³. Un estudio que se limite únicamente a estudiar el derecho de las inversiones de manera formal, puede dar como resultado que los casos sean decididos sin tener en cuenta otro tipo de circunstancias de gran trascendencia. El presente escrito pretende plantear una serie de medidas que podrían implementarse en el ámbito del derecho de las inversiones para lograr que esta figura sea efectivamente una herramienta para el desarrollo.

Palabras claves: *inversión, extranjera, desarrollo, sostenible, arbitraje.*

Abstract

The investment arbitration has been conceived as an instrument that does not take into account the necessities of the civil society,⁴ understood as “the space for uncoerced human association and also the set of relational networks – formed for the sake of family, faith, interest and ideology – that fills this space”.⁵ This situation is caused by the fact that the investment arbitration is a system created to protect two high-income agents: States and foreign investors, excluding the rest of them, even in the cases that the decision affects them. Some people have questioned the legitimacy of these settlement of dispute mechanisms, alleging the exclusion of the civil society from a process that involves a party that should guarantee its well-being: The State⁶. In this way, a formal analysis about the foreign investment law can favour the interests of the foreign investors without taking into account other circumstances that merit to be considered. Seeking to solve this situation, this text pretends to show a series of different ways to analyse the foreign investment law, so it can be used as a way of supporting sustainable development.

Key words: *investment, foreign, development, sustainable, arbitration.*

3 Peter Muchlinsky, “Policij Issues”, en: Peter Muchlinsky, Federico Ortino y Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Estados Unidos, Oxford University, 2008, p. 5.

4 C. Olivet y P. Eberhardt, *Op. cit.*

5 M. Walzer, *Op. cit.*

6 P. Muchlinsky, *Op. cit.*, p. 5.



Introducción

Antes de que nada es preciso definir que es el arbitraje de las inversiones y su relación con el derecho internacional económico, y una vez claro esto se abordará la cuestión de por qué el arbitraje de las inversiones es importante para el desarrollo desde una perspectiva general; posteriormente se tratarán temas específicos de cómo contribuye esta institución en la corrupción y la rivalidad de los derechos de los inversionistas frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De la misma manera, se analizará cómo la regulación de las actividades de las empresas en todos sus ámbitos puede prevenir de una manera u otra el uso de este mecanismo de solución de controversias. Asimismo se expondrá cómo mediante instituciones jurídicas como la culpa contributiva o la denegación de beneficios se puede retornar el balance en la relación Estado-inversionista. Finalmente, se hará un acercamiento casuístico que dé cuenta del análisis que se hace a lo largo de todo el presente artículo.

1. El Arbitraje de las Inversiones y el Derecho Internacional Económico

El Arbitraje de las Inversiones (AI en adelante) ha sido una herramienta útil en la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión. En este orden de ideas, su utilidad se traduce en la posibilidad que tiene ese inversor extranjero de salirse de la jurisdicción de un Estado y trasladar esa competencia a un sujeto que se aprecia completamente imparcial, que será quien resuelva la controversia entre estos dos agentes. Esto se traduce en la confianza inversionista de un determinado territorio, especialmente ante la presencia de un mecanismo que evita la extralimitación de las partes.

Esta figura se ubica en el derecho de las inversiones que a su vez se encuentra comprendido en el área del Derecho Internacional Económico (DIE en adelante). El DIE ha sido concebido como el derecho de la globalización⁷, debido a que es el ámbito del derecho que regula los flujos de capitales en el mundo, comprendiendo el derecho internacional de los negocios, el derecho internacional financiero y el derecho internacional de las inversiones.

La división internacional del trabajo es una manifestación del DIE, el cual corresponde al modelo de Estado neoliberal. Este modelo encuentra sus orígenes en las corrientes de renovación del liberalismo desde antes de la Segunda Guerra Mundial. En la obra de

7 Charles Albert Michalet, "Globalisation, attractivité et politique industrielle", *Groupement d'Intérêt Scientifique Pour l'Étude de la Mondialisation et du Développement*, [en línea], 1993, disponible en: http://www.gemdev.org/publications/cahiers/pdf/20/Cah_20_Michalet.pdf, consulta: 1 de octubre de 2015.



Walter Lippmann, “*An inquiry of the principles in a good society*”⁸ se hace un balance sobre el liberalismo y se establecen dos fenómenos que estaban marcando las tendencias económicas de la época: por un lado, los Estados socialistas que en respuesta a los efectos de la implementación del liberalismo estaban organizando la socialización de los medios de producción por medio de una economía dirigida; y por otro lado, los Estados occidentales quienes en reacción a la crisis de la posguerra estaban adoptando medidas proteccionistas. Gracias a la conjugación de estos dos fenómenos, se comenzó a pensar que no era conveniente que el mercado funcionara por sí mismo. Debido a esto, aparece la idea de que el derecho era indispensable para la instauración de mecanismos de mercado, pues el Estado debía ser quien diera las directrices para su funcionamiento.

Esto se puede apreciar en una ponencia que dictó el filósofo francés Louis Rougier en París en 1938, quien introduciendo a Lippmann dice las siguientes palabras⁹:

“ser liberal no es dejar los carros circular en todos los sentidos a su antojo, como lo plantea la Escuela de Manchester (*laissez-faire*), pues generaría congestión y accidentes incesantes, tampoco se trata de fijar a cada carro unas horas de salida, ni un itinerario (como sería el caso de una economía planificada), se trata de imponer un código de ruta”.

El neoliberalismo es la forma de intervención estatal en el mercado, pero de carácter jurídico y formal. Para Michel Foucault,¹⁰ el Estado es un prestatario de reglas para el juego económico. Esto nos lleva a asignarle una tarea específica que para el caso será definida bajo una concepción neoliberal.

El ámbito de la globalización y de las inversiones extranjeras es un espacio de extensión del Estado neoliberal, es por esto que sus características se verán definidas por este. Actualmente se aprecian los siguientes trazos característicos en relación con este fenómeno¹¹:

- La existencia de más de 300 Tratados de Libre Comercio (TLC en adelante) alrededor del mundo y de más de 3000 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI en adelante) que regulan las reglas relativas a este tipo de operaciones, permite apreciar que hay un nivel de intensidad normativa mayor.

8 Walter Lippman, “An enquiry into the principles of the good society”, *Columbia Law Review*, Estados Unidos, vol. 38, 1938, p. 5.

9 Louis Rougier, (s.i.), en Louis Rougier (Presidencia), *Walter Lippman Colloque* Simposio llevado a cabo en París, Francia, 1938.

10 Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, congreso llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil, 1973.

11 Yves Nouvel, *Derecho Internacional Económico*, En Universidad París II: Panthéon-Assa, curso llevado a cabo en París, Francia, 2013.



- La amplia aceptación y adhesión a instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI en adelante) con más de 190 Estados miembros, la Organización Mundial del Comercio (OMC en adelante) con 155 y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIRDI en adelante) con 100 Estados miembros, muestra un aumento de la institucionalización del DIE.
- Con el surgimiento del Acuerdo de Marrakech de 1994 hubo un cambio cualitativo en cuanto a la forma como se concebía la cooperación internacional frente a la globalización, pues de un ámbito de concesiones recíprocas se pasó a una serie de obligaciones que prohíben a los Estados obstaculizar el funcionamiento del mercado.

Las organizaciones internacionales han jugado un rol importante en la promoción del modelo neoliberal. Una manifestación de esto, son los informes *Doing bussiness* del Banco Mundial, donde se examina si las instituciones jurídicas de un Estado son propicias o no para el desarrollo del mercado, de esta forma, éste se clasifica en función de la calidad sus instituciones.

Existen también manifestaciones de imposición por parte de las organizaciones internacionales cuando el Estado se encuentra en riesgo de incumplir con sus obligaciones de deuda. En esta situación, los establecimientos de crédito privado dejan de prestarle dinero, de forma que cuando el Estado acude el FMI para acceder a sus recursos debe presentar una letra de intención explicando cómo va a reformar su economía para devolver su compra de divisas internacionales con su moneda extranjera. Ante esto, el FMI puede acordar la ayuda a cambio de que se introduzcan las mencionadas reformas.

A nivel estatal, la globalización se ha visto favorecida en dos sentidos, el reconocimiento del rol del individuo y la consagración de la función del juez¹².

El reconocimiento del rol del particular se aprecia considerablemente en el dominio del derecho de las inversiones donde los Estado le confieren derechos a los inversionistas extranjeros. Desde un punto de vista teórico, es necesario poner de relieve las teorías de Hayek según las cuales existe un orden espontáneo donde las prácticas son creadas por los mismos agentes. En este orden de ideas, el trabajo del derecho es otorgar reglas que permitan el funcionamiento eficaz de las prácticas espontáneas de los agentes, en este sentido el Estado no determina la finalidad, pues esto lo hacen los particulares¹³.

12 *Ibíd.*

13 Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Reino Unido, Routledge, 1983.



En cuanto a la función del juez, se puede apreciar que el uso de procesos contenciosos se ha desarrollado ampliamente. Esta acción normativa va en el sentido del programa doctrinal neoliberal, en donde Hayek argumenta que es el juez es quien debe crear la regla; hoy nos referimos al árbitro. En este mismo orden de ideas Emmanuel Gaillard, afirma que el árbitro debe tener el poder de establecer soluciones sobre la base de un derecho aplicable que él mismo pueda elaborar como los principios generales del derecho¹⁴, de esta forma se define un árbitro autónomo.

2. El Arbitraje de las Inversiones como un instrumento para el desarrollo

Una inversión es una operación mediante la cual un capital se destina a alguna finalidad con fines de lucro en el extranjero por una larga duración. Esta se caracteriza por:

- Ser un aporte, una contribución o un bien en el territorio de otro Estado.
- Tener una duración que exige que la operación no tenga un carácter instantáneo.
- Ser un riesgo donde la remuneración es incierta.

Cuando existe una diferencia entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero, sustentada en una norma que proteja la inversión, estos últimos pueden resolver su controversia ante la jurisdicción interna del Estado anfitrión, de un Estado tercero, o una jurisdicción internacional. Esta última opción ha sido la más utilizada en el ámbito internacional a través del AI.

Actualmente la vía principal de solución de controversias es de carácter amigable; esta se manifiesta en establecer, ya sea por un TLC o un TBI, una cláusula que obligue a las partes a desplegar sus esfuerzos en la búsqueda de superar sus diferencias por vía de un acuerdo. Desde el punto de vista técnico, las cláusulas pueden estar abarcadas de forma que aseguren la consolidación de la solución del conflicto.

Cuando los tribunales se enfrentan a una solución de conflictos de carácter amigable ejercen un control formal sobre el conflicto, es decir, el análisis que se hace es que los intereses de las partes se ajusten a las normas que regulan la relación (TLC, TBI, convención internacional, ordenamiento jurídico interno, etc.) y con base en estas normas se toma una decisión.

14 Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, (s.l.), Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2008.



El carácter formal del análisis por parte del árbitro, ha sido blanco de controversias pues al ser un mecanismo que enfrenta dos partes con intereses económicos y altos flujos de capital, deja por fuera los intereses de personas con escasos recursos. En otras palabras, el AI, se ha concebido como una herramienta que protege los intereses de las personas con capacidad económica y deja de lado las necesidades sociales, incluyendo dentro de esto la sostenibilidad de los Estados, donde no queda claro cómo se puede tomar una decisión que afecta a millones de personas sin que estas tengan algún margen de maniobra dentro de la toma de tal decisión.

Tal fenómeno se evidencia en la estadística planteada en el Informe Mundial sobre las Inversiones de 2015(WIR 2015 en adelante), que en términos generales muestra que para finales de 2014 el 60% de los casos fueron decididos en favor del inversionista y 40% del Estado. Debido a esta situación, han aparecido diversas propuestas que pretenden usar la inversión extranjera como una herramienta para el desarrollo.

2.1 Una reforma a la gobernanza de la inversión

En el WIR 2015 citado anteriormente, se apunta a una reforma de la gobernanza de la inversión, teniendo en cuenta la cantidad de acuerdos, actores regionales y bilaterales existentes, y los problemas de legitimidad que se han presentado con el arbitraje como uno de los mecanismos de resolución de conflictos. El análisis con respecto a la gobernanza global, se refiere específicamente a 3 tendencias: renovar, reformar y hacerlo de manera gradual.

El presente escrito no pretende asumir una perspectiva reformista radical, sino una gradual acompañada de una mejor utilización de la institución del arbitraje, por medio de: (i) etapas precontractuales acertadas, (ii) inclusión de cláusulas que permitan salvaguardar el derecho a regular en los Estados asuntos de interés general y (iii) una ampliación del espectro de la inversión extranjera en sectores que específicamente promuevan el crecimiento económico y el progreso en el capital humano de manera simultánea. A continuación se explican cada una de ellas:

2.2 Etapas precontractuales acertadas

Previo a la formalización de TBI, es esencial tener una etapa de acercamiento de las partes en donde diversos riesgos puedan ser previstos con el objetivo de evitar múltiples complejidades a lo largo de su relación contractual. Por otro lado, las partes no deben olvidar que si bien los intereses económicos son importantes, los efectos sociales y culturales de una inversión no se pueden ignorar, por lo que habrá ocasiones en donde necesariamente el interés general deberá prevalecer.



Últimamente, ha predominado el pre-establecimiento de acuerdos internacionales de inversión, como una etapa precontractual donde se exponen las ventajas y desventajas de llegar a un futuro acuerdo con un país en específico, en tanto se da cuenta de cuáles sectores están abiertos a una liberalización y cuáles sectores definitivamente no lo están. Los países deben ser claros entonces con aquellos sectores que están reservados, como, por ejemplo, una industria en particular o políticas públicas orientadas hacia subsidios, privatizaciones o simplemente reservas en algún nivel gubernamental como las provincias, municipios etc. Esto no obsta para que los Estados no puedan reconsiderar aquellos sectores que en ámbito de la IED han sido históricamente excluidos; este asunto se ampliará posteriormente.

De esta manera, que el Estado anfitrión haga preacuerdos lo hará más atractivo para los inversionistas y para el Estado de donde proviene la inversión (*home estate*). Estos preacuerdos son una ayuda para apreciar de manera transparente y clara el marco legal o regulatorio. Para esto, es esencial tener un régimen completo de regulación de la inversión, así como una institucionalidad fuerte para así dar una mirada detallada de las regulaciones internas del país anfitrión y considerar en cuáles aspectos pueden entrar a regularse en un futuro¹⁵.

2.3 Salvaguardar el derecho a regular

Existen varios tratados que contienen cláusulas que salvaguardan el derecho a regular. De los 18 TBI consolidados en 2014, hay 14 que contienen cláusulas que establecen expresamente que las partes no pueden dejar de lado asuntos relacionados con la salud, la seguridad o el cuidado del medio ambiente¹⁶. Esta claridad en las cláusulas es buena para las partes, ya que al momento de contratar permite que estas conozcan las implicaciones del contrato y se expongan menos a recurrir a la resolución de una controversia ante un centro arbitral. Asimismo, es importante que el Estado conozca que el acuerdo lo vincula jurídicamente y que si alguna de las cláusulas constituye un actuación como incumplimiento esencial del contrato, las consecuencias pueden ser fatales. Para esto, es necesario que los países receptores o sede de la inversión tengan regulaciones apropiadas para maximizar impactos positivos en el desarrollo, protegiendo el interés general en los sectores política y socialmente vulnerables¹⁷.

15 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *World Investment Report 2015*, Suiza, Naciones Unidas, 2015.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*



2.4 Ampliación del espectro de la inversión extranjera

Tradicionalmente, hay algunos sectores de la economía que se encuentran tácitamente excluidos del espectro de la inversión extranjera, como son la salud, la seguridad social, la educación, el medio ambiente etc. Dichos sectores, que están directamente relacionados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, han sido acaparados de manera histórica dentro de los servicios que presta el Estado. Una opción sería dirigir algunos de estos sectores de la economía a inversionistas extranjeros con la condición de que ellos no dejen de tener presente los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la importancia de orientar cualquier acción hacia estos. En estos casos, el Estado anfitrión, el inversionista y el Estado del que éste proviene, deben examinar e implementar de manera conjunta la inversión en razón de la relevancia social, cultural y ambiental que esto podría llegar a tener.

Si dicha propuesta se realiza de manera diligente, teniendo en cuenta el fin de lucro del inversionista y la promoción del capital humano, se generaría una amplia gama de beneficios tanto económicos como no económicos, incluyendo una mejora en la salud, una mayor expectativa de vida, y la posibilidad de mayor participación en la comunidad¹⁸.

3. El AI como una herramienta para luchar contra la corrupción¹⁹

A nivel mundial se han visto diversas iniciativas para luchar contra la corrupción en el ámbito de las inversiones. Organismos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante), el Centro Nacional de Solución de Controversias de la UNASUR y el Observatorio Internacional de Multinacionales de Ecuador han logrado combatir este fenómeno a través de la excepción de corrupción. Esta última constituye una herramienta que impide que una controversia sea tratada por un tribunal cuando se logra apreciar la presencia de una situación de corrupción por parte del inversionista extranjero.

Dicha figura se puede apreciar en un caso de la Cámara de Comercio Internacional en 1963, donde un árbitro sueco se declaró incompetente frente a una controversia con Argentina. En esta ocasión, el árbitro afirmó que se violaban las buenas costumbres contractuales por lo que las acciones no serían válidas, de manera que el árbitro hizo que cada parte pagara sus costas, y como castigo, no prestó la asistencia del tribunal arbitral.

18 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Human Capital: How What You Know Shapes your Life?*, Francia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

19 Katia Fach, "El arbitraje internacional de las inversiones como acicate en la lucha contra la corrupción", en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



Algunas críticas se han alzado alrededor de la excepción de corrupción: en primer lugar, se cuestiona que sean los mismos agentes de la corrupción quienes la exceptúan, por lo que se cuestiona la legitimidad del resultado, debido a que una de las partes, a pesar de haber sido corrupta se vea beneficiada por la excepción. Ante esta crítica, es importante tener en cuenta que la concepción del Estado no puede ser abarcada de la misma manera que la de un particular (sea una persona o una empresa), por lo que la corrupción por parte del Estado debe tomarse como un acto de un sujeto específico con intereses particulares.

Otro problema que se ha visto de manera repetitiva frente a esta figura es el alto estándar probatorio que se exige al momento de probar la corrupción, situación que ha llevado a que se desestime la pretensión por falta de pruebas (como sucedió en el caso BBVA contra Rumania). Por último, quizás la crítica más fuerte es que no ayuda a erradicar el fenómeno en su totalidad.

Con el fin de hacer que los árbitros busquen la corrupción y obligar a incluir soluciones nacionales anticorrupción, se han planteado las siguientes soluciones:

1. La implementación de normas procesales de amplio margen de maniobra en la fase probatoria para el árbitro.
2. La designación de un perito que ayude a determinar la presencia de corrupción.
3. La prolongación de la fase probatoria para hacer posible probar la corrupción, esto debido al carácter expedito que caracteriza los juicios arbitrales.
4. La admisión de inferencias en el análisis probatorio.
5. La adopción de decisiones tales como la admisión de procesos anticorrupción, la solicitud de una investigación a nivel estatal.
6. La implementación del recurso de nulidad.
7. La inclusión en los tratados de cláusulas anticorrupción.

En relación con este último punto, resulta importante que se impulse a nivel interestatal proyectos como el planteado por el Instituto Nacional para el desarrollo Sostenible de Canadá (Fach, 2009). Se trata del Modelo de Acuerdo Internacional para el Desarrollo Sostenible, que parte del enfoque de que el desarrollo debe venir acompañado de un margen de sostenibilidad. Adicionalmente, en el ámbito de la relación entre el Estado con los inversionistas, parte del deber de ambas partes de no permitir que los Estados transijan sobre intereses importantes al momento de lograr un acuerdo de inversión o de libre comercio, esto implica que las medidas que se tomen no tengan serias repercusiones



a nivel ambiental o de derechos humanos. En cuanto a los inversionistas, el hecho de que el artículo 15 obligue a que estos hagan públicos los pagos realizados a las autoridades estatales, es una herramienta que garantiza un cierto margen de transparencia que puede llegar a servir como una herramienta anticorrupción.

4. La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos²⁰

Las inversiones extranjeras han desarrollado su actividad sin tener presente los derechos humanos, pues normalmente se asume que éstos son un asunto únicamente relegado a los Estados, donde cada particular obedece las normas nacionales.

En este punto, se propone incluir la obligatoriedad de las normas de derechos humanos para las empresas. Esto se lograría por medio de la creación de un ordenamiento jurídico que lleve a que las actividades empresariales no afecten los derechos humanos; se trata de reforzar las instituciones ya existentes y dirigir las de manera específica a la actividad empresarial.

Esto se podría lograr a través de la creación de obligaciones para las empresas por medio de tratados internacionales, haciendo algo parecido a lo que sucede con el derecho internacional humanitario el cual establece obligaciones para todas las partes que se involucran en el conflicto. En este caso, las obligaciones se extenderían para todas las partes que hacen parte de la inversión, asunto que se ha planteado en el Informe Empresarial de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en 2005 donde se incluyen sanciones y controles por parte del Estado en relación con la inversión extranjera.

Dentro de estas obligaciones es importante incluir la abstinencia y la obligación de imponer acciones donde se incluya la debida diligencia empresarial, de manera que se miren consecuencias negativas de la actividad empresarial para evitarlas. De igual forma, es importante que en caso de daño se incluya una obligación de reparar, no solo de indemnizar.

El respeto de derechos humanos no solo podría ser beneficioso para los habitantes de un país sino también para las mismas empresas pues este tipo de actividades a favor de los derechos humanos pueden tener una incidencia positiva para el desarrollo de esta frente a su valoración en la bolsa, su “good will”, la productividad de sus trabajadores y la seguridad en regiones con problemas de orden público.

Si bien actualmente existen algunas herramientas para proteger los derechos humanos ante su vulneración por parte de un inversionista extranjero, estas en su mayoría tienen una

20 Manuel José García y Antonio Varón, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: los Principios Ruggie y su aplicación en Colombia”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



connotación peyorativa, pues apuntan a la obligatoriedad y la vinculatoriedad. Proyectos como el Pacto Global, por su parte, que utiliza la gestión como medio principal para generar cambios económicos, sociales, culturales y ambientales, se expresa necesariamente en la creación de unos principios o reglas de juego que tienen un carácter de *soft law* y que marcan unas pautas bastante útiles y constituyen un comienzo para vincular a las empresas. Sin embargo, desde un sentido estrictamente jurídico, las propuestas expresadas anteriormente dan más seguridad de que las grandes empresas respeten realmente los derechos humanos, en tanto existe un organismo que las haga cumplir o un sistema de sanciones que confirme su cumplimiento. Es muy importante aclarar que la idea no es cambiar el Pacto Global, ya que los objetivos y el método utilizado por este proyecto no traen consigo la creación de este tipo de mecanismos jurídicamente vinculantes.

En el mismo sentido, es bastante positivo tener consolidado un movimiento que ha tenido una gran acogida a nivel mundial y frente al cual se tiene una alta expectativa de que se constituya como una herramienta de monitoreo de las acciones de las empresas, acompañado de una ejecución permanente de los principios que consagra y la cooperación gobierno-sociedad civil para que no sea necesario acudir al castigo.

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE en adelante) es tal vez la institución más importante utilizada por el Pacto Global, que tiene varias áreas de diseño y ejecución de políticas de estado, proyección a la comunidad, proyección a la familia y cumplimiento del régimen legal.

Existe una discusión en torno a su utilidad porque se tiene la percepción de que si no es con enunciados jurídicos vinculantes, difícilmente se lograría generar un cambio. Frente a esto, es necesario diferenciar el contenido de cada norma, decir, lo que regula en sí misma. Es claro que para asuntos que involucren una afectación seria a los derechos humanos o los recursos ambientales, deberían existir normas jurídicamente vinculantes en el sentido clásico de proposición deber ser- consecuencia, que es lo que las hace procesalmente exigibles. Por esta razón, es necesario hacer esa distinción en el contenido de las normas para poder saber si se acomodan más en un tipo o en otro. Cabe aclarar que en este tipo de responsabilidad si se refiere a normas sobre los derechos humanos pero no con una estructura sancionatoria, a parte del lenguaje de estas directrices es de puras recomendaciones. Así las cosas el problema no reside en las normas, la incapacidad sancionatoria del derecho internacional frente a las compañías es porque estas no tienen el carácter de sujetos de derecho internacional, pero esta es otra discusión.

De esta manera es sensato considerar la RSE como una herramienta que puede trabajar de manera paralela con las inversiones para conseguir el desarrollo sostenible, y que bien



ejecutada podría evitar en muchas ocasiones la necesidad de recurrir al AI. Esta premisa nace de un análisis indirecto. Lo que significa esto es que no se pretende caer en una imprecisión teórica en tanto se percibe como un efecto colateral. En otras palabras, si se da la situación fáctica de estos enunciados jurídicos con carácter de *soft law* tal y como son los enunciados de la RSE, éstos sean respetados por las empresas. Esto evitará los efectos prácticos de que un Estado imponga medidas que limiten la actividad de la empresa, en virtud del derecho a regular que tiene él mismo y que esto lleve al incumplimiento del acuerdo TBI, lo cual muy posiblemente finalizaría en un arbitramento.

5. El principio de culpa contributiva y mitigación del daño

Este postulado atiende a que una parte no puede recuperar daños por pérdidas que ella misma pudo haber evitado, dentro del marco de la diligencia media debida. Así las cosas, cuando el resistente puede probar que el pretensionante contribuyó a las pérdidas de las que pide compensación, estas se pueden ver reducidas por la actuación del pretensionante de no mitigar los daños. Tal principio se encuentra en plasmado en diversas fuentes, sin embargo, la definición más clara es la establecida en el artículo 39 del borrador de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Dañinos.

El caso Occidental Vs Ecuador es mundialmente conocido, y en el cual se evidencia la culpa contributiva del inversionista. Aquí el tribunal encontró que la compañía fue expropiada ilegalmente en tanto se les declaró la caducidad de la concesión pero también se logró probar que el pretensionante había contribuido a esa acción en tanto no tenía el consentimiento de Ecuador para transferir algunos derechos. Solo por esa conducta, según lo dispuesto en la ley ecuatoriana, la sanción era la terminación del contrato. Sin embargo según el TBI la expropiación era una medida abiertamente desproporcionada.²¹ Al final, el tribunal decidió reducir en un 25 % los daños causados al inversionista porque el mismo había contribuido o indirectamente provocado la acción del país anfitrión. Una de los árbitros, Brigitte Stern, comenta que la reducción final hecha por el tribunal no es justa en razón de los actos desplegados por el inversionista, una reducción del 50% hubiese sido más apropiada.

Este principio no ha sido muy utilizado en los tribunales arbitrales de inversión, muchas veces porque el tribunal niega su competencia en razón a la violación tan flagrante de las leyes locales. A pesar de esto, la utilidad práctica que resultaría de la debida aplicación

21 Judith Gill y Rishab Gupta, *The principle of Contributory Fault after Yukos*, *Dispute Resolution International*, Reino Unido, vol. 9, 2015, pp. 91 – 184.



de este principio es evidente, en tanto las conductas del inversionista que han sido determinantes en las expropiaciones, tendrán consecuencias peligrosas y la tasación de perjuicios será más justa en la medida en que atiende a los actos negligentes realizados por la parte que reclama los supuestos perjuicios.

Siendo así, se pueden prevenir muchas injusticias, que en vez de ayudar en el proceso de crecimiento del país en desarrollo, podrían retrocederlo. Además este tipo de casos dan cuenta de que los intereses del Estado también son relevantes, que existen garantías para protegerlos, y que no necesariamente este sistema es creado solo para velar por los intereses de los inversionistas.

6. El problema de los derechos de los inversionistas frente a los Derechos Económicos y Sociales²²

Si bien las inversiones extranjeras se conciben como un vía para el desarrollo, se ha criticado el desbalance entre la protección de los derechos culturales y los derechos de los inversionistas. Frente a esto, es importante que se promueva el respeto por los derechos culturales, los cuales deberían ser tenidos en cuenta por los árbitros, al punto que se busque un balance entre los derechos económicos y sociales, y los derechos de los inversionistas. Esto podría ser útil para evitar que las decisiones desconozcan los derechos de las comunidades sobre las cuales incide la inversión.

Algo que podría contribuir a la consolidación de dicho equilibrio, es promover la inversión extranjera en asuntos que tengan relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pues el sector privado puede hacer grandes contribuciones en el sector salud, educación, cambio climático y migración.

Los servicios públicos esenciales, si bien están a cargo del Estado, en algunas ocasiones pueden llegar a ser prestados por particulares por el principio de colaboración que propende por alcanzar los fines propios del Estado Social de Derecho. De esta manera, los inversionistas también podrían llegar contribuir en esta causa, ya que si bien lo que se busca es el crecimiento económico, también hay que buscar el desarrollo del capital humano como en los aspectos de salud, educación y medio ambiente. Es importante tener en cuenta que las políticas de promoción y liberalización en sí mismas no garantizan un

22 Sara Patricia Guzmán y Carlos Andrés Peláez, "El arbitraje internacional de inversiones y sus cuestionamientos frente al art. 11 del Pidesc: fraccionamiento y humanización del derecho económico internacional", en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



impacto positivo en el desarrollo por la inversión²³; estas deben ir acompañadas de un trabajo sincronizado de los diferentes actores involucrados.

A manera de ejemplo, si se invierte en el sector salud o en educación, la finalidad en pocas palabras del inversionista sería el lucro, pero si lo hace bajo los requisitos en los que se debe prestar un servicio público esencial, contribuiría al cumplimiento de los objetivos planteados por la Agenda Post 2015. De esta manera, los derechos de los inversionistas y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales podrían entrar en la misma sintonía.

7. La denegación de beneficios para exigir obligaciones a los inversionistas²⁴

En el derecho internacional de las inversiones, los Estados se comprometen a un determinado tratamiento con los inversionistas. Actualmente, hay Estados, que tomando medidas de protección de la población (por ejemplo disminuir el consumo de tabaco), afectan intereses de los inversionistas, y son demandados por éstos ante tribunales de arbitraje, los cuales en muchas ocasiones fallan en contra del Estado. Frente a esto, surge el cuestionamiento de si este tratamiento al que tienen derecho los inversionistas es absoluto, por ejemplo ¿qué tratamiento darle a los inversionistas extranjeros que violentan derechos humanos? De este tipo de situaciones ha surgido una crítica y es que los árbitros de las inversiones muchas veces saben más de derecho comercial internacional que de derecho internacional de las inversiones.

En el derecho internacional de las inversiones, existe una figura llamada la denegación de beneficios, la cual evita que los inversionistas puedan beneficiarse del tratamiento indiferenciado o de tratados de carácter bilateral, incluyendo cláusulas compromisorias, cuando se demuestra una conducta de *treaty shopping*. Esta figura hace referencia al desplazamiento de la empresa de un determinado país a otro para verse beneficiada de los acuerdos comerciales de este país con otros Estados.

La denegación de beneficios es una herramienta útil del derecho de las inversiones que podría servir para obstaculizar abusos por parte de los inversionistas extranjeros en otras situaciones. Ésta podría ser extendida para cuatro casos: la afectación de derechos humanos, el daño ambiental grave, las violaciones sistemáticas a los derechos laborales y

23 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Op. cit.*

24 Daniel Felipe Cristobal García, “La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



el fraude fiscal. Frente a estas situaciones, aparece una crítica, consistente en la dificultad de probar estos hechos, lo cual se puede superar por medio de investigaciones administrativas.

En la historia se han visto casos en que se utiliza esta figura para los fines propuestos, por ejemplo, en el caso Guaracachi contra Bolivia el tribunal determinó que el Estado es libre de denegar todos los beneficios en caso de abuso del inversionista incluyendo dentro de esto el tratamiento indeterminado, la libertad de transferencias y las cláusulas compromisorias.

En términos jurídicos, la entrada del inversionista al Estado no es más que una oferta abierta que se somete a condición; por solo haber una expectativa, se hace posible denegar beneficios. La carga de la prueba en este caso estaría en cabeza del Estado, y la oportunidad para probar el abuso sería con el traslado de la demanda. No obstante, se critica que esto se podría prestar para abusos por parte del Estado. Por esta razón, se exige que la violación tenga cierta entidad (es decir que sea grave, sistemática, etc.) para introducir un elemento de proporcionalidad.

8. Un acercamiento innovador a la inversión extranjera: El caso de Brasil²⁵

A lo largo del presente texto se han expuesto una gama de posibilidades para hacer el Derecho Internacional de las Inversiones un instrumento que pueda contribuir al desarrollo. El caso de Brasil se desenmarca de la promoción de la inversión extranjera través de la protección al inversionista extranjero y propone un marco que permite prevenir la resolución de disputas y se centra en la cooperación y la facilitación de las inversiones.

Esto se concreta en una serie de tratados llamados Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI en adelante) que se orientan a prevenir la resolución de disputas a través de mecanismos jurisdiccionales o arbitrales, centrándose en la resolución amigable de conflictos. Estos acuerdos han sido ya firmados por países como Angola, Malaui, México y Mozambique.

Un elemento diferencial de estos acuerdos es la presencia de un comité conjunto activo con responsabilidades y competencias amplias. Este comité es quien debe hacer efectivo el acuerdo de inversión, de manera que se encarga de implementar y monitorear los acuerdos del tratado, y de coordinar la cooperación interestatal. Igualmente, sirve como organismo

25 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Dietrich Brauch, "Brazil's innovative approach to international investment law", *International Institute for Sustainable Development*, [en línea], 2015, disponible en: <http://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>, consulta: 1 de octubre de 2015.



de solución de controversias por vía amigable frente a aquellas diferencias generadas por fuera de la actividad de inversión. El caso de Angola permite igualmente el involucramiento de organizaciones no gubernamentales, lo que posibilita que los inversionistas tengan una visión más cercana de las preocupaciones y necesidades de las comunidades en donde la inversión tiene incidencia.

Por otro lado, este tipo de acuerdos dejan de hacer énfasis en la protección al inversionista extranjero y se enfocan en la cooperación y la facilitación de la inversión. Esto no quiere decir que estos acuerdos no contengan cláusulas de protección al inversionista tales como la prohibición de expropiación sin debida remuneración; no obstante, se hace un acercamiento más enfático a la cooperación interestatal, orientándola a facilitar las inversiones bilaterales, en muchos casos enfocándose en sectores económicos concretos donde se encuentra el punto de interés en materia de inversión. Esta facilitación de las inversiones no consiste en estandarizar requisitos y procedimientos legales, sino que se enfoca buscar que la aplicación de las normas de cada Estado optimice la actividad de la inversión extranjera.

En relación con la optimización del desarrollo que conlleva la inversión extranjera, los ACFI hacen énfasis en fomentar conductas responsables por parte de los inversionistas. Este tipo de acuerdos se valen de principios que protegen e incentivan las acciones por parte del inversionista extranjero para impulsar el desarrollo sostenible de la región donde se realiza la inversión. De esta forma, estos principios y estándares se refieren a temas de carácter ambiental, protección de derechos humanos, capacitación de las comunidades, entre otros problemas que se pretendan resolver a través de la inversión extranjera.

Cómo un organismo para evitar que las diferencias ocasionadas en el ámbito de la inversión sean resueltas por mecanismos jurisdiccionales, los ACFI establecen la creación de unos centros de coordinación o agentes quienes brindan apoyo a los inversionistas y contribuyen a evitar las disputas con el Estado. De esta forma, cada Estado se compromete a nombrar un agente autónomo encargado de asistir a los inversionistas extranjeros.

Estos sujetos tienen dos tipos de funciones. En primer lugar asumen un carácter asistencial similar al de las agencias promotoras de inversión, realizando un acompañamiento al inversionista extranjero en la actividad previa a la inversión. Por otro lado, se encargan de investigar quejas hechas por los inversionistas e intentar solucionar conflictos derivados de la inversión extranjera.

Esta figura resulta útil para evitar que las controversias lleguen a mecanismos arbitrales o jurisdiccionales de solución de conflictos. Al establecer estos centros de coordinación,



los ACFI le brindan un carácter de última ratio a los mecanismos de resolución de disputas de carácter arbitral o jurisdiccional, de esta forma, los centros de coordinación deben intentar que las controversias sean resueltas a través de su intermediación, la cual debe ser agotada antes de ir más allá en la solución de la controversia.

Igualmente, se hace un énfasis especial en la relación interestatal para resolver las disputas entre el Estado y el inversionista extranjero. Los Estados de donde provienen los inversionistas resuelven las controversias en nombre de estos; quienes pueden actuar dentro de la solución de la controversia, al igual que lo pueden hacer organizaciones civiles y agencias gubernamentales, sin embargo las partes del litigio son de carácter estatal.

Conclusiones

Desde una perspectiva general, cabe aclarar que el desenvolvimiento de las controversias depende de la situación de cada Estado en particular, donde cada uno debe estudiar y analizar todos los aspectos relacionados con la inversión extranjera y las condiciones específicas de cada territorio con el fin de que se proponga una serie de cambios o reformas adecuadas para cada país²⁶.

Es necesario que de manera multilateral se cambien 5 aspectos de los acuerdos internacionales de inversión para poder llegar a los ODS; estos son (i) la salvaguarda del derecho a regular, (ii) la reforma de los mecanismos de resolución de conflictos de inversiones, (iii) la promoción y la facilitación de la inversión, (iv) el aseguramiento de una inversión responsable y (v) la mejora de la coherencia sistemática del régimen internacional de inversiones²⁷.

El desarrollo de América Latina en los últimos tiempos, ha venido acompañado de una serie de desafíos, entre ellos una mayor presencia de inversionistas extranjeros, y por consiguiente una mayor necesidad del fortalecimiento institucional para lograr que el desarrollo venga acompañado de un aumento en el bienestar general de las personas.

Figuras como la denegación de beneficios, la excepción de corrupción y la aplicación del principio de culpa contributiva son herramientas que necesitan más activismo (tanto en el ámbito interno de los Estados como en el contexto internacional) para lograr que las inversiones se constituyan como un factor efectivo de desarrollo.

26 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Op. cit.*

27 *Ibíd.*



Por su parte, es necesario que los Estados incluyan medidas de compensación de daños o de mejoramiento de las condiciones sociales de las comunidades en los sectores donde se realiza la inversión, de forma que se asegure que la presencia de esta tenga un margen de redistribución e ingresos directo y favorezca a quienes pueden llegar a verse intervenidos por los efectos de la inversión.

Bibliografía

Armitage, Jim, “Big Tobacco put countries on trial as concerns over TTIP deals mount”, The Independent, (21 de octubre de 2014), [en línea], disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/business/analysis-and-features/big-tobacco-puts-countries-on-trial-as-concerns-over-ttip-deals-mount-9807478.html>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie y Martin Dietrich Brauch, “Brazil’s innovative approach to international investment law”, International Institute for Sustainable Development, [en línea], 2015, disponible en: <http://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, World Investment Report 2015, Suiza, Naciones Unidas, 2015.

Fach, Katia, “El arbitraje internacional de las inversiones como acicate en la lucha contra la corrupción”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.

Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, congreso llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil, 1973.

Gaillard, Emmanuel, Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international, (s.l.), Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2008.

García, Daniel Felipe Cristobal, “La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.

García, Manuel José y Antonio Varón, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: los Principios Ruggie y su aplicación en Colombia”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.



Gill, Judith y Rishab Gupta, *The principle of Contributory Fault after Yukos*, *Dispute Resolution International*, Reino Unido, vol. 9, 2015.

Guzmán, Sara Patricia y Carlos Andrés Peláez, “El arbitraje internacional de inversiones y sus cuestionamientos frente al art. 11 del Pidesc: fraccionamiento y humanización del derecho económico internacional”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.

Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*, Reino Unido, Routledge, 1983.

Lippman, Walter, “An enquiry into the principles of the good society”, *Columbia Law Review*, Estados Unidos, vol. 38, 1938.

Michalet, Charles Albert Charles Albert Michalet, “Globalisation, attractivité et politique industrielle”, *Groupement d’Intérêt Scientifique Pour l’Étude de la Mondialisation et du Developement*, [en línea], 1993, disponible en: http://www.gemdev.org/publications/cahiers/pdf/20/Cah_20_Michael.pdf, consulta: 1 de octubre de 2015.

Muchlinsky, Peter, “Policij Issues”, en: Peter Muchlinsky, Federico Ortino y Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Estados Unidos, Oxford University, 2008.

Nouvel, Yves, *Derecho Internacional Económico*, En Universidad París II: Panthéon-Assa, curso llevado a cabo en París, Francia, 2013.

Olivet, Cecilia y Pia Eberhardt,, , “La industria del arbitraje de las inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia”, *The Transnational Institute*, [en línea], (6 de septiembre de 2013), disponible en: <https://www.tni.org/en/node/12277>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Human Capital: How What You Know Shapes your Life?*, Francia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

Rougier, Louis, (s.i.), en Louis Rougier (Presidencia), *Walter Lippman Colloque Simposio* llevado a cabo en París, Francia, 1938.

Walzer, Michael, *Toward a Global Civil Society*, 2.^a ed., Estados Unidos, Berghan, 1998.