El sistema de protección de las inversiones extranjeras y el arbitraje internacional: ¿hay salida?

Experiencias útiles para pensar una Colombia que ponga los derechos humanos, ambientales y laborales por encima de los privilegios de los inversores extranjeros

¿Qué es el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS)?

El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, conocido como **ISDS** *(Investor-State Dispute Settlement)* **permite a los inversores extranjeros**, principalmente grandes empresas transnacionales, **demandar a los Estados ante tribunales de arbitraje internacionales.** Las demandas pueden ser presentadas cuando los inversores consideran que las leyes, las decisiones judiciales u otras medidas regulatorias violan las cláusulas que los protegen en los tratados internacionales.

Los **tratados que habilitan el mecanismo ISDS** son los **Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)**, que son específicos sobre inversiones, y los **Tratados de Libre Comercio (TLC)** que – en muchos casos – incluyen entre sus múltiples capítulos uno especial sobre protección de inversiones. Estos tratados incluyen cláusulas como *Trato Justo y Equitativo, Trato Nacional, Trato no-discriminatorio, Protección y Seguridad Plenas, Expropiación Indirecta*, entre otras, que han sido utilizadas por los inversores para demandar a los Estados ante medidas que perjudican de cualquier modo su inversión.

Este mecanismo es de una sola vía: solo los inversores pueden iniciar una demanda en el arbitraje internacional, pero no los Estados. Además, no existe obligación alguna para los inversores de agotar las instancias legales nacionales, creando así un sistema de justicia paralela. El centro de arbitraje más usado es el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)** del Banco Mundial. Normalmente, los casos ante los tribunales arbitrales son decididos por tres árbitros, frecuentemente abogados/as que ejercen la profesión desde el sector privado y con un fuerte sesgo proinversor.

El mecanismo ISDS ha generado **numerosas críticas** desde el ámbito académico, profesional y de la sociedad civil a nivel global, entre las que destacan:

- La falta de transparencia en los procedimientos arbitrales.
- La ausencia de imparcialidad y de independencia de los árbitros/as.
- El costo de un arbitraje inversor-Estado es mayor que un juicio en las cortes nacionales.
- Las víctimas de los abusos de las empresas transnacionales no disponen de ningún mecanismo similar a este para acceder a la justicia.

El régimen de protección de inversiones de Colombia y sus consecuencias

- Colombia tiene vigentes **ocho TBI y nueve TLC que permiten el arbitraje inversor-Estado. Diez TBI aún esperan ratificación**. Cinco de los ocho TBI podrían rescindirse ya, si el gobierno así lo dispone. Hasta 2025 siete de los ocho TBI, o sea **casi la totalidad de los TBI de Colombia, podrían denunciarse unilateralmente.**

- En 2018, Colombia fue el país más demandado del mundo. Hasta marzo de 2023 **Colombia ha recibido 21 demandas ISDS**; casi la mitad proviene del sector minero.

- **Un caso fue decidido a favor del inversor**. El Estado debe pagar a Glencore más de 19 millones de dólares. En 5 demandas el tribunal rechazó los reclamos del inversor.

- Aún hay **13 casos pendientes**: los inversores piden **más de 2.800 millones de dólares** en compensación, monto superior al presupuesto anual destinado a la implementación del Acuerdo de Paz durante el gobierno de Iván Duque.

- El 100% de las demandas contra Colombia fueron iniciadas por inversores de Canadá, Estados Unidos y Europa.

Cómo salir del sistema de protección de las inversiones extranjeras

Señalamos que Colombia posee dos tipos de instrumentos con protección de inversiones: los TBI y los TLC.

a) Los tratados comerciales con capítulos de inversiones

Varios de los TLC de Colombia incluyen un Capítulo de Inversión que incorpora las cláusulas que protegen a los inversores extranjeros y les permiten utilizar el mecanismo ISDS. Tales son los casos de **los tratados con EEUU y Canadá**: en conjunto, ambos tratados **fueron utilizados en 10 ocasiones para demandar a Colombia**. Los TLC no vencen: requieren la acción directa de los gobiernos para su modificación parcial o su terminación.

Aunque existen pocos casos de países que hayan terminado sus TLC, las múltiples críticas al sistema de libre comercio, y en especial a la incorporación de la protección de inversiones dentro de estos tratados como un tema "comercial", han empujado a que se tomaran diversas acciones:

- Algunos países han comprendido que **contar con ISDS dentro de un TLC representa una amenaza para la acción estatal.** El caso de Nueva Zelanda dentro del Tratado Transpacífico (conocido como TPP-11) muestra cómo un gobierno generó la modificación de las reglas del capítulo de inversiones del TLC. En 2018 el gobierno de Jacinda Ardern comandó la negociación de *side letters* (cartas adjuntas) al capítulo de Inversiones del TPP-11 para excluir el mecanismo ISDS del tratado.[1] Así, logró excluir el mecanismo con Brunei, Malasia, Perú, Australia y Vietnam. En 2022, Chile avanzó en una estrategia similar, firmando cartas adjuntas con Nueva Zelanda, Malasia y México, aunque aún no han sido oficializadas.[2]

- Un ejemplo clave es el de **Estados Unidos, que forzó la renegociación de un TLC**: EEUU forzó la renegociación del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) con México y Canadá, deviniendo en el nuevo T-MEC. En la renegociación del TLCAN se quitó el mecanismo ISDS para las inversiones entre Canadá y EEUU.

Estos ejemplos son importantes porque muestran:

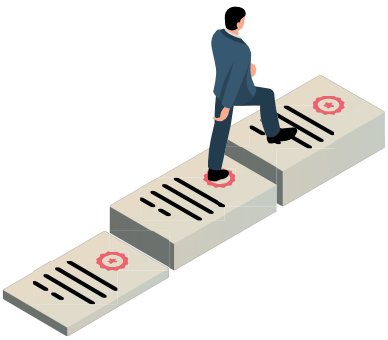
• Que existe espacio para la política pública una vez firmado un TLC: los Estados pueden pasar a la acción y renegociar apartados específicos de un TLC con las contrapartes para modificar sus condiciones;

• Que hay salida a la inclusión del mecanismo ISDS en los TLC: este mecanismo puede ser quitado y eso no trae la caída de las inversiones en dicho país.

• Que los TLC no son intocables, sino que pueden ser terminados o renegociados.

b) Los tratados bilaterales de protección de las inversiones (TBI)

Los **Tratados Bilaterales de Inversión cuentan con cláusulas específicas que describen el procedimiento para denunciar el tratado**: de forma unilateral o por acuerdo entre las partes. Si hay acuerdo, el tratado puede rescindirse en cualquier momento, sin tener que esperar que concluya el período de vigencia inicial. Si una parte decide unilateralmente denunciar un TBI, tiene que seguir lo acordado en la cláusula de denuncia del tratado. Generalmente hay tres tipos de cláusulas de denuncia:



- El tratado puede ser terminado en cualquier momento desde que entró en vigor.
- El tratado tiene una duración inicial (10 años, en general) luego de la cual puede ser terminado en cualquier momento. Esta es la forma legal más usada.
- Si no se denuncia el acuerdo con anticipación (puede ser un año o seis meses antes), el tratado se renueva automáticamente por otros 10 años (pueden ser menos o más años).

Cinco de los ocho TBI vigentes para Colombia están en condiciones de ser terminados si el gobierno así lo dispusiese. Hasta 2025, siete TBI, o sea casi la totalidad, podrían denunciarse unilateralmente.

Estrategias exitosas de revisión del sistema

Existen numerosas estrategias que los Estados pueden seguir para salir de los tratados de protección de las inversiones y del mecanismo ISDS. Y muchos gobiernos ya están siguiendo ese camino. Por ejemplo:

1. Establecer una Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje, como Ecuador:

La Constitución de 2008 de Ecuador establece en su artículo 422 que: *"No se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas"*. A partir de aquí, en 2009 el gobierno de Rafael Correa denunció el Convenio del CIADI, y en 2010 comenzó el proceso de denuncia de los acuerdos de inversión.

En 2013 el gobierno encomendó la creación de una **Comisión de Auditoría Integral sobre los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje de Ecuador (CAITISA)**. Esta comisión estuvo conformada por expertos/as de la sociedad civil, funcionarios gubernamentales en representación del Estado ecuatoriano y personas del mundo académico y del derecho. El informe final se presentó en mayo de 2017, **mostrando conclusiones contundentes que empujaron la decisión del gobierno de terminar los 16 TBI que quedaban vigentes** en Ecuador.

Una comisión de auditoría es imprescindible, entre otros motivos, porque

• Pone en evidencia las promesas asociadas al momento de la firma de los tratados, y devela con datos construidos científicamente si dichas promesas fueron cumplidas.

• Expone cómo opera el mecanismo ISDS a partir de los actores nacionales e internacionales involucrados en las demandas, como por ejemplo bufetes de abogados y árbitros.

• Muestra cómo se han desempeñado los inversores extranjeros en los territorios, exponiendo los efectos reales de las inversiones y sus impactos sobre los derechos humanos, laborales y ambientales.

• Desentraña el vínculo existente entre la inversión extranjera que arribó al país y sus efectos sobre el crecimiento económico y el desarrollo.

• Revela los impactos del sistema de arbitraje sobre la capacidad regulatoria del estado y la presión que las demandas ponen sobre las arcas estatales.

2. Terminar los TBI como hicieron India, Sudáfrica, Bolivia y Ecuador, entre otros

En 2009, Sudáfrica emitió un informe de evaluación crítica de su política de inversión, donde se mostró el desequilibrio entre los derechos del inversor y el espacio para la política regulatoria. Como resultado, se promulgó la Ley de Protección de las Inversiones (*Protection of Investment Act*) de 2015, que limita la definición de inversión extranjera, excluye el Trato Justo y Equitativo, recorta la Protección y Seguridad Plenas y reemplaza el arbitraje ISDS por el arbitraje entre Estados después del agotamiento de los recursos locales. Esta ley contó con el rechazo de los partidos de oposición porque suponían que espantaría las inversiones.

Asimismo, esta ley estableció la intención del gobierno de no renovar sus TBI, y de únicamente celebrar nuevos TBI por razones económicas y políticas imperiosas. De hecho, durante el proceso de debate sobre la nueva ley, el gobierno sudafricano decidió rescindir unilateralmente los TBI con nueve países de la Unión Europea, incluidos los de Bélgica-Luxemburgo, España, Italia y Alemania. Sudáfrica denunció en total 10 TBI, dejando 11 vigentes.

La nueva ley no espantó las inversiones extranjeras: desde la denuncia del TBI con Alemania, la empresa alemana Volkswagen, principal inversor extranjero en Sudáfrica, no solo no se ha ido, sino que ha ampliado de manera exponencial su inversión en el país.[3]

3. Desarrollar su propio modelo de tratado como Brasil y la India

Dos países que han establecido modelos diferentes de tratados de inversión son Brasil e India. En 2015, Brasil firmó sus primeros Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) con algunos países latinoamericanos (México, Chile, Colombia) y otros africanos (Mozambique, Angola). También en 2015 India inició la revisión de su modelo de TBI.

En enero de 2020, ambos países suscribieron un ACFI mutuo, proporcionando una combinación de dos de los modelos de tratados más innovadores desarrollados en los últimos años. Si bien el modelo ACFI posee características novedosas, mantiene cláusulas similares a los TBI como el Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida, aunque más acotadas. Este modelo no incorpora el mecanismo ISDS, ya que crea un mecanismo específico de solución de controversias Estado-Estado con varios pasos para la conciliación entre las Partes antes de llegar a una demanda. Incorpora para ello las figuras de puntos focales nacionales y ombudsman. Sin embargo, no está claro aún cómo funcionará este mecanismo de solución de controversias en la práctica.

Cabe aclarar que Brasil no posee ningún TBI vigente, ya que los 14 que se firmaron a principios de los años noventa no fueron ratificados. No obstante, esto no ha impedido que Brasil sea el undécimo mayor receptor de IED del mundo en 2022, y el mayor de América Latina y el Caribe. Los principales inversionistas en Brasil son Países Bajos, Estados Unidos, Alemania, España, Bahamas y Luxemburgo.

En cuanto a la India, en 2016 rescindió 57 de sus TBI. Recientemente denunció casi la totalidad de los restantes.[4] Esto no ha afectado que la India sea el quinto mayor receptor de IED del mundo. La entrada de IED a India aumentó constantemente desde que el país anunció el nuevo modelo de TBI, incluso desde que rescindió los tratados en 2017.[5]

Recomendaciones para un futuro sin ISDS

No firmar nuevos tratados con cláusulas de protección de inversiones.

Salir del CIADI y promover el uso de la justicia nacional para la resolución de disputas entre inversores y Estados.

Realizar una auditoría integral y ciudadana de todos los tratados de protección de inversiones y sus impactos económicos, sociales y ambientales.

Suspender la posibilidad de que los inversores utilicen el mecanismo de solución de controversias inversor – Estado (ISDS) mientras dure la auditoría y tomar los pasos necesarios una vez que concluya.

Exigir a las contrapartes con las que están vigentes los Tratados de Libre Comercio con protección de inversiones (como Canadá y EEUU) la exclusión de ISDS de los tratados y la reducción sustantiva de los derechos de los inversores incluidos en los capítulos de inversión de dichos tratados.

Terminar los TBI existentes que contienen el mecanismo ISDS. Salir de los tratados no solo es posible, sino que es imprescindible si el objetivo de los gobiernos es llevar a cabo planes de desarrollo que respeten los derechos humanos, laborales y ambientales.

Notas

1 • Ver: *New Zealand signs side letters curbing investor-state dispute settlement*. Gobierno de Nueza Zelanda, 9 de marzo de 2018. **https://www.beehive.govt.nz/release/new-zealand-signs-side-letters-curbing-investor-state-dispute-settlement**; *TPP-11: qué dicen las side letters con las que Nueva Zelanda logró excluir el mecanismo de resolución de controversias*, Diario Financierto, 17 de octubre de 2022, **https://www.df.cl/economia-y-politica/comercio-exterior/tpp11-que-dicen-las-side-letters-con-las-que-nueva-zelanda-logro**

2 • *Chile aún espera respuesta oficial de México, Malasia y Nueva Zelanda para formalizar las side-letters*, Ex-ante, 24 de enero de 2023; **https://www.ex-ante.cl/chile-aun-espera-respuesta-oficial-de-mexico-malasia-y-nueva-zelanda-para-formalizar-las-side-letters/**

3 • *VW launches new R235 million facility in South Africa*, BusinessTech, 03 de agosto de 2022; **https://businesstech.co.za/news/motoring/613495/vw-launches-new-r235-million-facility-in-south-africa/**

4 • *India asks 69 countries to renegotiate bilateral investment pacts*, Times of India, 16 de marzo de 2023, en: **https://www.bilaterals.org/?india-asks-68-countries-to**

5 • *Servicios públicos en la mira: los impactos del régimen de protección de inversiones en el sector de servicios públicos en América Latina y el Caribe*; Transnational Institute (TNI), abril de 2023. En: **https://www.tni.org/es/publicaci%C3%B3n/servicios-publicos-en-la-mira**

Más información en
https://isds-americalatina.org/

Informes relevantes

ISDS en Colombia: un boom de demandas de inversores extranjeros – Transnational Institute (TNI) y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR), mayo de 2023.

Servicios Públicos en la mira: Los impactos del régimen de protección de inversiones en el sector de servicios públicos de América Latina y el Caribe – Transnational Institute (TNI) e Internacional de Servicios Públicos (ISP), abril de 2023.

Justicia paralela - ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina? – Transnational Institute (TNI) e Internacional de Servicios Públicos (ISP), 2020.