



Trabajo final de investigación (modalidad monografía)
Licenciatura en Relaciones Internacionales

Derecho Internacional de las Inversiones: ¿cambio en el equilibrio de poder Estado- Mercado?

Luciana Chanquet Calo

lucianachanquet@gmail.com

Tutor: Magdalena Bas Vilizzio

Septiembre 2017

Agradecimientos

A mi tutora Magdalena, por la paciencia, dedicación y entusiasmo.

A los entrevistados, por su tiempo y valiosos aportes.

A mi familia por el apoyo en estos años.

A mis amigos, a los de siempre, a los de facultad y a los de ahora, por ser motivadores en todo esto, ¡gracias!

Resumen

Este trabajo monográfico de investigación tiene como propósito examinar el papel de las empresas transnacionales en el Derecho Internacional de Inversiones, más precisamente en la solución de controversias inversor-Estado desde el concepto de poder estructural de Susan Strange.

En este marco se analizan los siguientes casos resueltos en el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y Corte Permanente de Arbitraje (CPA): Pac Rim contra El Salvador, Oxy contra Ecuador, Vattenfall contra Alemania y Philip Morris contra Australia. El foco se pone en la relación de las mencionadas controversias con los ámbitos del poder estructural en los que el Estado mantenía exclusividad, a saber: la seguridad, la producción, el crédito y las finanzas, el conocimiento y otras estructuras secundarias tales como el comercio, el transporte, la energía y el bienestar. Asimismo, se analiza la influencia de la Sociedad Civil en las disputas bajo análisis.

Una de las principales conclusiones a las que arriba este trabajo es que existe un vuelco del equilibrio de poder Estado-Mercado en el cual las empresas transnacionales han ganado lugar en los espacios abandonados por los Estados.

Palabras clave: Empresas Transnacionales; Poder Estructural; Organizaciones de la Sociedad Civil, Políticas Públicas, Arbitraje de Inversiones

Índice

Agradecimientos	ii
Resumen	iii
Índice	iv
Introducción.....	I
Problema de investigación	I
Objetivos de investigación.....	I
Aspectos metodológicos	II
Estructura	II
Capítulo 1: Marco Teórico	III
1.1. Aspectos preliminares.....	III
1.2. Poder Estructural.....	III
1.3. Solución de controversias inversor-Estado.....	VI
1.4. Empresas Transnacionales y Organizaciones No Gubernamentales: su poder como actores de las Relaciones Internacionales	VIII
Capítulo 2: Solución de controversias inversor-Estado: las empresas transnacionales y su influencia en las políticas públicas en los países anfitriones.	XII
2.1. Aspectos preliminares: Políticas Públicas	XII
2.2. Presentación de los casos	XII
2.2.1 Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador.....	XII
2.2.2. Occidental Petroleum Corporation (OXY) vs. Ecuador	XIV
2.2.3. Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG contra Alemania.....	XV
2.2.4. Philip Morris Asia contra Australia.....	XVI
2.3. Presencia de las Empresas Trasnacionales en el territorio de un Estado y su influencia en las políticas públicas	XVIII

Capítulo 3: Pérdida de control de los Estados ante las empresas trasnacionales según la óptica de Susan Strange.....	XXI
3.1. Aspectos preliminares.....	XXI
3.2. El poder estructural en la seguridad.....	XXI
3.3. El poder estructural en la producción	XXIV
3.4. El poder estructural en el crédito y las finanzas	XXVI
3.5. El poder estructural y el conocimiento	XXVIII
3.6. Las estructuras secundarias pero subordinadas.....	XXX
Capítulo 4: Organizaciones de la Sociedad Civil y su rol en los procesos de solución de controversias inversor-Estado.....	XXXII
4.1. Las Organizaciones de la Sociedad Civil.....	XXXII
4.2. Las organizaciones de la sociedad civil en el caso Pac Rim contra El Salvador	XXXIII
Capítulo 5: Reflexiones finales.....	XXXVII
Referencias	XXXIX
Apéndice.....	XLII
CV Gustavo Rojas De Cerqueira	XLII
CV Luciana Ghiotto.....	XLII

Introducción

Problema de investigación

El problema de investigación se centra en el cambio en el equilibrio del poder de los Estados a los mercados, más específicamente en las empresas transnacionales. Dicho vuelco ha hecho de las empresas transnacionales actores políticos tal como lo veremos en el desarrollo de este trabajo monográfico.

Los textos utilizados son los de Susan Strange donde desarrolla el concepto de Poder Estructural, estos son: “The Persistent Myth of Lost Hegemony” (1987) “States and Markets” (1988) y “The Retreat of the State” (1996). En este último Strange expresa: “El poder sobre los resultados de las acciones es ejercido de forma impersonal por los mercados y a menudo de forma involuntaria por aquellos que compran venden y negocian en los mercados” (1996, p. 33), si bien eso es aplicable, hoy en día abarca mucho más que solo las acciones de la compra y venta de bienes y servicios, incluyendo otras actividades económicas como ser la inversión extranjera directa la cual ha ido en acenso en los últimos años.

Para entender este planteamiento se han seleccionado los siguientes casos presentados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de controversias inversor-Estado para ser analizados a lo largo de este trabajo monográfico, estos son: Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador, Occidental Petroleum Corporation (OXY) contra Ecuador, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG contra Alemania y Philip Morris Asia contra Australia.

Objetivos de investigación

En este marco, el objetivo general de esta investigación es aportar al estudio de la solución de controversias inversor-Estado desde la óptica del poder estructural propuesta por Susan Strange

Los objetivos específicos son los siguientes:

1. Analizar, desde la postura de Susan Strange, sobre cuáles aspectos los Estados han perdido control frente a las empresas transnacionales en materia de solución de controversias inversor-Estado y el papel que estas juegan como actores políticos;

2. Identificar y examinar en qué medida la presencia de empresas transnacionales en el territorio de un Estado ha influenciado en sus políticas públicas mediante al análisis comparativo de al menos cuatro controversias inversor-Estado;
3. Distinguir Organizaciones de la Sociedad Civil que hayan tenido un rol relevante en los procesos de solución de controversias inversor-Estado estudiados, y si las hay, identificar qué características tuvo su participación antes, durante o después de los procesos.

Aspectos metodológicos

Este trabajo cuenta con un abordaje cualitativo, basado en el análisis de casos, puntualmente cuatro controversias inversor-Estado. El universo de estudio son los laudos y demás resoluciones emitidos por tribunales ad hoc, que entendieron en los casos. Además de la utilización de escritos amicus curiae, documentos, resoluciones y laudos de controversias vinculadas tanto a nivel inversiones como también a nivel de comercio internacional (OMC).

Lo anterior es complementado con el examen de obra de doctrina y entrevistas a informantes calificados de la Sociedad Civil Organizada y la academia específicamente economía. Los curricula vitae de los entrevistados se encuentran en el apéndice. Cabe destacar que los entrevistados dieron su consentimiento para ser citados bajo su nombre.

Estructura

El trabajo se estructura en cuatro capítulos, reflexiones finales y un apéndice. Primeramente se desarrolla el marco teórico elegido, el cual se complementa con conceptos varios para la comprensión del análisis. En el capítulo 2 se presentan brevemente las controversias seleccionadas y la influencia de las empresas transnacionales en las políticas públicas del país anfitrión.

El capítulo 3 es dedicado al análisis de la pérdida de control de los Estados ante las empresas transnacionales desde el poder estructural. El siguiente capítulo examina la influencia de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las controversias inversor-Estado, antes y durante el proceso de arbitraje.

Finalmente, el trabajo cierra con una serie de reflexiones finales en torno al tema.

Capítulo 1: Marco Teórico

1.1. Aspectos preliminares

El presente trabajo final de investigación tendrá como fundamento, la teoría de Susan Strange sobre el Poder Estructural, desarrollado en su libro “States and Markets” (1988). Éste es definido como “el poder de decidir cómo deberán hacerse las cosas, el poder de conformar los marcos en los que los Estados se relacionan entre sí, se relacionan con la gente, o con las empresas y corporaciones. El poder relativo de una parte en una relación dada es mayor, si también determina las estructuras que enmarcan esa relación” (Strange, 1994, p.24). En otras palabras, el poder estructural implica la necesidad de definir de antemano los costes de oportunidad de cada opción, teniendo la posibilidad de permitirse determinar que conductas son aceptables y cuáles no, en competencia de sus valores.

Este concepto también se vio plasmado en los trabajos “The Persistent Myth of Lost Hegemony” (1987) y “The Retreat of the State” (1996) de los cuales se hará énfasis en este trabajo puesto que la atención se encauza en el poder que los Estados pierden, debido a que las relaciones Estado-Estado ya no son las únicas en el ámbito internacional y un nuevo actor comienza a ganarse su lugar. Strange a lo largo de su trabajo profundiza en torno a una supuesta pérdida de poder de los gobiernos estatales frente a otras fuentes de autoridad como, por ejemplo, los mercados o las empresas transnacionales, siguiendo el término aceptado por las Naciones Unidas.

En este punto, es pertinente mencionar la diferencia entre una empresa multinacional de una transnacional, la primera consiste en empresas de propiedad conjunta entre varios Estados, producto de acuerdos entre los gobiernos y que operan en los países partícipes de tal acuerdo, sin embargo, estas empresas también podrían operar en terceros Estados y así operarían como transnacionales, las cuales se caracterizan por sus subsidiarias en el exterior que se integran con las actividades de la matriz, sin embargo, es importante destacar que carecen de personalidad jurídica propia. (López Rodríguez, s.f)

1.2. Poder Estructural

El vuelco en el equilibrio de poder de los Estados a los mercados ha hecho que las empresas transnacionales sean el actor principal para competir por las cuotas de mercado

globales, dejando de lado al Estado cómo único actor. Para poder apreciar este desplazamiento de poder hacia otras fuentes de autoridad, Strange toma en cuenta los poderes y responsabilidades tradicionales de un estado, tales como salud, economía, medio ambiente, seguridad, entre otros. Tal desplazamiento se produjo, según la autora, a las medidas tomadas por los Estados para fomentar el libre mercado, como también la influencia de otros factores como cambios tecnológicos, crecimiento industrial, cambio en las finanzas y la globalización. Como consecuencia para los Estados, Sanahuja (s.f) explica que “se habría producido un evidente declive de su poder y de su capacidad de ejercer una jurisdicción efectiva. (p.24) que antes era exclusivamente de ellos afectando así su jerarquía siendo notorio el desplazamiento del poder de los Estados hacia los mercados y las redes de actores no estatales

En este sentido, el poder según Strange consiste en “la capacidad de una persona o de un grupo de personas para influir en los resultados, de tal forma que sus preferencias tengan prioridad sobre las preferencias de los demás” (p.38). Aunque parece ser un concepto bastante amplio, lo que Strange busca es diferenciar el poder relacional del poder estructural, el cual se refiere a las capacidades y recursos. La diferencia entre ambos se limita en, como menciona Cohen (2000) “jugar conforme a las reglas, o bien, reescribir y definir las reglas a la propia conveniencia” (citado en Sanahuja, s.f, p. 5).

El concepto de poder estructural desarrollado por Strange en “The Persistent Myth of Lost Hegemony” se define como capacidad de elegir y dar forma a las estructuras de la economía política global dentro de las cuales tienen que operar otros Estados, sus instituciones políticas, las empresas económicas y no menos importante sus profesionales. Esto significa mucho más que el poder de establecer la agenda internacional de las reglas y costumbres. (Strange, 1987).

El poder estructural puede verse en distintos ámbitos (ver tabla): 1) Personas o grupos: aquellos capaces de ejercer control, amenazar o defender, negar o aumentar la seguridad de los demás de la violencia; 2) Aquellos que puedan controlar el sistema de producción de bienes y servicios; 3) Quienes puedan determinar la estructura de las finanzas y créditos a través de la cual es posible adquirir el poder adquisitivo sin tener que trabajar ni comerciarlo; 4) Los que tienen influencia sobre el conocimiento, ya sea conocimiento técnico, religioso o liderazgo en ideas, y quienes tienen control e influencia en la adquisición, comunicación y almacenamiento de conocimiento e información. En la economía internacional estos cuatro aspectos del poder estructural están dominados por los Estados, en su expresión total o mayoritaria (Strange, 1987).

Tabla 1 “Aspectos del poder estructural dominados por los Estados”

Aspectos del poder estructural dominados por los Estados			
Personas o Grupos	Los que controlan el sistema de producción de bienes y servicios	Quienes determinan la estructura de las finanzas y créditos	Influencia sobre el conocimiento

Fuente: Elaboración propia en base a Susan Strange (1987)

Una forma de ilustrar el poder estructural de las empresas transnacionales en relación con la gobernanza basada en el Estado, es mediante el derecho que tienen las transnacionales de demandar a los Estados bajo un arbitraje internacional vinculante, previsto en los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI), o en los Tratados de Libre Comercio (TLC). Este es un derecho que no se concede a los Estados (Ruggie, 2017).

Los trabajos de Susan Strange han sido en su mayoría de la rama de la Economía Política Internacional, y nunca basó sus estudios en casos de solución de controversias en el Derecho Internacional de Inversiones, puesto que el aumento de los casos de arbitraje se dio después de su deceso (1998). No obstante, es posible afirmar que tuvo una mirada visionaria en sus trabajos respecto al auge que han tenido las Transnacionales en los últimos años, puntualmente en lo que refiere a solución de controversias inversor-Estado.

Para el año 1996 solo se registraban 38 controversias inversor –Estado en el CIADI que funcionaba desde ya hacía 30 años, y para el 2011 ya estaban en marcha 450 casos inversor- Estado. Tras la última actualización del Investment Dispute Settlement Navigator¹ (31 de julio del 2017) de La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se registraron 817 arbitrajes conocidos de los cuales, el 36.4% de los casos son a favor de los Estados, el 26.7% a favor de los inversores, mientras que el 24,4% son resueltos por acuerdo de las partes, un 10,1% de los casos quedan interrumpidos y el restante 2,4% los árbitros deciden a favor de ninguna de las dos partes involucradas. Otro dato interesante proporcionado por Luciana Ghiotto, miembro de la Asociación por la Tasación de las Transacciones financieras y

¹ Por más información: Investment Dispute Settlement Navigator. Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

por la Acción Ciudadana (ATTAC) y Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires², es que 229 demandas son presentadas a Estados Latinoamericanos

Cabe destacar que cuando las disputas se resuelven por acuerdo de partes o son interrumpidas es posible que existan costos del proceso (costos administrativos o por servicios jurídicos) a ser cubiertos por los Estados. Por tanto, si bien el Estado no resulta obligado a una indemnización en función de un laudo en su contra, debe pagar tanto los montos acordados con su contraparte como los gastos administrativos y por servicios jurídicos durante el litigio.

1.3. Solución de controversias inversor-Estado

En vista de lo anterior, es pertinente explicar en qué consiste el Derecho Internacional de Inversiones, el mismo se define según Garcia (s.f) como “un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de dicha inversión”. (p. 1) Éste se funda en fuentes del Derecho Internacional Público, como son los tratados, particularmente TBI o los TLC, a su vez también implica a los sujetos del Derecho Internacional Público como los Estados, las Organizaciones Internacionales, los individuos y las empresas transnacionales estos últimos sujetos discutidos, como se verá en los próximos apartados. En otras palabras, estos tratados internacionales de inversión otorgan amplios poderes a los inversores extranjeros, como el privilegio especial de poder presentar demandas directamente ante tribunales internacionales, las compañías pueden exigir que se las indemnice por medidas tomadas por los Estados de acogida que hayan perjudicado sus inversiones.

Respecto a las Instituciones Internacionales el trabajo se enfocará en dos: el CIADI, creada en 1966 bajo los auspicios del Banco Mundial y por otro lado la CPA, creada en 1899 siendo ésta la primera organización intergubernamental permanente que proporcionó un foro para la resolución de controversias internacionales mediante el arbitraje y otros medios pacíficos.

En este marco, las empresas transnacionales, las cuales juegan el papel de inversionistas, ven el Derecho Internacional de Inversiones como un mecanismo de protección, “no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de la posibilidad de demandar

² Entrevistada por teléfono el 26 de septiembre de 2016.

directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales” (García, s.f, p. 1). Por otra parte, los Estados ven a este Derecho como un mecanismo de promoción de inversiones, ya que debido a los cambios económicos de las últimas décadas atraer capitales para fomentar el desarrollo económico y social de un país son claves para el crecimiento del mismo. Ahí es donde empieza a jugar un papel importante la inversión extranjera para un país, por un lado, la empresa extranjera busca maximizar ganancias, consolidarse y desarrollarse, por otro lado, para el Estado receptor llevar a cabo una inversión extranjera es igual a crecimiento económico, adquirir tecnología avanzada, fuente de empleo y por consiguiente disminución de la pobreza, etc.

Tras el surgimiento del Derecho Internacional de Inversiones ha surgido un sistema de solución de controversias, el procedimiento de arbitraje de inversiones está constituido por varias fases, en esta oportunidad se desarrollarán los de CIADI y los de CPA. En el caso del primero, el procedimiento puede ser iniciado por cualquiera de las partes, siendo más frecuente que el procedimiento lo inicie el inversionista extranjero que ha visto defraudadas sus expectativas de inversión. Una vez presentada la demanda, la Secretaria General del CIADI la verifica, si la misma es pertinente, la parte demandada será notificada y a partir de ese momento inicia la etapa de la designación de los árbitros. Aquí puede suceder que las partes acuerden un número de árbitros, o en caso contrario, se siguen las reglas del CIADI³ de tres árbitros los cuales las partes deberán designar.

Existen ciertas condiciones para con los árbitros: está prohibido que los árbitros sean de la misma nacionalidad de las partes y el tercero será designado por los dos árbitros elegidos, de no haber acuerdo, lo decidirá el CIADI el cual mantiene una lista de las personas designadas actuales que figuran en las Listas de Árbitros y de Conciliadores (CIADI/10) (Regla 21 del Reglamento Administrativo y Financiero). Una vez constituido el tribunal, las partes se reunirán para definir aspectos formales tales como idioma, honorario de los árbitros, mecanismos de comunicación, etc. Luego se definirá la primera audiencia.

El tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordada por las partes, en caso de faltar el referido acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas del derecho internacional que pudieren ser aplicables”

³ Convenio CIADI, Reglamento y reglas. Recuperado de: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

(art 42.1 CIADI). Respecto al laudo se establece que el plazo para dictarlo, deberá ser dentro de los 120 días después que cerró el procedimiento. Su contenido también está estipulado en el Convenio.

Tal como se desarrolló anteriormente, las empresas se han ido consolidando como entes cada vez más poderosos en el ámbito internacional, es por ello que, es oportuno aclarar que aún la doctrina no las considera como sujetos de derecho. Pero si son considerados actores de la escena internacional, poseen personalidad jurídica interna en cada uno de los ordenamientos jurídicos en los que operan y aunque no se los considere sujetos del Derecho Internacional Público no hay que ignorar que las empresas efectúan acciones de interés para el derecho internacional, como participar en procesos de arbitraje internacional o hasta formar parte de algunas Organizaciones Internacionales. Además, los propios Estados les han dado el poder a las empresas transnacionales al cederles parcelas de poder (que antes era únicamente de los Estados) a cambio de inversiones. Es por ello, que se considera a las Transnacionales como auténticos actores de las relaciones internacionales, son un instrumento de la globalización, ya que organizan y programan la producción mundial (Barbé, 1995 p. 197).

1.4. Empresas Transnacionales y Organizaciones No Gubernamentales: su poder como actores de las Relaciones Internacionales

Al referirnos al Derecho Internacional, no es posible partir de la idea de que es sólo y exclusivamente el Derecho entre los Estados. Puesto que hay nuevos actores que se han posicionado fuertemente en el sistema internacional y tienen una gran influencia en los Estados existiendo un cuestionamiento sobre si son sujetos del Derecho Internacional o no. Tal como sostiene Luciana Ghiotto, el rol de los nuevos actores no estatales llevó a que la disciplina de Economía Política Internacional (EPI) centre su análisis en ello. La EPI trata de cruzar tanto el rol de las empresas en la economía como en la sociología jurídica o el derecho económico internacional donde se cruza con la cuestión del análisis de la arquitectura jurídica internacional que se ha consolidado en los años 80's con los TLC y los TBI que otorgan derechos con carácter "Hard Law". El rol de las empresas hoy es central ya que cuentan con prerrogativas legales muy importantes y es por ello que éste trabajo se enfoca en ellas.

Hay que tener en cuenta que no necesariamente se habla de nuevos sujetos de las Relaciones Internacionales sino de actores, Barbé (1995) entiende como tal a “aquella unidad del sistema internacional (entidad, grupo, individuo) que goza de habilidad para movilizar recursos que le permitan alcanzar sus objetivos, que tiene capacidad para ejercer influencia sobre otros actores del sistema y que goza de cierta autonomía” (p. 117).

Una definición más amplia de actor internacional es la que propone Marcel Merle (1991): “actor es toda autoridad, todo organismo, todo grupo e incluso, en el caso limite, toda persona capaz de “desempeñar una función” en el campo social; en nuestro caso concreto en la escena internacional”. (Citado en Barbé, 1995, p. 119) A su vez, Merle presenta tres tipos de actores: los Estados, las Organizaciones intergubernamentales y las Fuerzas Transnacionales en donde incluye a las Organizaciones No Gubernamentales, firmas multinacionales y la opinión pública internacional. En esta oportunidad es apropiado enfocarnos en las Fuerzas Transnacionales, más específicamente en las empresas transnacionales ya que son el elemento clave de este trabajo.

Según la Comisión de Empresas Transnacionales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se entiende por empresas transnacionales a aquellas que actúan en varios países, se las puede ver como grupo de empresas, filiales, sucursales, entre otros. Tienen una lógica común de actuación. Esto es que la empresa matriz es la responsable de las inversiones directas que se hacen en otros países y de la gestión del conjunto. Francesc Granell (1974) las define como una unidad mundial de gestión, tienen intereses y actúan en una pluralidad de países, acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de ellos con el fin de conseguir la maximización de sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades de nivel mundial. El objetivo lucrativo es la razón de ser de estas empresas. (citado en Barbé, 1995, p. 191)

Es aquí donde las necesidades de los Estados juegan un papel importante, y como surge esta relación de beneficio mutuo entre las transnacionales y los Estados, las empresas tratan de reducir los costes de producción beneficiándose de las condiciones fiscales, geográficas, sociales etc. Además, establecerse en el extranjero les trae como beneficio diversificar las actividades de la firma, topográfica y sectorialmente, a fin de poder maximizar su beneficio y repartir los riesgos en distintos tipos de producción. (Barbé, 1995).

En esta línea, Bermejo García, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de León sostiene que las empresas transnacionales décadas atrás no eran más que un agente económico bajo el control de los Estados y actualmente han invadido sectores importantes de producción y servicios, con la capacidad de establecerse a escala mundial al margen de los Estados. (Bermejo, 2012, p. 96) “Estas empresas van generando así un poder con capacidad para alterar la política de algunos Estados, desarrollando al mismo tiempo su propio sistema de relaciones internacionales al lado del de las relaciones interestatales” (p. 97).

Ahora bien, es oportuno cuestionarse: ¿Todos los actores que forman parte del sistema internacional son también sujetos en el Derecho Internacional? Hay distintas posiciones al respecto, por un lado, según Jiménez de Aréchaga et. al. (2005) el Derecho Internacional Contemporáneo se define como “conjunto de normas jurídicas y principios que las jerarquizan y coordinan coherentemente, destinadas a regular las relaciones externas entre los Estados soberanos y otros sujetos, cuando actúan en el marco de una sociedad internacional” este concepto deja en claro que el Estado es el único sujeto originario, por ende, sujeto indiscutido del Derecho Internacional. no así las empresas transnacionales que son sujetos discutidos. Si bien hay otros sujetos secundarios indiscutidos, como las organizaciones internacionales, las comunidades beligerantes, los movimientos nacionales de liberación y el individuo (subjetividad pasiva), las empresas transnacionales siguen siendo sujetos discutidos en los debates de la actualidad.

Por otra parte, Bermejo García (2012) sostiene que, si la empresa transnacional es sujeto, es un sujeto menor y derivado, con personalidad jurídica funcional, es decir limitada al cumplimiento de sus obligaciones y relativa, solo oponible al Estado que la haya reconocido (p.103, 104). Luciana Ghiotto menciona, que a pesar de no ser Jurista se apoya en juristas internacionales que trabajan la idea de que “este nuevo marco jurídico internacional otorga a las empresas la capacidad de demandar a los estados en centros arbitrales internacionales como si fueran Estados”, además, sostiene que como miembro de la organización social ATAC, parten de esa idea, “sostenemos esta hipótesis para mostrar el poder de las empresas transnacionales en el marco jurídico internacional y la capacidad que tienen para lograr un efecto regulatorio favorable”. Por tanto, actualmente hay nuevos enfoques en materia de sujetos de Derecho Internacional, sobre todo respecto a las empresas transnacionales y su papel en arbitraje de diferencias inversor-Estado, estos aspectos se desarrollarán en los próximos capítulos.

Para finalizar, otro actor que tendrá su análisis a lo largo de este trabajo son las Organizaciones de la Sociedad Civil las cuales se caracterizan por su variedad en función de sus valores, objetivos, actividades y estructura. Se trata de organizaciones sin ánimo de lucro, conformadas por personas que persiguen intereses comunes de una sociedad. Son muy variadas, existen grupos ambientales, grupos de defensa de los derechos de las mujeres, sindicatos, cooperativas, cámaras de comercio, asociaciones profesionales, entre otros.

Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) son según Lincoln Bizzozero (2011): “una organización compuesta de individuos que se agrupan voluntariamente en asociaciones para perseguir objetivos de interés público, que no tiene fines de lucro ni vínculos de dependencia con el gobierno”. Este rasgo es lo que las diferencian de otro componente de la sociedad civil que son las Corporaciones Transnacionales las cuales tienen la particularidad de no poder ser una ONG, pero si crear y ser miembro de una. (Brotóns, 2007).

Las relaciones entre las ONGs y los Estados plantean diferentes problemas con respecto al reconocimiento, representatividad, temas reivindicados y competencia estatal, la esfera de la soberanía, cuestiones institucionales internacional, la sociedad civil, entre otros (Bizzozero, 2011). Sin embargo, las corporaciones transnacionales se han trasmutado en actores que no se limitan a dar cumplimiento a su objetivo social, sino que han trascendido al plano internacional en tres dimensiones: 1) la participación en la gobernanza mundial. 2) Compromiso con la reglamentación privada de algunas parcelas de la actividad transnacional, al estilo *Mex Mercatoria*⁴ y 3) una activa labor en las diversas fases del proceso internacional, pues participan con estatutos consultivos en Conferencias internacionales y en las negociaciones de acuerdos internacionales. (Brotóns, 2007).

⁴ Se entiende por *Mex Mercatoria* al conjunto de uso y costumbres creados por los comerciantes en el ámbito del Derecho Comercial Internacional.

Capítulo 2: Solución de controversias inversor-Estado: las empresas transnacionales y su influencia en las políticas públicas en los países anfitriones.

2.1. Aspectos preliminares: Políticas Públicas

En este capítulo se identifican y sintetizan brevemente las controversias que serán analizadas a lo largo de este trabajo monográfico; primeramente, se estudiarán desde la perspectiva de cómo se ven afectadas las políticas públicas de un país por la presencia de las empresas transnacionales en su territorio.

Se entiende por políticas públicas a las acciones de gobierno con objetivos de interés público que surgen de decisiones sustentadas en un proceso de diagnóstico y análisis de factibilidad, para la atención efectiva de problemas públicos específicos, en donde participa la ciudadanía en la definición de problemas y soluciones. (Corzo, 2013, p.88). Las áreas de acción son muy amplias: desarrollo social, economía, salud, seguridad pública, medio ambiente, entre otros.

¿Por qué se les da lugar a las políticas públicas en este trabajo? Porque los casos que se han elegido tienen la particularidad de que los gobiernos al intentar cambiar sus políticas públicas se han visto afectados por las empresas extranjeras inversoras en su territorio. Esto acontece porque dichas empresas interpretan tales cambios como “un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado o las normas domésticas en cuyo marco desarrolló su inversión.” (Bas, 2017, p.1) y el mecanismo de protección de inversiones les da la potestad a las empresas de ir contra los países anfitriones sin importar el daño que pueda causar en el medio ambiente, grupos de individuos, derechos humanos, etc.

2.2. Presentación de los casos

2.2.1 Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador.

El procedimiento de arbitraje llevado a cabo bajo las reglas del CIADI iniciada el 15 de junio de 2009 bajo el número de caso: ARB/09/12. Las partes en esta controversia fueron, por un lado, la parte demandante: Pac Rim Cayman LLC (en adelante Pac Rim) presenta reclamaciones por daños y perjuicios, intereses y costos contra la parte demandada: República de El Salvador.

Respecto a los Instrumentos Jurídicos invocados, en esta oportunidad, hablamos de un Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centro América y República Dominicana (CAFTA) y la Ley de Inversiones de El Salvador. El Tribunal fue compuesto por: Profesor Dr. Guido Santiago Tawil; Profesora Brigitte Stern; y V.V. Veeder Esq (Presidente). Secretario del Tribunal del CIADI: Marco Tulio Montañés – Rumayor.

Las diferencias entre Pac Rim y El Salvador se centraron en la obtención de permisos de explotación minera en el proyecto El Dorado. Dicho proyecto fue de gran importancia para El Salvador, el mismo dedicó muchos años a un marco legal para fortalecer el derecho y facilitar la inversión extranjera en la industria minera. Las empresas salvadoreñas Pres y Dorex eran los titulares de los derechos de explotación de dichos yacimientos, fue así que Pac Rim decidió adquirir dichas compañías e invirtió millones de dólares en el periodo de tiempo 2002-2008 explorando la minería en el país.

Los permisos mineros aún estaban en vigor, vencían el 1 de enero de 2005 por lo cual poco tiempo después de la adquisición, se inician los trámites tendientes a la obtención de una nueva licencia. El demandante creyó “de modo razonable que sus derechos mineros serían respetados por El Salvador” (CIADI, 2016, Párr. 3.6) y que se les permitiría explotar los minerales siendo de beneficio tanto para la empresa transnacional como del país. Sin embargo, en marzo 2008 el presidente de ese entonces Elías Antonio Saca anunció una prohibición de facto para la minería metálica, hasta tanto no se promulgará una nueva ley sobre minería, no se concederían permisos para proyectos de minería metálica sin un diagnóstico sobre su impacto ambiental (Bas, 2017).

Este hecho lleva a la transnacional presentarse ante el CIADI alegando ser titular de derechos mineros, haber realizado estudios de exploración, fijar nuevos estándares en las Américas para el medio ambiente y la minería socialmente sustentable. Pac Rim buscó mejorar el nivel de vida de los habitantes local de Cabañas mediante la construcción de caminos, pozos de suministro de agua y plantación de más de 40.000 árboles. (CIADI, 2016, Párr. 3.8). Aun así, la empresa extranjera se mostró paciente y colaboró con el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales al comprender que este proyecto era el primer proyecto moderno de minería en el país, mientras el ministerio procedía con el permiso ambiental en El Dorado y así la empresa comenzar a trabajar en los yacimientos. (CIADI, 2016, Párr. 3.10). Sin embargo, esto no sucedió, se modificó ilegítimamente el régimen jurídico en el cual la empresa se basó a la hora de

invertir. Como consecuencia, dado que la inversión “le quitó valor a sus importantes inversiones en El Salvador” (CIADI, 2016, Párr. 3.6) solicitó una indemnización de 314 millones de dólares.

La justificación por parte de El Salvador fue concisa, Pac Rim nunca tuvo derechos legales sobre los yacimientos de oro y plata de El Dorado. La empresa era consciente de que estaba adquiriendo empresas titulares de derecho poco tiempo antes de que se solicitarse permisos para nuevas licencias. La ley de inversiones de cada país es con el fin de que las inversiones se realicen conforme al Derecho del Estado receptor, en este caso la Ley de Inversiones de El Salvador en su artículo 7 literal b dice que “El subsuelo pertenece al Estado, el cual podrá otorgar concesiones para su explotación”, el Estado no está obligado a otorgar ningún permiso, por lo cual, la indemnización por daños y perjuicios que sostiene Pac Rim no sería viable.

2.2.2. Occidental Petroleum Corporation (OXY) vs. Ecuador

En 2006, Occidental Petroleum Corporation (Oxy) inició una demanda contra Ecuador bajo las reglas del CIADI con el número de caso ARB/06/11. Oxy se amparó en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, después que el gobierno ecuatoriano dio por terminada la concesión petrolera debido a que esa empresa estadounidense incumplió el contrato y violó las leyes ecuatorianas. El tribunal estuvo compuesto por Orrego Vicuña, F. como presidente, Brower, C. N. por parte del demandante y Barrera Sweeney, P. como árbitro por la parte acusada.

Oxy vendió ilegalmente el 40% de sus derechos de producción a otra empresa sin la autorización del gobierno, aunque una de las disposiciones del contrato de concesión establecía que si Oxy vendía sus derechos de producción sin autorización previa del gobierno, el contrato se daría por terminado. Dicho contrato aplicaba explícitamente la ley de hidrocarburos de Ecuador, que protege la prerrogativa del gobierno de examinar a las empresas que quieran producir petróleo en su territorio

Amparándose en el TBI, Oxy interpuso su demanda dos días después que el gobierno ecuatoriano cancelara la concesión petrolera. La empresa alegó que la aplicación que hizo el Gobierno Ecuatoriano de los términos del contrato y la ley de

hidrocarburos violaba los compromisos asumidos por Ecuador en el TBI, entre ellos la obligación de brindarle a la empresa un “trato justo y equitativo”⁵.

El tribunal de arbitraje dictaminó por mayoría que Ecuador debe pagarle \$2.300 millones de dólares a Oxy (incluidos los intereses compuestos), el monto estipulado por el tribunal se dispuso por una “estimación de una estimación de las ganancias futuras que Oxy habría obtenido si hubiese podido explotar plenamente las reservas de petróleo que le fueron confiscadas debido a su transgresión de la ley, incluyendo las ganancias de reservas aún no descubiertas” (ISDS, s.f). Ecuador pidió la anulación del laudo, sin embargo, el mismo fue anulado parcialmente, siendo el monto de anulación adeudado por Ecuador de un total de US\$ 1.061.775.000 (Mil sesenta y un millones, setecientos setenta y cinco mil dólares estadounidenses) (CIADI, 2015, Párr. 586).

Según Chen & Bento (2012) éste es el caso con la indemnización más grande ejecutado por el CIADI con un costo de 2.300 millones de dólares. (citado en Ruggie, 2017).

2.2.3. Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG contra Alemania.

En 2009, la multinacional sueca de energía Vattenfall AB junto con Vattenfall Europe AG y Vattenfall Europe Generation AG (filiales en Vattenfall AB en Alemania) interpusieron una demanda ante el CIADI contra el Gobierno Alemán amparándose en el Tratado sobre la Carta de la Energía⁶, un acuerdo multilateral firmado después de la Guerra Fría para integrar los sectores de la energía soviéticos y de Europa del Este en los mercados occidentales.

El caso se registró bajo el número ARB/09/6 y el tribunal estuvo compuesto por Marc Lalonde (Presidente) de origen canadiense, y los árbitros Franklin Berman (británico) representante de la parte demandada y, por otro lado, Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza) parte demandante

⁵ Cláusula de “trato justo y equitativo” según Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, art 3 inc. a: “Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Fecha de consulta: 25/09/2017. Recuperado de: http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp.

⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía. Fecha de consulta 10/08/2017. Recuperado de: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

La controversia surge por un permiso de uso del agua que exigía el Departamento de Desarrollo Urbano de la ciudad de Hamburgo a la empresa Vattenfall para la construcción de una central eléctrica de carbón en el río Elba. La empresa alegó que las normas de protección ambiental requeridas para la concesión del permiso hacían inviable su inversión, y que Alemania estaba violando una obligación de proporcionarles como inversionistas extranjeros un trato justo y equitativo. Es así que exigió una indemnización de 1.400 millones de euros.

El 12 de marzo de 2010, las Partes acordaron solicitar al Tribunal que suspendiera el procedimiento hasta el 12 de septiembre de 2010 y el mismo coincidió en que durante ese período de tiempo cualquiera de las partes podría reanudar el procedimiento mediante la presentación de una solicitud al Secretario del Tribunal (CIADI, 2010, Párr. 6). Las partes acordaron un mecanismo para la resolución de las diferencias, se dirigieron al Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) que es el máximo tribunal de justicia administrativa de Alemania. El Gobierno Alemán llegó a un arreglo extraprocesal con Vattenfall en el año 2010; dicho arreglo obligó al Gobierno de Hamburgo a dejar sin efecto los requisitos ambientales para la usina en el Río Elba y emitió los permisos requeridos para que la empresa siguiera adelante con su proyecto. El acuerdo entre las partes implicó que Vattenfall renunciara a sus compromisos anteriores de reducir el impacto de la usina a carbón en el río la cual comenzó a funcionar en febrero 2014.

2.2.4. Philip Morris Asia contra Australia

En este caso la disputa tiene como objeto las medidas anti tabaco llevadas a cabo por Australia en la lucha de la salud de sus ciudadanos. Este laudo culminó a favor del Estado. Fue llevado a cabo bajo las reglas del CPA bajo el número de caso 2012-12 Este arbitraje se lleva a cabo bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2010 de conformidad con el Acuerdo entre el Gobierno de Hong Kong y el Gobierno de Australia para la Promoción y Protección de Inversiones.

Todo comenzó el 21 de noviembre de 2011 cuando el Parlamento australiano sanciona la Ley de empaquetado genérico (*Tobacco Plain Packaging Bill*) de los cigarrillos con una advertencia sanitaria de 82,5% en promedio. El objetivo del mismo fue hacer menos atractivos para los consumidores los productos, se prohibieron en todos

los empaques de cigarros: cualquier marca, logotipo, nombre comercial o cualquier otra forma de identificación y obligando a incluir leyendas preventivas que cubren todo el paquete. Este arbitraje de inversión tiene la particularidad de estar vinculado estrechamente con la salud, específicamente en medidas de control del tabaquismo, acorde al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco.

La empresa Philip Morris Asia se presenta ante la Corte Permanente de Arbitraje argumentado que fueron violadas las disposiciones relativas a la expropiación de ocho marcas sin la debida compensación, el trato justo y equitativo, el trato no arbitrario y no discriminatorio, la protección y seguridad plenas, y la cláusula paraguas.

Por su parte Australia sostuvo que la inversión de Philip Morris Hong Kong (PMHK) no estaba legalmente admitida en Australia y que la controversia había surgido antes de que el demandante obtuviera la protección del Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de Hong Kong (TBI), en otras palabras, Australia sostuvo que lo de PMHK constituía un abuso de derecho.

La selección de estas controversias tiene como fundamento temas de interés público como lo son medio ambiente y salud. Asimismo, también se decidió por tomar una muestra representativa de los procedimientos de arbitraje concluidos optando por la selección de dos fallos a favor del Estado, uno a favor del inversor y otro por acuerdo entre las partes. Particularmente los casos de Philip Morris Asia contra Australia en la CPA y el caso de Pacific Rim contra El Salvador por el CIADI ambos con fallos a favor del Estado, la petrolera Chevron contra Ecuador también en la CPA como fallo a favor del inversor y como ejemplo de acuerdo entre las partes se optó por Vattenfall contra Alemania.

Otro rasgo particular de estos casos es que se tomaron litigios contra países desarrollados como también países en vías de desarrollo con el fin de demostrar que no necesariamente son los Estados en vías de desarrollo los más vulnerables frente al Derecho Internacional de Inversiones. Sin embargo, un dato interesante es que, en el caso de Alemania, la misma ha respondido como demandado en solo tres instancias mientras que, como demandante ante otros Estados 57 veces. Por el contrario, a los casos americanos, El Salvador y Ecuador sólo han figurado como demandados ambos en tres arbitrajes diferentes.

2.3. Presencia de las Empresas Transnacionales en el territorio de un Estado y su influencia en las políticas públicas

Una vez hecha una breve reseña de los casos a analizar, se puntualizará en aquellos donde se vieron reflejadas el accionar de las Empresas Transnacionales en las políticas públicas de los países anfitriones. En este caso se hace presente la solución de controversia inversor-Estado de la Empresa eléctrica sueca Vattenfall que demandó a la ciudad de Hamburgo (Alemania) tras esta imponer una serie de reglas ambientales respecto al uso del agua en una central eléctrica de carbón.

Tal como se expresó anteriormente, el caso se resolvió fuera de los tribunales del CIADI, es decir, un arreglo extraprocesal, luego de que el Gobierno de Hamburgo dejara sin efecto normativa ambiental exacerbando el impacto de la central eléctrica de Vattenfall sobre el Río Elba.

La ciudad de Hamburgo acordó un contrato provisional con Vattenfall en 2007 para la construcción de la planta energética, el mismo incluía ciertos límites ambientales sobre el impacto que tendría la planta sobre las aguas del Río Elba. Fue así que la Autoridad de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente de Hamburgo (BSU) le otorgó a Vattenfall un permiso preliminar permitiéndole comenzar con ciertos aspectos de la construcción de la planta.

La aprobación definitiva del acuerdo fue concedida en septiembre del 2008, en el cual se plasmaron otras restricciones adicionales respecto al impacto en el Río Elba, estas fueron impacto sobre: el volumen de agua, temperatura y contenido de oxígeno. Tales medidas según el Gobierno de Hamburgo fueron con el fin de cumplir con La Directiva Marco del Agua de la Unión Europea⁷ la cual, que exige que todos los Estados miembros de la UE garanticen ciertos niveles de calidad del agua en ríos, lagos, estuarios, las aguas costeras y las aguas subterráneas (Bernasconi, 2009). Vattenfall, sin embargo, contesta que tales regulaciones del agua harían la planta poco practica y anti económica, e iría más allá de lo acordado en 2007 con la ciudad de Hamburgo.

Al imponer un estándar más estricto en cuanto el permiso final de construcción, la empresa sueca alega que Alemania ha violado la Carta de la Energía y es por ello que lleva a juicio al país.

⁷ La Directiva Marco del Agua de la UE, Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/wfd/es.pdf>

Los cambios en las políticas o leyes que tienen implicaciones adversas para un inversor extranjero pueden ser impugnados en tribunales internacionales por violar la norma justa y equitativa o constituir una expropiación (Bernasconi, 2009). El motivo por el cual Alemania decidió llegar a un acuerdo con Vattenfall en vez de seguir con el proceso de litigio ante el CIADI, pudo haber sido por lo amplio de la interpretación de las cláusulas más invocadas en estos litigios como lo son el trato justo y equitativo o la expropiación y que ello llevara al país a perder el caso e indemnizar en grandes sumas a Vattenfall.

Otro ejemplo de influencia de empresas transnacionales en políticas públicas, es la disputa iniciada por Philip Morris Asia contra Australia, aunque el fallo fue a favor de Australia, en esta oportunidad se hará mención a la consecuencia inmediata una vez que la empresa transnacional se presenta ante la CPA demandando al país anfitrión.

Tal como se mencionó anteriormente, el motivo de esta controversia se debió a las medidas anti tabaco que el país anfitrión (Australia) llevaba a cabo las cuales consistían en una ley de empaquetado genérico, la misma fue promulgada por el Parlamento australiano el 1 de diciembre de 2011 y entró en vigor en su totalidad el 1 de diciembre de 2012. Esta Ley establece los requisitos para el empaquetado genérico, el aspecto, la presentación de los nombres y marcas comerciales y el embalaje de los productos de tabaco. Los productos de tabaco tendrán un paquete de color verde oliva y con un tipo de letra corriente además de advertencias de salud pública e imágenes gráficas de enfermedades relacionadas con el hábito de fumar. El objetivo consiste en fomentar la salud pública al disuadir a las personas del hábito de fumar o del consumo de productos de tabaco.

Dicha ley fue tomada en consideración para llevar a cabo por el país vecino, Nueva Zelanda, lo mismo aconteció con Uruguay, lo cual conllevó a otro laudo arbitral con la tabacalera Philip Morris. En el caso de Nueva Zelanda particularmente lo que sucedió fue que, en vista de la demanda en 2012 que recibió Australia, decide suspender la sanción normativa sobre empaque genérico hasta que el tribunal de la CPA emita el laudo contra dicho país, con el fin de no verse perjudicado en una demanda legal. A este accionar Luciana Ghiotto lo llama “chilling effect”, enfriamiento de las políticas públicas.

La entrevistada también brindó otro ejemplo de cómo las empresas transnacionales influyen en las políticas públicas del país anfitrión, particularmente con en el caso de Colombia que en el año 2016 recibió cuatro demandas inversor-Estado por

parte de cuatro empresas mineras cuando nunca antes se había visto envuelto en una disputa arbitral. Lo que sucedió fue que el país por mantenimiento de la gobernabilidad interna tuvo que anular los permisos de explotación minera para dichas empresas en sectores con recursos hídricos, zonas protegidas y zonas habitadas por comunidades indígenas. Por tal motivo las Empresas decidieron entablar una demanda, es aquí donde Ghiotto aprecia que este tipo de demandas en cortos periodos de tiempo tienen, claramente, el intento de revertir la política de un Estado.

Retomando con el caso de Philip Morris Asia contra Australia, una vez concluido, el Primer Ministro de Nueva Zelanda anuncia públicamente que se retomará el procedimiento para la sanción de la ley de empaque genérico a fines de 2016. Actualmente los cambios regulatorios ya fueron previstos y los mismos tendrán efecto a partir de marzo 2018.

En suma, lo preocupante es que, no solo Alemania o Nueva Zelanda, sino cualquier Estado que adopte medidas de regulación ambiental o de cualquier índole (Derechos Humanos, salud, etc.) acordadas internacionalmente sean difíciles de llevar a cabo debido a que muchas leyes y políticas han sido impugnadas en virtud de tratados de inversión. Lo mismo acontece con sus políticas económicas, tal como lo expresó Gustavo Rojas De Cerqueira, analista de Relaciones Internacionales especializado en Economía y Comercio Internacional⁸, cuando se lo consultó al respecto. Considera que la autonomía de la política económica de un Estado se ve afectada por la amenaza de enjuiciamiento por parte de transnacionales.

Rojas De Cerqueira afirmó que

“Particularmente, creo que los TBI firmados durante los 90 en la región han reducido la autonomía estatal en la conducción del proceso de reforma del Estado. Eso se puede percibir principalmente por el formato de los procesos de concesión/privatización de servicios públicos a la iniciativa privada.”

Las dos controversias analizadas son claro ejemplo de las limitaciones que puede generar un laudo arbitral además de los ejemplos de los entrevistados y deja en evidencia cómo un Estado se encuentra limitado cuando coinciden dos compromisos, uno con el inversor extranjero y otro con sus ciudadanos. Adoptar este tipo de medidas no ha sido la única pérdida de control por parte de los Estados tal como se analizará en el capítulo siguiente.

⁸ Entrevistado por correo electrónico el 21 de septiembre de 2017.

Capítulo 3: Pérdida de control de los Estados ante las empresas transnacionales según la óptica de Susan Strange.

3.1. Aspectos preliminares

En el presente se analizarán en qué aspectos se aprecia pérdida de control por parte de los Estados frente a las empresas transnacionales tomando en cuenta las soluciones de controversias inversor – Estado trabajadas y el papel que las transnacionales juegan como actores políticos.

A lo largo de sus trabajos “States and Markets” (1988) y “The Retreat of the State” (1996) Strange plantea como hipótesis que, en muchos aspectos, la mayoría de los Estados han perdido control sobre algunas funciones de la autoridad y las comparte, ya sea con otros Estados, o bien con otras autoridades no estatales. Por consecuencia, se supone un declive general en el poder de la mayoría de estados y un cierto aumento de autoridad por parte de los mercados mundiales y de las empresas que operan en ellos. Dicho declive es más notorio en cuestiones como seguridad, producción, inversiones y finanzas, estructuras primarias diferentes, pero íntimamente relacionadas. A estas se suman otros aspectos secundarios que están determinadas por las previamente mencionadas, estas son: redes de comercio, transporte, energía y bienestar social.

3.2. El poder estructural en la seguridad

Post Guerra Fría se puede ver un cambio de énfasis al referirnos a la seguridad, antes era centrado únicamente en los Estados y el recurso de la guerra interestatal comenzó a ser menos frecuente y menos determinante. Sin embargo, surge un nuevo tipo de relacionamiento como lo es la relación entre Estados y firmas privadas, y entre Estados y actores no estatales (Strange, 1988 p.54)

Según Sanahuja “El cambio más importante se refiere a cambios en las fuentes del poder y a un desplazamiento del mismo desde los actores estatales a los no estatales, debido a la redefinición de la seguridad que ha traído consigo el fin de la guerra fría, la revolución tecnológica y la transnacionalización y privatización de la violencia organizada” (2008, p. 338). Sin embargo, según el mismo autor la violencia no ha cesado y como consecuencia, está en tela de juicio la capacidad de garantizar la seguridad de las personas a través de las capacidades coercitivas de los Estados y de los mecanismos propios de las relaciones interestatales. Esto lo podemos apreciar con el

caso de Vattenfall contra Alemania llevado a cabo mediante el mecanismo de solución de controversias del CIADI bajo el caso número ARB/09/6.

En 2009, la multinacional sueca de energía Vattenfall interpuso una demanda de arbitraje contra el Gobierno Alemán amparándose en el Tratado sobre la Carta de la Energía⁹, un acuerdo multilateral firmado después de la Guerra Fría para integrar los sectores de la energía soviéticos y de Europa del Este en los mercados occidentales.

La controversia surge por un permiso de uso del agua que exigía el Departamento de Desarrollo Urbano de la ciudad de Hamburgo a la empresa Vattenfall para la construcción de una central eléctrica de carbón en el río Elba. La empresa alegó que las normas de protección ambiental requeridas para la concesión del permiso hacían inviable su inversión y exigió una indemnización de 1.400 millones de euros. El caso se resolvió con un acuerdo amistoso en 2011, después de que la ciudad de Hamburgo accediera a flexibilizar los requisitos ambientales.

El 17 de abril de 2009 El Secretario General Interino registra una solicitud para la institución de procedimientos de arbitraje. El 17 de septiembre de 2009 el Tribunal celebra una primera sesión en París. 15 de marzo de 2010 el procedimiento se suspende de conformidad con el acuerdo de las partes. El 27 de agosto de 2010 se lleva a cabo la suspensión del proceso se prorroga de conformidad con el acuerdo de las partes.

Entre el 7 de febrero de 2011 y el 8 de febrero de 2011 las partes presentan una solicitud para reanudar el procedimiento y solicitan al Tribunal que incorpore su arreglo en un laudo de conformidad con la Regla 43 sobre avenencia y terminación punto 2 el cual establece: “Si las partes le presentan al Secretario General el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo, el Tribunal podrá hacerlo.”. Finalmente, el 11 de marzo de 2011 el Tribunal otorga su laudo que contiene el acuerdo de arreglo de las partes, de conformidad con la Regla 43 (2) del Arbitraje del CIADI.

Este caso en particular, deja en evidencia como el arbitraje de diferencias inversor-Estado puede perjudicar la aplicación de leyes ambientales y obstaculizar el proceso hacia la implementación de energías sostenibles. Al quererse implementar nuevos requisitos para el uso del agua, lo que Hamburgo estaba aplicando era la

⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía. Fecha de consulta 10/08/2017. Recuperado de: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

Directiva Marco para el Agua de la Unión Europea¹⁰ llevada a cabo para mejorar la protección del medio ambiente, y por consecuencia también la salud y la seguridad de las comunidades europeas. Sin embargo, los inversores extranjeros pueden utilizar sus derechos para demandar a los Gobiernos al margen de los sistemas jurídicos preestablecidos (en este caso la Carta de la Energía) y así poder disuadir a los Estados de establecer normas que perjudiquen las ganancias de las Transnacionales.

Las limitaciones ambientales fueron el comienzo de un proceso llevado a cabo por el Gobierno Alemán (Primer Ministra Angela Merkel 2005 – actualidad) contra el cambio climático. La empresa sueca tuvo la oportunidad de interponer una segunda demanda contra Alemania también por el CIADI en mayo de 2012.

La misma también se amparó en el Tratado sobre la Carta de la Energía. Vattenfall reclamó una indemnización a consecuencia de la decisión tomada por Alemania de terminar con la energía nuclear, dicha decisión fue tomada por el gobierno tras la catástrofe nuclear de Fukushima, Japón, 2011. El Parlamento Alemán enmendó la Ley de Energía Atómica a fin de revertir la extensión de vida útil de las centrales nucleares. La meta es prescindir completamente del uso de energía nuclear a para el año 2022.

Este caso aún sigue pendiente de resolución, pero aun así ambos casos demuestran que, los Estados se encuentran limitados en su accionar, por más que esté basado en el cuidado y seguridad pública, si algunas de las disposiciones contradicen o vulneran los derechos de las empresas transnacionales, se verán envueltos en una disputa inversor-Estado.

Es cuestionable si el Derecho Internacional de Inversiones es el mecanismo más propicio para este tipo de disputas puesto que, frente a la situación, los Estados se encuentran en desventaja ya que las decisiones de los gobiernos se llevan a juicio fuera de los mecanismos legales nacionales.

En el caso ARB/09/6, Vattenfall se dirigió primeramente al Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) que es el máximo tribunal de justicia administrativa de Alemania, pero la Empresa Transnacional no estaba de acuerdo con

¹⁰ Directiva Marco para el Agua de la Unión Europea. Fecha de consulta 10/08/2017. Recuperado de: <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/wfd/es.pdf>

las restricciones extremadamente severas¹¹ impuestas por el país anfitrión y por ende decide interponer una demanda en el Arbitraje de Diferencias inversor-Estado.

En el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras lo que prevalece es la protección de la inversión. Por alguna razón, Alemania decidió que el caso se resolviera de mutuo acuerdo, pero lo que Vattenfall logró fue que se rebajaron los requisitos para la concesión de los permisos de uso de agua, a expensas de la protección del medio ambiente y las comunidades de la zona, dejando en manifiesto la amenaza que representan estos casos, ya que, las regulaciones para proteger el medio ambiente y la seguridad de los ciudadanos puede entrar en conflicto con los acuerdos de comercio e inversión dándole la potestad a los inversores de terminar con las normas de protección y conservación del medio ambiente que perjudican su crecimiento económico.

Volviendo a la teoría, el poder estructural de esta estructura se ubica en aquellos actores que están en la posesión de los medios para ejercer el control de la seguridad ante una sociedad mediante el uso de la fuerza (Strange 1994, p 45) esta visión formada en plena guerra fría, en un mundo westfaliano de Estados soberanos, donde las principales amenazas de seguridad provenían de otros Estados, donde había una notoria diferencia entre los que contaban con armamento nuclear y cuáles no. Los que si tenían contaban con la posibilidad de extender sus esferas de influencia, y los que no contaban con ellas, quedaban en una posición de dependencia respecto a las grandes potencias.

En los noventas cuando Strange trabaja en “The Retreat of the State”, observa un cambio de énfasis respecto a la seguridad, antes centrado solo en los Estados, y ahora con nuevas relaciones. También la seguridad deja de ser determinante por sobre las demás estructuras, viéndose cada vez más influenciada por las otras tres: producción, conocimiento, créditos y finanzas.

3.3. El poder estructural en la producción

En esta estructura, el cambio fundamental que se observa se refiere a las pautas de producción, que con el impulso de las compañías transnacionales han pasado de estar basadas en los mercados nacionales, a realizarse con la perspectiva del mercado mundial o de mercados regionales ampliados. Se modifica el papel de los Estados, y de la política económica, antes orientada a la generación de riqueza en un marco nacional y

¹¹ Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG and Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, Request for Arbitration, 30 de marzo de 2009, capítulo 2 (36.). Fecha de consulta 12/09/2017. Recuperado de: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>

ahora compitiendo por cuotas de mercado mundial. Para Strange, la cuestión clave radica en la relación entre el poder del Estado, la transnacionalización de la producción y el cambio tecnológico. Por efecto de este último, es que se disminuye la importancia de los factores de producción ligados a un territorio: tierra, materias primas y trabajo, incrementándose la importancia de los factores móviles como lo son el capital y la tecnología, que muchas veces vienen juntos a través de la Inversión Extranjera Directa (IED).

La IED consiste en deslocalizar los procesos productivos fuera de sus territorios originales, procesan la internacionalización y la multinacionalización del capitalismo. Esto genera una intensificación en la división del trabajo la cual es desigual en la dotación de recursos. Por este motivo es que los Estados procuran desarrollar políticas favorables a las empresas transnacionales y el capital externo, es decir que se genera una relación Estado-firma la cual reduce sensiblemente la autonomía del Estado en la conducción de la política económica. (Sanahuja, 2008)

En “The Retreat of the States”, Susan Strange hace énfasis en el poder de los Estados, el cual se pierde o evapora en un mercado global que carece de regulación adecuada y sin instituciones internacionales eficaces. Los Estados han visto su capacidad de regular deteriorada a la hora de imponer gravámenes, las relaciones laborales, desarrollar una política que aliente o proteja determinados sectores, etc.

Esa estructura se puede ver reflejada parcialmente en la mayoría de los casos de solución de controversias inversor-Estado, puesto que, todo comienzo de relación entre un Estado y una empresa transnacional ha sido en busca de beneficio mutuo. Por un lado, las transnacionales ven el Derecho Internacional de Inversiones como un mecanismo de protección y por otro lado los Estados lo ven como una promoción de inversiones, un mecanismo de inversión extranjera.

Para ilustrar tenemos el caso de solución de controversias inversor-Estado desarrollado bajo las reglas del CIADI de la minera canadiense Pac Rim contra la República de El Salvador, disputa que tiene como asunto al proyecto El Dorado de la minería química a cielo abierto en del departamento de Cabañas.

Pacific Rim inició operaciones en El Salvador a principios del 2000, cuando la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Economía le autorizó explorar en la zona de El Dorado, en San Isidro, Cabañas, y en otras regiones del país con potencial de metales preciosos. Según su declaración ante el CIADI, Pac Rim sostiene que la empresa minera era “precisamente el tipo de inversor que El Salvador buscaba: un

inversor extranjero con experiencia necesaria en la exploración mineral para hacer realidad el proyecto El Dorado” (CIADI, Párr. 3.7)

De 2000 a 2006, el promedio de la inversión extranjera en el país fue de \$311 millones, cantidad inferior a los años posteriores. Desde 2000 a la actualidad, la inversión extranjera en la región incrementó y pasó de \$3,000 millones a los más de \$8,000 millones registrados por la CEPAL.

En El Salvador, la dinámica mostrada por el ingreso de capitales en concepto de IED denota dos períodos claramente diferenciados: antes y después de los años noventa. Antes de los noventa, para el período 1976-89 los flujos de IED promediaban cerca de US\$ 12 millones por año, siendo obviamente el conflicto bélico y la recesión económica que vivió el país durante la década de los ochentas, factores de mucho peso que incidieron en el bajo ingreso de inversión. En los noventa, tras el fin de la guerra con la firma de los Acuerdos de Paz y la aplicación de programas de estabilidad y ajuste estructural, la economía se orientó hacia una recuperación económica y mayor apertura externa. Uno de los mecanismos empleados por el Gobierno de El Salvador fueron adoptar leyes tales como la Ley de Inversiones de 1999, la cual implicó la creación de la Oficina Nacional de Inversiones con la finalidad de facilitar, centralizar y coordinar los procedimientos gubernamentales que los inversionistas deben llevar a cabo (Calderón, 2003)

Entre los principales beneficios que otorga la Ley de Inversiones se pueden ver: 1) Otorga el mismo tratamiento a inversionistas nacionales y extranjeros; 2) No existen límites al capital extranjero; 3) Libre movimiento, transferencia y repatriación de capital; 4) No existe duplicación de impuestos; 5) Favorece la mediación nacional e internacional para la resolución de controversias; 6) Protección de derechos de autor. (Calderón, 2003).

En suma, se puede apreciar cuán importante es la Inversión Extranjera Directa en un país. Y como éste busca los medios, para ser interesante para el inversor creando leyes, y fomentando la explotación de materias primas en sus territorios.

3.4. El poder estructural en el crédito y las finanzas

En esta estructura, las finanzas abarcan las reglas que gobiernan la disponibilidad de capital y los factores que determinan los términos en los que las monedas se cambian unas con otras. El análisis se basa en que la inversión no se realiza

con dinero sino con crédito. El control de ese crédito es tanto una fuente de poder, como uno de los objetos de las relaciones de poder en el sistema internacional. No es posible comprender cuestiones financieras internacionales sin tomar en cuenta los factores políticos.

Según Sanahuja “la estructura de las finanzas es definida como la suma de todos los acuerdos que gobiernan la disponibilidad de capital, más todos los factores que determinan los términos en los que las monedas se intercambian unas con otras” (s.f). Por lo tanto, las cuestiones centrales para el análisis son las estructuras a través de las cuales se crea crédito, las políticas monetarias, o como diría Strange “la política exterior del dinero” y el sistema monetario internacional (Strange,1988, pp.30, 90).

El poder de dar crédito es compartido por los Estados y las entidades bancarias, la misma se puede ver afectado por las políticas monetarias y el comportamiento de los mercados. A pesar de que States and Markets se desarrolló en los años ochenta, Strange desde ese entonces constante un leve desplazamiento del poder a los actores privados.

Hay muchos hechos que pueden interpretarse como un cambio estructural en el sistema internacional, por ejemplo, la Gran Recesión (crisis económica mundial iniciada en el 2007/2008 en Estados Unidos), caída del dólar, aparición del euro y también, por qué no, los arbitrajes de inversión los cuales conllevan a grandes sumas de dinero tanto en el proceso, como una vez emitido el laudo. “La tendencia de los tribunales que se han constituido hasta el momento en otros juicios, han determinado que la parte demandada en caso de perder, a la vez debe de asumir los costos del proceso de arbitraje” (Ramos, 2009).

Si tomamos el caso de Oxy contra Chevron podemos ver, primeramente, los honorarios que se debieron pagar por el proceso de arbitraje: “De conformidad con los artículos 38 y 39 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal fija los costos del arbitraje en US \$ 594.044,38 compuesto como sigue: a) Honorarios y Gastos del Árbitro Presidente US \$ 239,841.37; b) Honorarios y Gastos del Árbitro Barrera Sweeney US \$ 181,220.50; c) Honorarios y Gastos del Árbitro Brower US \$ 140.371,51; d) Costos de Administración US \$ 32.611” (CIADI, 2004. p. 74. Párr. 11).

El Estado Ecuatoriano ha sido demandado por un total de USD 21.223.947.079, en términos de compensación, por la supuesta violación de los TBI que brindan protección a los inversores extranjeros. Según el informe ejecutivo llevado a cabo por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversión

(CAITISA) Hasta el momento, ha pagado USD \$ 1.342.115.969 en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevron), (CAITISA, 2015, p. 61).

A parte de tales sumas, que son debido a las resoluciones de los tribunales, Ecuador también ha tenido que asumir los gastos que conlleva entrar en un proceso de arbitraje como lo son los honorarios y costos arbitrales y pagos a bufetes que los asesore legalmente.

¿Cómo estos gastos extraordinarios pueden afectar la economía de un país? No solo los laudos ya resueltos son de importancia, también existen muchas cuantías pendientes como el caso de Chevron III caso muy controversial aún sin resolución oficial. A nivel internacional Chevron Corporation ya demandó en otras oportunidades a Ecuador ante la CPA en los cuales se actuó a favor del inversor. Actualmente el caso “Chevron III”, la empresa solicita que se declare la ausencia de responsabilidad u obligación de su parte por los impactos ambientales en la región de Lago Agrio. Todo pareciera que esta controversia no será la excepción. Aun así, estos gastos crean incertidumbre en el Presupuesto Nacional y en la programación de las inversiones públicas para sostener el proceso de desarrollo hacia el Buen Vivir¹² de los ciudadanos ecuatorianos (CAITISA, 2015, p. 61).

En resumen, si los gastos ya estipulados que debe pagar Ecuador, sumando los gastos que llevan los casos de arbitraje aún en proceso, el país deberá pagar un valor que se acerca al 52% del Presupuesto General del Estado de 2017 (CAITISA, 2015)

3.5. El poder estructural y el conocimiento

En esta estructura se confiere poder y autoridad a las instituciones o personas que ocupan posiciones clave en toma de decisiones sobre que conocimiento es correcto. Es la estructura menos estudiada por Strange, es un poder difuso e intangible. El conocimiento se convirtió en una fuente de poder estructural en el momento en que

¹² El término “Buen Vivir” se menciona 18 veces en la Constitución de Ecuador, en el Preámbulo declara: que el pueblo del Ecuador “*celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia (...) decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades*”. Fecha de consulta 26/09/2017. Recuperado de: <http://www.secretariabuenvivir.gob.ec/el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador/>.

se convirtió en algo que podría ser poseído y dejó de ser parte del conocimiento en común de la comunidad en su conjunto.

Podría interpretarse el poder estructural en el conocimiento como el derecho a propiedad intelectual. Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹³ (s.f) “La propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: La propiedad industrial y el derecho de autor.”

Tal es el caso de Philip Morris Asia Limited contra Australia. El demandante en este caso, como hemos mencionado anteriormente, inicio un reclamo ante la CPA alegando la violación al trato bilateral entre Hong Kong y Australia por parte de éste último. Esta medida se ha considerado deliberada, tomando en cuenta las protecciones de inversión que ofrece el tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia y la reestructuración corporativa que realizó Philip Morris International para poder accionar en contra de Australia utilizando dicho tratado. Las violaciones al tratado que reclaman, consisten en que la ley promulgada no permitiría la utilización adecuada de sus marcas y publicidad, las cuales como propiedad industrial constituyen inversiones que han realizado en Australia y que violan los principios de trato justo y equitativo expresados en el tratado bilateral de inversión entre Australia y Hong Kong.

La salud se ha vuelto un enemigo del Derecho Marcario; en el caso de productos tabacaleros ya son muchos países los que han sumado normas que restringen el espacio en el empaquetado en que pueden usarse las marcas, aumentado el espacio de las advertencias sanitarias por sobre el mínimo previsto en el Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud sobre control del tabaco (CMCT) (50%), por ejemplo Namibia (55%), Ecuador (60%), Canadá (75%), Sri Lanka (80%), Australia (empaquete plano con advertencia sanitaria de 82,5% en promedio) (Bas, 2016)

En el caso, del empaquetado genérico, éste consiste en que los gráficos y logos que individualizan a cada marca son quitados de los paquetes de cigarrillos. No obstante, el nombre del producto permanecerá, pero con tamaño de letra, color y ubicación predeterminados en la ley. Además, Australia adhiere entre sus medidas imágenes con advertencias de como el consumo de tabaco afecta la salud en el 30% del frente y en el 90% en la parte posterior de la cajilla. Por consecuencia, la tabacalera argumenta que

¹³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Fecha de consulta: 21/09/2017. Recuperado de: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf

con estas medidas se está violando el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de Comercio al existir una “expropiación” del espacio de promoción en los paquetes.

Yendo aún más allá, Philip Morris International logró que, a través de presiones políticas, países como Honduras (DS435)¹⁴, Indonesia (DS467)¹⁵, Ucrania (DS434)¹⁶, República Dominicana (DS441)¹⁷ y Cuba (DS458)¹⁸ iniciaran acciones ante el Órgano de Resolución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio en contra Australia, alegando que las medidas del Tobacco Plain Packaging Act está violando acuerdos comerciales y derechos de propiedad intelectual, ya que esta nueva normativa no permitiría a las empresas gozar de sus derechos de propiedad intelectual. (Hurtado, 2015)

Aún no se han resuelto ninguno de los casos frente la OMC, los fallos determinarán si un Estado puede limitar el diseño de empaquetado de aquellos productos que se consideren perjudiciales para la salud de quienes lo consumen, de la información que se debe presentar al consumidor y si tales derechos pueden vulnerar los derechos de propiedad intelectual de las empresas.

3.6. Las estructuras secundarias pero subordinadas

Según Strange, las estructuras secundarias son las principales fuentes de poder en el sentido de que son marcos dentro de la cual se hacen importantes elecciones humanas, pero son secundarias en el sentido de que las cuatro estructuras primarias "juegan un papel importante en la conformación de las estructuras secundarias" (Strange, 1988, p.135). en ellas se incluyen: el comercio, transporte, energía y el bienestar.

Las tres primeras claramente se pueden ver relacionadas ya que se rigen en gran medida por mecanismos de mercados “tienen en común que en cada una de ellas los

¹⁴ Honduras contra Australia. Diferencia 435. Fecha de consulta 20/09/2017. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds435_s.htm

¹⁵ Indonésia contra Australia. Diferencia 467. Fecha de consulta 20/09/2017. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds467_s.htm

¹⁶ Ucrânia contra Austrália. Diferencia 434. Fecha de consulta 20/09/2017. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds434_s.htm

¹⁷ República Dominicana contra Austrália. Diferencia 441. Fecha de consulta 20/09/2017. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds441_s.htm

¹⁸ Cuba contra Australia. Diferencia 458. Fecha de consulta 20/09/2017. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds458_s.htm

Estados juegan un rol extraterritorial a través de los acuerdos que las regulas” (Sanahuja s.f, p.23) en cambio, el bienestar la asignación de recursos depende de decisiones adoptadas por las autoridades a margen del mercado, sean estas Estados, organismos internacionales o actores privados como ONG y otras Organizaciones de la Sociedad Civil los cuales se desarrollarán en el próximo apartado.

En el orden de las cuestiones abordadas se puede decir que los Estados han perdido control frente aquellas estructuras que en su momento era de su única jurisdicción debido a su primacía como actor unitario en las relaciones internacionales. Esa jurisdicción efectiva se ha visto desplazada tras el surgimiento de las empresas trasnacionales y el Derecho Internacional de Inversiones. Hay un desplazamiento del poder de los Estados hacia los mercados y las redes de actores no estatales.

Capítulo 4: Organizaciones de la Sociedad Civil y su rol en los procesos de solución de controversias inversor-Estado.

4.1. Las Organizaciones de la Sociedad Civil

En este último capítulo se identifican Organizaciones de la Sociedad Civil que hayan tenido un rol relevante en los procesos de solución de controversias inversor-Estado estudiados e identificar qué características tuvo su participación antes, durante o después de los procesos. El foco se pone en el caso Pac Rim dado que es el único de los seleccionados en el cual una organización de la sociedad civil tuvo un papel determinante.

En primer lugar, es importante señalar que las organizaciones de la sociedad civil son consideradas como un fenómeno de la globalización, se caracterizan por su variedad en función de sus valores, objetivos, actividades y estructura. Se trata de organizaciones sin ánimo de lucro, conformadas por personas que persiguen intereses comunes de una sociedad. Son muy variadas, existen grupos ambientales, grupos de defensa de los derechos de las mujeres, sindicatos, cooperativas, cámaras de comercio, asociaciones profesionales, entre otros.

Cuando Naciones Unidas da el concepto de Sociedad Civil lo hace de modo amplio. Se trata de la relación asociativa que los ciudadanos (al margen de sus familias, amigos y lugares de trabajo) entablan voluntariamente para promover sus intereses, ideas, ideales e ideologías. No incluye la actividad asociativa con fines de lucro (el sector privado) o de gobierno (el sector estatal o público). Entre los componentes de la sociedad civil en las Naciones Unidas, se incluyen: organizaciones populares, organizaciones profesionales, organizaciones confesionales, mundo académico, organizaciones no gubernamentales benéficas: Movimientos sociales y redes de activistas.

De una manera amplia e indirecta podemos ver reflejada estas Sociedades en la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 71, el cual reza:

“El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas”

4.2. Las organizaciones de la sociedad civil en el caso Pac Rim contra El Salvador

El caso más oportuno ha sido Pacific Rim contra El Salvador; dicha controversia dio lugar a una fuerte movilización de entidades sociales en El Salvador y fuera de él, y que se originó cuando las autoridades de El Salvador optaron por suspender la minería metálica a cielo abierto en El Salvador, en el año 2008.

Más de 300 grupos civiles protestaron simultáneamente frente a las instalaciones del Banco Mundial en Washington y en San Salvador para rechazar la demanda de la empresa minera Pacific Rim que, según las organizaciones, devastaría los recursos hídricos de El Salvador.

Organizaciones no gubernamentales, sindicatos, grupos ambientalistas, congregaciones religiosas y comunidades de base de Canadá, de Estados Unidos y de El Salvador presentaron una carta al Presidente del Banco Mundial (BM), Jim Yong Kim, exigiendo una evaluación de la demanda contra El Salvador y solicitando que la institución financiera se desligue del CIADI en el arbitraje internacional que atenta contra el bienestar común de la población afectada por la minería metálica.

Luis Parada¹⁹, abogado que representó a El Salvador en el juicio contra la empresa Pacific Rim, agradeció la movilización sosteniendo que dicho esfuerzo por parte de la gente ayuda a presionar y visibilizar el tema, para que de esta manera se antepongan los intereses de bienestar y seguridad de la población, a los intereses económicos de la transnacional minera. Además de estas movilizaciones, los Aliados Internacionales frente a la Minería en El Salvador lanzaron en diciembre 2016 una campaña de recolección de firmas que culminó en enero 2017 a la que llamaron “Paguen la Deuda y Fuera de El Salvador”.

Otro aspecto interesante en el caso fue la presentación frente al CIADI de un escrito *amicus curiae* por parte del Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL por sus siglas en inglés). Dicha solicitud está contemplada en el artículo 37 (2)²⁰ de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

¹⁹ Actualmente Luis Parada es precandidato a la presidencia de Ecuador por el partido opositor ARENA.

²⁰ Artículo 37 (2): “Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

La expresión “amicus curiae” significa amigo de la corte o amigo del tribunal, es un latinazgo usado para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de Derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso. (FESPAD, 2014)

El viernes 25 de julio del 2014, un grupo de organizaciones que conforman la Mesa Nacional frente a la Minería Metálica de El Salvador, con el acompañamiento CIEL, presentaron un segundo escrito de amicus curiae ²¹ dirigido a todos los miembros del Tribunal del CIADI del caso ARB/09/12: el Sr. V.V. Veeder, Esq., el Dr. Guido Santiago Tawil, y la Profesora Brigitte Stern.

Las organizaciones que componían los amici fueron: la Asociación de Comunidades Para El Desarrollo de Chalatenango²², Asociación de Desarrollo Económico y Social (ADES)²³, CORDES²⁴, Asociación Para El Desarrollo de El Salvador (CRIPDES)²⁵, Fundación para el Estudio de la Aplicación de la Ley (FESPAD)²⁶ y la Unidad Ecológica Salvadoreña (UNES)²⁷.

Los mismos argumentaron que las medidas adoptadas por El Salvador en relación con el proyecto minero propuesto por Pac Rim encuentran apoyo en las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y medio ambiente. En particular, las obligaciones de derechos humanos en materia ambiental le exigen a El Salvador diseñar y aplicar un marco normativo que permita asegurar el

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.” Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partfchap04.htm>. Fecha consulta: 19/09/2017.

²¹ El primer amicus curiae fue en el 2011.

²² Organización no lucrativa fundada en 1988, trabaja en las áreas de la salud comunitaria, educación y derechos humanos.

²³ Organización no lucrativa fundada en 1993 en Sensuntepeque, la ciudad más cercana sustancialmente a la propuesta de mina El Dorado, que trabaja con las comunidades afectadas en el Cantón de Santa Marta.

²⁴ ONG, promueve el desarrollo sustentable y conservación del medio ambiente.

²⁵ Organización de desarrollo de San Salvador, fundada en 1984, trabaja en comités locales incluyendo Cabañas

²⁶ Centro de acción social, jurídica y política dedicado a la protección de DD. HH

²⁷ ONG, defiende la naturaleza, la mejora en la calidad de vida, fortalecimiento de las comunidades, entre otros.

pleno goce de los derechos fundamentales amenazados por actividades riesgosas de terceros.

En el contexto específico de las circunstancias hídricas y ambientales de El Salvador, la minería impone riesgos inaceptables para la población y medio ambiente. Es decir que el proceder del país en cuanto a su cambio normativo no podría ser considerado como un hecho ilícito, sino todo lo contrario, especialmente en un país como El Salvador, “que sufre de alta densidad poblacional y escasez de recursos hídricos, la aplicación de los requisitos legales y los procesos administrativos son herramientas indispensables para que el Estado pueda salvaguardar los derechos amenazados por las industrias extractivas”. (CIEL, 2014). Estas organizaciones argumentan que la reclamación de la demandante no tiene asidero y deben ser desestimadas.

El viernes 14 de octubre, el tribunal anunció su decisión de que la demanda de Pacific Rim era infundada, la misma había demandado a El Salvador por supuestas pérdidas de beneficios potenciales como resultado de que se le denegó una concesión minera del proyecto “El Dorado”. El Gobierno de El Salvador no emitió la concesión porque la empresa no cumplió con los requisitos reguladores clave y por lo tanto según la resolución del tribunal. El Salvador no tendrá que pagar a la compañía los 250 millones de dólares que la minera buscaba.

Lo controversial de este caso, aunque la victoria haya sido para El Salvador, no fue sólo la presencia de organizaciones de la sociedad civil y su influencia, sino las consecuencias inmediatas del mismo, puesto que el Gobierno de El Salvador decidió, luego de esta instancia, no emitir nuevos permisos de explotación minera. Asimismo, el tiempo que se desarrolló el litigio, y el litigio en sí mismo, tuvieron un efecto negativo en el desarrollo e implementación de las políticas públicas necesarias para proteger el medio ambiente y el derecho humano al agua.

Según Robin Broad, profesor de la Universidad Americana:

"lo que tenemos ahora es un claro ejemplo de lo que es malo en las cláusulas de solución de controversia Inversionista-Estado, ya sea que se inserten en las leyes nacionales o en los acuerdos de inversión bilaterales o multilaterales. La experiencia de El Salvador confirma las amenazas a los derechos humanos y el medio ambiente que se producen cuando las empresas presentan una demanda a los tribunales como el CIADI ", (citado en Pérez-Rocha, Orellana, 2017)

Marcos Orellana, del Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL) sostiene: "Al permitir a las empresas transnacionales chantajear a los gobiernos para tratar de obligarlos a adoptar políticas que favorecen a las corporaciones, el arbitraje inversionista-Estado socava la democracia en El Salvador y en todo el mundo", (Pérez-Rocha, Orellana, 2017). El Salvador debió pagar costos legales altos solo para defenderse equivalente a "pagar por más de 2 años las clases de alfabetización para adultos para 140,000 personas" (Perez-Rocha, Orellana, 2017).

Por tanto, la participación del CIEL, como parte no contendiente de la diferenciamediante la presentación del escrito *amicus curiae*, sirvió como información de relevancia a la hora de emitirse la decisión final por parte del tribunal, por más que, no debe haber sido determinante, se puede apreciar que las organizaciones de la sociedad civil tienen su lugar en las resoluciones de controversias inversor-Estado. Luciana Ghiotto, miembro de Asociación por una Tasa a las Transacciones Financieras especulativas para Ayuda a los Ciudadanos (ATTAC) en Argentina, es de la misma opinión.

La organización ATTAC lleva a cabo una política de seguimiento de los TBI y los casos del CIADI en que Argentina se ve envuelta, aunque no con el mismo nivel que las organizaciones de la sociedad civil en Europa. Por ejemplo, Ghiotto indica el caso de el Transnational Institute²⁸, institución que se encarga de desarrollar reportes de investigaciones y seguimientos de casos día a día. En este sentido se destaca el informe "Cuando la injusticia es negocio", emitido en conjunto con el Corporate Observatory of Europe (CEO), que fue de gran controversia respecto al fenómeno de la puerta giratoria entre los bufetes de abogados, árbitros y los Estados y como se ha generado un club de elite de árbitros que son convocados para la mayoría de los casos de solución de controversias inversor-Estado.

En suma, las organizaciones de la sociedad civil que se han involucrado en el tema bajo análisis han tenido una voz de alarma, no solo presentando escritos *amicus curiae* sino también informando a la ciudadanía sobre cuáles son las características y estado de situación del arbitraje de inversiones, aportando al debate social, académico y político en torno al rol protagónico que tienen las empresas transnacionales en detrimento del poder estructural de los Estados.

²⁸ Transnacional Institute. Fecha de consulta 25/09/2017. Recuperado de: <https://www.tni.org/es>

Capítulo 5: Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo se analizó el equilibrio de poder entre Estados y mercados en el Derecho Internacional de las Inversiones, particularmente la solución de controversias inversor-Estado. Las normas que conforman este sistema jurídico han influenciado en un desbalance de poder entre los Estados y los mercados debido a que se funda en fuentes tales como los TBI que, al tener como fin proteger las inversiones, les otorga amplios poderes a los inversores extranjeros. Tal es el caso de la posibilidad de presentar demandas ante tribunales internacionales y ser indemnizados por los Estados receptores de inversiones que los hayan perjudicado.

En este sentido, las empresas transnacionales ven al Derecho Internacional de las Inversiones como un mecanismo de protección mientras que los Estados lo ven como un mecanismo de promoción de inversiones. Las empresas se han ido consolidando como actores poderosos en el sistema internacional, aunque, en los debates de actualidad, la doctrina mayoritaria de Derecho Internacional Público aun no los considera sujetos. No obstante, se debe tener presente que efectúan acciones de interés para el Derecho Internacional como lo son la participación en procesos de arbitraje como demandantes.

Con referencia a la influencia de las empresas transnacionales en las políticas públicas de un Estado anfitrión concluimos que todo cambio en las políticas o leyes internas de un Estados, que posea implicaciones adversas para un inversor extranjero instalado en su país, es motivo suficiente para ser demandado por las transnacionales en los foro de arbitraje de inversiones. A su vez, esto trae como consecuencias posibles enfriamientos en las políticas públicas (o “chilling effect”) y también dificultades en las políticas económicas. Un Estado se encuentra limitado cuando coinciden los compromisos que tiene con el inversor extranjero y con sus ciudadanos.

Además de ello, los Estados han perdido control sobre algunas funciones que antes eran exclusivas de su jurisdicción en términos de seguridad, producción, inversiones y finanzas. Con respecto a la seguridad, ya no se centra únicamente en los Estados y esta dejó de ser determinante frente a las demás estructuras, como por ejemplo la producción. Precisamente en la producción el gran cambio fue que la generación de riqueza deja de ser dentro de un marco nacional para competir en el mercado mundial. Esto trajo como consecuencia la necesidad de los Estados de obtener inversión extranjera directa, estrechamente relacionado con el Derecho Internacional de Inversiones como mecanismo para obtenerla.

Una situación similar a la anterior acontece con el poder estructural en el ámbito de los créditos y las finanzas. Debido al aumento de soluciones de controversias inversor-Estado, muchos Estados han visto su economía afectada a consecuencia de los gastos extraordinarios que conllevan un laudo. Es un hecho que los Estados ya no son más el único actor de las relaciones internacionales y ha perdido espacios en los que previamente ejercía poder de manera exclusiva, evidenciándose un desplazamiento del poder de los Estados hacia los mercados y las redes de actores no estatales.

Entre los actores no estatales que actualmente forman parte de las relaciones internacionales también se destacan las organizaciones de la sociedad civil. Si bien el papel de estas no es central en materia de arbitraje de inversiones, existen ejemplos en los cuales su participación como *amicus curiae* ha sido un aporte de entidad en los laudos arbitrales. Asimismo, estas tienen un rol de denuncia, al informar a los ciudadanos a veces ajenos a estas controversias, aportando académica y políticamente en torno al rol protagónico que se puede apreciar que las empresas transnacionales están teniendo en estos últimos años.

Para finalizar, frente a la pregunta que se incluye en el título de este trabajo, sobre si existe un cambio en el equilibrio de poder Estado-Mercado, podemos concluir afirmativamente. Las empresas transnacionales han ganado su lugar en aquellas parcelas que los Estados han abandonado debido a las medidas tomadas a la hora de fomentar el libre mercado, cambios en las finanzas, y la influencia de la globalización.

Referencias

- Barbé, E (1995). *Relaciones Internacionales*. Madrid. Editorial Tecnos,
- Bas Vilizzio, M (2016) Informe Final de Investigación *América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias*. Programa de Iniciación a la Investigación Comisión Sectorial de Investigación Científica Universidad de la República
- Bas Vilizzio, M (2017) *Pac Rim contra El Salvador: cuando la protección del medioambiente se impone*. En: Bizzozero, Lincoln y Fernández, Wilson (Editores) (2017). Anuario de Política Internacional y política exterior 2016-2017 (en prensa)
- Bermejo Garcia, R. (2012) *Las empresas Transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional*.
- Bizzozero, L. (2011). *Aproximación a las relaciones internacionales. Una mirada desde el siglo XXI*. Montevideo: Ediciones Cruz del Sur.
- Brotóns, A (2007). *Derecho Internacional*. Valencia. Tirant lo blanch.
- CAITISA (2015) *Informe ejecutivo Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*. Quito, Ecuador
- Calderón, M (2003). *Diagnóstico de la inversión extranjera directa en El Salvador 1998- junio 2003*. Banco Central de Reserva de El Salvador. Recuperado de: <http://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/691797082.pdf>
- CIADI (2009). *Vattenfall v. Germany*. UNCTAD. Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/329>
- CIADI (2012) Caso No. ARB/09/12. *Pac Rim Cayman LLC c. La República del Salvador*.
- CIADI (2010) Caso No. ARB 09/6. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG contra Alemania*.
- CIADI (2015) Caso No ARB/06/11 *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*
- Citizen.org. (s/f). Arbitraje internacional de inversiones. Recuperado de: <http://www.citizen.org/documents/informe-ataques-y-demandas-de-inversionistas-extranjeros.pdf>

- CPA (2011). *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*. UNCTAD.
 Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/421>
- Corzo, J. (2013). *Diseño de Políticas Públicas. Una guía práctica para transformar ideas en proyectos viables* (2da. Edición). IEXE editorial.
- Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) (2014). *Organizaciones Sociales presentan segundo amicus curiae en el caso Pacific Rim contra El Salvador*. Recuperado de: <http://fespada.org/organizaciones-sociales-presentan-segundo-amicus-curiae-en-el-caso-pacific-rim-contra-el-salvador/>
- García, O (s.f) *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*.
- Hurtado Bocaletti, A (2015) *La Disputa entre Philip Morris International y Australia*.
 Recuperado de: <http://alegalis.com/la-disputa-entre-philip-morris-international-y-australia/>
- ISDS, (s.f). *Inversionista-Estado Ataques: Energía y Seguridad Pública*. Recuperado de: <http://www.isdscorporateattacks.org/energia>
- Jiménez de Aréchaga, Arbuet, & Puceiro. (2005). *El Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez-Rocha, M, Orellana, M (2017) *Una victoria sobre la minera Ocean Gold en El Salvador*. Publicado en *América Latina en movimiento*.
- Ramos, B (2009) *El legado del CAFTA DR: Millonaria demanda de Pacific Rim al Estado Salvadoreño*. Investigación Especial de Coyuntura. Centro de Investigación sobre inversión y comercio. El Salvador.
- Ruggie, J (2017). *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy. Regulation & Governance*
- Sanahuja, J (s.f) *Documento de trabajo del Máster interuniversitario en diplomacia y relaciones internacionales*. Ministerio de asuntos exteriores y cooperación. Escuela Diplomática
- Sanahuja, J (2008), *¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? El poder estructural y las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea*, en VV AA, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, ISBN 978-84-9860-3, pp. 321-383.
- Strange, S (1987) *The Persistent Myth of Lost Hegemony*. *International Organization*, Vol.41, No. 4. Pp. 551-574. The MIT Press
- Strange, S. (1988) *States and Markets*. London. Pinter Publishers.

Strange, S. (1996). *The retreat of the state*. Cambridge University Press.

Apéndice

CV Gustavo Rojas De Cerqueira

Analista de relaciones internacionales especializado en economía y comercio internacional. Graduado de la Universidad Católica de Minas Gerais - PUC Minas en Relaciones Internacionales con un Máster en Relaciones Internacionales y Negociaciones de FLACSO / San Andrés / Universidad de Barcelona.

Actualmente es investigador en el Centro de Análisis y Difusión de la Economía Paraguaya (CADEP). Fue profesor de Relaciones Económicas Internacionales en la Universidad de Belgrano e investigador del Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA). Anteriormente ha sido consultor del Instituto Internacional de Planificación de la Educación para América Latina (IPE-UNESCO), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Red Latinoamericana de Comercio (LATN / FLACSO).

CV Luciana Ghiotto

Doctora en ciencias sociales por la Universidad de Buenos Aires. Becaria posdoctoral del CONICET. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Se especializa en temáticas de relaciones económicas internacionales, con énfasis en el proceso de liberalización comercial y del sector de inversiones. Fue Asesora Externa de la Comisión de auditoría Integral de los tratados de Inversión y del sistema de arbitraje (CAITISA) de Ecuador.

Como activista es miembro de la Red ATTAC Argentina (Asociación por una Tasa a las Transacciones financieras y por la Acción Ciudadana) y miembro de la Asamblea “Argentina mejor sin TLC”. Colabora con el Transnational Institute (TNI).