



República Bolivariana de Venezuela
Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior
Universidad Nacional Experimental Politécnica
“Antonio José de Sucre”
Vice-rectorado Puerto Ordaz
Departamento de Ingeniería Industrial
INGENIERÍA FINANCIERA

Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional
en los Tratados Bilaterales de Inversión

Asesor Académico:

MSc. Ing. Iván J. Turmero Astros

Integrantes:

Muñoz, Lusnelly

Moreno, Roxana

Ríos, Aurimar

Sánchez, Heisser

Velásquez, Ángela

Urbaneja, Maurín

CIUDAD GUAYANA, JUNIO DE 2017



LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.



El proceso de globalización y liberalización económica y de apertura comercial generado no hace más de veinte años, dio lugar en el ámbito de las inversiones, a la suscripción generalizada por parte de los Estados de la comunidad internacional.

Se ha sostenido que los países en desarrollo o mercados emergentes proveen de oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades que deben sopesarse frente a ciertas desventajas

El régimen de la inversión extranjera en el Derecho Internacional Público y Privado.



En el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX, la política abusiva de los países exportadores de capital en América Latina condujo a continuos desacuerdos acerca del contenido del mencionado “estándar mínimo”.

Los criterios aplicables a la protección de los inversores (e inversiones en general) fueron objeto de enconados debates en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas durante las décadas de 1960 y 1970, plasmados en la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973.



El régimen de la inversión extranjera en el Derecho Internacional Público y Privado.



Las notables diferencias existentes respecto del contenido que debía darse a las normas de protección de los inversores fuera de los límites de los territorios Estados, ha generado tradicionalmente, un significativo nivel de confrontación política entre países exportadores y receptores de capital, toda vez que involucra potestades que devienen de la soberanía del Estado.

a) el carácter absoluto o no de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales.	b) si el Estado tiene la obligación, según Derecho Internacional, de pagar una compensación por un acto de expropiación o nacionalización de la propiedad extranjera	c) cuál es la naturaleza jurídica de los contratos concertados entre los Estados y las empresas extranjeras para la explotación de determinados recursos naturales	d) cuál es la ley aplicable y la jurisdicción competente
---	--	--	--



El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

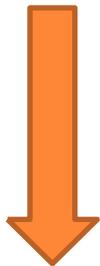
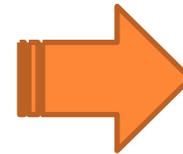
La globalización de la economía mundial se trasunta en la mayor internacionalidad de la producción e intercambio económicos² y en el aumento de la circulación de los factores productivos. La economía global actual es producto, tanto de los avances tecnológicos cuanto de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión del capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros.

No cabe duda que en países con dificultades para generar capital propio el desarrollo económico se encuentra íntimamente ligado al proceso de las inversiones extranjeras.



El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

Procesos de la importancia de los acaecidos en la Argentina desde finales de la década del 80 no habrían podido realizarse sin el aporte de dicho capital, sin perjuicio de ciertos efectos nocivos no deseados como la ausencia de medidas relevantes para disminuir el déficit público y la afectación que produjeron a nuestro mercado crisis como la mexicana y la brasileña



El proceso de globalización y la necesidad de atraer capital ha llevado a los países en desarrollo a asumir la necesidad de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atractivo para los inversores extranjeros, también denominado por la doctrina “clima de inversión”.

El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

Mientras los cambios en la economía son difíciles de obtener y generalmente implican mucho tiempo, es relativamente más fácil establecer nuevas normas en materia de inversiones o liberalizar las existentes. Incluso, el resultado de tales actos legislativos es normalmente mucho más predecible que las reformas macroeconómicas.

En palabras de Gutiérrez Posse, “las cláusulas de estos tratados marco persiguen un objetivo de estabilidad, intentando garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos, o de otra índole, del Estado parte. Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el 'equilibrio de los contratos'.



Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión

En general, existe consenso que el antecedente más cercano de los actuales tratados en materia de inversión extranjera fueron los denominados “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (Friendship, Commerce and Navigation Treaties) suscriptos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América¹³, Japón –en menor medida- y por algunas naciones de Europa Occidental.



El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión



A modo de ejemplo, Argentina suscribió un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Estados Unidos de fecha 27 de julio de 1853 y otro con Alemania el 19 de septiembre de 1857. La mayor parte de estos tratados abarcaban temas diversos; desde el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a ser asesorado jurídicamente, el derecho a un juicio rápido, hasta el tratamiento nacional del inversor extranjero, la ejecución de los laudos arbitrales, la protección de la propiedad adquirida, la igualdad en el trato impositivo, la administración y los controles cambiarios, el tránsito de bienes y personas, el derecho a local y adquirir propiedades, derechos e impuestos a la importación y exportación, entre muchos otros.

El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión



A partir de la Segunda Guerra Mundial, surge un nuevo género de tratados en materia de inversiones que apuntaba al reconocimiento internacional de la validez de seguros nacionales contra riesgos no comerciales (la expropiación, nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad moneda local)



Otorgados por los países exportadores de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros, desarrollando de esta manera interesantes esquemas de garantía de inversión. Los primeros convenios suscritos por los Estados exportadores de capital fueron con países de Asia y África.



El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

A partir de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de estos instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático. Finalmente en la década del 90 se incorporaron a la larga lista de Estados celebrantes de convenios en materia de inversiones extranjeras países latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Venezuela, y Chile, quienes tradicionalmente se resistieron a firmarlos por su adhesión a la Doctrina Calvo y los reiterados abusos experimentados por parte de los países exportadores de capital.



LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor.



LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos grandes categorías de tratados:

a) tratados dirigidos exclusivamente a los Estados: son los Estados los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, sin que las mismas trasciendan el plano interestatal.



b) tratados dirigidos a los Estados y a los particulares: los tratados pueden adquirir formas diversas, bien pueden considerar a los particulares como meros beneficiarios de un sistema jurídico dado o bien, yendo más allá, pueden otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus órdenes internos.

CONCERTACIÓN DE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Según nos informa Puig, “la fuente por excelencia del reparto autónomo en la comunidad internacional es el tratado, documento escrito que registra el contenido de los acuerdos logrados entre personas del Derecho de la comunidad internacional.”



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

a)Ámbito de aplicación de los convenios: En los convenios se define lo que debe entenderse por inversión e inversor, delimitando de esta manera el ámbito de aplicación material y personal de sus disposiciones.



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

“La inversión extranjera es el aporte de capital de riesgo efectuado por personas físicas o jurídicas que no tienen constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios, en el país donde invierten con la finalidad de desarrollar una actividad económica”.



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

Dice Tempone que “en relación a las personas físicas, todos los tratados consideran como inversor al nacional de un país parte del mismo.



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

El ámbito de aplicación territorial hace referencia a la extensión espacial del acuerdo; es decir, si se aplica a las inversiones realizadas en todo el territorio de los Estados partes o si se excluye algún área o zona.



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

b) Las obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversión respecto del inversor extranjero: Los tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.



EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

El concepto de norma de tratamiento se refiere al régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor, es decir, aquel tratamiento que el Estado nacional se obligó a conceder al inversor extranjero, a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado.



Norma

EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO

Los tratados objeto de este estudio establecen reglas de protección que resguardan al inversor extranjero de los denominados “riesgos políticos” o “no comerciales”; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica.



EL ARBITRAJE COMO RECURSO DE PROTECCION AL INVERSOR EXTRANJERO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSION.



El proceso de globalización y liberalización económica y de apertura comercial generado no hace más de veinte años, dio lugar en el ámbito de las inversiones, a la suscripción generalizada por parte de los Estados de la comunidad internacional, de un tipo de instrumento internacional denominado Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, cuya práctica se dio por primera vez en la década de 1960.

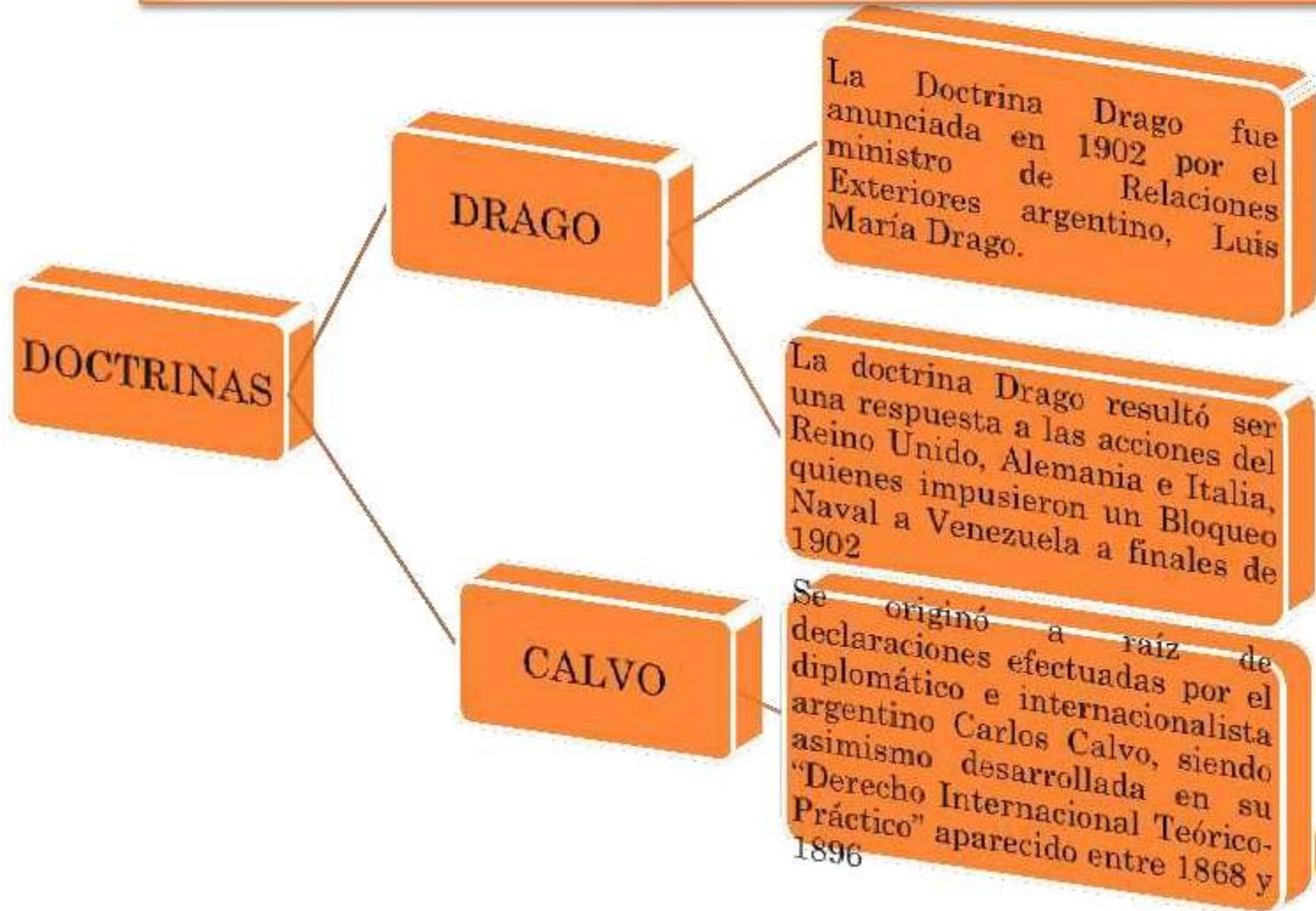
LAS DOCTRINAS DRAGO Y CALVO Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL



Estas dos doctrinas se desarrollaron en América Latina que constituyeron el punto de partida de una tradición jurídica regional basada en la defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones. La primera de ellas se llamó Doctrina Drago, al basarse en una nota enviada en 1902 por el canciller argentino Drago a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos; y aspiraba a prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina.



LAS DOCTRINAS DRAGO Y CALVO Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

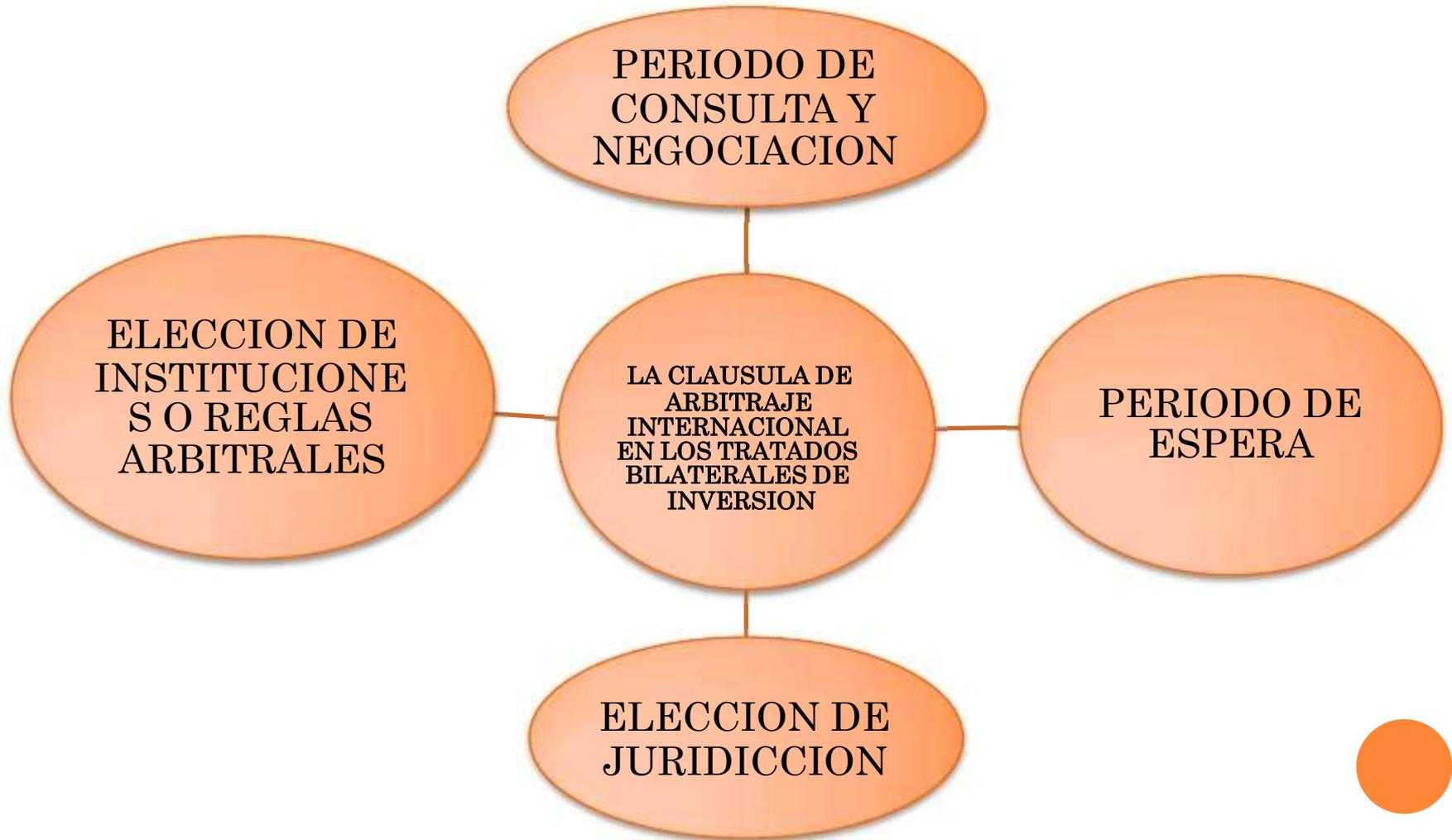


METODOS MODERNOS DE SOLUCION DE DISPUTAS: EL ARBITRAJE

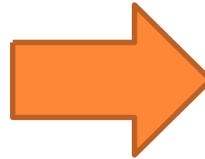
Una estrategia que permite la solución de disputas internacionales en el marco de inversión es la remisión de las dos partes involucradas en el litigio a una tercera, cuya decisión se comprometen a aceptar. Las partes afectadas en la controversia poseen el derecho de apegarse a la ejecución de leyes estatales o bien al arbitraje, en otras palabras el arbitraje es una opción nueva para no recurrir a la aplicación de leyes de un país o a nivel internacional.



LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN



CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Posee amplia experiencia en este ámbito, dado que ha administrado la mayoría de los casos de inversión internacional.



LA COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

LA CONVENCION DE NUEVA YORK

REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE 1976

LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985

LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La Comisión lleva a cabo su labor en períodos de sesiones anuales, que se celebran en años alternos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York y el Centro Internacional de Viena. Cada grupo de trabajo de la Comisión celebra generalmente uno o dos períodos de sesiones al año, según el tema de que se ocupe; el lugar de celebración alterna también entre Nueva York y Viena.

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK



LA COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE 1976



El Reglamento de Arbitraje de la
CNUDMI se aprobó por primera vez en
1976

Aplicado a la solución de una amplia
gama de controversias, como las
surgidas entre entidades comerciales
privadas en las que no interviene
ninguna institución arbitral, así como
en las controversias entre
inversionistas y Estados.



LA COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985



La Ley Modelo está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional.

Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal,



RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL



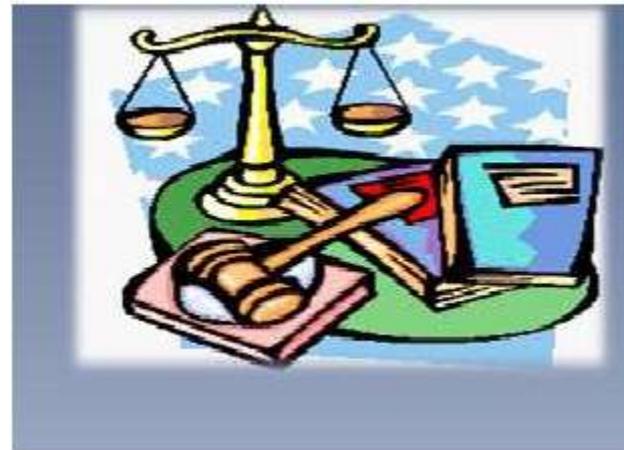
El carácter internacional de un número relevante de litigios surgidos en el ciberespacio

La necesidad en última instancia de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial o arbitral en el extranjero.

Las normas de derecho internacional privado de fuente interna así como las convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales exigen requisitos de diversa índole que no siempre responden a la realidad del ciberespacio.

Protección del inversor extranjero en el Mercosur.

Los países del Mercosur requieren indefectiblemente de financiamiento Externo. De esta forma, para que este capital llegue a Sudamérica, el inversor extranjero .



La integración como fenómeno actual

El estado actual del sistema internacional, parecería indicar que las opciones internacionales son más realizables sobre bases integradas, y es en este contexto que entendemos la necesidad de incorporar a nuestro estudio la protección del Inversor extranjero en el marco actual del proceso de integración mercado sureño.



La institucionalización del Mercosur

El proceso de integración de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como miembros plenos²⁰⁵ y como asociados Bolivia, Chile y Perú, constituye un subsistema internacional y dicho proceso debe tener como objetivo el desarrollo integral del bloque.



Mercosur e inversiones

No podemos tratar el tema de la protección del inversor extranjero en el espacio integrado del Mercosur sin contextualizar lo suficiente como para comprender adecuadamente en dónde estamos y hacia dónde vamos.



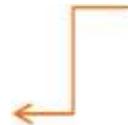
Bloque que atrae inversionistas

El bloque regional Mercosur, con doce millones de kilómetros cuadrados, representa un mercado en potencia de 200 millones de habitantes y un Producto Bruto Interno de más de un trillón de dólares: esta ecuación lo transforma en el cuarto bloque económico integrado del mundo detrás de la Unión Europea, Japón y el NAFTA.



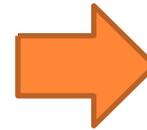
El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur

Es considerado “inversor” para el protocolo, toda persona física nacional de una de las partes contratantes que resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, a menos que la persona resida en forma permanente o se domicilie en la otra Parte contratante.



Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del Mercosur

Respecto de las compensaciones por expropiaciones o en caso en repatriación de beneficios obtenidos por las inversiones, se adopta igual criterio que el del Protocolo de Colonia.



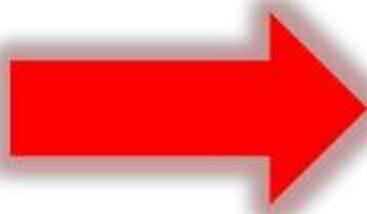
Consecuencias para el inversor extranjero de la aplicación del régimen jurídico para las inversiones en el Mercosur.

En síntesis, se observan argumentos de peso para sostener la efectiva protección del inversor extranjero a raíz de los protocolos en nuestra zona aduanera imperfecta: resalta a simple vista el trato nacional al inversor extranjero, la innegable protección contra la expropiación, la nacionalización y los llamados “riesgos políticos”. Por último, el probado sistema de resolución de conflictos a través del arbitraje internacional.



La Protección de Inversor Extranjero en Argentina

La Argentina es el país de Mercosur que mas ha avanzado en la materia de protección del inversor extranjero. Supera ampliamente el numero de convenios de inversión suscriptos con países exportadores de capital en comparación con los concluidos por el resto de los países mercosureños. Asimismo, ha aceptado firmemente la practica arbitral internacional.



Si bien las normas constitucionales le aseguran al extranjero residente los mismos derechos que al argentino (con excepción de los derechos políticos)



LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

La transformación de tales principios se ve manifestada en lo que parte de la doctrina ha dado en llamar la “ internacionalización del orden jurídico argentino” Los paradigmas sobre los cuales se asentaba nuestro ordenamiento jurídico cambiaron, al igual que instituciones y problemas a resolver.

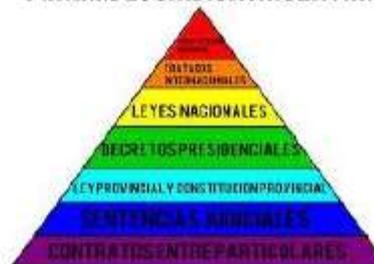
Sin lugar a duda, el punto de inflexión en este cambio esta representado por la reforma constitucional de 1994.

El primer paso para esta internacionalización fue el establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno (art. 75, inc. 22, 1° párr. de la Constitución Argentina)

El segundo ha sido la incorporación con la jerarquía constitucional de diversos Tratados de Derechos Humanos (art 75, inc. 22, 1° párr. de la Constitución Argentina)



PIRAMIDE JURIDICA ARGENTINA



MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Con la voluntad entonces de competir internacionalmente para lograr inversiones del exterior, el Congreso argentino autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a negociar este tipo de convenios a través del artículo 19, capítulo IV relativo a inversiones extranjeras, de la Ley de Emergencia Económica.



Este cambio, tuvo entonces como objetivo principal lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas, insertando al país en la arena internacional y otorgamiento al inversor extranjero la protección efectiva brindada por los tratados.

JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Argentina



- Esto permite afirmar que la importancia
- de estos convenios proviene no tanto del contenido particular de las obligaciones asumidas sino del hecho de aceptar
- asumirlas internacionalmente y con ello
- preservar determinadas reglas de juego por un lapso prolongado de tiempo, en ningún caso inferior a los veinte años.



PIRAMIDE JURIDICA ARGENTINA



JERARQUÍA DE LAS LEGISLACIONES



ARGENTINA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En Argentina, la aceptación de la jurisdicción arbitral para dirimir controversias suscitadas entre la Republica Argentina y personas extranjeras dista mucho de constituir una novedad.

Argentina



El nuevo sistema consagrado comporta para el inversor extranjero la posibilidad de optar desde un comienzo por el arbitraje en el ámbito internacional, o bien por la jurisdicción nacional si así lo prefiriese. La opción por una u otra es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar toda otra vía alternativa.

A) ARGENTINA Y EL CIADI

En este orden de ideas, a partir de la suscripción de los convenios sobre inversión, el sometimiento de la Argentina a la jurisdicción de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ha resultado creciente

Si bien hacia el año 2000, Argentina era parte de cinco arbitrajes internacionales en el ámbito del Centro basados en los Tratados Bilaterales de Inversión, un inversor argentino demandaba a España en el mismo centro.



B) EL CASO “ MAFFEZINI”

I) A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la Republica Argentina prevén dos mecanismos de solución de controversias entre los inversores y el país receptor.



II) EL CASO EN CUESTIÓN



La aplicación de la cláusula de Nación mas favorecida en relación con la jurisdicción del CIADI como por tratarse de la primera controversia planteada por un inversor argentino contra un país convertido en los últimos años en exportador de capitales como España.



III) ACERCA DE LA DECISIÓN ADOPTADA

La decisión adoptada en “ Maffezini” en relación con la invocación de la clausula de Nación mas favorecida existente en un convenio para utilizar las previsiones de otro tratado que autorice el acceso directo a la justificación arbitral ha merecido justificada atención tanto en el ámbito local como internacional.

Si bien no puede todavía considerarse que la decisión referida haya sentado una línea jurisprudencial irreversible, ella tendrá, sin lugar a dudas, efectos significativos en el futuro.



C) ARGENTINA Y LA CNUDMI

Pero no solo ante el CIADI, Argentina radicaba demandas.



Empresas Británicas entablaron reclamos a Argentina ante tribunales *ad hoc* de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Según fuentes de la Procuración del Tesoro de la Nación, el número de demandas a Febrero de 2005 ante Tribunales de CNUDMI es cinco.



D) LA UN.A.D.AR

Tiene por objetivo elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa derivada de controversias planteadas por inversores extranjeros y en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones.

