

PONENCIA: "EL ARBITRAJE INVERSIONISTA ESTADO"

MsC. YANET VAZQUEZ

Buenas tardes a todos.

En nuestro caso queremos mostrar a ustedes como ese panorama general que ya el profesor Muñiz ha adelantado, se presenta a la luz de los APRI suscritos por Cuba. Intentando identificar dentro de las disposiciones fundamentales de estos APRI, según nuestro juicio, como está el tema previsto en la génesis, en lo que origina lo que más adelante pudiera ser un arbitraje inversionista Estado.

Para colocar el tema, debemos recordar lo que ya se ha hablado en varias ocasiones en la sesión del día de hoy. Referido a que este tipo de acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones se ha considerado por muchos como el principal instrumento para regular la materia inversión y atraer el capital extranjero.

Sin embargo, realmente pocos años fueron suficientes, apenas diez, después de la firma y entrada en vigor de la mayoría de los acuerdos suscritos -haciendo referencia fundamentalmente a los países subdesarrollados en la década del noventa-, para cuestionar la eficacia de los APRI en cuanto a la atracción de capital extranjero. En cuanto al comportamiento de los flujos de inversión extranjera y los ingresos netos por concepto de Inversión Extranjera Directa (IED) obtenidos por la mayoría de los países.

La gran mayoría de los APRI existentes, incluidos los 72 firmados por Cuba, 39 de los cuales están en vigor, establecen obligaciones sólo para el país receptor y derechos para los inversionistas. Es decir, hay un desequilibrio evidente, ya el profesor Muñiz lo apuntaba, prácticamente en la mayoría de los BITs suscritos, beneficiando a los inversionistas con sus disposiciones.

El elemento más novedoso y medular de este instrumento jurídico lo constituye el arbitraje internacional, concretamente el arbitraje Inversionista-Estado, por la posibilidad que ofrece al inversionista de demandar directamente al Estado receptor de su inversión en foros internacionales sin tener que depender del Estado al que pertenece respecto de la protección diplomática que éste pudiera ejercer en su favor. Ello sin tener que transitar por el sometimiento a los tribunales nacionales. Esta es la situación que prevalece en las disposiciones de los APRI suscritos por Cuba.

¿Qué tenemos hoy en nuestros APRI? Las cláusulas sobre la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado receptor de su inversión que aparecen en los APPRI suscritos por Cuba, como norma, prevén una fase de negociaciones amigables con una duración aproximada de 180 días transcurridos los cuales, y en ausencia de un acuerdo satisfactorio, el inversionista, a su elección, podrá someter la controversia, bien al conocimiento del tribunal competente de la Parte Contratante receptora de la inversión, lo cual nunca sucede -a pesar, y cabe señalar aquí que la experiencia de Cuba ha sido poca en este sentido-, o bien a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que es lo que ha sucedido. Otra opción es someter la controversia a un tribunal ad hoc que una vez constituido utilice el Reglamento de dicha Corte, o a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL).

Luego refieren algún que otro aspecto, ya sea relativo a la conformación del tribunal arbitral, a la designación de árbitros, a la entidad nominadora en caso de que no se logre acuerdo en las designaciones de los árbitros, a la obligatoriedad del laudo o las costas procesales.

De manera general este es el panorama que se presenta hoy. Lo que tenemos hoy en nuestros APRIs, en particular en las disposiciones de arbitraje Inversionista Estado.

En nuestra opinión lo que nos falta es estructurar el Tratado de forma tal que permita reservar este arbitraje, el arbitraje Inversionista-Estado, a los incumplimientos derivados de las obligaciones relativas a la protección a la inversión como tal. Es decir no al inversionista, sino a la inversión que realizan los inversionistas de los Estados partes. Esto es, a las obligaciones relativas al trato nacional, al trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo, expropiación, transferencia y subrogación, y siempre que el inversionista haya sufrido pérdida o daño en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia del mismo.

De esta forma se protege adecuadamente la inversión realizada por el inversionista al tiempo que quedan fuera de su alcance cuestiones tales como las definiciones del Tratado, las relativas a la admisión y al establecimiento de la inversión. Es decir, razones por las cuales no podría en este escenario colocar al Estado receptor de su inversión en una situación de arbitraje internacional. ¿Por qué hacemos énfasis en esto, sobre todo comentando el tema de admisión y establecimiento? Porque en el caso del modelo cubano, en particular, que es un modelo de control de la inversión, de selección de la inversión, de aprobación puntual de la inversión, esto cobra significativa importancia.

Los compromisos el Estado receptor los asume a partir de que aprueba, admite el establecimiento en su territorio de la inversión. Por cuanto no hay compromisos pre establecimientos en la etapa anterior al establecimiento de la inversión. No se protege al inversionista en sí mismo sino la inversión que éste ha realizado.

Hay también que precisar el contenido que deberá tener la notificación de controversias. Realmente en la práctica ha sido suficiente una mera comunicación, trasladando malestar para que se desate, se dé inicio al mecanismo Inversionista-Estado que comienza con esta notificación. Hemos identificado que esto no es suficiente. Sería necesario precisar el contenido. Colocar no sólo el objeto de la controversia sino argumentar los presuntos incumplimientos de la parte contratante y los hechos y fundamentos en los que basa el inversionista su futura reclamación. Precisar también que el procedimiento arbitral escogido regirá el arbitraje, excepto en la medida de lo modificado por el Acuerdo. Es decir, explotar las posibilidades de colocar los Estados partes, las Partes contratantes.

Las limitaciones al arbitraje es algo que, a nuestro juicio, merece especial atención a futuro. El establecimiento de estas condiciones y limitaciones al arbitraje en el entendido de determinar el plazo dentro del cual el inversionista tiene derecho a someter la reclamación a arbitraje y aquel que deberá transcurrir necesariamente -término concedido para la negociación amigable- para que pueda ser sometida una controversia a arbitraje; también debe precisarse la necesidad de que renuncie a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante Tribunal de la Parte Contratante, salvo aquellos referidos a la aplicación de medidas precautorias.

También es necesario precisar la ley aplicable, por supuesto.

Establecer también disposiciones sobre la conducción del arbitraje, en el sentido siguiente:

- ✓ El lugar donde puede o debe llevarse a cabo ese arbitraje. Mutuamente acordado por las partes, debiendo siempre celebrarse en un Estado firmante de la Convención de Nueva York, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

- ✓ Ninguna de las Partes Contratantes deberá brindar protección diplomática o presentar una reclamación internacional en relación con cualquier controversia sometida a arbitraje Inversionista Estado, a menos que la otra Parte Contratante no acate y cumpla el laudo dictado en dicha controversia. No obstante, a los fines de este párrafo, la protección diplomática no incluirá los intercambios diplomáticos informales con el único propósito de facilitar la solución de la disputa.
- ✓ La Parte Contratante contendiente no podrá esgrimir como defensa, reconvencción, derecho de compensación o por cualquier otra razón, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación, respecto de la totalidad o parte de las presuntas pérdidas o daños, conforme a un contrato de seguro o contrato de garantía.

Estas son algunas de las limitaciones que pueden tenerse en cuenta y que precisarían un poco más el alcance de las disposiciones de una cláusula de arbitraje Inversionista Estado.

En cuanto a la experiencia cubana con la interpretación de la definición de inversión pienso, en lo personal, que es la mayor insatisfacción que tenemos. ¿Qué pasa con la definición de inversión presente en los APRI de Cuba?

La que suele aparecer en los APRI suscritos por Cuba define la inversión como “cualquier tipo de activo o bien invertido, por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y regulaciones de esta última”. Aparece acompañada de una lista meramente enunciativa y en modo alguna exhaustiva, a fin de ilustrar algunos de los supuestos que deberán ser considerados como inversión al amparo del Tratado suscrito y consecuentemente tratados como tal.

Hacemos énfasis en esto porque realmente clasifica como una definición amplia de inversión según la doctrina y los organismos especializados. El criterio que se ha utilizado para limitar su alcance es la remisión a las leyes internas del país receptor que es el primero de los cinco criterios utilizados en este sentido.

Estos cinco criterios son: el anteriormente mencionado sobre la remisión a las leyes y regulaciones internas -que es el que utilizan nuestros APRI-, limitación por el volumen de las inversiones, limitación al momento de la inversión, limitación por la naturaleza de la inversión -encaminada a incluir o excluir inversiones en cartera-; y la limitación por el sector de la economía.

¿Qué ha sucedido con esto? Pues que realmente la determinación de si tal remisión a las leyes domésticas se refiere a normas de orden público o a aquellas específicas en la materia, ha quedado a la libre interpretación de los árbitros, motivado, en lo fundamental, por la falta de precisión en los Acuerdos suscritos. Recreamos este hecho al que le concedemos especial importancia porque en el caso de Cuba desde el año 1982 está muy clara, no solamente la política en cuanto a la inversión extranjera, sino también las normas legales que la sustentan y hacen posible que ella se concrete. Hay un coherente criterio de selección de la inversión y con lo cual hay una legislación específica en materia de inversión extranjera que tiene su núcleo en torno a la Ley 77. Esto ha causado realmente problemas.

¿Qué es una inversión al amparo de los APRI suscritos por Cuba, cuando la Ley 77 tiene su propia definición de inversión extranjera? La coherencia y la estabilidad en el sistema jurídico también consolidan esa definición. Realmente ha sido interpretada de diversas maneras.

Hemos pensado incorporar en la definición de inversión, de la negociación de los tratados bilaterales, una precisión al menos para el caso de Cuba en este sentido. Es decir, en el sentido que se entienda que esa remisión, esa referencia a las leyes y disposiciones complementarias del Estado receptor de la inversión debe interpretarse de esta manera. De forma tal que dé cumplimiento a los requisitos internos establecidos para que en Cuba se considere una inversión extranjera y se pueda proteger en virtud del tratado suscrito.

Esto lo hemos negociado. Ya está presente en tres tratados, dos como resultado de renegociaciones, uno en un nuevo tratado suscrito. En dos de las tres ocasiones fue acogido también por la otra Parte Contratante. En una de ellas solamente se colocó como precisión para el caso de Cuba.

Lo anterior es algo que pienso puede ser útil para precisar y definir este alcance ilimitado que en la práctica lamentablemente ha tenido la definición de inversión. Más allá incluso de la intención de los negociadores de esos acuerdos internacionales de inversión en su momento, quienes de cierta forma descansaban pensando que las redacciones y las formulaciones obtenidas realmente correspondían a esta intención y la práctica ha demostrado que se ha abierto un camino diferente a la intención con la que se llegó a esa mesa de negociaciones.

Para completar, tendríamos también que incorporar algunas otras precisiones en las disposiciones sobre el arbitraje inversionista-Estado. O sea quizás no sería suficiente una precisión en la definición de inversión y estamos pretendiendo ir más allá. Estamos pretendiendo establecer como limitaciones al arbitraje y a las posibilidades de interpretación del tribunal arbitral, una vez constituido, la propia interpretación de los Estados Partes cuando se trate de cuestiones medulares como ésta que es la definición de inversión, la cual determina el ámbito de aplicación del tratado y se coloca en la base de toda futura interpretación.

Las propuestas que hacemos son en primer lugar, respetar cuando una de las Partes Contratantes, Contendiente en este caso, de acuerdo con su propia interpretación, afirme en su defensa que no se trata de una controversia de inversiones según lo previsto en las disposiciones del Tratado; que el inversionista Contendiente no se enmarca dentro de la definición de inversionista dispuesta en el Tratado; que lo que se considera violación de las disposiciones sobre protección no está enmarcado en los supuestos de incumplimiento que prevé dicho Tratado. En segundo lugar, acudir al tribunal en ese caso, a la interpretación de la otra Parte Contratante y en caso de que se obtenga una interpretación coincidente, ésta deberá ser respetada.

Ahora bien, en cuanto a la definición de inversionista concedemos particular importancia a la definición de la persona jurídica. La persona nacional, la persona natural como inversionista realmente no tiene mucho problema. Se define como una cuestión de soberanía entre cada una de las Partes Contratantes al momento de acordar el alcance de las disposiciones. Pero la persona jurídica sí ha tenido cierta evolución en el tiempo.

Prácticamente el primero de los criterios utilizados para considerar una persona jurídica como inversionista a la luz de un Tratado, ha sido el criterio de constitución. Sin embargo, con la evolución y el propio resultado de las controversias de los arbitrajes tenidos en cuenta, hemos identificado que falta algún que otro criterio además de los que existen, de aquellos que son reconocidos por la doctrina y los organismos especializados, para integrar esta definición de persona jurídica.

No debe ser suficiente el lugar de constitución para considerar el inversionista en virtud del APRI, sino incorporar o bien el elemento de la propiedad o control o, a mi juicio más importante aún, el criterio del vínculo efectivo o la realización de actividades sustantivas de negocios en el territorio de esa Parte

Contratante. Ello para poder garantizar que los Estados Contratantes ofrezcan protección a un inversionista que de algún modo está contribuyendo de manera efectiva a la economía de ese país. O sea, que no ha sido solamente alguien que constituyó o compró una compañía de gaveta y en virtud de ella está pretendiendo obtener los beneficios derivados de un tratado internacional suscrito por dos Estados Partes, sino sumar al menos uno de los otros dos criterios a la definición de la persona jurídica.

Pudiéramos también referirnos en este caso a lo que está pasando con la cláusula de expropiación. Los APRI suscritos por Cuba cubren tanto la expropiación directa como la indirecta. Sin embargo, la práctica de los últimos años ha demostrado que con el alcance ilimitado del término de expropiación u otras medidas de efecto equivalente, que es como se define en los APRI, la propia indefinición del concepto de expropiación indirecta trae muchos problemas al Estado receptor. De tal suerte que ello prácticamente significa que está atando sus manos porque cualquier medida de carácter regulatorio, cualquier medida de carácter político económico, puede ser considerada a la luz de un APRI como una expropiación indirecta. Ese es otro centro de atención a tener en cuenta.

Igual pudiera suceder por ejemplo con el elemento de la transferencia y la libre transferencia. Como norma, la disposiciones de los APRI suscritos en los años noventa han tenido también un alcance bastante amplio. Ha habido una libre transferencia al exterior de las divisas sin establecer ninguna excepción siquiera de carácter general por razones de balanza de pago o amenazas a esta. Estas últimas se han ido incorporando en los tratados suscritos en los últimos años.

Se trata por todos los medios de buscar un equilibrio, el equilibrio con el que no nacieron los APRI. Un equilibrio en el que con la justa medida se proteja la inversión realizada por el inversionista pero también se procure un espacio mayor para el Estado receptor de esa inversión.

A modo de resumen, quisiera colocar algunas ideas que pudieran promover el debate:

- ✓ En nuestro caso la apertura al capital foráneo no es algo coyuntural sino puede ser un factor permanente en la economía cubana;
- ✓ Aunque los APPRIs no constituyen un elemento eficaz en la atracción de capitales extranjeros, no debe ignorarse la existencia de los 62 APPRIs, 39 de ellos en vigor.
- ✓ Sus disposiciones, en una parte importante, resultan imprecisas e insuficientes y establecen claramente derechos para los inversionistas y obligaciones para los Estados receptores;
- ✓ Es necesario cambiar el estado de estas cosas por lo que,
- ✓ Se impone llevar a cabo la renegociación de los mismos a fin de revertir la situación anterior, precisando además lo que resulte necesario en aras de contar con un sólido instrumento que sirva al Estado y a los inversionistas en la justa medida.

Hasta aquí las ideas que quería compartir con ustedes y que quedan abiertas para el debate.