

Estudio de Caso

“Inversión extranjera directa y solución de controversias”

Germán Alarco / César Castillo

Setiembre 2018

- La acumulación de acuerdos internacionales de inversión (AII) va de la mano al crecimiento de los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED), pero sus factores explicativos en las economías receptoras son muy diversos: tamaño de los mercados internos, nivel de ingresos, facilidades de infraestructura y de servicios, nivel y abundancia de capital humano, proximidades, disponibilidad de materias primas e insumos, entre otros factores.
- El Perú no ha realizado esfuerzo alguno por modificar el contenido de sus Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) de acuerdo a las directivas establecidas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Estas comprenden fijar salvaguardas en pro del interés público, no restringir la formulación de políticas públicas, incorporar criterios de responsabilidad social empresarial, privilegiar la problemática de los Derechos Humanos, crear instancias mediadoras previas al arbitraje, entre otros elementos. Los TBI firmados por el Perú en el siglo XXI tienen pocas mejoras respecto de los signados en la década de los noventa. Los Acuerdos de Cooperación y facilitación de la Inversiones (ACFI) del Brasil serían una excelente opción para el Perú.
- Hasta el momento, la resolución de conflictos en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ha significado compensaciones a cargo del Estado peruano a los demandantes por US\$ 43,7 millones, mientras que las partes demandantes han desembolsado US\$ 109 millones a favor del Perú; pero el costo administrativo de esos procesos concluidos ha sido de US\$ 46 millones, generando que el Estado peruano tenga un saldo neto de sólo US\$ 19,4 millones.
- La resolución de conflictos mediante el (CIADI) reduce la soberanía del país en cuestión. También hay problemas de índole legal y operativa en esta instancia. Es imprescindible que se priorice la defensa de los Derechos Humanos por encima de los tratados de comercio e inversión. No sólo están sobre la mesa las iniciativas de la UNCTAD y del Brasil en concreto; sino que el país (Estado y ONGs) deben ser un actor importante en ayudar a concretar la iniciativa del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la elaboración de un instrumento vinculante que obligue a las empresas transnacionales.



Índice

Resumen ejecutivo	3
Introducción	4
I. Marco regulatorio y políticas de promoción de la inversión en el Perú	7
I.1 Constitución política	7
I.2 Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión)	7
II. Evolución de la IED: importancia relativa, evolución y factores explicativos	10
II.1 Perspectiva IED regional y por economías en América Latina	10
II.2 Evolución de la IED en el Perú: formación bruta, neta y remesas	16
II.3 Factores explicativos y vínculos con la inversión privada	23
III. Acuerdos internacionales de inversión y Tratados bilaterales de protección de inversión (TBI)	26
III.1 Acuerdos internacionales de inversión (AII)	26
III.2 Tratados Bilaterales de Inversión	29
III.3 Comentarios sobre los capítulos de inversión en los TLC	30
III.4 Brasil: una alternativa a los TBI	31
IV. Mecanismos de solución de controversias: (CIADI) y CNUDMI	34
IV.1 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	34
IV.2 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)	36
IV.3 Evaluación general de arbitrajes para América Latina y el Caribe	38
V. Controversias en el CIADI: historia y situación actual	40
V.1 Casos atendidos y resultados	40
V.2 Casos en proceso	43
V.3 Resultados para el gobierno peruano en perspectiva comparada con países seleccionados	45
V.4 Balance de sectores y temas conflictivos	48
VI. Protección de inversiones y Derechos Humanos	50
VI.1 Perspectiva general	50
VI.2 Algunos conflictos entre inversionistas y Derechos Humanos	51
VI.3 Propuestas para compatibilizar el trato a la inversión y los Derechos Humanos	52
Conclusiones y reflexiones finales	56
Referencias	63



Resumen ejecutivo

La inversión extranjera directa (IED) es útil como parte de la formación bruta de capital que aporta a la creación de capacidad productiva y demanda de cualquier economía. Sin embargo, en el Perú nunca ha contribuido a explicar más de 1/3 del crecimiento del PBI desde los años cincuenta a la fecha. Teóricamente el trato a la IED es similar a la inversión nacional, pero en la práctica es más ventajosa para la primera respecto de la nacional de montos menores y fuera del régimen de concesiones. Solo tiene igualdad de condiciones al amparo de los convenios de estabilidad jurídica.

Los registros de la entrada de IED al Perú son positivos en las décadas de los años ochenta, noventa y entre los años 2000 y 2017. Sin embargo, el flujo neto descontando de esta la reinversión de utilidades de las empresas extranjeras es negativo en la década de los ochenta. Asimismo, si a estos resultados se les resta las utilidades generadas los flujos se vuelven también negativos en el periodo 2000-2017. Sólo en la década de los años noventa estos flujos netos fueron positivos.

La acumulación de acuerdos internacionales de inversión (AII) va de la mano al crecimiento de los flujos de IED, pero sus factores explicativos en las economías receptoras son muy diversos: tamaño de los mercados internos, nivel de ingresos, facilidades de infraestructura y de servicios, nivel y abundancia de capital humano, proximidades, disponibilidad de materias primas e insumos, entre otros factores. Brasil es un buen ejemplo de cómo con muy pocos AII es el principal receptor de inversión en América Latina. Los tratados bilaterales de inversión (TBI) son el medio mediante el cual se establecen las condiciones y reglas para resolver las controversias en torno a la IED.

El Perú no ha realizado esfuerzo alguno por modificar el contenido de sus TBI de acuerdo a las directivas establecidas por la UNCTAD. Estas comprenden fijar salvaguardas en pro del interés público, no restringir la formulación de políticas públicas, incorporar criterios de responsabilidad social empresarial, privilegiar la problemática de los Derechos Humanos, crear instancias mediadoras previas al arbitraje, entre otros elementos. Los TBI firmados por el Perú en el siglo XXI tienen pocas mejoras respecto de los signados en la década de los noventa. Los capítulos de inversión de los TLC introducen también nuevos riesgos y problemas. Los ACFI del Brasil serían una excelente opción para el Perú.

Hasta el momento, la resolución de conflictos en el marco del CIADI ha significado compensaciones a cargo del Estado peruano a los demandantes por US\$ 43.7 millones, mientras que las partes demandantes han desembolsado US\$ 109 millones a favor del Perú; pero el costo administrativo y operativo de esos procesos concluidos ha sido de US\$ 46 millones, generando que el Estado peruano tenga un saldo neto de sólo US\$ 19.4 millones. Sin embargo, otra ha sido la realidad de Argentina y Venezuela que han tenido fallos negativos que los obligarían a desembolsar poco más de US\$ 15 mil millones de dólares americanos como resultado de los procesos en el CIADI. Actualmente hay demandas contra el Perú por US\$ 510 millones a las que habría que agregar la de Odebrecht a propósito del Gasoducto Sur Peruano que acaba de implicar la contratación de estudios de abogados por parte del Estado peruano por US\$ 6.9 millones.

Es obvio que la resolución de conflictos mediante el CIADI reduce la soberanía del país en cuestión. También hay problemas relativos a sus altos costos, de índole legal (se circunscribe a los contra-



tos y no considera el derecho internacional sobre otras materias) y operativa en esta instancia. Es imprescindible que se priorice la defensa de los Derechos Humanos por encima de los tratados de comercio e inversión. No sólo están sobre la mesa las iniciativas de la UNCTAD y del Brasil en concreto; sino que el país (Estado y ONGs) deben ser un actor importante en ayudar a concretar la iniciativa del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la elaboración del instrumento vinculante que obligue a las empresas transnacionales y otras empresas con respecto al desarrollo sostenible y los Derechos Humanos.

El Estado peruano debe tomar conciencia sobre la necesidad de actualizar los TBI firmados; asimismo es urgente que se revisen y ajusten los capítulos sobre inversión de los respectivos TLC signados por el país. Se deben asumir las mejores prácticas internacionales, especialmente de la UNCTAD. Hay mucho trabajo técnico por realizar. Por el momento, no se ha perdido dinero a través de los mecanismos para la solución de controversias actuales, pero esta situación podría revertirse en cualquier momento. También es clave que se redefinan claramente los objetivos, estrategia y acciones con relación a la IED en una perspectiva de mediano y largo plazo enmarcada dentro de un plan integral de desarrollo sostenible nacional para el mismo horizonte de tiempo. Asimismo, sería importante realizar una reingeniería en las instituciones que abordan estos temas.

Introducción

Los desafortunados acontecimientos ocurridos en el 2016 como la victoria del Brexit y el triunfo de Donald Trump en los EE. UU.; la creciente presencia de movimientos nacionalistas y hasta xenófobos en muchas partes del mundo son en

gran parte resultados de la actual globalización neoliberal. Nunca la globalización ha sido un proceso equitativo ni pacífico. La integración de territorios, poblaciones y economías fue un proceso violento desde la antigüedad. La conquista, saqueo y depredación ocurrida en América Latina y otras regiones del mundo fue una característica que se repitió en numerosas oportunidades. Después surgieron las primeras colonizaciones menos negativas que las anteriores. Luego en los siglos XVIII y XIX se dieron las grandes migraciones poblacionales de la vieja Europa especialmente a América que colorearon el mundo.

También el capital se movilizó protegiendo sus inversiones en acuerdos lesivos bajo el sustento de la superioridad bélica. El imperialismo inglés y otros europeos fueron sus mejores ejemplos. No sólo se trataba de extraer materias primas; con el imperialismo se ganaban también mercados. La globalización se impuso a la fuerza y con las armas. Más guerras como la del opio. Aún en el siglo XX la guerra Japón-Rusia, la Primera y la Segunda guerra mundial y otras posteriores fueron manifestaciones de estos conflictos mediante los cuales las potencias internacionales buscaban los mayores y mejores espacios en el mundo.

Se construyó un nuevo orden a partir de la Segunda Guerra Mundial. Con sus altas y bajas el balance con relación a Naciones Unidas ha sido positivo. Sin embargo, el rol de los organismos financieros internacionales globales y regionales tiene elementos cuestionables. Efectivamente, el Banco Mundial se preocupó por el financiamiento al desarrollo, la pobreza y el medio ambiente, pero los peligros de la desigualdad extrema, la financiarización y los efectos que puede generar la robotización son temas marginales o que no están en su agenda. El Fondo Monetario Internacional (FMI) va de la mano con un mayor énfasis



reciente en los efectos dañinos de la elevada desigualdad pero cuando se trata de establecer recomendaciones concretas estas casi no tienen lugar alguno. En la práctica se trata de mantener el *statu quo* de un modelo económico fundamentado en la teoría económica neoclásica y en todas sus escuelas y variantes posteriores, donde la mano de obra es un insumo más, a diferencia del capital que es lo importante. Han construido un orden institucional y legal que defienden estos intereses.

Los flujos migratorios poblacionales, de IED y en general los movimientos de capitales en la modalidad de créditos y deuda de corto, mediano y largo plazo son expresión concreta de la globalización en los tiempos contemporáneos. Sin embargo, la asimetría en el trato de estos diferentes componentes es obvia, con clara ventaja al capital que puede moverse libremente por casi todas partes del mundo. La IED es uno de los elementos centrales de los procesos de globalización económica con impactos económicos significativos en las economías receptoras y también emisoras de esos flujos de inversión. La IED como parte de la inversión es útil para la ampliación de la capacidad productiva y de la demanda en la fase preoperativa. La inversión al igual que los otros componentes de la demanda: consumo privado, consumo público, exportación contribuyen al crecimiento económico de todas las economías.

Los objetivos de este documento son múltiples. En primer lugar se presenta el marco regulatorio y de promoción de la inversión privada en el Perú. En segundo lugar, se analiza la evolución de la IED desde una perspectiva regional y peruana anotando cuáles son sus principales factores explicativos. En tercer lugar, se muestra las diversas modalidades de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y de Tratados Bilaterales de

Inversión (TBI). También se analiza de manera somera los capítulos de inversión en los Tratados de Libre Comercio (TLC) y la experiencia particular de Brasil quien es el principal receptor de inversión de la región y al mismo tiempo tiene acuerdos bilaterales de inversión que no afectan la soberanía y los Derechos Humanos. En cuarto lugar, se explican los mecanismos de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y se muestra una evaluación general de los procesos de arbitraje para América Latina y el Caribe. En quinto lugar se realiza una evaluación de los casos atendidos y resueltos en el CIADI, presentando los resultados para el Perú en perspectivas comparada con otros países de la región. En sexto lugar se analiza la problemática de la protección de inversiones y los Derechos Humanos, incorporando la propuesta del Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas.

Las principales interrogantes de este estudio son:

- ¿Cuál es el marco regulatorio de la inversión privada en el Perú?
- ¿Cuál es la evolución y determinantes de la IED en la región y en el Perú?
- ¿En qué consisten los AII y TBI?
- ¿Cuáles y en qué consisten los mecanismos de solución de controversias para las inversiones?
- ¿Qué es y cómo funciona el CIADI?
- ¿Cuál es el balance de procesos interpuestos en el CIADI contra el Estado peruano en una perspectiva internacional comparada?
- ¿Por qué se pueden producir conflictos entre los sistemas de protección de inversiones y los Derechos Humanos?
- ¿Qué puede hacer el Perú para mantener la atractividad de la IED y al mismo tiempo preservar su soberanía y la salvaguarda de los Derechos Humanos de sus ciudadanos?



Este documento tiene seis capítulos, las conclusiones y recomendaciones y un anexo donde se presenta el enlace electrónico del acuerdo de cooperación y de facilitación de la inversión entre México y Brasil que puede ser un modelo bilateral útil para la promoción de la inversión y la solución de controversias alternativo al modelo peruano actual. En el primer capítulo se muestra el marco regulatorio y político de la inversión privada en el Perú. La segunda sección está dedicada a la evolución de la IED a nivel de América Latina y el Perú en particular. En el tercer capítulo se explica el contenido de los AII y TBI. La cuarta sección muestra los mecanismos de solución de controversias del CIADI, CNUDMI y una evaluación general de los arbitrajes al 2017 para América Latina y el Caribe. En el quinto capítulo se analiza al detalle las controversias atendidas por el CIADI incluyendo los resultados de los casos atendidos, casos en proceso, resultados para el gobierno peruano en perspectiva comparada y un balance de sectores y temas conflictivos. El último tema plantea la necesidad de compatibilizar los sistemas de protección de inversiones con los Derechos Humanos incluyendo una propuesta multilateral planteado por el Consejo de Derechos Humanos.

El desarrollo de este documento implicó acceder a los sistemas de información del BCRP, CIADI, CNUDMI, Proinversión y UNCTAD. Debe anotarse que hay problemas con la estadística sobre la IED peruana registrada en Proinversión ya que no existe la obligatoriedad para su reporte, a diferencia de lo que ocurre en otros países vecinos como Chile donde esta debe autorizarse y registrarse cuando supera los US\$ 10 millones. Tampoco existe información oficial cuando se transfiere parcial o totalmente las participaciones del capital social de una empresa extranjera hacia otra salvo que esté asociada a un contrato de con-

cesión o una asociación pública privada. Por otra parte, este estudio se acompañó de una búsqueda bibliográfica sobre los temas abordados. Debe anotarse que esta es una breve investigación exploratoria de carácter general, razón por la cual queda pendiente la profundización de muchos de los elementos aquí presentados, incluyendo sus recomendaciones.

En este estudio no se incluyó la discusión sobre el rol y mecanismos que el Estado puede diseñar e implantar para maximizar los beneficios que podría generar la IED aprovechando las experiencias de otras economías (por ejemplo, exigir la presencia de socios locales, Joint Ventures, apertura y transferencia tecnológica, entre otros). El análisis sobre la problemática de los capítulos de inversión de los TLC sólo se aborda de manera somera. No se analiza el sistema de blindaje a favor de la IED establecido y promovido por algunos organismos internacionales y su funcionalidad respecto al modelo particular de crecimiento económico que promueven. No se plantea comentario alguno respecto a la desafortunada vinculación entre IED, captura del Estado y corrupción, ni se analizan detalladamente los factores determinantes de la IED. No se desarrolla una estrategia general con relación a la IED ya que ello rebasaría los alcances de este documento. Tampoco los cambios institucionales y reingeniería que habría que realizar en el Ceplan, MEF, Mincetur y Proinversión, entre otras instituciones.

Finalmente, se agradece a los asistentes de investigación de este proyecto Martín Astocondor y Toribio Sanchium quienes apoyaron en la búsqueda, procesamiento de información y elaboración de algunos textos de este documento; a Alan Fairlie, Armando Mendoza, Patricia Del Hierro y a todos los participantes del taller realizado a



inicios de mayo de 2018 por los comentarios a una versión previa de este documento; a Astrid Becker, María del Pilar Saenz y todo el personal de la Friedrich Ebert Stiftung que lo hicieron posible.

I. Marco regulatorio y políticas de promoción de la inversión en el Perú

El marco regulatorio relacionado a la promoción de la IED en el Perú se rige principalmente por lo establecido en la Constitución Política del Perú y las normas promulgadas por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y Proinversión.

I.1 Constitución Política

La Constitución Política del Perú es la norma suprema que establece los lineamientos para el desarrollo de la IED en el país. El Capítulo I, del Título III referido al régimen económico establece en su Artículo 63 que la inversión nacional y extranjera están sujetas a los mismos derechos y obligaciones con el Estado. Igualmente, en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Sin embargo, pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. También someter las controversias a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Este artículo es el único que se refiere exclusivamente a la IED. Asimismo, el capítulo económico de la Constitución Política señala que la iniciativa privada (nacional o extranjera) es libre y que se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58). El

Estado estimula y garantiza la libertad de empresa (artículo 59). Además, el Estado reconoce el pluralismo económico y la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa; considera que la inversión pública y privada recibe el mismo tratamiento legal (artículo 60). El Estado facilita y vigila la libre competencia (artículo 61). Por otro lado, existe la libertad de contratar, misma que garantiza a que las partes pueden pactar según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Estas no pueden ser modificadas legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente (artículo 62). Se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículo 64) y por último el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios; y para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (artículo 65).

I.2 MEF y Proinversión

La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del MEF es la encargada de formular y proponer la política nacional para el desarrollo y la promoción de la inversión privada (nacional y extranjera). Además, la DGPPIP propone normas, lineamientos y procedimientos relacionados principalmente a la inversión privada (nacional o extranjera), estabilidad jurídica y tributación, concesiones y al sistema de coordinación y respuesta del Estado en



controversias internacionales de inversión (SICRECI).

Las normas relacionadas a la promoción de la inversión privada, son el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada que establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que sean titulares de inversiones en el país. Esta plantea la seguridad jurídica de las inversiones en materia tributaria que implica que la creación, modificación y supresión de tributos, beneficios tributarios deben ser hechas por Ley del Congreso de la República. Además considera que las instituciones públicas ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o locales están obligadas a aprobar normas legales destinadas a reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos orientadas a la inversión privada. Sobre la conservación del medio ambiente señala que se busca la armonía con las inversiones privadas por medio de normas promulgadas por los sectores correspondientes. El Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado declara de interés nacional la promoción de la inversión privada (nacional o extranjera) en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado. Asimismo, Proinversión será la institución encargada de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada.

En cuanto a las normas vinculadas a la estabilidad jurídica y tributaria se tiene la Ley 27342, que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica. Se establece que en los convenios de estabilidad jurídica que se celebren con el Estado al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757 se estabilizará el Impuesto a la Renta que corresponde apli-

car de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del convenio correspondiente. Para acceder a este beneficio las inversiones deben ser por un monto no menor de US\$ 10 millones, para los sectores de minería e hidrocarburos, y que no sea inferior a US\$ 5 millones para los demás sectores.

El Decreto Legislativo 662 define a las inversiones extranjeras como provenientes del exterior, que se realizan en actividades generadoras de renta y menciona que el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras en todos los sectores de la economía. Como parte de las garantías a los inversionistas, se establece la estabilidad jurídica de la siguiente manera: estabilidad en el régimen tributario, estabilidad el régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación. Esto se realiza por medio de convenios y que tendrán un plazo de vigencia de diez años contados a partir de la fecha de su celebración. El Decreto Legislativo 973 establece el régimen especial para la recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas que puede ser acogida por los inversionistas nacionales o extranjeros vía crédito fiscal una vez iniciadas las operaciones productivas aplicando el sistema de prorrata a que se refiere el numeral 6 del Artículo 6 del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas, aprobado por Decreto Supremo 029-94-EF y modificatorias.

Sobre las concesiones se cuenta con el Decreto Supremo 059-96-PCM. Este Texto Único Ordenado con rango de Ley regula la entrega de concesiones al sector privado (nacional o extranjero) de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Además, declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de este tipo de obras.



Con respecto al SICRECI, la Ley 28933 establece la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, con el fin de optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a controversias. Asimismo centraliza la información de los acuerdos y tratados, establece un mecanismo de alerta, define el procedimiento de coordinación de las entidades públicas, internaliza los costos generados y estandariza en la medida de lo posible las cláusulas de solución de controversias. El Decreto Supremo 002-2009-EF, aprueba el procedimiento para la contratación de servicios de abogados, estudios de abogados y otros profesionales necesarios para la participación del Estado en controversias internacionales.

Por otro lado, la Resolución Suprema 444-2001-EF crea el organismo público Proinversión cuya finalidad es promover la incorporación de la inversión privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura, así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demás actividades estatales, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional. Además, cumple la función de atender, orientar y canalizar las dificultades que enfrentan los inversionistas durante la ejecución de las inversiones y operaciones comprometidas en los contratos suscritos y derivados de los procesos de promoción a cargo de esta institución; la normativa en que se maneja esta institución es aquella planteada por el MEF.



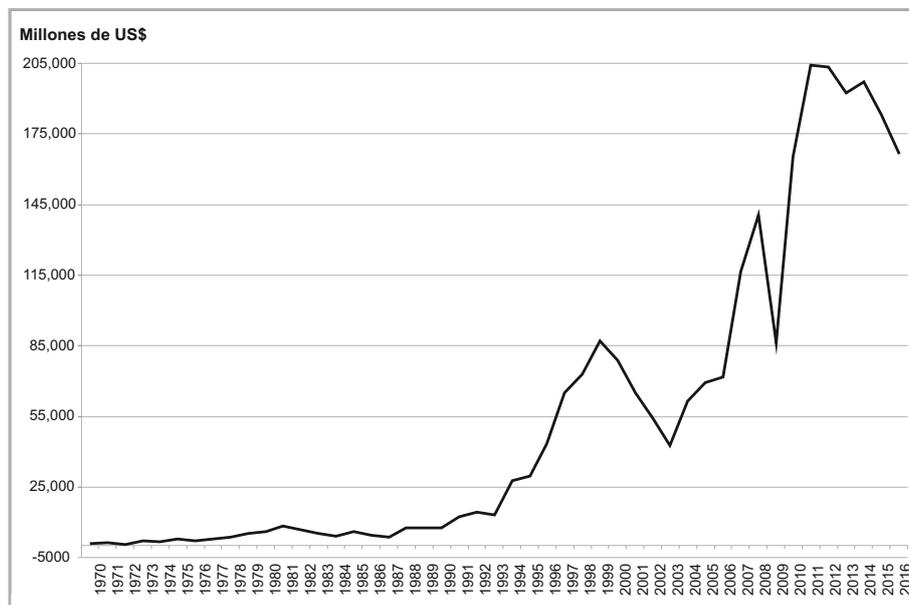
II. Evolución de la IED: importancia relativa, evolución y factores explicativos

II.1 Perspectiva IED regional y por economías en América Latina

En el gráfico 1 aparece la serie agregada de las entradas netas de capital extranjero para el conjunto de las 18 economías más importantes de América Latina en millones de dólares. El despegue de las entradas de capital extranjero de largo plazo a la región ocurrió durante la década de los noventa como consecuencia de las reformas estructurales y privatizaciones en la región

enmarcadas en el giro neoliberal experimentado en países como Argentina, Brasil, Perú, México, entre otros. La crisis financiera internacional de 2008 supuso un golpe fuerte a la IED, puesto que entre ese año y 2009 se deja de recibir un total de US\$ 60,000 millones. Sin embargo, se experimenta una rápida recuperación como resultado de que los inversionistas internacionales relocalizan su capital hacia Latinoamérica. Iniciada la década de 2010. A partir de allí, la IED ha mostrado un descenso continuo en la región. Esto se debe a la reducción de la entrada de capitales extranjeros en países como Brasil, Chile, Colombia, México y Perú.

Gráfico 1. Evolución de la inversión extranjera directa en América Latina 1970-2016



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL y UNCTAD.

Como se ha mencionado, la evolución de la IED en Latinoamérica a lo largo del período 1970-2016 muestra una evolución sin muchas fluctuaciones. Su peso en relación a la formación bruta de capital aumenta a partir del año 1993, durante la época neoliberal tal y como aparece en el gráfi-

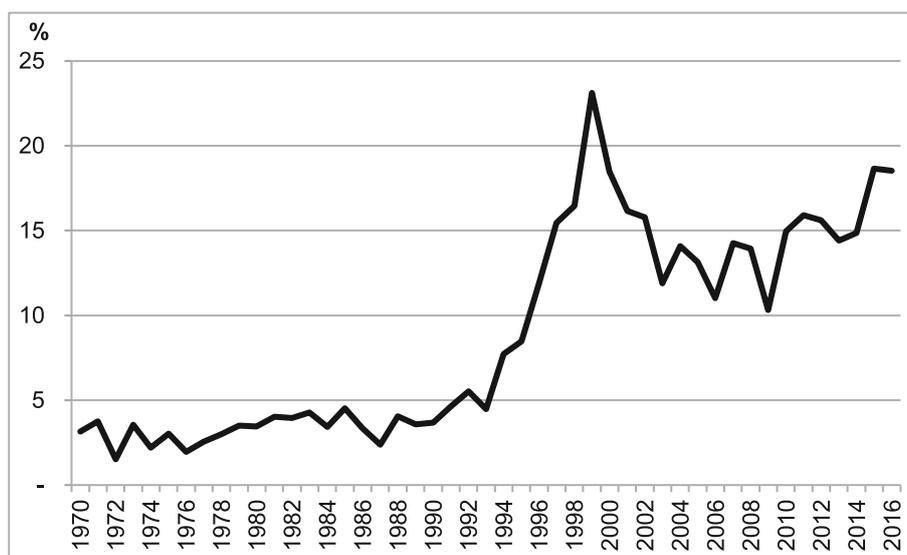
co 2. Esto refleja el impacto de los cambios de política sobre la relevancia de la inversión extranjera en la creación de nuevo capital en la región. Sin embargo, el peso de la IED no llega a la del total de la inversión generada en América Latina. El alza experimentada en el período se detiene en



el año 1999, en el cual alcanza un poco más del 23% de la inversión total. Posteriormente, la IED experimenta una caída hasta el 2003. La participación de la IED en la formación bruta de capital

se recupera a lo largo de las dos últimas décadas, pero de manera más inestable y sin sobrepasar el nivel del 20% como en años anteriores.

Gráfico 2. Participación de la inversión extranjera directa en la formación bruta de capital en América Latina (%)



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL y UNCTAD.



En el cuadro 1 se puede observar la evolución de la IED para los diferentes países de América Latina. Si observamos para los años seleccionados, las principales entradas netas de IED a los países de la región ha sido dirigida a Brasil y México. Para el período 1970-2016, Brasil representa el 38% del total de la IED que ingresa a la región, mientras que México representa el 21.3%. El siguiente país en importancia, pero muy por debajo de ambos es Chile que representa un poco más del 10% de la IED total del período. Sin embargo, hacia finales de la crisis de la hiperinflación en Argentina, durante el año 1990, dicho país desplaza a Brasil y llega a representar el 23.6% de la IED en los países de la región. Los países miembros de la Alianza del Pacífico (Perú, Chile,

Colombia y México) representan el 43.1% del total de la IED. Por otro lado, si se realiza un corte del período 1970-2016 en el año 1990, se puede observar que la IED en el período 1990-2016 aumenta en casi 29 veces su valor con respecto al período 1970-1989. En el caso particular de Perú, la IED muestra un crecimiento importante pues aumentó de US\$ 41 millones a US\$ 6,863 millones entre 1990 y 2016. Lo mismo sucede con Uruguay que pasa de US\$ 273 millones a US\$ 2,289 millones entre 2000 y 2010; Colombia, país en el que la IED pasa de US\$ 500 millones a US\$ 13,726 millones entre 1990 y 2016 y Chile, en el que la IED crece de US\$ 661 millones a US\$ 12,225 millones durante el mismo período.

Cuadro 1. Principales economías receptoras de IED en América Latina (millones de US\$, % total de América Latina), 1970-2016

País	1970	1980	1990	2000	2010	2016	1970-1989	1990-2016	1970-2016
Argentina	90	678	1,836	10,418	11,333	3,260	7,150	187,062	194,211
Bolivia	20	91	27	736	622	331	617	13,491	14,107
Brasil	424	1,911	989	32,779	88,452	78,930	30,542	941,037	971,580
Chile	12	213	661	4,860	16,153	12,225	5,402	265,212	270,615
Colombia	43	157	500	2,436	6,430	13,726	5,316	168,337	173,652
Costa Rica	26	53	163	723	1,907	2,935	1,146	36,780	37,926
Ecuador	89	70	126	-23	166	755	1,534	14,993	16,527
El Salvador	4	6	2	173	-113	486	227	8,664	8,891
Guatemala	29	111	48	230	806	1,185	1,675	14,092	15,767
Honduras	8	6	44	382	969	1,139	340	14,344	14,684
México	312	2,090	2,549	18,382	20,970	34,415	26,073	525,872	551,945
Nicaragua	15	-	-	267	490	888	109	9,842	9,951
Panamá		219	136	624	2,363	5,226	-122	43,185	43,063
Paraguay	5	32	77	98	462	320	329	5,294	5,623
Perú	-14	27	41	810	8,455	6,863	793	104,650	105,443



República Dominicana	72	93	133	953	2,024	2,407	1,223	33,457	34,680
Uruguay	2	290	-	273	2,289	-317	910	27,314	28,223
Venezuela	-23	55	451	4,701	1,574	1,772	-14	58,862	58,848
Total	1,114	6,099	7,781	78,823	165,351	166,546	83,250	2,472,488	2,555,738

País	1970	1980	1990	2000	2010	2016	1970-1990	1990-2016	1970-2016
Argentina	8.06	11.12	23.60	13.22	6.85	1.96	8.59	7.57	7.60
Bolivia	1.77	1.49	0.35	0.93	0.38	0.20	0.74	0.55	0.55
Brasil	38.06	31.33	12.71	41.59	53.49	47.39	36.69	38.06	38.02
Chile	1.11	3.49	8.50	6.17	9.77	7.34	6.49	10.73	10.59
Colombia	3.86	2.58	6.43	3.09	3.89	8.24	6.39	6.81	6.79
Costa Rica	2.37	0.86	2.09	0.92	1.15	1.76	1.38	1.49	1.48
Ecuador	7.95	1.15	1.62	-0.03	0.10	0.45	1.84	0.61	0.65
El Salvador	0.33	0.10	0.02	0.22	-0.07	0.29	0.27	0.35	0.35
Guatemala	2.64	1.81	0.61	0.29	0.49	0.71	2.01	0.57	0.62
Honduras	0.75	0.10	0.56	0.48	0.59	0.68	0.41	0.58	0.57
México	28.02	34.27	32.76	23.32	12.68	20.66	31.32	21.27	21.60
Nicaragua	1.35	0.00	0.00	0.34	0.30	0.53	0.13	0.40	0.39
Panamá	0.00	3.58	1.74	0.79	1.43	3.14	-0.15	1.75	1.68
Paraguay	0.43	0.52	0.99	0.12	0.28	0.19	0.40	0.21	0.22
Perú	-1.25	0.44	0.53	1.03	5.11	4.12	0.95	4.23	4.13
República Dominicana	6.43	1.52	1.71	1.21	1.22	1.45	1.47	1.35	1.36
Uruguay	0.19	4.75	0.00	0.35	1.38	-0.19	1.09	1.10	1.10
Venezuela	-2.06	0.90	5.80	5.96	0.95	1.06	-0.02	2.38	2.30
Total %	100	100	100						

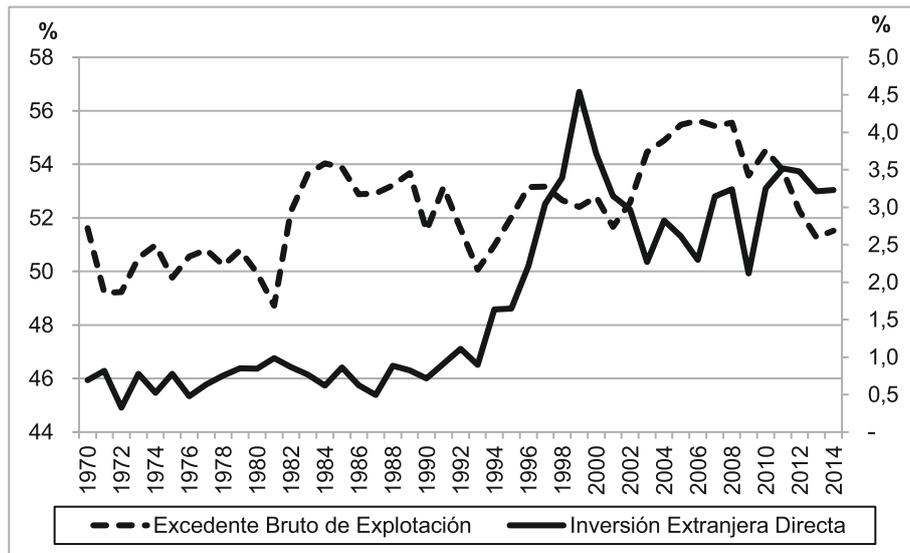
Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL y UNCTAD.



En relación a la evolución de las ganancias en la región, en el gráfico 3 se observa que el porcentaje de la IED respecto al PBI se mueve junto a la participación del excedente bruto de explotación. El coeficiente de correlación simple para ambas series es de 0.46 y refleja una asociación media. La participación de las ganancias sólo muestra un ligero crecimiento en la primera mitad de la década de los noventa, en la que aumentó la participación de la IED. Desde 1997 la participación de las

ganancias ha evolucionado en una dirección diferente a la IED. A partir de 2008 la IED y la participación de las ganancias empiezan a moverse al unísono en América Latina como resultado de la relocalización de capitales. Finalmente, hacia los años 2011 y 2014 hay una coincidencia en la caída de la IED con la de las ganancias. Mientras que la participación del excedente bruto de explotación pasa de 53.8% al 51.5%, la IED cae de 3.5% a 3.2%.

Gráfico 3. Participación de la inversión extranjera directa y participación de las ganancias en América Latina 1970-2014 (% PBI)



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL, OIT, UNCTAD y Alarco (2015a).

Por otra parte, en el gráfico 4 se muestra la evolución de la composición de la IED en los últimos 10 años para un conjunto de economías de la región. La muestra no incluye países como Bolivia, El Salvador ni Nicaragua debido a que no se dispone de información de las entradas netas de IED por componentes para el período revisado.

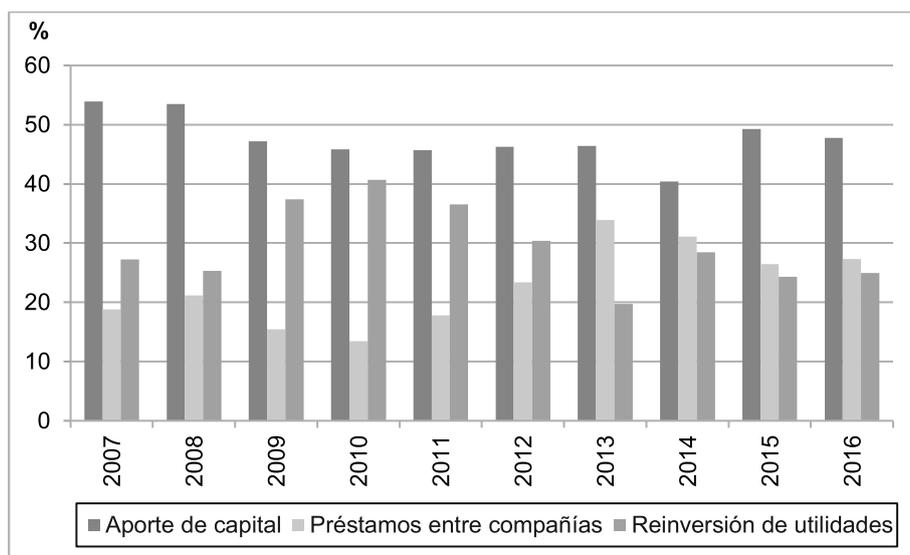
Entre 2006 y 2014 la mayor proporción de la IED en los países de la región ha sido sostenida por los aportes directos de capital. A pesar de esto, su participación en el total de la IED se ha venido reduciendo ligeramente. Su evolución siempre avanza de manera contraria a la del peso de la reinversión de utilidades generadas por empresas



extranjeras en los diferentes países de la región. Asimismo, dicho componente se ha reducido en comparación al flujo de préstamos entre compa-

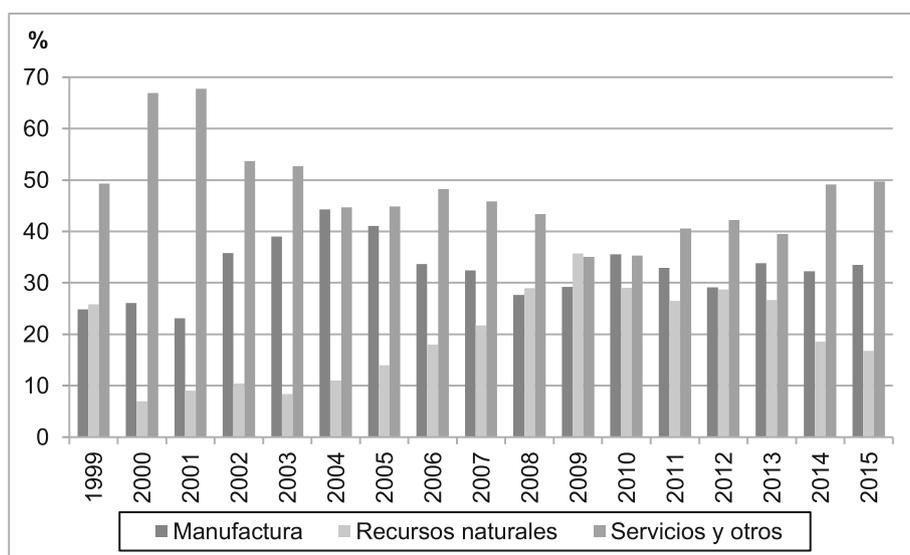
ñas extranjeras, el cual se ha incrementado para minimizar riesgos expropiatorios.

Gráfico 4. Composición de la inversión extranjera directa en América Latina 2006-2016



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL y UNCTAD.

Gráfico 5. Inversión extranjera directa por sector productivo en América Latina 1999-2015



Fuente: Elaboración propia con base en CEPAL y BCRP (2014, 2016).

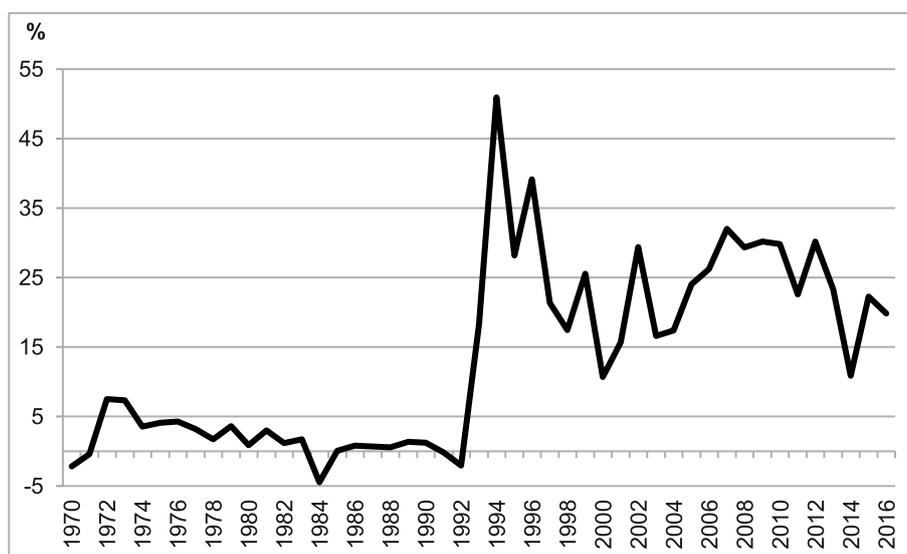


En el informe de *Inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe* aparecen los datos de la IED por sectores. Se ha tomado una muestra de países, sin incluir a Venezuela debido a que no se cuenta con una serie completa de información para dicho país. Los flujos directos de capital que han llegado a la región se han concentrado en los sectores productivos, de servicios y otros (incluye telecomunicaciones). Esta participación también incorpora los servicios de maquila y los de turismo. En el gráfico 5, sólo a partir de 2003 se evidencia un aumento en el peso del capital dirigido al sector de recursos naturales; sin embargo, este se reduce a partir de 2014, año en el que cae su participación del 18.6% al 16.8% del total de la IED a la región. El peso de la manufactura también es alto y el 2015 muestra un 33.5% del total del flujo de inversión extranjera directa.

II.2 Evolución de la IED en el Perú: información bruta, neta y remesas

Para el caso específico de Perú, la IED muestra un pobre desempeño entre 1970 y 1990. Como en casi toda América Latina, el boom de la IED se experimenta a partir de la década de los noventa. En el gráfico 6 se observa que durante este período la IED llega a representar un poco más del 50% del total de la formación bruta de capital fijo privada ejecutada durante el año 1994 en este país. Esto se debe a la continua privatización de empresas estatales y a la liberalización del flujo de capitales como consecuencia de las reformas neoliberales. Hasta el año 2000 dicha tendencia se normaliza y el peso de la IED cae a un 10.7% del total de la inversión privada. Luego, vuelve a aumentar hasta 2012 y roza niveles cercanos al 30%. No obstante, en los últimos cuatro años el peso de la IED en la inversión privada generada a nivel nacional se ha vuelto a reducir. El 2016 representa sólo un 19.8% del total de dicha formación de capital.

Gráfico 6. Participación de la inversión extranjera directa en la inversión privada de Perú 1970-2016



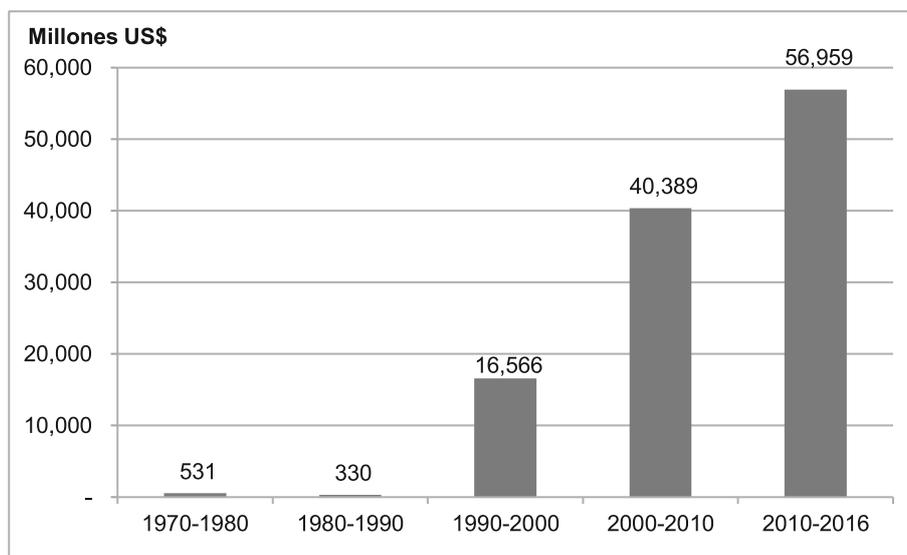
Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, BCRP, CEPAL y UNCTAD.



En el gráfico 7 se refleja la evolución creciente de la IED por décadas. Antes de la década de los noventa, la IED se mantenía a niveles por debajo de los US\$ mil millones. Entre 1980 y 1990 disminuye como consecuencia de la crisis de la deuda y de política económica experimentada desde 1986 en adelante. En los siguientes diez

años, la IED llega a superar US\$ diez mil millones para seguir manteniendo altos niveles entre los años 2000 y 2016. Sin embargo, este crecimiento se hace cada vez más lento debido a la desaceleración de los flujos de capital a nivel global.

Gráfico 7. Evolución de la IED en el Perú por períodos



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, CEPAL y UNCTAD

El gráfico 8 incorpora los flujos brutos y netos de la IED en el Perú entre 1980 y 2017. En este caso se utiliza la información del BCRP que no es exactamente similar a las otras fuentes antes utilizadas. Una primera conclusión es que si bien estos flujos brutos son positivos para todas las décadas, luego en algunos casos se tornan en negativos si se resta el componente de reinversión de utilidades de las propias empresas extranjeras. Esto ocurre particularmente en la década de los años ochenta. Asimismo, si a estos flujos les restamos las utilidades obtenidas el flujo se torna en más negativo como lo ocurrido en el periodo 2000-2017. En este caso la IED inicial fue de US\$ 95,663 millones que se convierte en US\$ 38,920

millones si se deducen las reinversiones y en un valor negativo por US\$ 19,437 si a la IED se le reduce las utilidades. Finalmente, si a la IED se le restan tanto la reinversión como las utilidades el valor negativo obtenido fue de US\$ 76,180 millones. Sólo en la década de los años noventa el flujo neto ha sido positivo a diferencia de los otros periodos de tiempo considerados. No se considera la problemática de los préstamos de largo plazo asociados a estas inversiones.

En el gráfico 9 se observa el desempeño de la participación del IED en el Perú respecto al IED del mundo comparada con la participación del PBI del Perú respecto al PBI mundial en el perio-

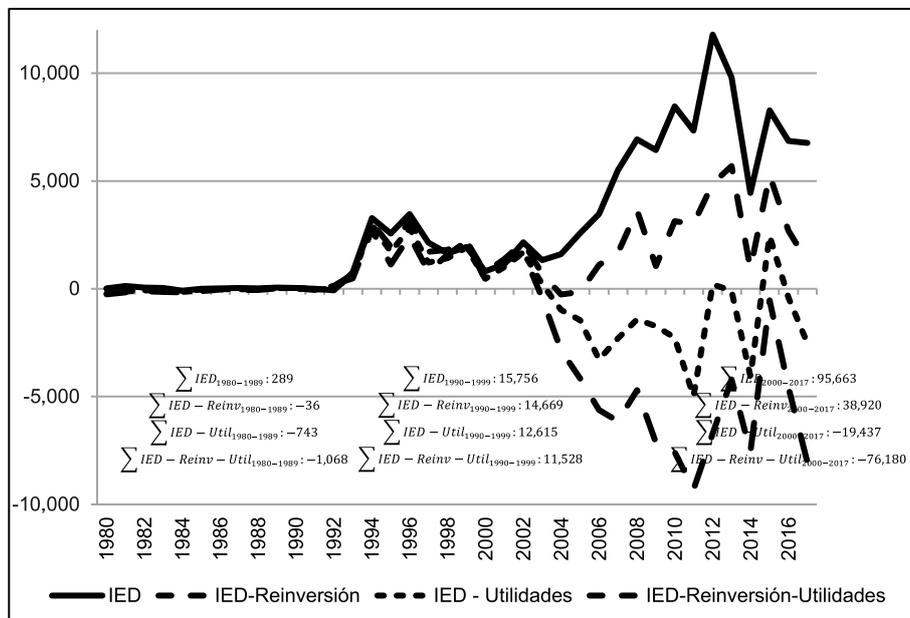


do 1970–2016. Al respecto, la participación de la IED muestra mayores niveles a mediados de la década de los setenta para luego caer hasta inicios de la década de los noventa. A partir de 1992 la participación del IED vuelve a ser mayor a la del PBI, a excepción del año 2000, teniendo el pico más alto en 1994 que coincide con el proceso de privatización de empresas estatales como consecuencia de las reformas económicas implantadas en 1992. A pesar de la caída registrada en el 2000, vuelve a retomar el comportamiento mostrado en los años anteriores como parte del boom internacional de las materias primas.

De igual modo, la lista de los 10 principales países con mayor relevancia en los flujos de aporte de capital a las empresas nacionales ha ido cam-

biando con el tiempo como se muestra en el cuadro 2. Según la información disponible de Proinversión, la lista la lideraba EE. UU. en el período 1980-1990. Durante esa década, los aportes de capital norteamericanos hacia Perú representaban un poco más del 50% del flujo de capitales totales. A partir de 1994, la lista la lidera el capital español. Se conoce que algunos de sus principales negocios están en Telecomunicaciones y en el sector Energía. Asimismo, en 2005 se empieza a hacer más patente la presencia de diversos países de la región dentro de los 10 principales países que aportan capital a la economía peruana. Entre 2005 y 2016 destacan Brasil, Panamá y los principales socios de Perú en la Alianza del Pacífico: México, Chile y Colombia.

Gráfico 8. Flujos brutos y netos de la IED en Perú 1980-2017 (Millones de US\$)



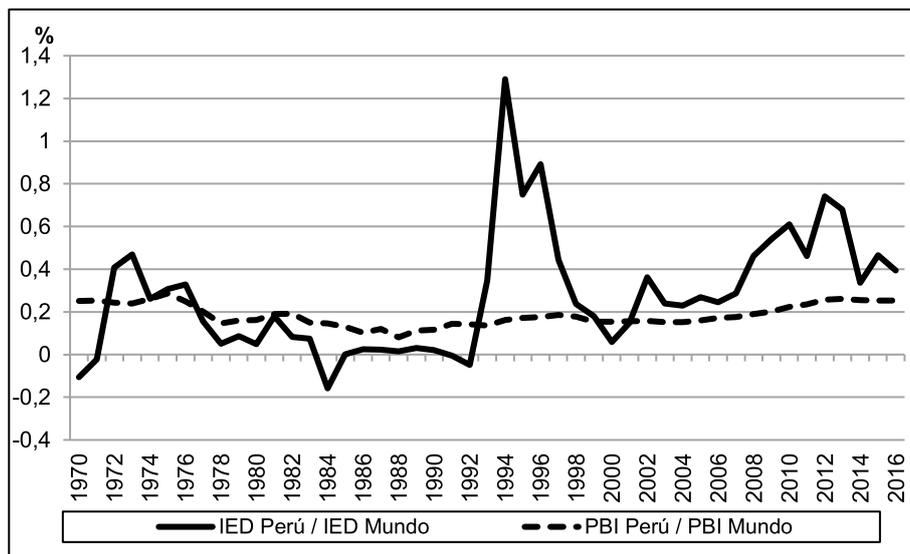
Fuente: Elaboración propia con base en BCRP.



Si se evalúa el año 2016, el sector económico que concentra la mayor cantidad del aporte de capital español es el de Telecomunicaciones (ver cuadros 3 y 4). Destacan las inversiones en Telefónica del Perú S.A.A. y Entel Perú S.A. Asimismo, las inversiones de Reino Unido, EE. UU., Brasil y Luxemburgo están concentradas en el sector de recursos naturales que incluye las actividades de minería, extracción de hidrocarburos, pesca,

silvicultura y agricultura. Algunas de las principales empresas receptoras de capital inglés y luxemburgués son Minera Chinalco Perú S.A. y Odebrecht Energía del Perú S.A., respectivamente. Finalmente, el aporte de capital de Chile se concentra en los sectores de Telecomunicación y Finanzas dentro de los cuales destacan los aportes a Entel Perú S.A. y a Falabella Perú S.A.A.

Gráfico 9. Participación de la inversión extranjera directa y participación del PBI respecto a los niveles mundiales 1970-2016



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial y UNCTAD.

**Cuadro 2. Saldo de IED en el Perú como aporte al capital por país de origen 1980-2016 (10 principales países)**

	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010	2016
1	EE. UU.	EE. UU.	EE. UU.	España	España	España	España	España
2	Panamá	Suiza	Panamá	EE. UU.	Reino Unido	EE. UU.	Reino Unido	Reino Unido
3	Suiza	Panamá	Reino Unido	Reino Unido	EE. UU.	Reino Unido	EE. UU.	EE. UU.
4	Reino Unido	Reino Unido	Suiza	Países Bajos	Países Bajos	Países Bajos	Países Bajos	Chile
5	Países Bajos	Canadá	Canadá	Chile	Panamá	Panamá	Chile	Países Bajos
6	Canadá	Japón	Suecia	Panamá	Chile	Colombia	Colombia	Brasil
7	Japón	Países Bajos	Países Bajos	China	Suiza	México	Brasil	Colombia
8	Suecia	Suecia	Japón	Suiza	Francia	Chile	Panamá	Canadá
9	Francia	Luxemburgo	Alemania	Canadá	Canadá	Suiza	Canadá	Panamá
10	Luxemburgo	Francia	Uruguay	Francia	China	Italia	México	Luxemburgo

Fuente: Elaboración propia con base en Proinversión (2017).

Cuadro 3. Diez principales países inversionistas según aportes de capital, por sectores 2016 (%)

País\sector	Recursos naturales	Telecomunicaciones	Finanzas	Energía	Industria	Otros sectores
España	2.97	67.48	11.48	9.72	1.10	7.24
Reino unido	56.22	7.54	17.36	6.73	4.15	8.01
EE. UU.	35.23	1.07	13.40	12.69	28.60	9.01
Chile	6.95	34.56	35.80	5.25	6.84	10.59
Países bajos	26.86	0.73	31.33	17.39	18.16	5.52
Brasil	63.67	0.00	0.30	2.69	19.73	13.61
Colombia	10.04	0.65	1.29	41.88	43.80	2.34
Canadá	32.61	0.00	62.31	0.00	2.79	2.29
Panamá	7.04	0.00	9.87	25.37	38.85	18.87
Luxemburgo	45.87	0.00	0.04	48.58	1.26	4.24

Fuente: Elaboración propia con base en Proinversión (2017).

**Cuadro 4. Diez principales inversionistas que han efectuado aportes de capital 2011-2016**

Inversionista	País	Empresa receptora de inversión	Sector
Empresa nacional de telecomunicaciones S.A.A.	Chile	Entel Perú s.a. (antes Nextel del Perú S.A.)	Comunicaciones
Telefónica Latinoamerica holding, S.L.	España	Telefónica del Perú S.A.A..	Comunicaciones
Inversiones Inverfal Perú SPA.	Chile	Falabella Perú S.A.A	Finanzas
Peru Copper Syndicate LTD.	Reino unido	Minera Chinalco Perú S.A.	Minería
Odebrecht Latin finance S.A.R.L.	Luxemburgo	Odebrecht energia del Perú S.A.	Energía
Ic Power Holdings (KALLPA) Limited	Bermuda islas	Cerro del águila S.A.	Energía
		Samay i S.A.	Energía
Hudbay Perú Inc.	Canada	Hudbay Perú S.A.C.	Minería
Dia Bras Exploration Inc.	Canada	Dia Bras Perú S.A.C.	Finanzas
Ecopetrol Global Energy	España	Ecopetrol del Perú S.A.	Petróleo

Fuente: Elaboración propia con base en Proinversión (2017).

Hay que desmitificar que la única variable para explicar el crecimiento económico es la inversión bruta fija¹. Efectivamente, se requiere que esta contribuya a que se amplíe periódicamente la capacidad productiva de forma que no ponga límite a la expansión de la demanda interna y la externa. Sin embargo, la producción está determinada por lo que ocurre con sus diferentes componentes: consumo privado, consumo público, inversión bruta fija, variación de existencias, exportaciones y negativamente por las importaciones. En el cuadro 5 se muestra tanto las tasas de

crecimiento promedio anual (Tcpa) por décadas entre 1950-2016 así como sus diferentes componentes explicativos².

La década de mayor crecimiento económico en la economía peruana fue la de 1960-1969 seguida por el periodo 2000-2016; mientras que la de menor crecimiento fue 1980-1989. Si se reagrupa en dos sub periodos: 1950-1980 y 1990-2016 se observa que el primer periodo asociado al modelo fordista o de la edad de oro del crecimiento keynesiano³ tuvo un crecimiento del 4.8% anual lige-

¹Véase Alarco (2017b).

²Esta se determina como el cociente de las diferencias en el tiempo de cada componente del producto respecto de la variación absoluta del PBI en el mismo periodo de análisis. La suma de las aportaciones de cada componente debe ser igual a 100%.

³Una buena explicación de este modelo que buscaba la ampliación de los mercados a través de la expansión del consumo de bienes de consumo duradero, una adecuada distribución del ingreso entre ganancias y salarios y una mayor productividad puede consultarse en Boyer (2007) y Alarco (2015a).



ramente superior al 4.7% del periodo neoliberal. En todas las décadas, a excepción del periodo 1980-1989, la inversión bruta fija contribuyó al crecimiento pero en un porcentaje reducido entre el 10% y el 31% del total de los componentes explicativos. El valor máximo se obtuvo en la década de los noventa seguido del periodo 2000-2016 pero esta fue menor a 1/3 del total de los componentes explicativos. La inversión privada explica en estos últimos periodos alrededor del 20% del crecimiento económico.

Las mayores aportaciones al crecimiento han ocurrido por el lado del crecimiento del consumo privado, las exportaciones y en menor medida el consumo público. Sin menoscabar el rol de la inversión bruta fija se deben establecer políticas por el lado de estas tres variables que contribuyan

al crecimiento económico. En la actual coyuntura hay espacios limitados para las exportaciones en la medida en que los mercados internacionales se comienzan a cerrar y al reducido margen de maniobra en el consumo público por las mayores necesidades por motivo de la reconstrucción y los menores ingresos públicos.

La única opción viable sería la expansión del consumo privado a través de políticas de redistribución del ingreso a favor de los asalariados e independientes que elevarían la propensión a consumir y la demanda interna. Esta perspectiva analítica fue iniciada por M. Kalecki⁴ y los economistas postkeynesianos; en particular los que trabajan la distribución factorial del ingreso y los regímenes de crecimiento económico.

Cuadro 5. Fuentes de crecimiento del PBI por el lado del gasto 1950-2016

Período	Tcpa(%)	Consumo privado	Consumo público	Inversión bruta fija			Variación de existencias	Exportación	Importación	Total
				Privada	Pública	Total				
1950-1959	5.03	64.1	13.4	11.3	1.4	12.7	2.7	19.7	-12.6	100
1960-1969	5.48	80.6	14.0	3.5	6.5	9.9	-2.6	19.5	-21.4	100
1970-1979	3.42	34.9	12.6	15.7	7.4	23.1	3.2	24.1	2.1	100
1980-1989	-0.55	20.8	-74.7	-80.0	-40.5	-120.5	-21.0	-6.5	101.8	-100
1990-1999	4.04	52.3	13.0	19.8	11.3	31.1	-5.0	40.0	-31.4	100
2000-2016	5.22	62.8	12.0	22.0	4.6	26.7	1.0	27.2	-29.7	100

Fuente: elaboración propia con base en el BCRP.

⁴Véase Kalecki, M. (1956).



II.3 Factores explicativos y vínculos con la inversión privada

Un reciente estudio elaborado por funcionarios del Fondo Monetario Internacional (FMI)⁵ genera nuevas luces sobre los determinantes principales de la inversión privada en las economías emergentes. Este evaluó la decisión de invertir en activos fijos de 16,000 empresas en 38 países para el periodo 1990-2013. Se concluyó que estas inversiones están asociadas positivamente con las expectativas de ganancia⁶, los precios de exportación, la disponibilidad de financiamiento interno e internacional y negativamente de su nivel de apalancamiento. Es así que en la medida en que aumentaron sus niveles de deuda respecto de los activos se afectó negativamente la inversión.

Sin embargo, interesa destacar una variable: los precios de exportación de cada economía. Al respecto, los investigadores del FMI lograron determinar que si estos aumentan, la inversión privada crece. Al mismo, tiempo si estos se reducen, la inversión cae. Para este informe no se incluyeron otras variables explicativas que están de moda en el Perú como los costos laborales⁷, la tramitología y la burocracia, que a juicio de la mayor parte de los empresarios, empresas consultoras y el Gobierno explicarían los bajos niveles de inversión privada y de producción en el Perú. Al respecto, en el gráfico 10 se muestra la

evolución de la IED como participación de la inversión privada (eje derecho) y el índice de precios de exportación del Perú en variaciones porcentuales (eje izquierdo). Ambas series están corregidas por el filtro Hodrick-Prescott⁸. Se observa la correspondencia casi perfecta entre ambas variables en los periodos 1970-1984 y 2000-2016. En la década de los noventa se revierte circunstancialmente esta relación como resultado del rebote posterior a la contracción y estancamiento de finales de los ochenta y las políticas de ajuste implantadas.

En el gráfico 11 se establece una relación comparativa entre la evolución de la IED, la inversión bruta interna total y los componentes privado y público de la misma. El auge de la inversión privada en dicho período se da en consonancia con el crecimiento de la IED en el país. En contraposición, el peso de la inversión pública disminuye y no así la evolución de la inversión bruta total. En ese sentido, a partir de los noventa la inversión privada se convierte en principal componente explicativo de la inversión nacional total, pero en la primera mitad del período 1990-2000 esto tiene como parte principal a la entrada de capital extranjero. A partir de dicho período la inversión pública se estanca. La IED se mueve casi al mismo ritmo que la inversión privada y la inversión bruta fija.

⁵Véase Magud, N. y Sosa, S. (2015).

⁶Medidas por la relación del valor de mercado de las empresas (precios de las acciones por el número de acciones) respecto del valor contable de su patrimonio.

⁷Véase el trabajo de Castillo, C. (2015) donde se presenta información relativa de que la evolución de la participación salarial respecto del PBI del Perú se ubica por debajo del promedio latinoamericano y siempre por debajo de los valores de las economías desarrolladas. También en: Alarco, G. (2017b).

⁸Equivalente a un promedio móvil de diez periodos que permite extraer la tendencia no lineal de una serie estadística.

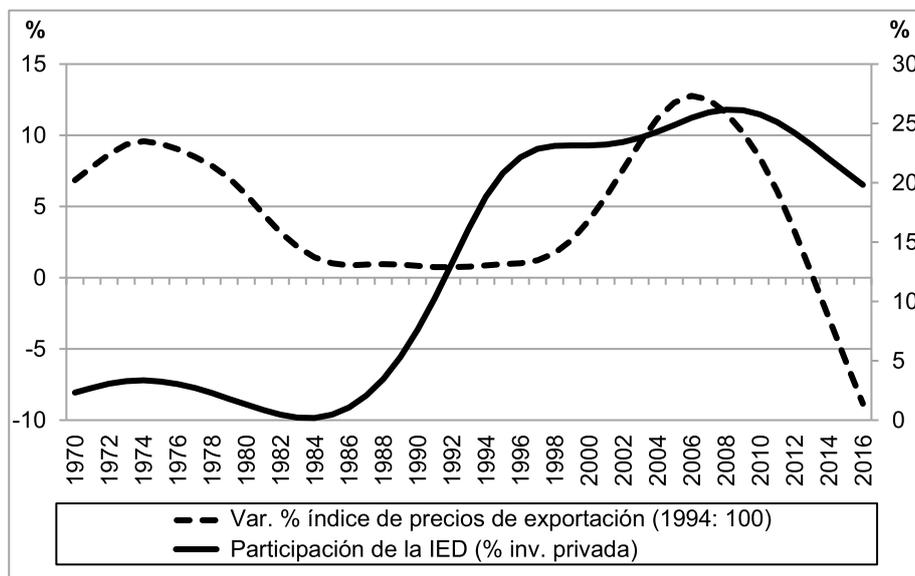


La información mostrada refleja que el peso de la IED sigue bordeando los mismos niveles de la inversión pública en el país. Hacia los cuatro últimos años del período, la IED se ha mostrado muy por debajo de la formación bruta de capital fijo público. Esta desaceleración se entiende como resultado de la caída anticipada de los precios de exportación y refleja la continua relevancia de la inversión estatal para sostener el aparato productivo nacional. Sobre todo, en este contexto en el que la participación de los flujos de capital extranjero hacia el país se ha reducido y se ha visto desplazada por la reinversión de utilidades de empresas filiales en el medio local. Entre 2012

y 2016 la IED como aporte de capital sólo representa un 30% mientras que la reinversión de utilidades es de aproximadamente 53%.

Por otra parte, en el gráfico 12 se muestra la evolución de la inversión privada y el índice de precios de exportación del Perú en términos variaciones porcentuales corregidas por el filtro Hodrick-Prescott donde se observa la correspondencia casi perfecta entre ambas variables. Sólo en el primer quinquenio de la década de los noventa hay un ciclo expansivo de la inversión privada que no tiene una contrapartida en la variación de los precios de exportación.

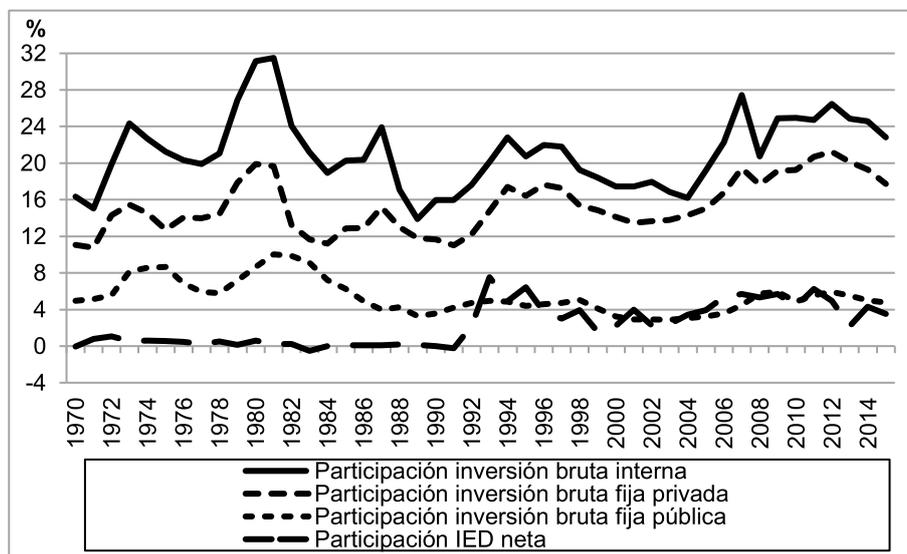
Gráfico 10. Tendencia Hodrick-Prescott de los precios de exportación y la participación de la IED en la inversión privada 1970-2016



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, BCRP, CEPAL y UNCTAD.

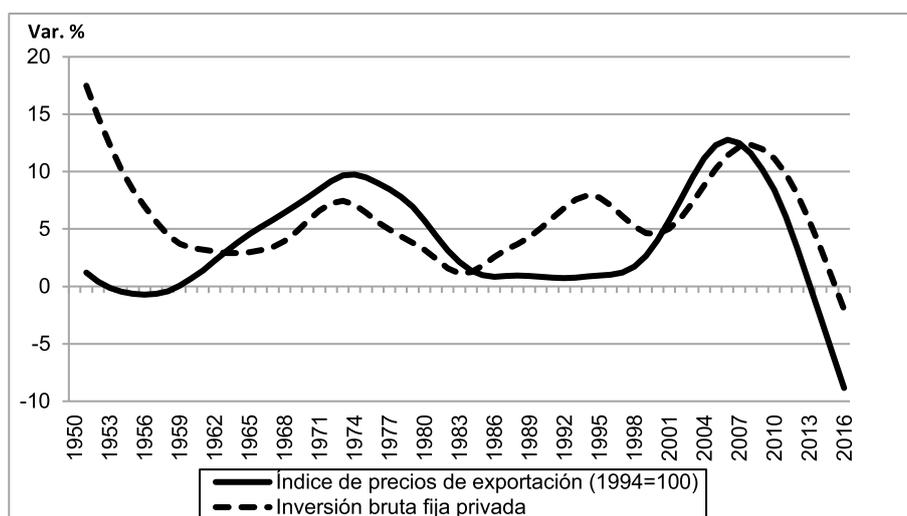


Gráfico 11. Evolución de la inversión total, inversión privada, inversión pública y la IED 1970-2016 (% PBI)



Fuente: Elaboración propia con base en Banco Mundial, BCRP, CEPAL y UNCTAD.

Gráfico 12. Inversión bruta fija privada e índice de precios de exportación (Var % corregida por filtro Hodrick-Prescott)



Fuente: elaboración propia con base al BCRP



III. Acuerdos internacionales de inversión y Tratados bilaterales de protección de inversión (TBI)

El presente capítulo aborda los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que son un elemento para promover las corrientes de inversión extranjera. En particular se trata de un instrumento de las estrategias de la mayoría de los países en desarrollo para atraer inversión extranjera. Los encargados de la formulación de políticas y los analistas del tema tienen que conocer qué papel desempeñan estos tratados.

Los AII forman parte del marco normativo de la inversión extranjera y, por lo tanto, son uno de los múltiples factores que repercuten en las decisiones que toman las empresas acerca de dónde invertir. Otros determinantes del país receptor, en particular los económicos, desempeñan un papel igualmente importante. Los factores atractivos de los flujos de la IED son: el tamaño de los mercados internos, el nivel de ingresos, las facilidades de infraestructura y de servicios, el nivel y abundancia de capital humano, las proximidades a los mercados de destino, la disponibilidad de materias primas e insumos, entre otros factores. La UNCTAD, divide estos acuerdos en dos grupos: los tratados bilaterales de inversión (TBI) y, por otra, los diversos tipos de acuerdos de cooperación económica más amplios.

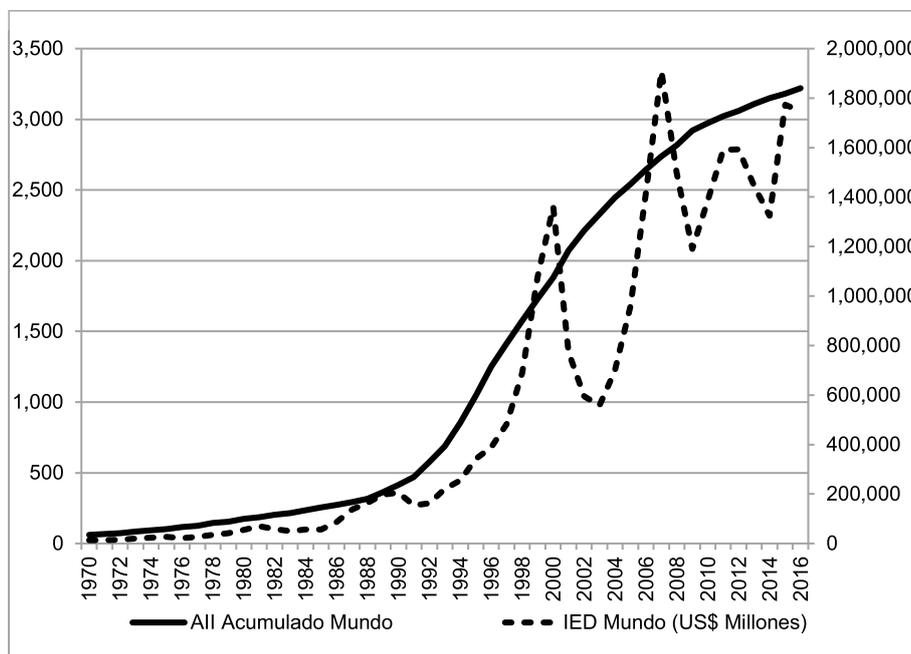
III.1 Acuerdos internacionales de inversión (AII)

Los AII se convirtieron en una herramienta fundamental que contribuye a atraer y proteger inversión extranjera que complementan las normas y reglamentos nacionales al ofrecer garantías relacionadas con la protección de la inversión, estabilidad, transparencia y previsibilidad del macro nacional de políticas. Este instrumento ha sido principalmente usado en los países en vías de desarrollo. La UNCTAD (2009) los agrupa según el tipo de acuerdos: los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y por otra parte, los diversos tipos de acuerdos de cooperación económica que entran en una categoría de Acuerdos de Inversión y Comercio Preferencial (AICP).

El gráfico 13 muestra el desempeño de las AII y la IED entre los años 1970 al 2016. El acumulado a nivel mundial de este tipo de acuerdos ha mostrado una tendencia creciente que se ha mantenido a lo largo del periodo, principalmente a partir de la década de los noventa en que inician las reformas neoliberales en muchos países en vías de desarrollo. Por otro lado, la IED tiene el mismo comportamiento pero con una caída el 2001 para luego recuperarse en el 2004, teniendo el pico máximo el 2007 (US\$ 1,909,234 millones) que está asociada al boom de los commodities. Al respecto, el crecimiento de los AII en el mundo estuvo acompañado de los grandes niveles de inversión extranjera que inician en los noventa.



Gráfico 13. AII acumulados y flujo anual de IED 1970-2016 a nivel mundial



Fuente: Elaboración propia con base en UNCTAD.

A pesar de la difícil coyuntura económica mundial los AII han seguido creciendo en los últimos años. En el año 2016 se sumaron 37 nuevos AII, con lo que el total de tratados asciende a 3,324 de acuerdos. Ese año se rescindieron al menos 19 AII, tendencia que se mantendría y que refleja las maniobras más generales de los gobiernos para modificar sus políticas de inversión internacional (UNCTAD, 2017).

A finales del 2014, los representantes de los gobiernos, sector privado y sociedad civil se reunieron en el marco de la UNCTAD para decidir la reforma de los AII luego de 60 años de aplicar este instrumento. Los cuestionamientos se referían a que los AII tienen riesgos imprevistos, es necesario establecer salvaguardas y aprovecharlos a favor del desarrollo sostenible. En concreto se acordó abordar cinco retos principales: i) salvaguardar el derecho a regular en pro del interés público, con el fin de garantizar que los límites que imponen los AII a la soberanía de los Estados

no restrinjan indebidamente la formulación de las políticas públicas; ii) reformar la solución de controversias sobre inversiones para hacer frente a la crisis de legitimidad del sistema actual; iii) promover y facilitar las inversiones mediante la potenciación efectiva de esta dimensión de los AII, iv) garantizar una inversión responsable para minimizar sus posibles efectos negativos; y v) aumentar la coherencia sistémica del régimen del AII para subsanar las deficiencias, duplicaciones e incoherencias del sistema actual y dar coherencia a las relaciones de inversión.

La reforma de los AII ha avanzado significativamente excepto en Perú. La fase 1 de la reforma de los AII está consolidada, los nuevos tratados han seguido la Hoja de Ruta de la UNCTAD, que establece cinco áreas de acción: salvaguardar el derecho a regular a la vez que se proporciona protección; reformar la solución de controversias en materia de inversiones; promover y facilitar la inversión; asegurar una inversión responsable; y



mejorar la consistencia sistémica. La reforma de la solución de controversias ocupa un lugar destacado de las prioridades para ello han adoptado medidas concretas (por ejemplo, la inclusión de cláusulas orientadas a la reforma en los nuevos tratados y los trabajos sobre la creación de un tribunal internacional de las inversiones) a varios niveles, incluido el multilateral. La facilitación de las inversiones ha suscitado un mayor interés, además los tratados recientes incluyen nuevas cláusulas que preservan el derecho de los Estados receptores a regular o fomentan una inversión socialmente responsable.

La fase 2 de la reforma de los AII, que se encuentra en marcha, que tiene como objetivo principal modernizar el acervo de tratados de la vieja generación. Más de 2,500 AII vigentes en la actualidad (el 95% de todos los tratados vigentes) se consideran de vieja generación y se concertaron antes de 2010. A finales del 2016, estos viejos tratados representaban prácticamente todos los casos de controversias entre inversionistas y Estado. Estos tratados perpetúan las inconsistencias y crean superposiciones, así como fragmentan las relaciones entre los tratados y plantea desafíos de interacción.

Si se comparan los AII del Perú realizados en la década de los noventa respecto de los signados en

la primera década del siglo XXI se observa que los cambios incorporados son reducidos. Estos se limitan a detallar las particularidades regulatorias de cada una de las partes que intervienen en el tratado y anotar que ninguno de los países va a relajar medidas en los campos de la salud, seguridad y medio ambiente para promover los flujos de inversión.

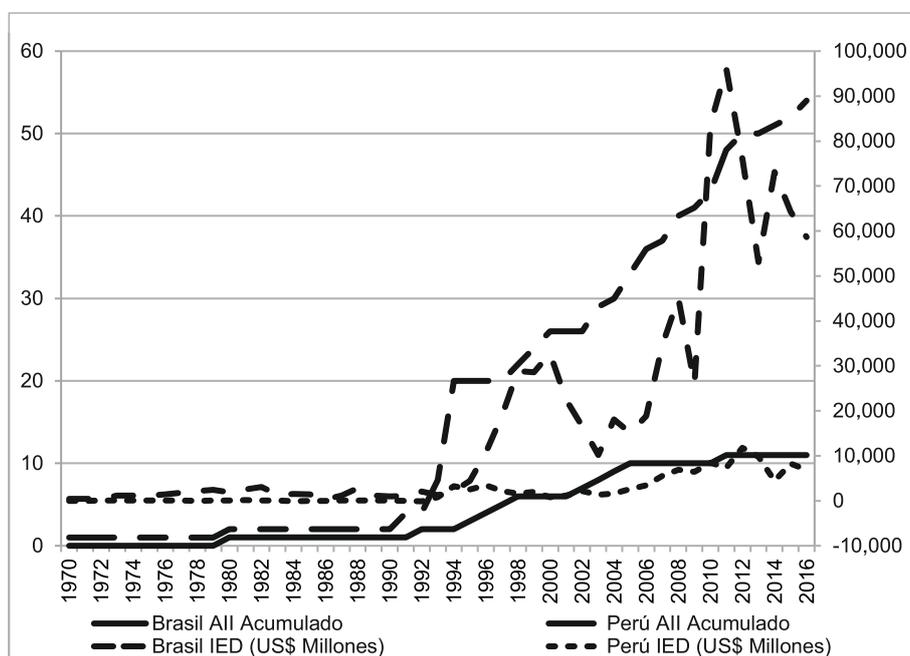
A pesar del incremento de las AII como instrumento que dinamiza la inversión extranjera, este tipo de acuerdo ha recibido críticas de que no han sido suficientes para promover corrientes de IED. UNCTAD (2009) señala que los tomadores de decisión deben conocer el papel que desempeñan estos tratados y en qué medida contribuyen a recibir más IED. Asimismo, el efecto de las AII en las corrientes de inversión depende del tipo concreto de tratado de inversión⁹.

En el gráfico 14, se compara las AII acumuladas y los flujos anuales de IED de Perú y Brasil. En el caso de Brasil, tiene 11 AII firmadas, caso contrario al de Perú que registra algo más de 50 acuerdos firmados. A pesar de esta diferencia, los flujos de inversión extranjera en Brasil registrada el 2016 fue US\$ 58,680 millones, cifra superior a lo registrado por Perú de US\$ 6,862 millones.

⁹Al respecto se analizó el tratado de Perú-Colombia de 2007 respecto del tratado del Perú con el Reino de España de 1994 que entró en vigencia en 1996.



Gráfico 14. AII acumulados y flujo anual de IED 1970-2016: Perú y Brasil



Fuente: Elaboración propia con base en UNCTAD.

III.2 Tratados Bilaterales de Inversión

A finales de la década del cincuenta el tratado de inversión extranjera más utilizado fueron los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) para la promoción y protección de la inversión que fueron los más numerosos e importantes. Este tipo de tratado, reemplazaba al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que establecía normas sobre distintos aspectos de la cooperación bilateral en materia económica y política. Por el contrario, el TBI moderno se caracterizó por tratar exclusivamente las cuestiones relacionadas con la admisión, el trato y la protección de la inversión extranjera. De los diferentes tipos de acuerdos internacionales de inversión, los TBI se mantiene como los más numerosos e importantes.

La UNCTAD (2009) determinó los posibles efectos de los TBI en los flujos de inversión extranjera hacia los países en desarrollo: Efecto de compromiso, se origina por el vínculo que otorga a los

inversores extranjeros una protección y un trato satisfactorio que reduce los riesgos e incrementa la IED procedente de los países de origen asociados. En los estudios en los que se aborda esta hipótesis se toman las corrientes de IED bilaterales entre pares de países receptores en desarrollo y países de origen desarrollados como variable dependiente, y se examina si la concertación de TBI —normalmente su firma, rara vez su ratificación— ha contribuido a incrementar las corrientes de IED de los países de origen hacia los países receptores que han suscrito el tratado, y en qué momento lo han hecho.

El segundo efecto es el demostrativo, en el cual los TBI muestran la seriedad de intenciones del país receptor en lo que se refiere a la mejora de los derechos de propiedad para todos los inversores, y, por consiguiente, pueden fomentar la IED procedente de todos los países, y no sólo de las partes contratantes de esos tratados. Para comprobar esta hipótesis se suelen utilizar las corrientes



totales de IED hacia los países receptores en desarrollo y el número de TBI concertados, por lo general con países miembros de la OCDE, y en ocasiones también con países en desarrollo, como variable explicativa fundamental.

El tercer efecto es el sustitutivo, relativo a la mejora de la calidad institucional habida cuenta de que mejorarla lleva tiempo. Los inversores extranjeros pueden considerar que los TBI compensan las deficiencias institucionales y, por lo tanto, esos tratados estimulan las corrientes de IED de esos inversores. Esta hipótesis puede comprobarse utilizando tanto las corrientes bilaterales como las corrientes agregadas de IED.

Por último, los TBI incluyen disposiciones "firmes" a favor de los inversores extranjeros que tienen más posibilidades de fomentar la IED. Estas se centran en la comparación de las corrientes procedentes de países que han concertado TBI con disposiciones "más firmes" con las procedentes de países que han suscrito TBI con disposiciones "más débiles".

Muchos de estos tratados disponen que tanto los Estados como los inversores extranjeros pueden recurrir al arbitraje internacional. El número de TBI ha aumentado considerablemente, en particular durante los años noventa. De un total de 386 TBI, firmados hacia fines de los años ochenta el número se elevaba a 2,957 a finales de 2016. La mayoría de esos tratados son entre un país desarrollado por un lado y un país en desarrollo por el otro, pero la proporción de TBI concertados entre los países en desarrollo y entre éstos y los países en transición está en aumento. Los países desarrollados rara vez firman TBI entre sí.

III.3 Comentarios sobre los capítulos de inversión en los TLC

Según Bedoya (2015) los TLC¹⁰ utilizan, en relación al tema de las inversiones, definiciones amplias y flexibles que se pueden prestar a múltiples interpretaciones. Por ejemplo, incluyen los recursos que pertenecen a los pueblos indígenas, como tierras y territorios, así como sus licencias y concesiones para el uso de recursos hídricos y forestales. Asimismo, las organizaciones económicas, productivas, y de servicios de comunidades campesinas e indígenas pueden ser caracterizadas como inversionistas. Por lo tanto, se podría dar el caso que las empresas transnacionales argumenten que los campesinos e indígenas son inversionistas nacionales y que no deben recibir un trato más favorable que ellas; es decir, podrían reclamar por trato discriminatorio y por las facilidades y derechos exclusivos que tienen esas poblaciones respecto al uso de recursos que les otorga la legislación nacional. Un ejemplo está relacionado con el Convenio 169 de la OIT: los gobiernos que quieran implementar este convenio podrían ser demandados por discriminación por parte de las empresas transnacionales con intereses en los mismos territorios. Otro aspecto preocupante está referido al concepto de expropiación. Las provisiones del TLC sobre la expropiación están entre las más radicales: el concepto de expropiación ha sido expandido enormemente con la introducción de la expropiación indirecta.

Mientras el concepto tradicional de la expropiación estuvo limitado a la apropiación del uso, título o beneficio de la propiedad privada por el Estado con la provisión de una compensación al propietario, la expropiación indirecta contempla acciones que son "equivalentes" a la expropia-

¹⁰En particular el TLC firmado entre el Perú y los EE.UU.



ción. Por expropiación indirecta se entiende el conjunto de medidas que puede tomar un gobierno y que afectarían las expectativas de ganancia futura del inversionista. El artículo 10.7.1. del TLC con EE.UU. sobre expropiación acordado por nuestros negociadores abordó dos situaciones: “la primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada” y “la segunda es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una parte tienen el efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho del dominio”. Esta interpretación da a las ganancias potenciales la misma categoría otorgada a las inversiones efectivas. Es decir, la promulgación de una ley u otro instrumento de regulación que busque, por ejemplo, proteger el medio ambiente, la salud, una futura reforma tributaria, o cualquier otra medida que pueda ser percibida como una interferencia a la capacidad de las empresas de obtener una ganancia futura, puede ser considerada como expropiación indirecta. Existen algunos antecedentes al respecto: bajo el TLC de América del Norte (TLCAN) los gobiernos firmantes han sido obligados a compensar a empresas extranjeras por pérdidas de ganancias esperadas que resultaron de la aplicación de provisiones legales que regulan el uso de sustancias tóxicas, la gestión de los desechos y el aprovechamiento de los recursos naturales. Otro aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con los mecanismos de resolución de disputas.

El TLC otorga a las corporaciones extranjeras el derecho de exigir compensación monetaria en caso consideren que sus derechos como inversionistas están siendo afectados por decisiones que tomen los gobiernos receptores. Estos casos son evaluados por tribunales especiales fuera del país receptor de la inversión, bajo un régimen de audiencias que son usualmente secretas y que

además no tienen la obligación de permitir la participación de ciudadanos particulares u organizaciones de la sociedad civil que se vean afectadas por sus actividades. Dichos tribunales suplantando la autoridad de los sistemas judiciales nacionales y sus disposiciones no pueden ser apeladas. Además, en los TLC no se reconoce al Estado receptor de la inversión el derecho de llevar una controversia con la empresa inversionista ante esos mismos tribunales. Por ejemplo, bajo el TLCAN, empresas transnacionales han presentado denuncias en contra de medidas que las autoridades de México, Canadá y los Estados Unidos habían tomado para proteger el interés público frente a impactos generados por sus actividades. En muchos casos los gobiernos de estos países se han visto obligados a indemnizar a las empresas por montos elevados (Bedoya, 2015). Otro tema relevante es que a través de los TLC se prohíbe el establecimiento de requisitos de desempeño que se utilizan en una política industrial. Una evaluación más completa sobre los TLC puede revisarse en Alarco (2015b, 2017a y 2018).

III.4 Brasil: una alternativa a los TBI

Un caso interesante para análisis es el de Brasil, en tanto no tiene TBI pero es el principal emisor y receptor de IED en América Latina. En los años noventa, en pleno auge de los tratados de inversión en América Latina el gobierno brasileño firmó 14 TBI entre 1994 y 1999 pero ninguno fue ratificado, debido a la fuerte oposición del Congreso Nacional cuyo argumento principal era la restricción al derecho nacional de regular a la par que otorgaban beneficios adicionales a los inversores extranjeros, respecto a los inversores nacionales (Vieira, 2017). En razón de estas controversias, el gobierno brasileño no firmó el convenio CIADI de 1965.



En los últimos años, la importancia de las inversiones provenientes del Brasil en el flujo mundial de IED ha generado un debate sobre los tratados de inversión. Arroyo y Ghiotto (2017) señala que las empresas brasileñas duplicaron sus inversiones en cinco años mismas que tuvieron como destino principalmente América Latina y África. Asimismo, para el 2010 de las 17 empresas latinoamericanas que invirtieron en Europa, 12 empresas tenían origen brasileño. Sin embargo, el gobierno tuvo que acudir a partir del 2015 a los nuevos Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI). Esto se llevó a cabo por la presión de los países socios por negociar acuerdos de inversión, así como a los problemas generados por los TBI tradicionales, principalmente por las cláusulas para la inversión extranjera que les permite demandar al Estado en arbitrajes internacionales sin acudir al órgano judicial local.

Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones - ACFI

Vieira (2017)¹¹ presenta un análisis sobre los nuevos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones propuestos por Brasil. Este documento señala los aspectos nuevos, así como los puntos en común y las diferencias en las cláusulas con los TBI tradicionales.

Los ACFI, forman parte de la nueva generación de acuerdos sobre inversión que tiene una mirada de largo plazo. Entre las principales diferencias con los TBI tradicionales, tiene el nuevo concepto de fomentar y facilitar las inversiones mutuas con el objetivo de impulsar los flujos de inversión recíproca, y no sólo proteger las IED. La defini-

ción de inversión es fundamental para este tipo de tratado ya que considera el tipo de inversión que debe tener un papel importante en el desarrollo sostenible de los Estados. Otra diferencia es que en esta no se considera a las inversiones de cartera que abarcan principalmente inversiones de corto plazo y especulativas.

En cuanto al principio de trato nacional y nación más favorecida disponen que los inversores extranjeros deben ser tratados de manera no menos favorable que los inversores nacionales o los inversores de terceras partes. Algunas excepciones se conservan de los TBI tradicionales, como la prohibición de las inversiones en regiones fronterizas. Este nuevo acuerdo no limita la promulgación de requisitos o restricciones legales siempre y cuando no sean discriminatorias; es decir cuando una norma no modifica las condiciones de competencia a favor de sus propios inversionistas respecto a los inversionistas extranjeros.

Un aspecto novedoso, respecto a otros acuerdos de inversión es la inclusión de cláusulas sobre responsabilidad social empresarial basadas en la propuesta de la OCDE para empresas multinacionales. En las ACFI negociadas recientemente se introduce excepciones específicas para la protección de la vida humana, animal y vegetal. Esto último, va en la línea de las inversiones responsables que contribuyen al desarrollo sostenible.

Según el ACFI, cada Estado socio debe crear un mecanismo centralizado (Ombudsman) para recibir inquietudes y reclamos de los inversores. Esta nueva entidad analiza los reclamos y preguntas en coordinación con las entidades públicas a

¹¹Vieira fue el coordinador General de Políticas de Comercio e Inversión del Ministerio de Hacienda de Brasil al momento de la firma y aprobación del ACFI Brasil – México.



través de procedimientos expeditivos, brinda una respuesta o solución al inversor. El objetivo es que el inversor extranjero tenga a su disposición los medios efectivos para superar problemas y desafíos que enfrentan para realizar y mantener la inversión y para fomentar un buen ambiente de negocios. En el caso de Brasil fue establecido como Ombudsman la Cámara de Comercio Exterior que es un organismo inter-ministerial responsable de formular, adoptar y coordinar políticas de comercio e inversión.

Otra innovación es la constitución de un Comité Conjunto para la prevención de controversias y cooperación entre Estados. En caso de controversias, si las partes no encuentran puntos en común, los Estados pueden iniciar un arbitraje internacional como último recurso. Este arbitraje debe tener como principal fin determinar si el Estado receptor violó alguna de las disposiciones del acuerdo, de ser así recomendar que el Estado ajuste o elimine la medida que no cumple con las exigencias.

La cooperación entre Estados, atribuida al Comité Conjunto, es ejercida a través del desarrollo de una Agenda para la Mayor Cooperación que puede incluir temas tales como la facilitación de la visa de negocios, intercambio de información sobre legislación y logística. Estos temas avanzará dependiendo de los intereses comunes de los Estados socios.

ACFI Brasil – México¹²

Actualmente Brasil ha firmado ACFI con Chile, Colombia, México y Perú y ha está cerrando negociaciones con India y Jordania. En abril del 2017,

el Senado brasileño aprobó el ACFI con México convirtiéndose en el primer acuerdo de inversión en obtener la aprobación del Congreso Nacional. Los otros ACFI firmados están siendo sometidos al proceso de aprobación. Aunque el nombre y la estructura de acuerdos pueden variar ligeramente las características principales son las mismas ya que se basan un único modelo de ACFI.

A continuación presentamos el análisis a las principales cláusulas del ACFI Brasil – México. Este acuerdo tiene como objetivo la promoción de la cooperación entre las partes para facilitar y promover la inversión mutua, de esta manera se visibiliza como cooperar entre ambos países para facilitar la inversión y no sólo la protección de las IED (Artículo 1). En cuanto al ámbito de aplicación este acuerdo cubre las inversiones de Brasil y México realizadas antes y después de su entrada en vigencia. Asimismo, establece algunos límites que comúnmente no se encuentran en los TBI tradicionales como por ejemplo, este acuerdo no puede ser invocado para cuestionar asuntos juzgados en el ámbito nacional y tampoco puede limitar los derechos y beneficios que un inversionista tiene con la legislación nacional o internacional (Artículo 2).

La definición de inversión excluye la inversión de cartera y señala la vinculada a producción o servicios (Artículo 3). El ACFI en relación al principio de no discriminación, establece que un país otorgará a los inversionistas del otro país y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas de un Estado no parte y a sus inversiones. Asimismo, excluye el trato Nación Más Favorecida en el caso que una

¹²Ver en referencia bibliográfica el enlace electrónico del ACFI Brasil-México.



empresa quiere utilizar el sistema de solución de controversias que figuran en los TLC o TBI. En el caso México que es parte del CIADI, una empresa puede usar este canal para llevar a Brasil a un foro de arbitraje (Artículo 5). Las expropiaciones tienen una diferencia con los TBI tradicionales, debido a que pueden realizarse expropiaciones directas y no refiere a la expropiación indirecta; además podrá realizarse por utilidad e interés público de forma no discriminatoria, de conformidad al debido proceso legal, con pago expedito y a valor justo de mercado (Artículo 6).

El libre flujo de capitales, es garantizado salvo garantía de procedimientos contenciosos o crisis de balanza de pagos de conformidad con las reglas del FMI. Brasil renuncia a ciertos controles de flujo de capitales que ha tenido en el pasado, pero excluye del ámbito de aplicación de este tratado las inversiones especulativas (Artículo 9). Este ACFI afirma que no se evitará que se cumplan y tomen las medidas necesarias para hacer cumplir la legislación en materia tributaria interna de cada Estado, siempre y cuando se hagan de manera no discriminatoria (Artículo 10).

Otro aspecto novedoso, es la inclusión de la Responsabilidad Social Corporativa en la cual se plantean principios y normas voluntarias que guían la actuación de las inversiones tales como el respeto a los Derechos Humanos, promoción del fortalecimiento de la construcción de capacidades locales, fomento del desarrollo del capital humano, respeto a las actividades y al sistema político local, estimular el progreso económico, social y ambiental; entre las principales (Artículo 13).

Respecto a las controversias, plantea una alternativa distinta al TBI. Este ACFI establece un procedimiento de solución de controversias detalla-

do que tiene como objetivo prevenir las disputas. De esta manera, se crea un Comité Conjunto que tiene como funciones administrar el acuerdo y velar por el cumplimiento de sus objetivos, coordinar la cooperación entre las partes, resolver las disputas y evitar llegar a un arbitraje (Artículo 14). También se crea la figura del Ombudsman, que será designado por cada una de las partes y tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de la otra parte en su territorio (Artículo 15).

Sobre la vigencia del ACFI, puede ser concluido cuando cualquiera de las partes lo desee, en caso de no llegar a un acuerdo acerca de la terminación del tratado, la sola notificación de una de las partes dará por terminado el ACFI a los 365 días de la fecha en que se entrega la notificación de terminación. Esto último a diferencia de los TBI tradicionales que tienen un periodo de vigencia por 5, 10 o 15 años (Artículo 21).

IV. Mecanismos de solución de controversias: CIADI y CNUDMI

IV.1 CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se crea en 1966 como resultado de la firma del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. Este último aparece como un tratado multilateral, formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial con el apoyo de juristas de los diferentes estados miembros, con el fin de promover la inversión privada a nivel internacional. El CIADI se reconoce como una institución de arreglo de diferencias en materia de inversión independiente, apolítica y eficaz. Según la propia



institución, su contribución positiva al proceso de inversiones se debe a que promueve la confianza en el procedimiento de resolución de controversias (CIADI, 2017).

El CIADI prevé el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. El proceso del CIADI está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas y, de ese modo, mantener un equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores (CIADI 2017). El proceso de evaluación de los casos o disputas es considerado por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente. A cada caso se le asigna un equipo que brinda asistencia especializada a lo largo del proceso. Como bien señala Shihata (1986), el CIADI está conformado por un representante de cada uno de los 153 Estados contratantes, los cuales cuentan con un voto. De esta manera, se garantiza la igualdad de representación para todos los Estados miembros del CIADI. Asimismo, el Consejo Administrativo del CIADI aprueba las regulaciones y reglas referidas a las disputas en materia de inversión y a la elección de su Secretario General.

La formulación del *Convenio* fue motivada por la necesidad de fomentar el flujo de inversiones adicionales del sector privado a las diferentes economías en desarrollo durante la década del sesenta. Los organismos económicos internacionales de la época impusieron distintos mecanismos precedentes. Su funcionalidad se relaciona con la eliminación de algunas incertidumbres y obstáculos que confrontaban los inversionistas en países extranjeros y en los Estados que en ese momento recién obtenían su independencia y que requerían montos mayores de capital externo. Las discusiones en torno al diseño del *Convenio* empe-

zaron desde 1961 con los primeros trabajos preparatorios y notas desarrolladas por el Consejo Jurídico General del Banco Mundial y por el Presidente de ese entonces (Eugene R. Black). Luego de un sinnúmero de reuniones y versiones preliminares del documento, el 18 de marzo de 1965, bajo la presidencia de George D. Woods, los Directores Ejecutivos del Banco aprobaron el texto del *Convenio*. El *Convenio* fue firmado por los primeros 20 Estados miembros y fue ratificado el 14 de setiembre de 1966 (CIADI 1970).

Según información de CIADI (2017) el *Convenio* se refiere a lo siguiente:

1. Crea el Consejo Administrativo, el Secretariado, las Listas de Árbitros y de Conciliadores del CIADI, así como el status, las inmunidades y los privilegios del Centro (Capítulo I);
2. Establece la jurisdicción del CIADI (Capítulo II);
3. Autoriza la conciliación (Capítulo III);
4. Autoriza el arbitraje (Capítulo IV);
5. Aborda la sustitución y recusación de conciliadores y árbitros (Capítulo V);
6. Analiza las costas del procedimiento (Capítulo VI);
7. Se ocupa del lugar del procedimiento (Capítulo VII);
8. Prevé las diferencias entre Estados Contratantes (Capítulo VIII);
9. Prevé un procedimiento de enmienda (Capítulo IX);
10. Incluye disposiciones finales, tales como los procesos destinados a la firma, ratificación y denuncia del *Convenio* (Capítulo X).

La asistencia administrativa brindada por el CIADI también incluye el tratamiento de los arbitrajes entre Estados e inversionistas bajo el Reglamento de la CNUDMI, bajo tratados de libre comercio y otras disposiciones de resolución de diferencias ad hoc. En estos procedimien-



tos el apoyo del CIADI abarca desde la organización de las audiencias hasta la prestación de servicios administrativos comparables a aquéllos prestados en los propios casos del CIADI. El Secretario del CIADI también actúa como autoridad nominadora, y decide propuestas para la recusación de árbitros, cuando así se le solicita.

Es obvio que la solución de controversias mediante el CIADI reduce la soberanía de los Estados. El CIADI no es un tribunal internacional; se trata de un organismo que crea tribunales arbitrales *ad hoc*, con decisiones inapelables basadas en un puñado de árbitro sin sustento en el derecho internacional, procuran basarse más en los precedentes de otros casos y operan con base a la interpretación de los TBI. También hay quejas relativas a la falta de transparencia, legitimidad y problemas de puerta giratoria entre árbitros a favor y en contra de los Estados, entre otras observaciones (Echaide, 2013).

IV.2 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

La CNUDMI es el órgano jurídico de las Naciones Unidas en el ámbito mercantil internacional. Su objetivo es formular la normativa adecuada que regula las operaciones comerciales, de tal manera que se promueva el comercio a nivel glo-

bal. Las actividades principales de esta instancia son las siguientes:

11. Elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial.
12. Preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico.
13. Presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno.
14. Prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación.
15. Organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

La Comisión posee seis diferentes grupos de trabajo en los que se desarrollan los temas importantes que serán incluidos en su programa de trabajo. Cada uno está integrando por todos los Estados Miembros del Acuerdo de Naciones Unidas:

- Grupo de Trabajo I - Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas
- Grupo de Trabajo II - Arreglo de Controversias
- Grupo de Trabajo III - Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados
- Grupo de Trabajo IV - Comercio Electrónico
- Grupo de Trabajo V - Régimen de la Insolvencia
- Grupo de Trabajo VI - Garantías Mobiliarias



Cuadro 6. Principales documentos normativos sobre el Arreglo de Controversias

Norma	Año	Finalidad y contenido básico
Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York")	1958	Su finalidad principal es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	1976, 2010, 2013	Consta de una amplia gama de normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se establecen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes <i>ad hoc</i> , así como en arbitrajes administrados por instituciones.
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI	1980	Ofrece un juego completo de reglas procesales a las que las partes podrán hacer remisión en su contrato para la solución de todo conflicto que pueda surgir en sus relaciones comerciales. Regula asimismo la confidencialidad, la admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos y los límites del derecho de las partes a recurrir a la vía judicial o arbitral en el curso de un procedimiento conciliatorio.
Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado	2014	Comprende un conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado.
Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ("Convención de Mauricio sobre la Transparencia")	2014	Instrumento por el que las partes en los tratados de inversiones aprobados antes del 1 de abril de 2014 expresan su consentimiento a la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ("Reglamento sobre la Transparencia" o "Reglamento").

Fuente: Elaboración propia con base en CNUDMI (2017).



El Grupo de Trabajo II se ha dedicado al desarrollo de un régimen uniforme para la resolución de controversias comerciales. Asimismo, pone en evaluación las condiciones estandarizadas para el establecimiento de los acuerdos de arbitraje y la operatividad del Tribunal Arbitral a través de medidas cautelares. La resolución de controversias en la CNUDMI se rige bajo una serie de normativas, dentro de las cuales destacan las convenciones y reglamentos detallados en el cuadro explicativo que aparece a continuación. Destacan de entre estos la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en sus tres versiones de 1976, 2010, 2013 y el Reglamento de Conciliación de la CNUDDMI de 1980.

IV.3 Evaluación general de arbitrajes para América Latina y el Caribe

El Transnational Institute (2017) presenta un análisis interesante de los procesos de arbitraje de inversiones entre firmas extranjeras y Estados de América Latina y el Caribe (ALC) entre 1995 y 2017. En primer lugar, este documento señala que las controversias sometidas a arbitraje a nivel mundial se han elevado de 6 casos en 1995 a 817 en 2017. De este total, 234 casos, equivalentes al 28.6 % fueron contra Estados de ALC. Al respecto hay que resaltar que nuestra región en el mismo periodo 1995-2016 recibió solo el 9.4% de la IED mundial (UNCTAD, 2017), por lo que somos una de las regiones del mundo más demandadas.

Asimismo, señala que existen muchos centros de arbitraje en todo el mundo donde las disputas relacionadas con inversiones pueden resolverse. Sin embargo, la mayoría de los casos a nivel mundial y la mayoría de los reclamos contra ALC se llevan a cabo bajo los auspicios del CIADI (185 casos). Específicamente, el 79% de todas las reclamaciones se presentaron ante este centro de arbitraje. Argentina es un buen ejemplo aquí, ya que 54 de sus 60 reclamaciones se resolvieron en el CIADI. Otros centros de arbitraje donde se han resuelto algunas disputas son el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya en los Países Bajos (25 casos) y el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (3 casos).

Además de seleccionar el foro de arbitraje, los inversores tienen derecho a elegir las reglas de arbitraje que regirán el caso. En los casos contra países de ALC, los inversionistas eligieron las reglas del CIADI en 146 de los 234 reclamos contra la región. Al agregar el Mecanismo Complementario del CIADI (CIADI AF16) que se utilizó 31 veces, se puede concluir que las normas del CIADI se utilizaron para resolver disputas en el 76% de los reclamos contra países de ALC. Los inversores también recurrieron a las reglas de la CNUDMI que se utilizaron en el 24% de los casos restantes¹³.

Otro aspecto a resaltar es que de los 42 países de ALC, 22 países que representan el 52.4%, han estado sujeto a demandas bajo el sistema de arbitraje internacional, entre los que destacan Argentina (60 casos), Venezuela (44 casos), México (27

¹³Los inversores generalmente recurren a las reglas de la CNUDMI y otros tribunales cuando el país en cuestión no se ha suscrito al CIADI o se ha retirado de él, como en el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela. 9 de las 14 reclamaciones contra Bolivia y 12 de las 23 reclamaciones contra Ecuador se decidieron según las reglas de la CNUDMI. Venezuela solo se retiró del CIADI en 2012, razón por la cual la mayoría de los reclamos en su contra continuaron bajo la supervisión del CIADI.



casos), Ecuador (23 casos), Bolivia (14 casos) y Perú (13 casos); estos representan el 77.3% del total de demandas en la región.

Las demandas presentadas contra los Estados de ALC han tenido una dinámica particular, debido a que han aumentado significativamente en los últimos años. A partir de 1996 en que se presenta el primer caso en contra de Venezuela, se tiene un promedio de 11 casos anuales y tiene al 2003 en que se inicia la mayoría de demandas en la región, que de los 24 casos presentados 20 correspondieron a Argentina.

Para finales del 2017, de 234 casos 170 han concluido, 18 continúan, 42 fueron resueltos por acuerdo de las partes, 110 casos terminaron en decisión de los tribunales y 64 continúan pendientes. Si consideramos que 152 casos terminaron (entre acuerdo de las partes y decisiones del tribunal), esto equivale a que el 70% de las demandas acabaron a favor del inversor y el restante 30% a favor de los Estados. Otro elemento que llama la atención, es que los Estados son siempre perdedores en el sistema de arbitraje internacional aunque en muchos casos la decisión del tribunal no va contra del Estado debido a que gastan grandes sumas de dinero en contratar estudios de abogados y que en muchos casos pueden cobrar hasta US \$ 1,000 por hora en su asesoría. Un ejemplo es el caso de Ecuador, que para el año 2013 había gastado US\$ 155 millones de dólares en gastos defensa y arbitraje.

Entre los países que perdieron la mayoría de las demandas en ALC, se tiene en primer lugar Argentina que de un total de 42 casos concluidos, 37 se decidieron a favor de los inversionistas (88% del total de demandas). El segundo país con mayor demanda es Venezuela, de los 24 casos concluidos, 17 decidieron a favor del inversionista (71%).

Respecto a las sumas reclamadas por los demandantes desde 1996 ascienden a US\$ 145.8 mil millones. Sobre los casos concluidos (ya sea por acuerdo entre las partes o decisión de arbitraje) y que se conocen los montos, los Estados han sido ordenados a pagar a los inversionistas un total de US\$ 20.6 mil millones. Esta suma equivale a diez veces los US\$ 2 mil millones que México ha presupuestado para la reconstrucción del terremoto del 2017 o también corresponde a la mitad del presupuesto de salud pública en Argentina y además podría cubrir el presupuesto de salud y educación para Bolivia en cuatro años.

Un hecho que llama la atención, es que los inversionistas que han presentado demandas en el CIADI tiene como casa matriz principalmente EE.UU. con un total de 78 demandas, seguidos de inversores de países europeos y Canadá que en total representan el 88.8% de las demandas. También existen disputas entre los países de la región, Chile tiene 7 demandas contra Estados de ALC, seguido de Barbados con 6 demandas todas ellas contra Venezuela y sólo dos fueron presentadas por compañías de Argentina, el país más demandado de la región. Las demandas se basan en los tratados firmados entre los países que pueden ser acuerdos de libre comercio (TLC) que cuentan con un capítulo sobre protección de inversiones o acuerdos específicos de protección de inversiones (tratados bilaterales de inversión o TBI). Entre las demandas presentadas contra países latinoamericanos, la mayoría de los inversionistas citaron presuntas violaciones de TBI (208 casos), seguidos por TLC (39 casos). Considerando que EE.UU. es el país donde se origina la mayor cantidad de demandas, no sorprende que los TBI que ha firmado sean los más invocados, junto con los TLC, el TLCAN y el CAFTA. Además, la mayoría de inversores que presentaron demandas contra Venezuela invocaron los TBI de



ese país con los Países Bajos (15 casos) y España (8 casos).

En los últimos años los sectores que han presentado demandas a la mayoría de Estados de América Latina han sido la minería y la industria petrolera. De los 234 casos presentados contra países de ALC, 54 están relacionados a la minería, gas y petróleo, que equivalen el 23% de demandas, la mitad de estas demandas se presentaron a partir del año 2011. Es necesario resaltar, que las políticas gubernamentales buscan proteger el medio ambiente y los derechos de las comunidades, así como las políticas para hacer que las compañías paguen más impuestos al Estado y esto ha sido un desafío para las inversiones extranjeras.

Con respecto al tribunal de arbitraje, está conformado por un panel de 3 árbitros. Por lo general, un árbitro es nominado por el inversionista, otro por el Estado y hay un presidente que es elegido por mutuo acuerdo entre las partes. Según el Transnational Institute (2017) existe un pequeño grupo de árbitros que han sido nombrados constantemente. Los diez árbitros que han participado en las mayoría de demandas (ya sean nominados por las partes o designados como presidente) están involucrados en el 72% de todos los casos en la región para la cual el tribunal ya ha sido establecido. En otras palabras, casi 3/4 de los casos presentados en ALC son decididos por los mismos árbitros. Llama la atención que algunos árbitros son favoritos de los Estados, mientras que otros son favoritos de los inversores. El árbitro francés Brigitte Stern es el que ha sido más nominado por los Estados, mientras que Horacio Grigera Naón de Argentina y Charles Brower de los Estados Unidos son los árbitros más a menudo nominados por los inversores.

En la mayoría de los casos, las partes han empleado un pequeño número de bufetes de abogados. El

bufete de abogados más utilizado por los inversores es Freshfield Bruckhaus Deringer, que ha participado en 37 casos. Le siguen King & Spalding, con 27 casos, y Baker & McKenzie. Con la excepción de una pequeña minoría, los Estados también tienden a contratar firmas internacionales de abogados para defenderlos. Los bufetes de abogados más a menudo contratados por los Estados son Foley Hoag (25 casos, utilizados con frecuencia por Venezuela y Ecuador), Dechert (16 casos, principalmente utilizados por Bolivia), Pillsbury Winthrop Shaw Pittman (14 casos, casi exclusivamente contratados por México), y Arnold & Porter (12 casos, actuando para los países de Centroamérica y el Caribe, especialmente Panamá y la República Dominicana).

V. Controversias en el CIADI: historia y situación actual

V.1 Casos atendidos y resultados

A continuación aparece el número de casos atendidos por el CIADI desde el año 1972. El gráfico 15 muestra que la mayor cantidad de casos se presenta a partir del año 1998, casi finalizando la época del boom de IED en América Latina. El año en el que se han presentado más casos es el 2015, en el cual el CIADI ha tratado un total de 52 casos. De entre los casos adicionales atendidos por el CIADI, en los últimos 18 años la gran mayoría son arbitrajes entre inversionistas y Estados amparados en el reglamento de CNUDMI. Tal y como aparece en el gráfico 16, entre 2000 y 2017 se han atendido un total de 114 casos de este último tipo. Los otros casos incluyen arbitrajes y otros relacionados con tratados de libre comercio y otros acuerdos

En cuanto a su distribución geográfica, según CIADI (2017b) los casos atendidos desde el año

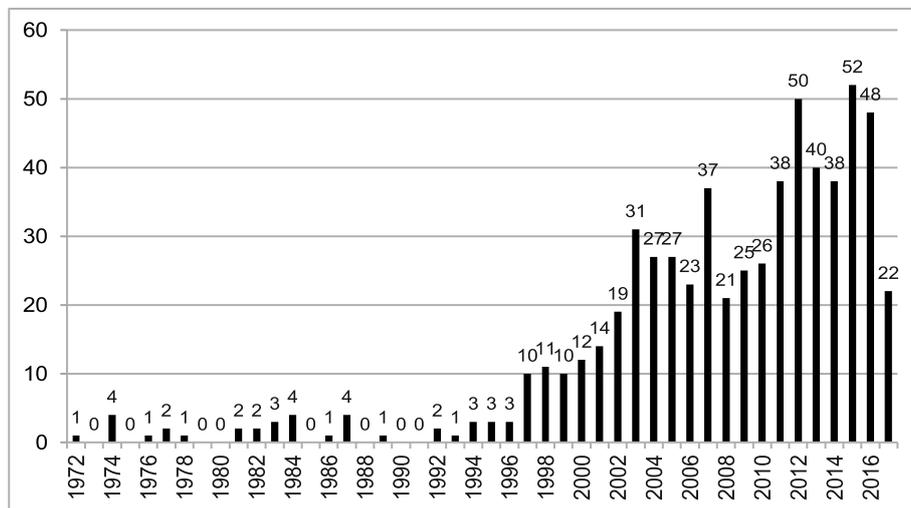


1972 hasta el presente están concentrados en la región de Europa Oriental y Asia Central. Le sigue América del Sur, sub-región que concentra cerca del 23% de los casos tratados por la CIADI. Europa Occidental y América del Norte sólo representan el 12% del total de casos, mientras que el 88% restante está localizado en zonas que incluyen en su mayoría a países en vías de desarrollo.

Del total de los procedimientos de arbitraje del

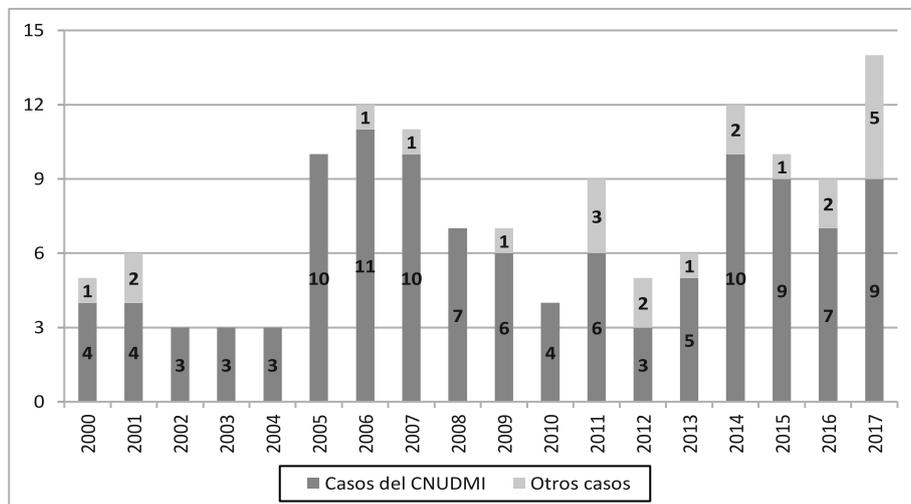
CIADI, un 64% han sido diferencias decididas por el tribunal, mientras que el resto han sido diferencias resueltas por avenimiento o terminadas por otro medio. Según el cuadro 7, este 36% restante se divide en 30.4% de terminaciones del procedimiento y un 5.6% que corresponde a acuerdos de avenimiento incorporados en el laudo a solicitud de las partes implicadas. Del porcentaje de procedimientos terminados, el 9.6% se deben a solicitud de una de las partes y el 16.6% a la solicitud de ambas.

Gráfico 15. Número total de casos registrados en CIADI 1972-2017



Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2010, 2017b). El año 2017 solo contempla la información hasta el mes de junio.

Gráfico 16. Evolución de los otros casos atendidos por el secretario del CIADI, 2000-2017



Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2010, 2017b)



En el cuadro 8 se señala que los laudos emitidos bajo el Convenio del CIADI equivalen a un total de 261 casos. La mayor cantidad de estos se concentra en el período 2011-2017. Durante el período 1971-2017, se han rechazado 40 solicitudes de

anulación de los laudos. Sólo han procedido 17 solicitudes de anulación parcial o total de laudos. De igual manera, son 23 los procedimientos de anulación concluidos durante ese período.

Cuadro 7. Procedimientos de arbitraje bajo el Convenio CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario, resultados (%)

Procedimientos	1972-2017
Laudos dando lugar parcial o totalmente a reclamaciones	29.7
Laudos dando sin lugar a todas las reclamaciones	17.8
Laudos declinando jurisdicción	16.2
Laudos donde se decide que las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico	0.7
Terminación del procedimiento por abandono de la instancia	1.2
Terminación del procedimiento por falta de pago del anticipo requerido	2.8
Terminación del procedimiento por Iniciativa del Tribunal	0.2
Acuerdo de avenimiento incorporado en el laudo a solicitud de las partes	5.2
Terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes	9.6
Terminación del procedimiento a solicitud de ambas partes	16.6

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017b).

Cuadro 8. Laudos emitidos y resultados en procedimientos de anulación bajo el Convenio del CIADI

Período	Laudos emitidos bajo el Convenio del CIADI	Número de decisiones anulando parcial o totalmente el laudo	Número de decisiones rechazando la solicitud de anulación	Número de procedimientos de anulación terminados
1971-1980	4	0	0	0
1981-1990	9	3	1	0
1991-2000	18	1	0	1
2001-2010	96	8	13	5
2011-2017	134	5	26	17

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017b).



De los procedimientos de conciliación bajo el Convenio CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario, el 75% han recibido el informe emitido por la Comisión de Conciliación del CIADI, mientras que el resto corresponde a procedimientos terminados. Por lo tanto, en un

cuarto del total de los casos una de las partes no compareció o no participó del procedimiento. De los informes de Comisión, en la mayor parte se deja constancia de la imposibilidad de llegar a acuerdos, tal y como aparece en el cuadro 9.

Cuadro 9. Distribución de los informes de comisión sobre procedimientos de conciliación del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario (%)

Procedimientos	1972-2017
Dejando constancia de imposibilidad de las partes a alcanzar un acuerdo	83
Dejando constancia del acuerdo de las partes	17

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017b).

V.2 Casos en proceso

Los casos de arbitraje pendientes registrados en la base de datos del CIADI ascienden a un número de 241, mientras que son solo 2 los casos de conciliación. Por su parte, los casos concluidos ascienden a un total de 413 para arbitrajes y 8 para casos de conciliación. En el cuadro 10 aparece la lista de casos pendientes y concluidos según país sudamericano demandado. En esta región se han

registrado un total de 99 casos de arbitraje concluidos y 45 casos de arbitraje pendientes. El estado más demandado es Argentina, con un total de 13 casos pendientes y 41 casos concluidos. Perú aparece como Estado demandado con un total de 3 casos pendientes y 14 casos concluidos. Entre 2008 y 2017 se han registrado un total de 39 casos pendientes en Sudamérica, los cuales aparece a continuación:

Cuadro 10. Casos pendientes y concluidos de arbitraje en países seleccionados de Latinoamérica

País	Casos pendientes	Casos concluidos
Argentina	13	41
Bolivia	1	2
Chile	2	2
Colombia	3	0
Ecuador	1	13
México	6	0
Paraguay	0	3
Perú	3	14
Uruguay	1	1
Venezuela	21	23

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017).

**Cuadro 11. Casos de arbitraje pendientes en países seleccionados de Latinoamérica 2008-2017**

Caso número	Demandantes	País demandado
ARB/17/17	MetLife, Inc., MetLife Servicios S.A. and MetLife Seguros de Retiro S.A.	Argentina
ARB/15/48	Abertis Infraestructuras, S.A.	Argentina
ARB/15/39	Salini Impregilo S.p.A.	Argentina
ARB/14/32	Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft	Argentina
ARB/09/1	Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.	Argentina
ARB/17/16	Carlos Ríos and Francisco Ríos	Chile
ARB/16/41	Eco Oro Minerals Corp.	Colombia
ARB(AF)/16/5	América Móvil S.A.B. de C.V.	Colombia
ARB/16/6	Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A.	Colombia
ARB/08/6	Perenco Ecuador Limited	Ecuador
ARB(AF)/17/3	Vento Motorcycles, Inc.	México
ARB(AF)/17/2	Eutelsat S.A.	México
UNCT/17/1	Mr. Joshua Dean Nelson and Mr. Jorge Blanco	México
ARB(AF)/16/3	B-Mex, LLC and others	México
ARB(AF)/15/2	Lion Mexico Consolidated L.P.	México
ARB(AF)/12/4	Telefónica S.A.	México
ARB/17/9	Lidercón, S.L.	Perú
ARB/17/3	Metro de Lima Línea 2 S.A.	Perú
ARB/11/21	DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company	Perú
ARB/16/9	Italba Corporation	Uruguay
ARB(AF)/17/4	Venoklim Holding B.V.	Venezuela
ARB(AF)/17/1	Air Canada	Venezuela
ARB/16/40	Saint Patrick Properties Corporation	Venezuela



ARB/16/23	Agroinsumos Ibero-Americanos, S.L. and others	Venezuela
ARB(AF)/16/1	Luis García Armas	Venezuela
ARB/14/10	Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc.	Venezuela
ARB(AF)/14/1	Anglo American PLC	Venezuela
ARB/13/11	Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L.	Venezuela
ARB/12/23	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.	Venezuela
ARB/12/22	Venoklim Holding B.V.	Venezuela
ARB/12/20	Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd.	Venezuela
ARB/12/18	Valle Verde Sociedad Financiera S.L.	Venezuela
ARB/11/26	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.	Venezuela
ARB/11/25	OI European Group B.V.	Venezuela
ARB/11/19	Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl	Venezuela
ARB/11/1	Highbury International AVV and Ramstein Trading Inc.	Venezuela
ARB/10/19	Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A.	Venezuela
ARB/10/9	Universal Compression International Holdings, S.L.U.	Venezuela
ARB/09/3	Holcim Limited, Holderfin B.V. and Caricement B.V.	Venezuela

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017).

V.3 Resultados para el gobierno peruano en perspectiva comparada con países seleccionados

Desde su creación, el CIADI ha acogido un total de 17 casos en los que el Estado peruano ha estado implicado. Del total de procesos de arbitraje, 14 ya están concluidos y 3 tienen el estatus de pendiente. El primer caso registrado en el tribunal del CIADI tuvo como demandante a Compagnie Minière Internationale Or S.A. (Caso CIADI N° ARB/98/6), empresa subsidiaria de Normandy Mining, la cual litigaba por una participación en Minera Yanacocha. El caso culminó tras negociación entre esta empresa subsidiaria y el Estado peruano.

En el cuadro 12 aparecen todos los casos de arbitraje concluidos para el gobierno peruano. Se detallan el motivo de la demanda, algunos estimados de los costos del proceso para ambas partes y el desembolso realizado por la parte perdedora del proceso. De estos casos de arbitraje, siete resultaron a favor del Estado peruano, tres a favor de las empresas demandantes, 2 culminaron por mutuo acuerdo de las partes y 2 culminaron porque el tribunal se declaró incompetente o porque se denegó la demanda.

**Cuadro 12. Casos de arbitraje concluidos en los que participa el Estado peruano**

Caso No.	Demandante (s)	Costas del sector privado (US\$)	Costas del Estado (US\$)	Pagos de la parte perdedora (US\$)	Parte perdedora
ARB/03/28	Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd.	9,715,837.25	5,248,930.23	18,440,746.00	Estado peruano
ARB/07/6	Tza Yap Shum	33,936.97	4,147,254.30	1,013,507.54	Estado peruano
ARB/10/2	Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.	2,954,937.00	4,234,978.53	2,117,489.27	Parte privada
ARB/10/17	Renée Rose Levy de Levi	2,229,829.61	5,238,568.81		Parte privada
ARB/11/9	Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.		3,101,121.82	3,097,691.82	Parte privada
UNCT/13/1	The Renco Group, Inc.	4,585,421.93	8,422,778.62		Parte privada
ARB/11/17	Renée Rose Levy and Gremcitel S.A.	2,146,858.72	5,874,978.96	2,146,858.72	Parte privada
ARB/12/5	Isolux Corsán Concesiones S.A.			36,875,308.18	Parte privada
ARB/12/28	Pluspetrol Perú Corporation and others	12,727,962.90	3,376,174.00	64,893,603.00	Parte privada
ARB/14/21	Bear Creek Mining Corporation	9,832,152.75	6,357,384.05	24,223,775.29	Estado peruano
ARB/98/6	Compagnie Minière Internationale Or S.A.	Se dio término por mutuo acuerdo de las partes.			
ARB/03/4	Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.)	El tribunal se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la presente competencia. El informe final no da cuenta de los costos incurridos ni reclamados por cada una de las partes.			
ARB/06/13	Aguaytia Energy, LLC	Se denegó la demanda de Aguaytia Energy, LLC y se decidió que cada parte asuma sus propios costos legales y gasto, además de que asuman equitativamente los pagos hechos al CIADI.			
ARB/16/33	APM Terminals Callao S.A.	Se dio término por mutuo acuerdo de las partes.			

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017a).

En total, los montos demandados por la parte privada fueron US\$ 6,300 millones. De este monto, el Estado sólo ha pagado US\$ 43.7 millones (3.46% del monto total demandado en los casos perdidos), mientras que las partes demandantes han desembolsado en total aproximado de US\$ 109 millones al Estado peruano. Este último representa el 3.14% de los montos demandados en los casos en los que el Estado peruano ha ganado. Asimismo, a lo largo de estos 14 procesos el Estado ha tenido que asumir un costo estimado de

US\$ 46 millones. En total, el Estado ha percibido en términos netos US\$ 19.4 millones como resultado de los procesos arbitrales. En cuanto a los casos de arbitraje pendientes, la parte privada demanda al Estado peruano un total de US\$ 510 millones. Falta aquí agregar a Odebrecht a propósito de la suspensión de obras en el gasoducto Sur Peruano. Como aparece en el cuadro 13, todos los procesos se relacionan con el sector transporte. Hasta el momento la situación ha sido favorable para el Estado peruano.

**Cuadro 13. Casos de arbitraje pendientes en los que participa el Estado peruano**

Caso N°	Demandante (s)	Motivo de la demanda	Fecha registro del arbitraje	Monto demandado (US\$)
ARB/11/21	DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company	El Gobierno del Perú, y en particular el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, no estuvieron dispuestos a entablar negociaciones significativas orientadas a alcanzar un acuerdo que resolviera el problema de competencia desleal generada por la concesión del Muelle Norte. La competencia desleal se generó por la adjudicación de la concesión de Muelle Norte basada en un esquema de tarifas más bajas y no en el mayor monto de inversión tal como se hizo en la concesión del Muelle Sur.	22/07/2011	100,000,000
ARB/17/3	Metro de Lima Línea 2 S.A.	El Perú cometió una infracción al no entregar el área de la concesión en los plazos y condiciones establecidos, y por "la falta de aprobación y aprobación tardía de los Estudios de Ingeniería de Detalle".	01/02/2017	260,000,000
ARB/17/9	Lidercón, S.L.	Se han incumplido normas sobre la exclusividad de la empresa para realizar revisiones técnicas en Lima Metropolitana	05/04/2017	150,000,000

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017).

En cuanto a los otros países de la Alianza del Pacífico, se puede observar la información que aparece en el cuadro 14. El CIADI registra cuatro procesos de arbitraje para Chile, 3 procesos de arbitraje relacionados con Colombia y 6 procesos en los que aparece como demandado el gobierno mexicano. Con respecto a las demandas contra el Estado chileno, lo demandado por las partes privadas ascendió a un total de US\$ 211.5 millones. De ese total, sólo dos de los procesos chilenos están concluidos, el resto todavía se mantiene pendiente. En uno de los casos resueltos, la parte

demandante fue la perdedora (caso CIADI N° ARB/04/7). Mientras que por el caso CIADI N° ARB/01/7 el tribunal de arbitraje obligó al Estado chileno a pagar una suma aproximada de US\$ 5.8 millones que representa un poco más del 27% del total demandado por la parte privada. Para el caso de Colombia, los montos demandados por los denunciante ascienden a US\$ 5,700 millones. Asimismo, los procesos de arbitraje contra México muestran una suma total demandada de US\$ 15,537 millones por la parte privada.



Cuadro 14. Montos estimados para los casos de arbitraje en los principales países de América Latina

Países	Nº de casos	Nº de casos pendientes	Nº de casos concluidos	Monto demandado (millones US\$)	Costas* asumidas por el demandante (millones US\$)	Costas* asumidas por el Estado (millones US\$)	Monto pagado por el demandante (millones US\$)	Monto pagado por el Estado (millones US\$)
Argentina	54	13	41	26.059,10	66,45	10,50	0,20	8.216,90
Chile	4	2	2	211,47	0,48	4,08	0,16	5,87
Colombia	3	3	0	5.700,00	-	-	-	-
Ecuador	14	1	13	4.826,92	-	-	70,00	3,60
México	6	6	0	15.537,00	-	-	-	-
Perú	17	3	14	6.810,42	44,23	46,00	109,13	43,68
Venezuela	44	21	23	48.983,27	150,22	101,99	446,16	7.111,98
Total	142	49	93	108.128,18	261,38	162,57	625,65	15.382,03

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017), Investment Policy Hub-UNCTAD (2017).

* Los montos de costas no están disponibles para todos los casos, por lo que el dato que aparece en el cuadro está subestimado.

Argentina ha registrado 54 casos. El monto demandado implicado ha sido de US\$ 26 mil millones. A su vez, el Estado argentino es el que ha debido de pagar el mayor monto en comparación a los países latinoamericanos analizados, US\$ 8.2 mil millones en total. El siguiente país con el mayor monto a pagar por las demandas es Venezuela con un total de US\$ 7.1 mil millones. Asimismo, es el país que ha debido devolver la mayor cantidad de dinero por los procesos de arbitraje, US\$ 446 millones. Finalmente, en el caso de Ecuador, se muestran 14 casos, 13 concluidos y 1 pendiente. El monto total implicado en todas las demandas al gobierno ecuatoriano es de US\$ 4.8 mil millones. El Estado ecuatoriano es uno de los que ha pagado menos por indemnizaciones US\$ 3,6 millones.

V.4 Balance de sectores y temas conflictivos

En el cuadro 15 aparecen los sectores económicos a los que pertenecen todos los procesos de arbitraje concluidos y pendientes en los que están implicados los Estados seleccionados de América Latina. El sector de actividades extractivas (petróleo, gas y minería) es el que suma la mayor cantidad de procesos para el conjunto de países. Perú concentra la mayor cantidad de casos de este tipo (4 procesos). El segundo sector en el que se presentan la mayor cantidad de procesos de arbitraje es el de transportes y construcción. Perú concentra 5 casos relacionados con actividades de transporte y 1 relacionado con el sector construcción. En Chile, se tiene un proceso de arbitraje relacionado con actividades de transporte y otro vinculado al sector construcción.



Cuadro 15. Casos de arbitrajes concluidos y pendientes en diversos países de América Latina por sectores económicos

Países	Transportes y construcción	Petróleo, gas y minería	Energía eléctrica y de otro tipo	Telecomunicaciones e información	Otros sectores
Argentina	7	11	12	5	19
Chile	2	0	0	1	1
Colombia	0	2	0	1	0
Ecuador	1	8	4	1	0
México	1	0	0	3	2
Perú	6	4	4	0	3
Venezuela	9	14	0	1	20
Total	26	39	20	12	45

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017).

La mayor cantidad de procesos de arbitraje en México se sitúa en el sector de Telecomunicaciones e información. Asimismo, Perú es el único país en el que se presentan procesos de arbitraje relacionados con las inversiones en el sector de generación de energía eléctrica y de otro tipo. Finalmente, diversos casos aparecen agrupados en la columna de otros sectores, la cual incluye actividades de servicios y comercio, finanzas, pesca, manufactura y recreación.

Los principales motivos para iniciar un proceso de arbitraje son las denuncias por abuso en el cobro de impuestos, regalías, aumentos indiscriminados en las tasas arancelarias o incrementos

en los costos regulatorios (abusos fiscales o regulatorios). Como se muestra en el cuadro 16, esta parece ser la principal causa por la cual se le ha iniciado un proceso de arbitraje al Estado peruano. El segundo motivo es el incumplimiento de los contratos por anulación, aumento en ciertos cobros estatales o del convenio de inversión. A su vez, algunos demandantes aseguran que los gobiernos denunciados los someten a un trato discriminatorio frente a sus competidores o que ejercen intervenciones de tipo arbitraria en el desarrollo normal de sus actividades de inversión. Dos casos del sector Telecomunicaciones de México, uno en Chile y dos en Perú hacen referencia a este punto.

**Cuadro 16. Casos de arbitraje concluidos y pendientes en diversos países de América Latina por motivo de demanda**

Países	Abusos fiscales o regulatorios	Incumplimiento de contrato o convenio	Trato discriminatorio o arbitrario	Anulación de autorizaciones	Otros motivos
Argentina	30*	18	1	1	4
Chile	0	2	1	1	0
Colombia	1	1	0	1	0
Ecuador	7	5	0	0	2
México	2	1	2	0	1
Perú	5	3	2	3	4
Venezuela	6	5	5	4	24**
Total	51	35	11	10	35

Fuente: Elaboración propia con base en CIADI (2017).

* La mayor cantidad de las demandas tipificadas por abusos fiscales o regulatorios resultaron de los cambios legislativos con motivo de la crisis argentina durante el período 2001-2002.

**La mayor cantidad de demandas consideradas como de otro motivo, se asocian con los procesos de nacionalización o expropiación ejercidos por el gobierno venezolano.

VI. Protección de inversiones y Derechos Humanos

En la medida en que se privatizaron los bienes públicos, uno de los efectos que se pudo visibilizar fueron los conflictos entre los sistemas de protección de inversiones y los Derechos Humanos. Echaide (2015) señala que la tensión entre Estado e inversionistas surge por la vulneración de la protección de las inversiones al régimen internacional de Derechos Humanos. El conflicto surge por diversas razones: el incumplimiento de compromisos que realizan las empresas privadas, la modificación y la anulación de contratos por parte del Estado. Estas tensiones se transparentan en la medida que estos casos son elevados al

CIADI, que solo salvaguarda la relación entre inversionistas y Estados.

VI.1 Perspectiva general

Las tensiones entre Estado e inversionista ha generado un debate académico a nivel internacional que por su carácter paradigmático así como la implicancia de lo ético, involucra aspectos nuevos del Derecho Internacional Público y lo más complejo del Derecho Civil (Derecho de Daños). Por eso, Echaide (2015), trata de responder o aproximarse a replicar las siguientes cuestiones: ¿Hasta qué punto la discusión sobre regímenes de inversión y de Derechos Humanos se distancia del concepto existente de la Responsabilidad



Social Empresaria (RSE)?; ¿cuáles podrían ser los parámetros de nuevos códigos en materia de responsabilidad social internacional y cómo podrían aportar al desarrollo y garantía de los Derechos Humanos y los valores democráticos? Un caso en discusión que involucra a ambos regímenes, de inversión y derecho internacional, es el tema del agua y el saneamiento. De acuerdo a Echaide (2014), hay dos modos de regulación sobre este recurso. Por un lado, tenemos la regulación mediante un derecho instituido en acuerdos internacionales especializados en materia de agua, congruentes con los Derechos Humanos y que consagran al agua como un bien social. Sin embargo, su aplicación no es directamente vinculante y depende de la voluntad de los Estados en cuanto a su ratificación. Se trata de instrumentos internacionales que pasan a tener un nivel de cumplimiento laxo o *soft law*, ley suave. Por otro lado, encontramos un conjunto de normas internacionales conformadas por un bloque jurídico mercantil, *lex mercatoria*, que significa la ley mercante o ley del comerciante, que conforman organismos especializados en materia de comercio pero con una profunda raíz mercantilista y antidemocrática en el proceso de toma de decisiones.

Este caso es importante para debatir el tema ya que se trata de dos regímenes: de inversión y de Derechos Humanos útiles para la gestión y uso de uno de los recursos esenciales de la sociedad: el agua. El debate gana más peso porque el consumo/uso y la gestión del agua para la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras dependerá en gran parte, del "grado de eficacia que el derecho logre tener, pero no de ciertas normas, sino en la búsqueda de una congruencia que otorgue al sistema jurídico la previsibilidad que se desea" (Echaide, 2014). Por esto, en esta discusión se busca hallar el punto común que permita coherencia entre ambos regímenes para evitar

consecuencias negativas futuras. En Argentina el agua no se puede regular exclusivamente a través de normas comerciales, ya que el agua es un bien público.

VI.2 Algunos conflictos entre inversionistas y Derechos Humanos

En los últimos años se han incrementado las tensiones entre inversionistas extranjeros y Estados a propósito de la vulneración de Derechos Humanos. Este tipo de conflictos han terminado en diversas demandas ante el CIADI. Entre los casos paradigmáticos de demandas se tiene el de Vattenfall contra Alemania, Phillip Morris contra Uruguay, Cargill contra México, Tampa Electric contra Guatemala y Burlington Resources contra el Ecuador.

Alemania afrontó dos demandas en el CIADI por parte de la empresa sueca Vattenfall. La primera consistió en solicitar una indemnización al Estado alemán por un valor de US\$ 1.9 mil millones debido a la demora de los permisos para construir y operar una central térmica de carbón en Hamburgo, dado que los habitantes locales se opusieron al establecimiento de la planta cuyo reclamo hacía hincapié en el impacto que ocasionaría sobre el cambio climático y al río Elba. La segunda demanda fue presentada en 2012 cuando la empresa volvió a demandar a Alemania debido a que estableció medidas de política pública para revertir su plan de energía nuclear tras el desastre de Fukushima en Japón el 2011. Vattenfall presentó la queja ante el CIADI, pidiendo un pago de US\$ 4.6 mil millones. El proceso de reversión de esta política energética se debió al reclamo de la población y obligó a que el gobierno extienda los permisos de funcionamiento de las plantas nucleares vigentes (Corporate Europe Observatory, 2013).



El segundo caso es la demanda que presentó Philip Morris International (PMI) ante el CIADI contra el Uruguay el 2010. La empresa afirmaba que Uruguay con sus medidas antitabaco implantadas en 2006 violaba el TBI Uruguay-Suiza. Esto debido a que el presidente de Uruguay promovió la creación de una Ley para desalentar el consumo de cigarrillos en la población. Esta norma promovía que la tipografía que se utilizara para las cajetillas de cigarros sea la misma en todos los casos, sin colores ni otro elemento gráfico que las distinga con excepción de la marca. PMI solicitó el pago de US\$ 25 millones al considerar que las políticas antitabaco perjudicaban comercialmente a la empresa. El fallo salió a favor de Uruguay y por ello PMI tuvo que pagar US\$ 7 millones.

Cargill, proveedor de productos y servicios alimenticios de agricultura, financieros e industriales a nivel mundial, demandó el 2004 a México por introducir un impuesto sobre el jarabe de maíz de alta fructuosa. La empresa señaló ante el CIADI que sus inversiones en la industria del jarabe de maíz habían sido afectadas negativamente por la adopción de esta medida desde el 2002. La reclamación se basó en que el Congreso Federal mexicano estableció un impuesto del 20% a las bebidas que utilizaran edulcorantes no elaborados con caña de azúcar (CIADI, 2008). Luego del proceso de arbitraje México se vio obligado a pagar US\$ 90 millones.

La demanda de Tampa Electric contra Guatemala el 2010 se debió a la introducción de una ley que pretendía rebajar los precios de la electricidad para facilitar el acceso de sus ciudadanos a servicios básicos. Este reclamo terminó con un fallo a favor de la empresa, con la cual el gobierno guatemalteco tuvo que pagar US\$ 25 millones. Esta disputa surgió, según la empresa, por la afecta-

ción que el marco regulatorio guatemalteco le generó a propósito de los criterios establecidos por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para la determinación de las tarifas de distribución de energía a la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., sociedad distribuidora de electricidad en la cual el Tampa Electric tenía una participación indirecta.

El caso Burlington Resources contra Ecuador se refirió a la explotación petrolera de la empresa que afectó los derechos de pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana, generando impactos en la salud pública, la protección del medio ambiente y el orden público por conflictos violentos a propósito de las actividades de la empresa. La firma que tiene sede en EE.UU. inició su demanda contra Ecuador alegando incumplimiento por parte del gobierno para proteger sus operaciones de la oposición indígena local; además por su oposición al gobierno para aumentar los niveles de participación pública en los contratos de producción compartida. En una decisión inicial el tribunal redujo su autoridad a las reclamaciones de expropiación bajo el TBI EE.UU.-Ecuador. Esta demanda involucró disputas similares a las que iniciaron otras empresas, como por ejemplo en el conocido caso Chevron contra Ecuador que ha motivado una campaña internacional por parte de la empresa contra Ecuador y viceversa, siendo que la justicia ecuatoriana condenó a la petrolera a pagar US\$ 9,000 millones por daños probados al ambiente en el país en una zona con la mayor biodiversidad del planeta.

VI.3 Propuestas para compatibilizar el trato a la inversión y los Derechos Humanos

Las tensiones que surgieron de las demandas planteadas por los inversores extranjeros contra



los Estados ha abierto una discusión que también se ha producido en el Consejo de Derechos Humanos (CDH)¹⁴ de las Naciones Unidas en cuanto a la necesidad de elaborar códigos vinculantes para la operación de las empresas transnacionales (ETN) en armonía con los Derechos Humanos.

La necesidad de este nuevo instrumento surgió en el año 2014 a partir de las propuestas del Consejo de Derechos Humanos (CDH) que aprobó la resolución 26/9 para elaborar un instrumento global legalmente vinculante sobre las inversiones extranjeras y otras empresas comerciales con respecto a los Derechos Humanos. Esta iniciativa fue lanzada oficialmente el 2012 en la Cumbre de los Pueblos de Río+20 que a partir de las recomendaciones de las víctimas, las comunidades afectadas, los movimientos sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en África, Asia, América Latina, Europa, EE.UU y Canadá acordaron elaborar el Tratado Internacional de los Pueblos. Este documento político fue elaborado entre el 2013 y 2014, mismo que tuvo dos propuestas principales: a) relieves la rendición de cuentas y b) buscar alternativas que aborden la necesidad de un cambio en el modelo de operación de las ETN que eviten la violación de los Derechos Humanos y la impunidad.

Global Campaign to Dismantle Corporate Power and Stop Impunity (2015) una red de más de 200 movimientos sociales, organizaciones y comunidades afectadas que se resisten al acaparamiento de tierras, extracción minera, salarios de explotación y destrucción ambiental de parte de las ETN en diferentes regiones elaboró ocho propuestas

para el instrumento internacional legalmente vinculante para este tipo de empresas.

a. Enfocarse en las empresas transnacionales.

Las ETN son entidades individuales o grupos económicos/financieros, mediante la inversión directa o indirecta y a través de sus filiales operan sus actividades económicas dentro o fuera del país de origen. El 85% de estas empresas trabajan de esa forma y su sede central se ubica en países del hemisferio norte. Las ETN se han convertido en actores importantes y poderosos. En muchos casos sus actividades afectan los Derechos Humanos directa o indirectamente. Asimismo, se benefician de los TLC, TBI y acuerdos de la Organización Mundial de Comercio que cuentan con sistemas de protección y arbitraje que en gran medida protegen los intereses de los inversionistas. Sin embargo, no existen instrumentos internacionales similares en el caso de los Derechos Humanos para hacer frente a las ETN.

En general, las ETN operan a través de sus filiales, concesionarios o empresas locales que hace difícil responsabilizarlos ante la violación de los DD.HH. En otras palabras, hay un gran vacío jurídico en el derecho internacional necesario para prevenir la impunidad de las ETN. Este debe ser uno de los principales objetivos a tener en cuenta en este nuevo instrumento.

b. Afirmar la obligación de respetar los Derechos Humanos.

El instrumento legalmente vinculante tiene que especificar como una obligación el respeto a todos los DD.HH. sea nacional e internacional.

¹⁴El Consejo de Derechos Humanos (CDH) es el cuerpo intergubernamental del sistema de Naciones Unidas responsable de la promoción y protección de los Derechos Humanos a nivel mundial. Tiene la capacidad de discutir todas las cuestiones temáticas relativas a los Derechos Humanos y a situaciones que requieren su atención durante todo el año. Este Consejo está compuesto por 47 Estados Miembros de las Naciones Unidas que son elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se reúnen en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. El CDH fue creado por Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006.



Asimismo, debe especificar las obligaciones de las ETN en relación a los grupos vulnerables, sobre todo a los más afectados -niños, jóvenes, mujeres, migrantes, indígenas y defensores de DD. HH-. Esta obligación a las ETN también debe aplicarse a sus filiales, cadena de proveedores, concesionarios y subcontratistas. En otras palabras, el nuevo instrumento legalmente vinculante debe introducir la obligación de las ETN a respetar el derecho internacional de los DD.HH, derecho laboral y las leyes ambientales internacionales. Además, tiene que indicar la compensación de forma efectiva y adecuada a las personas, entidades y comunidades perjudicadas por su actividad. De esa forma, las ETN serán responsables cuando violan los DD.HH.

c. Obligar a los Estados a proteger los Derechos Humanos.

El instrumento debe afirmar la obligación de los Estados en proteger los DD.HH. ante los actos acometidos por las ETN y especificar las medidas correspondientes. Debe incluir la regulación de las ETN para prevenir las violaciones de los DD. HH. Asimismo, se debe establecer mecanismos para el acceso a la justicia y reparación de las víctimas y comunidades afectadas. También, debe establecer las obligaciones específicas y detalladas del Estado en cuanto a la protección de los DD.HH.

El nuevo instrumento tiene que señalar que el Estado tiene obligaciones extraterritoriales en la protección de los DD.HH. ante el abuso de las ETN, así como asegurar el acceso a la justicia y reparación a las víctimas de las actividades de las ETN. Además, tiene que incluir la obligación de los Estados de cooperar a nivel internacional, sea en foros judiciales u otros, con la finalidad de proteger los DD.HH ante cualquier abuso de las ETN.

d. Reafirmar la primacía de los Derechos Humanos sobre los tratados comerciales y de inversión.

Los TLC y TBI han otorgado un poder económico, político y legal a las ETN sobre la soberanía de los Estados. Por eso, los acuerdos comerciales y de inversión están por encima de los DD.HH. Los tribunales de arbitraje inversionista-Estado ya no son confiables, debido a que dan la potestad a la ETN para demandar al Estado. De esa forma las ETN imponen su voluntad y promueven su interés, mientras los Estados por proteger los DD.HH. son obligados a pagar como compensación a las ETN. Por estas razones, este nuevo instrumento debe reafirmar que los DD.HH. son superiores a las normas internacionales de comercio e inversión, y este tiene que estar sujeto a las normas internacionales de los DD.HH.

Del mismo modo, el nuevo instrumento debe obligar al Estado a introducir una disposición de predominio de los DD.HH. en todos los acuerdos de comercio e inversión, caso contrario los tratados deben ser cancelados. Esta regla prohibiría al Estado, someter alguna controversia en órganos de arbitraje internacional como el CIADI, debido a que esto debilita la soberanía de los Estados en la protección de los DD.HH.

e. Establecer la responsabilidad civil y penal de las ETN y sus directivos.

El nuevo instrumento legal debe exigir a los Estados responsabilizar legalmente en su jurisdicción nacional, tanto a las ETN como a sus directivos. Esta regla, tiene como principio la doble imputación: persona jurídica y los individuos que toman decisiones (responsables). Esta medida es clave, porque las ETN tiene como práctica externalizar costos, riesgos y pasivos asumidos sólo por filiales, sedes, proveedores y subcontratistas; mientras obtienen grandes beneficios y actúan con impunidad.



f. Incluir obligaciones para las instituciones económico-financieras internacionales y regionales.

Las políticas económicas impuestas por instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y otras entidades con influencia mundial han contribuido a la impunidad de las ETN que en muchos casos son responsables de numerosas violaciones de DD.HH. Por medio de políticas de ajuste estructural y las condiciones exigidas por parte de estas instituciones, obligan a los Estados a abrir sus puertas a las ETN. El ajuste estructural, por lo general combina la devaluación de la moneda nacional, aumento de las tasas de interés, reducción de gastos, desregulación de mercados, reducción o eliminación de normas laborales y ambientales, privatizaciones, entre otros; que son algunas de las políticas impuestas a los países del hemisferio sur por el FMI y el BM.

Un caso de vulneración de DDHH, es el de Bolivia, cuando a pedido del BM otorgó la gestión del agua y del sistema de tratamiento en la ciudad de Cochabamba a un postor representante de varias ETN. Esta empresa subió la tarifa de agua de inmediato, pasando de un monto razonable a representar cerca del 20% del ingreso familiar, además que prohibieron la recolección del agua de la lluvia. Ello conllevó a protestas sociales que dejó un saldo de seis ciudadanos muertos.

Esto demuestra que el BM y el FMI tienen también la responsabilidad en las violaciones de los DD.HH. que cometen las ETN. Sin embargo, estas entidades son organismos especializados de las Naciones Unidas. Sus decisiones tienen que ser coherentes a la carta de las Naciones Unidas y respetar los DD.HH. Por lo tanto, el nuevo instrumento debe añadir obligaciones a estas instituciones financieras y económicas a nivel internacional. Se requiere que colaboren en la aplicación y

cumplimiento del tratado, y evitar proteger medidas contrarias a sus objetivos y disposiciones.

g. Establecer mecanismos internacionales para hacer cumplir el tratado.

Un elemento central es la falta de mecanismos de monitoreo a nivel internacional de las ETN, que permite la impunidad en el caso de violaciones de los DD.HH. Para prevenir esto se recomienda crear tres órganos: un órgano de supervisión de cumplimiento, un centro público para el control de las ETN y un tribunal mundial sobre las ETN y DD.HH.

El órgano supervisará si los Estados y las ETN respetan las obligaciones y ponen en práctica los tratados. Las ETN tienen que trabajar cooperando con estas instituciones proporcionando la información y datos necesarios. El mencionado organismo recibirá las quejas de las víctimas del abuso de DD.HH. por parte de las ETN. También se recomienda crear un Centro Público para el control de las ETN, que tendrá la obligación de analizar, investigar e inspeccionar las prácticas de estas empresas y sus efectos sobre los DD.HH. Por último, el Tribunal se encargará de recibir, investigar y juzgar las quejas contra las ETN, y tendrá en cuenta la responsabilidad civil y penal de las ETN y sus ejecutivos (principio de doble acusación).

h. Proteger las negociaciones de la influencia de las ETN.

El 25 de julio del 2000, las Naciones Unidas con la participación de la sociedad civil pactó una alianza con 44 ETN, está última denominada "parte interesada". Con ella se buscaba que las ETN cumplan de manera voluntaria el Pacto Global de las Naciones Unidas, que promueve diez principios universalmente aceptados en materia de DD.HH, derecho laboral, medio ambiente y contra la corrupción.



Global Campaign to Dismantle Corporate Power and Stop Impunity sostiene que este enfoque voluntario ha fracasado. Por ello, es vital considerar medidas para evitar la influencia de las ETN en todo el proceso de preparación y negociación del nuevo instrumento internacional. En otras palabras, la elaboración de los instrumentos de regulación tiene que ser democrático y transparente con el fin de prevenir y sancionar las violaciones a los DD.HH por parte de las ETN. Por lo tanto, no pueden ser juez y parte a la vez.

El grupo de trabajo creado por el Consejo de Derechos Humanos ha tenido tres periodos de sesiones sobre el tema. En su sesión celebrada el 27 de octubre del 2017 se establecieron los elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre ETN y otras empresas, con respecto a los DD. HH. (CDH, 2017). Los propósitos de esta norma son cuatro: 1) asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de las ETN en relación con violaciones o abusos de DD. HH.; 2) incluir mecanismos que garanticen el acceso a la justicia y una reparación efectiva para esas violaciones o abusos a los DD.HH., cometidos por las ETN, incluido un recurso adecuado y las garantías de no repetición, así como el fortalecimiento de la cooperación internacional entre todos los actores relevantes; 3) incluir obligaciones para prevenir dichos impactos adversos a los DD. HH.; y 4) reafirmar que las obligaciones de los Estados partes en relación a la protección de los DD. HH. no terminan en sus fronteras territoriales.

Conclusiones y reflexiones finales

1. La Constitución Política del Perú obliga un trato similar a la inversión extranjera y a la nacional. Sin embargo, establece que en caso de controversia se puede someter a lo establecido en los

tratados internacionales y al arbitraje a nivel nacional e internacional colocándola en ventaja respecto de la inversión realizada por nacionales que se someten a las leyes y órganos jurisdiccionales del país. Este trato desigual se puede superar si se establece un contrato-ley con el Estado, o posteriormente en los denominados convenios de estabilidad jurídica (por inversiones mayores a US\$ 5 millones). Posteriormente, se establecen facilidades y ventajas a favor de las concesiones al sector privado (nacional o extranjero) y prerrogativas tributarias que se aplican sin distinción al capital nacional e internacional.

2. Aunque no se tiene información sistemática de la IED para América Latina anterior a los años setenta, es claro que se producen dos grandes flujos en la década de los años noventa y a partir del segundo quinquenio del siglo XXI, misma que es interrumpida por la crisis financiera internacional. A partir de 2012 se estanca para posteriormente descender. La IED en los mejores años se ubica entre 20% y 25% de la formación bruta de capital. Entre México y Brasil se explica poco más del 50% de los flujos de la IED regional. El Perú se muestra como un receptor creciente de la IED pero con una participación promedio del 4.1% del total de América Latina.

3. Existe una correlación media entre la evolución de la IED y el excedente bruto de explotación regional. Sin embargo, a pesar que la IED relativa al PBI cae en el siglo XXI la participación de las ganancias se incrementa. A partir de 2012 ambas series se reducen. Asimismo, sectorialmente son más importantes los servicios incluyendo telecomunicaciones, manufactura y materias primas. La reinversión de utilidades y los préstamos entre compañías son la contrapartida equivalente a los aportes del capital de las empresas extranjeras. Lo anterior es una práctica



reciente de los inversionistas para minimizar riesgos ante acciones posibles de los Estados.

4. Un tema importante a destacar es que los flujos de IED a nivel internacional se encuentran correlacionados con las expectativas de ganancias, los precios de exportación, la disponibilidad de financiamiento interno e internacional y negativamente de los niveles de apalancamiento. Estas relaciones se replican para el Perú en especial la vinculación entre los flujos de la IED y los precios de exportación.

5. El pico de la IED respecto de la inversión privada en el Perú fue 50% a mediados de los años noventa como consecuencia de la privatización de las empresas estatales y la liberalización de los flujos de capitales. En el segundo quinquenio de la primera década del siglo XXI esta se ubicó entre el 20% y 30%. Para el 2016 fue equivalente al 20% de la inversión privada. En los años noventa y en el siglo XXI la IED en el Perú es mayor a la participación de la economía peruana en el PBI mundial. Asimismo, destaca la presencia de la IED de España, Reino Unido, EE. UU. Y Chile.

En los últimos años las mayores inversiones se realizan en los sectores de telecomunicaciones, minería, petróleo y finanzas. Los registros de la entrada de IED al Perú según el BCRP son positivos en las décadas de los años ochenta, noventa y entre los años 2000 y 2017. Sin embargo, el flujo neto descontando de esta la reinversión de utilidades de las empresas extranjeras es negativo en la década de los ochenta. Asimismo, si a estos resultados se les resta las utilidades generadas los flujos se vuelven también negativos en el periodo 2000-2017. Sólo en la década de los años noventa estos flujos netos fueron positivos.

6. Los AII son la herramienta fundamental que en teoría contribuyen a atraer y proteger la IED al ofrecer garantías vinculadas a la protección de inversiones, estabilidad, transparencia y previsibilidad. La UNCTAD los clasifica en TBI y en Acuerdos de Inversión y Comercio Preferencial (AICP). La vinculación entre los AII y los flujos de IED es un asunto de evaluación compleja. En términos generales esta correlación existe, ya que en la medida que se incrementan los primeros los flujos de IED global también crecen, aunque la vinculación no es exacta. Los determinantes de los flujos de IED son diversos: tamaño de mercados internos, nivel de ingresos, infraestructura, servicios, capital humano, proximidades, disponibilidad de materias primas e insumos, entre otros.

7. Con relación a la vinculación entre AII y flujos de IED también se presentan circunstancias en que estas variables no se vinculan. El caso de Brasil es notorio al contar con 11 acuerdos a diferencia del Perú que tiene 50, mientras que la IED en el primer caso para 2016 fue cerca de US\$ 59,000 millones respecto de 6,900 millones en el Perú. Los determinantes de la IED entre uno y otro país son muy diferentes. Hay que anotar también que la mayoría de TBI se realizan entre una economía desarrollada con otra en desarrollo o entre economías subdesarrolladas. Rara vez se firman TBI entre economías desarrolladas.

8. Asimismo, a partir de 2014 en el marco de la UNCTAD se están transparentando las objeciones a estos acuerdos por parte de los gobiernos, la sociedad civil y hasta el sector privado en el sentido que hay que establecer salvaguardas en pro del interés público sin restringir indebidamente la formulación de políticas públicas, garantizar inversiones socialmente responsables, evitar crisis de legitimidad del sistema actual y aumen-



tar la coherencia del sistema. Al respecto, habría que anotar que el Estado peruano no ha seguido la hoja de ruta de la UNCTAD para los nuevos tratados. Con relación a la fase 2 para modernizar el acervo de tratados de la vieja generación, propuesta por el mismo organismo internacional no existe información de que el gobierno peruano haya avanzado en la citada dirección.

9. De acuerdo con el análisis desarrollado por Bedoya (2015) los capítulos de inversiones de los TLC incluyen numerosos riesgos y problemas, ya que por ejemplo no distinguen o especifican los recursos que pertenecen a los pueblos indígenas. Otro aspecto preocupante está referido al concepto de expropiación al incluir la modalidad de expropiación indirecta que se produciría cuando se afectan las expectativas de ganancia futura del inversionista. De esta forma las ganancias potenciales obtienen la misma categoría otorgada a las inversiones efectivas. Desafortunadamente cualquier medida regulatoria puede ser percibida como una interferencia a la generación de ganancias y sujeta a la demanda en tribunales internacionales especiales bajo procedimientos poco transparentes.

10. Durante muchos años el Brasil no suscribió TBI con ninguna otra economía del mundo. El argumento central del Congreso Nacional fue que estos restringían el derecho nacional a regular la IED, a la par que se otorgaban beneficios adicionales a los inversionistas extranjeros. Recién en 2015 el gobierno brasileño acudió a los nuevos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI). Los ACFI incluyen el fomento y facilitación de inversiones más allá de la protección; asimismo, establecen que la inversión debe contribuir al desarrollo sostenible de los Estados. Se incorporan también cláusulas sobre responsabilidad social empresarial basadas

en la propuesta de la OCDE que incluye el respeto de los Derechos Humanos, construcción de capacidades locales, desarrollo del capital humano, entre otras. Se incluye un Ombudsman para recibir inquietudes y reclamos de las inversiones y de un comité conjunto para la prevención de controversias y cooperación entre Estados.

11. A diferencia de los que ocurre en Brasil la diferencia entre los TBI firmados por el Perú en los años noventa respecto de los más recientes en el segundo quinquenio del siglo XXI son menores. Los últimos incorporan las salvedades relativas a los IED de cada país, el trato de Nación más favorecida, la eliminación de cualquier requisito de desempeño, el establecimiento de una fase de consulta y negociación. Asimismo las partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión a través de la relajación de las medidas sobre salud, seguridad o medioambientales nacionales. Estas mejoras no tienen los alcances y la profundidad de los elementos incorporados en los ACFI del Brasil.

12. El CIADI, creado en 1966, prevé el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. Está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas. El proceso de evaluación de los casos o disputas es considerado por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente. A cada caso se le asigna un equipo que brinda asistencia especializada a lo largo del proceso. Por otra parte la CNUDMI es el órgano jurídico de las Naciones Unidas en el ámbito mercantil internacional. Su objetivo es formular la normativa adecuada que regula las operaciones comerciales, de tal manera que se promueva el comercio a nivel global. La Comisión tiene seis diferentes grupos de trabajo,



destacando el II relativo al arreglo de controversias.

13. El Grupo de Trabajo II se ha dedicado al desarrollo de un régimen uniforme para la resolución de controversias comerciales. Asimismo, pone en evaluación las condiciones estandarizadas para el establecimiento de los acuerdos de arbitraje y la operatividad del Tribunal Arbitral a través de medidas cautelares. La resolución de controversias en la CNUDMI se rige bajo una serie de normativas, dentro de las cuales destacan convenciones y reglamentos específicos. Destacan entre estos la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en sus tres versiones de 1976, 2010, 2013 y el Reglamento de Conciliación de la CNUDDMI de 1980.

14. El análisis del Transnational Institute (2017) sobre los procesos de arbitraje de América Latina y el Caribe (ALC) entre 1995 y 2017 es interesante. En primer lugar, se señala que las controversias sometidas a arbitraje a nivel mundial se han elevado de 6 casos en 1995 a 817 en 2017. De este total, 234 casos, equivalentes al 28.6% fueron contra países de la ALC. Al respecto hay que resaltar que nuestra región en el mismo periodo 1995-2016 recibió solo el 9.4% de la IED mundial (UNCTAD, 2017), por lo que somos una de las regiones del mundo con más demandas.

15. La mayoría de los reclamos se llevan a cabo bajo los auspicios del CIADI (185 casos). Específicamente, el 79% de todas las reclamaciones se presentaron ante este centro de arbitraje. Argentina es un buen ejemplo, ya que 54 de sus 60 reclamaciones se resolvieron en el CIADI. Otros centros de arbitraje donde se han resuelto algunas disputas son el Tribunal Permanente de Arbitraje

de La Haya en los Países Bajos (25 casos) y el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (3 casos).

16. Un aspecto a destacar es que de los 42 países de ALC, 22 países que representan el 52,4%, han estado sujeto a demandas bajo el sistema de arbitraje internacional, entre los que destacan Argentina (60 casos), Venezuela (44 casos), México (27 casos), Ecuador (23 casos), Bolivia (14 casos) y Perú (13 casos); estos representa el 77.3% del total de demandas en la región. Para finales del 2017, de 234 casos 170 han concluido, 18 continúan, 42 fueron resueltos por acuerdo de las partes, 110 casos terminaron en decisión de los tribunal y 64 continúan pendientes. Si consideramos que 152 casos terminaron (entre acuerdo de las partes y decisiones del tribunal), esto equivale a que el 70% de las demandas acabaron a favor del inversor y el restante 30% a favor de los estados. Otro elemento que llama la atención, es que los Estados son siempre perdedores debido a que gastan grandes sumas de dinero en contratar estudios de abogados.

17. Entre los países que perdieron la mayoría de las demandas en ALC, se tiene en primer lugar Argentina que de un total de 42 casos concluidos, 37 se decidieron a favor de los inversionistas (88% del total de demandas). El segundo país con mayor demanda es Venezuela, de los 24 casos concluidos, 17 decidieron a favor del inversionista (71%). Respecto a las sumas reclamadas por los demandantes desde 1996 estas ascienden a US\$ 145.8 mil millones. Sobre los casos concluidos (ya sea por acuerdo entre las partes o decisión de arbitraje) donde se conocen los montos, se ha ordenado a los Estados pagar a los inversionistas un total de US\$ 20.6 mil millones.



18. En los últimos años los sectores que han presentado demandas a la mayoría de países de América Latina han sido la minería y la industria petrolera. De los 234 casos presentados contra países de ALC, 54 están relacionados a la minería, gas y petróleo, que equivalen el 23% de demandas, la mitad de estas demandas se presentaron a partir del año 2011. Es necesario resaltar, que las políticas gubernamentales buscan proteger el medio ambiente y los derechos de las comunidades, así como las políticas para hacer que las compañías paguen más impuestos al estado y esto ha sido un desafío para las inversiones extranjeras.

19. Entre 2000 y 2017 se han atendido un total de 114 casos de América Latina en el CIADI. El año en que se presentaron más casos fue 2015. Los laudos emitidos bajo el Convenio del CIADI equivalen a un total de 261 casos. La mayor cantidad de estos se concentra en el período 2011-2017. Durante el período 1971-2017, se han rechazado 40 solicitudes de anulación de los laudos. Sólo han procedido 17 solicitudes de anulación parcial o total de laudos. De igual manera, son 23 los procedimientos de anulación concluidos durante ese período. En un cuarto del total de los casos una de las partes no compareció o no participó del procedimiento.

20. Los casos de arbitraje pendientes registrados en el CIADI (2017) ascienden a 241, mientras que son solo 2 los casos de conciliación. Por su parte, los casos concluidos ascienden a un total de 413 para arbitrajes y 8 para casos de conciliación. En América Latina se han registrado un total de 99 casos de arbitraje concluidos y 45 casos de arbitraje pendientes. El estado más demandado es Argentina, con un total de 13 casos pendientes y 41 casos concluidos. Perú aparece como estado demandado sólo en un total de 3 casos pendientes

y en 14 casos concluidos. Entre 2008 y 2017 se han registrado un total de 39 casos pendientes en Sudamérica.

21. Desde su creación el CIADI ha acogido un total de 17 casos en los que el Estado peruano ha estado implicado. Del total de procesos de arbitraje, 14 ya están concluidos y 3 tienen el estatus de pendiente. De estos casos de arbitraje concluidos, 7 resultaron a favor del Estado peruano, 3 a favor de las empresas demandantes, 2 culminaron por mutuo acuerdo de las partes y 2 culminaron porque el tribunal se declaró competente o porque se denegó la demanda.

22. Los montos demandados por la parte privada al Perú fueron US\$ 6,300 millones. Sin embargo, el Estado sólo ha pagado US\$ 43.7 millones, mientras que las partes demandantes han desembolsado en total aproximado de US\$ 109 millones al Estado peruano. Asimismo, a lo largo de estos 14 procesos el Estado ha tenido que asumir un costo estimado de US\$ 46 millones. En total, el Estado ha percibido en términos netos US\$ 19.4 millones como resultado de los procesos arbitrales. En cuanto a los casos de arbitraje pendientes, la parte privada demanda al Estado peruano un total de US\$ 510 millones. Hasta el momento la situación ha sido favorable al Estado peruano.

23. La situación peruana contrasta con la de otros países de la región. Argentina tiene 54 casos concluidos y demandas totales por US\$ 26 mil millones. A su vez, ha debido pagar US\$ 8.2 mil millones. El siguiente país con mayores demandas es Venezuela por US\$ 48.9 mil millones y pagos por US\$ 7.1 mil millones. Los Estados de Chile y Ecuador han tenido que pagar por indemnizaciones US\$ 5.9 y US\$ 3.6 millones respectivamente; mientras que Colombia y México no han realizado pago alguno por este concepto, aunque las



demandas ascienden a US\$ 5.7 mil millones y 15.5 mil millones respectivamente.

24. El sector de actividades extractivas (petróleo, gas y minería) es el que suma la mayor cantidad de procesos concluidos para el conjunto de países de la región. Perú concentra la mayor cantidad de casos de este tipo (4 procesos). El segundo sector es el de transportes y construcción. El Perú concentra aquí 5 procesos de arbitraje en el sector construcción y 1 en el sector construcción. En Chile, se tiene un proceso de arbitraje relacionado con actividades de transporte y otro al sector construcción. Asimismo, Perú es el único país en el que se presentan procesos de arbitraje relacionados con las inversiones en el sector de generación de energía eléctrica.

25. Los principales motivos para iniciar un proceso de arbitraje fueron las denuncias por abuso en el cobro de impuestos, regalías, aumentos indiscriminados en las tasas arancelarias o incrementos en los costos regulatorios (abusos fiscales o regulatorios). El segundo motivo fundamental es el incumplimiento de los contratos por anulación o aumento en ciertos cobros estatales o del convenio de inversión. A su vez, algunos demandantes aseguran que los gobiernos denunciados los someten a un trato discriminatorio frente a sus competidoras o que ejercen intervenciones de tipo arbitraria en el desarrollo normal de sus actividades de inversión.

26. En la medida en que se han privatizado los bienes públicos han surgido los conflictos entre los sistemas de protección de inversiones y los Derechos Humanos. En el documento se reseñan algunos conflictos destacando los relativos al agua. Asimismo, se incorporan otros casos paradigmáticos como: Vattenfall contra el Estado Alemán, Phillip Morris contra Uruguay, Cargill contra México, Tampa Electric contra Guatemala y

Burlington Resources contra Ecuador.

27. Alemania afrontó dos demandas en el CIADI por parte de la empresa Vattenfall. La primera consistió en solicitar una indemnización debido a la demora de los permisos para construir y operar una central térmica de carbón en Hamburgo, dado que los habitantes locales se opusieron al establecimiento de esta. La segunda demanda fue como resultado de las modificaciones del plan energético Alemán tras el desastre de Fukushima en Japón el 2011. El proceso de reversión de esta política energética se debió al reclamo de la población. La demanda que presentó Phillip Morris International contra el Uruguay señalaba que las medidas antitabaco implementadas violaba el TBI Uruguay-Suiza. Cargill demandó a México por introducir un impuesto sobre el jarabe de maíz de alta fructuosa. La demanda de Tampa Electric contra Guatemala se debió a la introducción de una ley que pretendía rebajar los precios de la electricidad para facilitar el acceso de sus ciudadanos a servicios básicos. El caso Burlington Resources contra Ecuador se sustentó en la falta de protección las operaciones de la empresa ante la oposición indígena local; además se opuso a las medidas del gobierno para aumentar los niveles de participación pública bajo contratos de producción compartida.

28. Los conflictos entre la protección de inversiones y la salvaguarda de los Derechos Humanos ha abierto una discusión en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas en cuanto a la elaboración de códigos vinculantes para las empresas transnacionales (ETN) relacionadas a Derechos Humanos. En 2014 se aprobó la resolución 26/9 para elaborar un instrumento global legalmente vinculante sobre las inversiones extranjeras y otras empresas comerciales con respecto a los Derechos Humanos.



29. La *Global Campaign to Dismantle Corporate Power and Stop Impunity* (2015) conformada por una red de más de 200 movimientos sociales, redes, organizaciones y comunidades elaboró ocho propuestas para dar contenido al instrumento internacional legalmente vinculante propuesto por las Naciones Unidas: a) enfocarse en las empresas transnacionales (ETN); b) afirmar la obligación de respetar los Derechos Humanos; c) obligar a los Estados a proteger los Derechos Humanos; d) reafirmar la primacía de los Derechos Humanos sobre los tratados comerciales y privados; e) establecer la responsabilidad civil y penal de las ETNs y sus directivos; f) incluir obligaciones para las organizaciones financieras internacionales y regionales; g) establecer mecanismos internacionales para hacer cumplir el tratado; h) proteger las negociaciones de la influencia de las ETN.

30. Es obvio que la solución de controversias mediante la CIADI reduce la soberanía de los Estados. La CIADI no es un tribunal internacional; se trata de un organismo que crea tribunales arbitrales *ad hoc*, con decisiones inapelables basadas en un puñado de árbitros sin sustento en

el derecho internacional, procuran basarse más en los precedentes de otros casos y operan exclusivamente con base a la interpretación de los TBI. También hay quejas relativas a la falta de transparencia, legitimidad y problemas de puerta giratoria entre árbitros a favor y en contra de los Estados, entre otras observaciones puntuales. El marco regulatorio de los TBI en general no guarda vinculación alguna con los Derechos Humanos ni el desarrollo sostenible. Le corresponde al Perú actualizar los TBI vigentes de acuerdo a las directivas establecidas por la UNCTAD (como mínimo) o tomar como referencia el modelo de ACFI del Brasil de forma tal que se promueva la IED tomando en cuenta la responsabilidad social empresarial, la defensa de los Derechos Humanos, y la creación de instancias mediadores previas para la resolución de conflictos, entre otros elementos por rescatar. Asimismo, tanto el gobierno peruano como las ONGs nacionales deben participar activamente en la elaboración del instrumento vinculante que obligue a las ETN con respecto a los Derechos Humanos propuesto por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.



Referencias

- ACFI (2017).** Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República federativa del Brasil.
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4718>
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/03/asun_3343651_20160308_1457448539.pdf
- ALARCO, G. y CASTILLO C (2018).** *TLC UE, Perú, Colombia y Ecuador, ¿Dónde estamos y hacia dónde vamos*, Red peruana por una Globalización con Equidad (RedGE)
http://www.redge.org.pe/sites/default/files/Folleto%20TLC%20UE%20_%20Alarco%20FINAL.pdf
- ALARCO, G (2017a).** *Tratados del libre comercio, crecimiento y producto potencial en Chile, México y Perú*. Economía UNAM, Vol. 24, núm. 42.
- ALARCO, G (2017b).** *Lecturas prohibidas, Otra Mirada*.
- ALARCO, G (2017c).** *Políticas de inversión y crecimiento económico: mitos y realidades*. En: *Perú Hoy, El arte de desgobernar*. Lima: DESCO.
- ALARCO, G (2015a).** *Distribución factorial del ingreso y regímenes de crecimiento en América Latina 1950-2013*, Revista CEPAL, No. 114, diciembre.
- ALARCO, G. (2015b).** *Desempeño comercial y evaluación general en perspectiva internacional comparada*. En: *A cinco años del TLC con Estados Unidos*. Lima: REDGE.
- ALARCO, G (2015c).** *Estado y Mercado en el Perú contemporáneo*, Perú Hoy, No. 28
- ARROYO, A y GHIOTTO, L (2017).** *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*, Relaciones Internacionales, No. 52, pp. 39-54.
- BANCO MUNDIAL**, Indicadores del Desarrollo Mundial. [En línea]
<http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=World-Development-Indicators>
- BEDOYA, C (2015).** *Impacto de la protección de inversiones en los TLC y el mecanismo inversionista-Estado*. En: *A cinco años del TLC con Estados Unidos*. Lima: REDGE.
- BCRP (2017).** Memoria 2016, Banco Central de Reserva del Perú
- BCRP (2014).** Memoria 2013, Banco Central de Reserva del Perú.
- BOYER, R. (2007).** *Crisis y regímenes de crecimiento: una introducción a la teoría de la regulación*. Madrid y Buenos Aires: Miño y Dávila editores, 2007.
- CAIT-ITSA (2017).** *Informe ejecutivo. Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*.
- CASTILLO, C. (2015).** *Distribución factorial del ingreso en el Perú 1940-2012*. Trabajo de investigación presentado para optar el Grado Académico de Magister en Economía. Lima.
- CEPAL.** La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. [En línea]
<http://www.cepal.org/es/publicaciones/ied>
- CEPAL.** Base de datos y publicaciones estadísticas. [En línea]
<http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Portada.html>
- CIADI (2017),** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Inicio y Base de Datos (2017a). [En línea]<https://icsid.worldbank.org/sp/>
- CIADI (2017b).** Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2017-2) (2017b). [En línea]
<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resource/ICSID%20Web%20Stats%202017->



CIADI (2010). Carga de Casos del CIADI—Estadísticas (Edición 2010-1). [En línea]
<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resource//2010-1%20Spanish-pdf>

CIADI (2008). Caso CIADI No.ARB(AF)/04/01 – Corn Products International, INC demandante y Los Estados Unidos Mexicanos demandada. [En línea]
[https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/AF-0005-04-%20Corn%20Products%20v.%20Mexico%20-%20Decision%20on%20Responsibility%20\(redacted\).pdf](https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/AF-0005-04-%20Corn%20Products%20v.%20Mexico%20-%20Decision%20on%20Responsibility%20(redacted).pdf)

CIADI. (1970). History of the ICSID Convention, v. I, World Bank.

CNUDMI (2017), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Sobre la CNUDMI. [En línea] https://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos.* [En línea]
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993).

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY (2013). Controversias relacionadas con tratados de inversión: Un gran negocio para la industria del arbitraje.. [En línea] <https://corporateeurope-org/es/2013/03/capitulo-2-controversias-relacionadas-con-tratados-de-inversi-n-un-gran-negocio-para-la>

ECHAIDE, J. (2016). Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. Derechos Humanos?. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional.* No. 31, pp. 81-114.

ECHAIDE, J. (2015). Protección internacional de las inversiones y Derechos Humanos: ¿Quién es responsable?. Ponencia en: XVI Congreso Nacional y VI Latinoamericano de Sociología Jurídica: Latinoamérica entre disensos y consensos, nuevos abordajes en sociología jurídica.

ECHAIDE, J. (2013). Ciadi y soberanía. *Revista Le Monde Diplomatique.* Vol. XIV, No. 163, pp. 8-9.

ECHAIDE, J. (2012). El proceso de mercantilización de bienes comunes como expresión de la acumulación originaria hoy y su relación con la liberalización comercial. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Social.* Vol. 1, No. 1, pp. 277-292.

GLOBAL CAMPAIGN TO DISMANTLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY (2018). *proposols for the new legally binding international instrument on transnational corporations (TNC's) and Human Rights.* [En línea] <https://www.tni.org/files/publication-downloads/written-contribution-of-the-global-campaign.pdf>

KALECKI, M. (1956). Teoría de la dinámica económica: ensayos sobre los movimientos cíclicos y a largo plazo de la economía capitalista. México DF: Fondo de Cultura Económica.

MAGUD, N y SOSA, S (2015). Investment in emerging markets, We are not in Kansas anymore... or are we?, International Monetary Fund.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2018). [En línea] <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/normativa-general>

OLIVET, C; MÜLLER, B y GHIOTTO, L (2017). *Impacts of Investment Arbitration Against Latin America and the Caribbean,* ISDS in numbers.

PROINVERSION (2018). [En línea]
<https://www.proinversion.gob.pe/modulos/LAN/landing.aspx?are=0&pfl=1&lan=10&tit=proinversi%C3%B3n-institucional>

PROINVERSIÓN (2017). [En línea]
<https://www.proinversion.gob.pe/modulos/jer/PlantillaPopUp.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=5975>



SERRANO, A; CONVERTI, K y NAVARRO, F (2017). *Evaluación y alternativas al CIADI*. Publicado en CELAG. [En línea] <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/05/informe.-Evaluaci%C3%B3n-y-alternativas-regionales-al-CIADIT.pdf>

SHIHATA, I. (1986). *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vol. 1, No. 1, pp. 1-15.

TRANSNATIONAL INSTITUTE (2017). *ISDS in numbers: Impacts of investment arbitration against Latin America and the Caribbean*. Amsterdam: TNI. [En línea] www.ISDS-AmericaLatina.org

UNCTAD (2018). UNCTADStat. Foreign direct investment: Inward and outward flows and stock, annual, 1970-2016. [En línea] <http://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=96740>

UNCTAD (2017). *Informe sobre las inversiones en el mundo*. Ginebra: Naciones Unidas. [En línea] http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2017_overview_es_pdf

UNCTAD (2016). *Informe sobre las inversiones en el mundo*. Ginebra: Naciones Unidas. [En línea] http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_overview_es_pdf

UNCTAD (2015). *Informe sobre las inversiones en el mundo*. Ginebra: Naciones Unidas. [En línea] http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015_overview_es_pdf

UNCTAD (2009). *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. [En línea] http://unctad.org/es/Docs/diaeia20095_sp.pdf

VIEIRA, J. (2017). *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y últimos avances*.



Autor

Germán Alarco es profesor investigador de la Pacifico Business School y miembro del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico g.alarcotosoni@up.edu.pe El autor es Maestro en Economía con más de 14 libros y numerosos artículos académicos en revistas internacionales y nacionales.

César Castillo es profesor de la Universidad del Pacífico. Es magíster en economía de la misma universidad y actualmente estudia una maestría en Filosofía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. c.castillog@up.edu.pe

Pie de imprenta

Fundación Friedrich Ebert en Perú
Av. Camino Real 456 - Torre Real Of. 901,
San Isidro, Lima, Perú
Apartado 180955, Lima 18

Astrid Becker
Representante en Perú
Fundación Friedrich Ebert

Coordinación FES:
María del Pilar Sáenz C.

Fundación Friedrich Ebert en Perú

La Fundación Friedrich Ebert (FES), fundada en 1925 en Alemania, es una institución privada de utilidad pública comprometida con las ideas de la Democracia Social. Lleva el nombre del primer presidente del Estado alemán elegido democráticamente, Friedrich Ebert, y es portadora de su legado en cuanto a la configuración política de la libertad, la solidaridad y la justicia social. A este mandato corresponde la Fundación en el interior y exterior de Alemania con sus programas de formación política, de cooperación internacional y de promoción de estudios e investigación.

Las opiniones expresadas en esta publicación no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de la Friedrich Ebert Stiftung.

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich Ebert Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.