

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

LATIN AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL TRADE LAW

V. 2, NÚMERO 1, 2014

V. 2, ISSUE 1, 2014



LATAM JOURNAL

REVISTA LATINOAMERICANA DE
DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL



LATIN AMERICAN JOURNAL OF
INTERNATIONAL TRADE LAW

V. 2, NÚMERO 1, AÑO 2014
V. 2, ISSUE 1, YEAR 2014



To consult the *Latin American Journal of International Trade Law* and any of its contents please visit:

Para consultar la *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* y cualquiera de los materiales contenidos en ella, visitar:

http://www.derecho.unam.mx/revista_ldci/index1.html

La edición estuvo al cuidado de Claudio Vázquez Pacheco.

© 2013 Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, México, D.F.

ISSN: 2007-7440

La *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* es una publicación semestral editada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la publicación es esencialmente electrónica, con un tiraje de 500 ejemplares impresos.

El contenido de los artículos, notas y reseñas de casos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de la Revista. La reproducción de su contenido necesita previa autorización.

The *Latin American Journal of International Trade Law* is a biannual publication of the School of Law of the National Autonomous University of Mexico. Is essentially an electronic publication, with 500 printed numbers. Domicile of the publication: School of Law, Ciudad Universitaria, Mexico City, Mexico.

The authors are responsible for the content of the articles, notes and case law reviews and such content do not necessarily reflect the point of view of the Journal. The reproduction of its content requires previous authorization.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. José Narro Robles

RECTOR

Dr. Eduardo Bárzana García

SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE DERECHO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

DIRECTORA

Lic. Miguel Ángel Rafael Vázquez Robles

SECRETARIO GENERAL

Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz

SECRETARIO ACADÉMICO

CONSEJO GENERAL DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Dr. Eduardo Luis Feher

Lic. Leonardo Vargas Sepúlveda

Dr. Russel Cerón Grajales

Dr. Rosalío López Durán

Lic. Alberto J. Montero

EDITOR

Dr. Rosalío López Durán

LATAM JOURNAL
CONSEJO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

María Leoba Castañeda Rivas

Directora Honoraria / Honorary Director

Carlos H. Reyes Díaz

Co-editor en jefe / Co-editor-in-Chief

Reynaldo Urtiaga Escobar

Co-editor en jefe / Co-editor-in-Chief

Daniela Gómez-Altamirano

Editor co-asociado / Associate co-editor

Raúl Aldana Argüelles

Editor co-asociado / Associate co-editor

Paola Sabina Soto

Administrador Editorial / Editorial Manager

COMITÉ ASESOR / ADVISORY BOARD

Fernando de Mateo Venturini

Ambassador at the Permanent Mission of México to the WTO, Switzerland

Gabrielle Marceau

World Trade Organization, Switzerland

Arthur Appleton

Appleton Luff LLP, Switzerland

Ramon Torrent

Universitat de Barcelona, Spain

Pierre Sauvé

World Trade Institute, Switzerland

Hugo Perezcano

Independent Consultant, Mexico

Gabriel Cavazos

Tecnológico y de Estudios Superiores Monterrey, Mexico

Raj Bhala

University of Kansas, United States

Joel Trachtman

Tufts University, United States

Vera Thorstensen

São Paulo School of Economics, Center on Global Trade, Brazil

Jorge Witker

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Mexico

José Manuel Vargas

Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Natividad Martínez

Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Loukas Mistelis

Queen Mary, University of London, United Kingdom

Stefan Kröll

Universität zu Köln, Germany

Anibal Sabater

Fulbright & Jaworski L.L.P., United States

Stephen Zamora

University of Houston Law Center, United States

COMITÉ EDITORIAL / EDITORIAL COMMITTEE

Gabriela Álvarez
Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle, Mexico

Gustavo Luengo
European Commission, Belgium

Marianella Guzmán
Comunidad Andina, Peru

Weiwei Zhang
Graduate Institute, Switzerland

Orlando Pérez
Secretaría de Economía, Mexico

Luciana Silveira
L.O. Baptista-SVMFA, Brazil

Christian Vidal
European Commission, Belgium

Edna Ramírez
Graduate Institute, Switzerland

Adrián Verdegay
Sj Berwin LLP, Belgium

Miguel Villamizar
RRH Consultores, Mexico

Eunice Herrera
Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Miguel Ángel Velázquez
Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Miguel Flores
Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Jorge A. Huerta-Goldman
Legal Consultant at TILPA, Switzerland

Luciano Donadio
Universidad Empresarial Siglo XXI, Argentina

Salvador Fonseca
Baker & McKencie, Mexico

Karen Sigmond
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores Monterrey, Mexico

Fausto Kubli-García
Centro de Investigaciones sobre América del Norte UNAM, Mexico

Lucía Fernández
González Calvillo, S.C., Mexico

COMITÉ EDITORIAL / EDITORIAL COMMITTEE

Edgardo Muñoz
Lenz & Staehelin, Switzerland

Jean Paul Dechamps
Freshfields Bruckhaus Deringer, United Kingdom

Jacqueline Márquez
Secretaría de Economía, Mexico

Christian Oetiker
Vischer Ltd, Switzerland

Juan Saldaña
Facultad de Derecho UNAM, Mexico

Holger Hestermeyer
Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, Germany

Hugo Romero
Permanent Mission of Mexico to the WTO, Switzerland

Francisco González de Cossío
González de Cossío Abogados S.C., Mexico

Rodrigo Zamora Etcharren
Zamora Pierce, S.C., Mexico

Carlos Véjar Borrego
Secretaría de Economía, Mexico

Alvaro Santos
University of Georgetown Law Center, United States

ASISTENTES EDITORIALES / EDITORIAL ASSISTANTS

Ana Conover, Carlos E. Díaz de León Sánchez,
Diego Santin Padilla y Jaime Gary Lopez

DISEÑO / DESIGN

Claudio Vázquez Pacheco

PRIMERA PARTE

ESPAÑOL

CONTENIDOS

VOLUMEN 2, NÚMERO 1, 2014

13 Primera Parte. Español

201 Segunda Parte. Inglés

15 Introducción al volumen 2, 2014

ARTÍCULO DE APERTURA

Inu Barbee & Simon Lester 17 El TPP y el futuro de los acuerdos comerciales

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

A. ARTÍCULOS GENERALES

Elisabeth Bürgi Bonanomi 39 Un marco regulatorio propicio para la inversión sostenible: el ejemplo del derecho comercial

Luciana Dutra de Oliveira Silveira & Ricardo Inglez de Souza 61 Análisis del interés público en las investigaciones de medidas comerciales correctivas en Brasil

Eduardo Márquez Certucha 81 Emprendimiento Social: uniendo inversión de impacto, facilitación comercial y reforma regulatoria

Ricardo García de la Rosa 101 La evolución dicotómica, regionalismo y multiregionalismo: plurilateralismo como eslabón faltante

SECCIÓN DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

A. ARTÍCULOS GENERALES

Carlo Scheiternig 127 Los bonos soberanos como inversión a la luz del convenio del CIADI

Pedro Arcoverde 151 Orden público y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Brasil: un análisis contra el contexto de la gobernanza global

David Khachvani 175 Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral

B. RESEÑAS DE CASOS

Carlos H. Reyes Díaz 191 BG Group vs. Argentina. Arbitraje inversionista-estado. Decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América

INTRODUCCIÓN AL VOLUMEN 2, 2014

Con este número, la *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional (LATAM Journal)* lanza con orgullo su segundo volumen. Después de un año lleno de experiencias y duro trabajo para alcanzar los estándares propuestos para el primer volumen, publicamos este segundo volumen con el compromiso de continuar creando un espacio donde jóvenes académico puedan expresar sus ideas conjuntamente con las sagaces perspectivas de renombrados académicos y practicantes de las áreas de arbitraje y derecho económico internacional.

Bajo ese compromiso, presentamos el primer número del segundo volumen de *LATAM Journal*, en el cual los lectores encontrarán el ensayo de apertura que incorpora algunas de las perspectivas personales de un destacado académico. Este año, Simon Lester, Analista de Política Comercial en Cato Institute y Presidente de WorldTradeLaw.net, en coautoría con Inu Barbee, Asociado del Center for North American Studies de la American University, nos honran con un manuscrito donde reflexionan respecto a las negociaciones actuales del TPP y el futuro de los acuerdos comerciales en un contexto multilateral.

Un número de estimulantes artículos sobre temas variados siguen al artículo de apertura. En la sección de Derecho Económico Internacional, estos artículos incluyen cuatro extraordinarios trabajos académicos. El primero de Elisabeth Bürgi Bonanomi, Profesora en el Centre for Development and Environment y en el World Trade Institute de la Universidad de Berna, presenta una visión general sobre el marco regulatorio para la inversión sostenible elaborando específicamente sobre el régimen de comercio agrícola internacional. El segundo artículo de Ricardo Inglez de Souza y Luciana Dutra de Oliveira Silveira, Socio y Asociada, respectivamente, de la práctica de comercio internacional en DeVivo Whitaker e Castro Advogados, discuten sobre el análisis del interés público en las investigaciones de medidas comerciales correctivas en Brasil. El tercer artículo de Eduardo Márquez Certucha, Asociado Extranjero en la oficina de Dallas de Haynes and Boone, LLP, analiza la forma en que el clima de inversión de un país afecta la percepción del inversionista y cómo mediante la facilitación del comercio se puede aumentar la inversión de impacto. Por último, el cuarto artículo de Ricardo García De la Rosa, Profesor e Investigador en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, explica la evolución dicotómica de las relaciones comerciales internacionales en sus dos formas: regionalismo y multilateralismo, incluyendo al plurilateralismo como el eslabón faltante.

Siguiendo con la sección de Arbitraje Internacional, contamos con tres destacados artículos académicos y una reseña sobre una decisión judicial de actualidad. Primeramente encontraremos el trabajo de Carlo Sheitering, un Asociado de la oficina de Munich de Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP, quien analiza el tratamiento que los bonos soberanos pueden tener bajo el CIADI y como la jurisprudencia más reciente ha impactado dicho tratamiento. En segundo lugar, Pedro Arcoverde, un abogado brasileño y actualmente profesor asistente en L'Institut d'études politiques de Paris, examina los estándares internacionales para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros frente a temas de orden público, hacienda especial hincapié en las decisiones de los tribunales brasileños y sus aprendizajes al respecto. En tercer lugar, David Khachvani, Becario Hans Wilsdorf en la Maestría en Derecho sobre Solución Internacional de Disputas de la Université de Genève y el Graduate Institute of International and Development Studies, expone la actitud de algunas importantes jurisdicciones ante los convenios para renunciar al derecho de impugnar el laudo arbitral, dando algunas brillantes conclusiones al respecto. Al final, pero no por ello menos importante, un trabajo “de casa”, de Carlos Reyes, Coeditor en jefe y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, reseña la reciente decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *BG Group v. Argentina*, concluyendo con las preguntas que genera dicha resolución respecto a algunos temas de derecho que se tocan en la sentencia.

Esperamos que nuestros lectores disfruten este nuevo número tanto como nosotros lo disfrutamos durante el proceso de edición, pero aun más importante, que contribuya a señalar algunos temas y opiniones relevantes para su discusión en éste y otros espacio o foros académicos. *LATAM Journal* recibe comentarios sobre lo incluido en este número, así como sugerencias para mejorar en las diferentes áreas. Los comentarios deberán enviarse a <journalit@derecho.unam.mx>.

Les agradecemos por su interés y apoyo a *LATAM Journal*.

Ciudad Univeristaria, México, mayo de 2014

Carlos H. Reyes Díaz
Reynaldo Urtiaga Escobar
Daniela Gómez-Altamirano
Raúl Aldana Argüelles

EDITORES

ARTÍCULO DE APERTURA

EL TPP Y EL FUTURO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES*

Inu Barbee**

Simon Lester***

* Gracias a Meredith Kolsky Lewis y Bryan Mercurio por sus comentarios. Todos los errores son propios.

** Graduate Associate, Center for North American Studies, American University.

*** Trade Policy Analyst, Cato Institute; President, WorldTradeLaw.net.

† Traducción de Daniela Gómez-Altamirano

En los últimos años, el régimen comercial ha sido objeto de una crisis existencial. Las negociaciones comerciales multilaterales en la OMC se han estancado, lo que ha llevado a muchos apretones de manos desde el establecimiento del comercio. Aunque el punto de partida exacto de las dificultades es difícil de precisar, sin duda, ha sido más de una década desde que había incluso una esperanza real para el progreso. La celebración de los acontecimientos de menor importancia en la ministerial de Bali¹ del año pasado, sólo sirven para enfatizar cuán bajas las expectativas eran.

Durante este período, las negociaciones comerciales bilaterales han ido mejor, con acuerdos de libre comercio concluidos dando a los negociadores comerciales una sensación de éxito. Sin embargo, hay un reconocimiento general de que el enfoque bilateral es inferior, y, potencialmente, que tiene efectos negativos para el sistema multilateral.²

Recientemente, hemos avanzado hacia conversaciones comerciales ‘Mega-regionales’, y algunos ven esto como el camino a seguir. En particular, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés), con la participación de 12 naciones de la región Asia-Pacífico, y el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés), con la participación de los Estados Unidos y la Unión Europea, se han ofrecido como solución a los problemas con la agenda comercial. Los defensores

¹ Uri Dadush, “How can world trade talks stay relevant?” World Economic Forum Blog (Enero 14, 2014) <<http://forumblog.org/2014/01/how-can-the-world-trade-organization-stay-relevant/>>

² Jagdish Bhagwati ofrece la versión más fuerte de esta postura. Ver, e.g., *Termites in the Trading System*, Oxford University Press (2008).

venden estas negociaciones como las conversaciones de “alto estándar”, o incluso como el “patrón oro” de las negociaciones comerciales; el TPP se dice ser incluso una “estación de acoplamiento” que con el tiempo estará abierta a todos los países.³

En este artículo, centramos nuestra atención en el TPP y expresamos dudas acerca de su uso como modelo para futuros acuerdos comerciales. En cuanto a las consideraciones económicas, la “agenda estratégica” de los Estados Unidos y los problemas de la gobernanza global, sostenemos que el TPP tiene fallas. En este sentido, ofrecemos una serie de problemas específicos.

En primer lugar, los argumentos económicos para el TPP se apoyan en una serie de suposiciones que no pueden venir a la fruición. Por ejemplo, las ganancias derivadas del TPP serán modestas y no podrán alcanzar los niveles previstos si el acuerdo no se expande más allá de su actual membresía de 12 países, para incluir a China y otros, en forma de un Área de Libre Comercio de Asia y el Pacífico (FTAAP, por sus siglas en inglés). La probabilidad de que una expansión hacia un FTAAP sigue siendo delgada. La exclusión de China a partir del proceso de negociación actual también puede convertirse en un gran obstáculo para la liberalización más amplia de Asia-Pacífico, y el potencial para la creación de bloques comerciales rivales, encarnados en la Asociación Regional Económica Global (RCEP, por sus siglas en inglés), o negociaciones de Asia por conducto independiente, es una posibilidad real.

En segundo lugar, el TPP no es una asociación equilibrada. Un país, los Estados Unidos, está usando las conversaciones para impulsar sus políticas y *valores* nacionales en otros países,⁴ y promover alianzas estratégicas y consideraciones de política exterior en general.⁵ Este es el enfoque equivocado a la gobernanza del comercio.

Por último, el enfoque expansivo del TPP a la gobernanza mundial genera una gran oposición y hace que los beneficios simples y claros de la liberalización comercial sean más difíciles de lograr. La amplia gama de cuestiones que ahora se incluyen en los acuerdos comerciales, incluyendo el medio ambiente, el trabajo y la propiedad intelectual, lleva a una falta de atención a una misión fundamental. En particular, es en estos temas donde los desacuerdos actuales entre las partes negociadoras del TPP son particularmente fuertes.⁶

Dada la falta de certeza en este momento sobre el resultado final del TPP, vale la pena dar un paso atrás y examinar el fundamento del acuerdo. Para ello, lo primero que

³ C. Fred Bergsten and Jeffrey J. Schott, “Submission to the USTR in Support of a Trans-Pacific Partnership Agreement,” Peterson Institute for International Economics (Enero 25, 2010) <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=1482>>.

⁴ Michael Froman, “A Values-Driven Trade Policy,” speech delivered at the Center for American Progress (February 18, 2014) <<http://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/02/Center-for-American-Progress-Remarks-Ambassador-Froman-2-18-14.pdf>>.

⁵ El TPP es parte de un “giro en Asia” en la política exterior de los Estados Unidos.

⁶ Ver, e.g., Henry Farrell, “The United States is isolated in the Trans-Pacific Partnership negotiations,” *The Monkey Cage*, November 18, 2013. <<http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/18/the-united-states-is-isolated-in-the-trans-pacific-partnership-negotiations/>>.

proponemos es mostrar una breve historia de los distintos modelos de acuerdos comerciales, explicando cómo es que llegamos al TPP y los acuerdos ‘Mega- Regionales.’ A continuación, echamos un vistazo más de cerca al TPP evaluándolo como un modelo para futuros acuerdos comerciales, en cuanto a los temas económicos, estratégicos y de gobierno mencionados anteriormente. Por último, se concluye preguntando si el enfoque actual es el mejor camino para el sistema mundial de comercio.

I. MODELOS DE ACUERDOS COMERCIALES

Con los años, las instituciones y reglas de comercio han cambiado de dirección muchas veces. Los acuerdos comerciales bilaterales dominaron en el siglo XIX; pero por la década de 1950, el multilateralismo se había apoderado. El regionalismo surgió como una fuerza en la misma época. Hoy en día, los acuerdos bilaterales han resurgido, compartiendo espacio con acuerdos multilaterales y regionales. En esta sección se analizan brevemente los modelos existentes de los acuerdos comerciales.

A. MULTILATERALES

Los orígenes del sistema de comercio multilateral se remontan a los debates de las políticas económicas internacionales en la década de 1920 y principios de 1930 a la luz de la Liga de las Naciones Unidas. Durante este período, los principales países comerciantes celebraron una serie de conferencias sobre diversos temas relacionados con las barreras comerciales, el desarrollo de ideas y conceptos sobre la forma de promover la integración económica. Estas primeras conversaciones no dieron lugar a un tratado multilateral de comercio, sino más bien a una serie de acuerdos comerciales bilaterales entre los países involucrados. Después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, los principios de estos acuerdos fueron multilateralizados en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) .

El GATT tenía sólo 23 países signatarios originales. Con los años, sin embargo, la membresía se amplió considerablemente. En el momento en el que el GATT se convirtió en la OMC, en 1995, había 128 miembros. Hoy la OMC cuenta con 159 países como miembros, entre ellos todos los grandes poderes económicos. También cuenta con un sistema de solución de diferencias muy respetado, uno de los sistemas jurídicos más avanzados que existen en el ámbito internacional.

En su mayor parte, la integración del GATT/OMC ha sido del tipo ‘superficial’.⁷ Un principio básico es la no discriminación, lo que refleja la idea de la integración negativa,

⁷ Robert Z. Lawrence, “Regionalism, Multilateralism, and Deeper Integration (Integrating National Economies),” Brookings Institute (1996).

en el sentido de que existe una prohibición de la adopción de medidas que discriminan en contra o entre los socios comerciales. Una aproximación a la integración económica que se basa en la no discriminación es más limitada que las concepciones más amplias, como un ‘mercado único’ para productos y servicios.

Hay algunos aspectos de las normas de la OMC que van más allá de la no discriminación. Por ejemplo, las normas del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias y el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio que promueven medidas basadas en la ciencia, las normas internacionales, y medidas que contribuyan de manera efectiva a sus objetivos declarados, todos tienen implicaciones más amplias. Además, la OMC hace un esfuerzo para promover acciones positivas por los gobiernos, como el establecimiento de normas mínimas para la protección de la propiedad intelectual. Sin embargo, este aspecto del régimen de la OMC ha sido limitado y acotado.

La crisis en el seno de la OMC no se deriva de las normas como lo son ahora, sino de la incapacidad de negociar liberalización del comercio adicional. Tras el éxito de la Ronda Uruguay, la OMC se ha visto en un largo período de estancamiento. Mientras los manifestantes ruidosos y creativos de la reunión ministerial de la OMC en Seattle hicieron la mayoría de los titulares, el obstáculo más importante pudo ser las diferencias de opinión de algunos países en desarrollo y las potencias industriales tradicionales. Todo el mundo piensa que ya han liberalizado lo suficiente, y que ahora es el turno de los otros. India, Brasil y China sostienen que su condición de país en desarrollo significa que se debe dar más flexibilidad en la liberalización en el futuro, y que el mundo rico mantiene un proteccionismo excesivo de sí mismo. Por otro lado, los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón consideran que el reciente éxito económico de las economías en desarrollo más grandes significa que es tiempo para que refuercen su papel como defensores de la liberalización del comercio.

El resultado ha sido un punto muerto. Hay mucho de que hablar sobre los temas comerciales en la OMC, y se está trabajando detrás de la escena, pero no ha habido mucho éxito en términos de las negociaciones conducidas. A pesar del gran esfuerzo por parte de muchas personas a quienes les gustaría ver que el sistema tenga éxito, la liberalización del comercio de bienes y servicios apenas ha ocurrido a nivel multilateral desde 1995. Ya sea que la culpa principal recaea en la propia institución, su liderazgo, o de los gobiernos que integran este sistema “impulsada por sus miembros”, no está claro. Pero la falta de resultados habla por sí mismo, y ha causado que la gente se aleje de la OMC para llevar a cabo negociaciones comerciales.

B. ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES Y BILATERALES

El sistema multilateral nunca fue diseñado para ser la forma exclusiva de la liberalización del comercio. Las normas de la OMC prevén que los países negociarán tanto “zonas de

libre comercio” y “uniones aduaneras”.⁸ Estos acuerdos se han completado tanto a nivel regional como bilateral. En los últimos años, estos dos enfoques han surgido como una forma de forjar mayores beneficios económicos de socios comerciales cercanos, y también para mantener el impulso de la liberalización del comercio en la ausencia de iniciativas multilaterales. Según la OMC, ha habido 583 notificaciones de este tipo de acuerdos comerciales a partir de enero de 2014, 337 de los cuales están en vigor.⁹

Con estos números, las implicaciones de estos acuerdos para el sistema mundial de comercio no pueden, por lo tanto, ser subestimadas.

La Unión Europea, con 28 miembros, es el bloque comercial regional más desarrollado. Acompañado en su existencia a través del Tratado de Roma de 1957, los seis miembros originales, Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, trataron de reconstruir sus economías devastadas por la guerra y crear una paz duradera en el continente. La cooperación económica fue el medio para este fin. A medida que los estados miembros han profundizado su nivel de integración económica a través del tiempo, el área de comercio se ha expandido de un acuerdo de libre comercio y una unión aduanera, a un mercado único, una unión monetaria de membresía limitada, y en la actualidad se está negociando una unión fiscal de membresía limitada. Esta transición de una etapa de integración a la siguiente, no siempre ha sido perfecta. De hecho, le tomó a la Unión Europea más de 10 años para completar la unión aduanera, a pesar de que había declarado *désarmement douanier* el 1 de julio de 1968. El lento crecimiento económico en la década de 1970 en gran medida estancó el proyecto de integración, y no fue sino hasta el Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Único en 1985, reuniendo a las élites políticas y empresariales, que el proyecto de integración europea se revitalizó. Su segundo intento de liberarse de la decadencia económica tuvo un gran éxito y a su vez estimuló el deseo de la integración regional en otras partes.

Como consecuencia de su compleja estructura de gobernanza multinivel, la Unión Europea debe ser tratada frecuentemente como *sui generis*, simplemente porque el ímpetu de su creación y el nivel de integración es único en el mundo. Sin embargo, todavía es muy ilustrativo cómo las iniciativas complejas se pueden abordar a nivel regional, y un buen ejemplo de los muchos beneficios económicos de la colaboración con los estados en las proximidades.

También se han desarrollado una serie de otros acuerdos regionales en respuesta al estancamiento económico en la década de 1970, como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), la Comunidad de Desarrollo del Sur de África (SADC) y la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO). Estas iniciativas no fueron tan lejos como la Unión Europea, pero han servido para crear cooperación económica regional y liberalización del mercado.

⁸ El Artículo XXIV del GATT establece estos acuerdos en el marco de los intercambios de mercancías; el Artículo V del AGCS se refiere más generalmente a los acuerdos de “integración económica”.

⁹ Organización Mundial del Comercio, “Acuerdos Regionales Comerciales”, <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm>.

El otro acuerdo comercial regional de gran envergadura de esta era fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Estados Unidos, Canadá y México, que fue una iniciativa presentada por México. México fue motivado por el deseo de liberalizar su economía y alejarse de las políticas fallidas de la industrialización por sustitución de importaciones, y solucionar su crisis de deuda. Los Estados Unidos estaban irritados por la falta de progreso en la Ronda de Uruguay, en particular por la reticencia de la Unión Europea de eliminar las protecciones del mercado agrícola. Canadá no quería que México tuviera un acuerdo comercial más favorable con los Estados Unidos y tomó el TLCAN como una oportunidad para actualizar el Acuerdo Canadá - Estados Unidos de Libre Comercio, firmado en 1988. En gran parte, el TLCAN fue una respuesta a una falta de progreso en la liberalización del comercio a nivel multilateral.

El TLCAN es importante por un número de razones. En primer lugar, fue más allá de los TLC básicos del tiempo e incluyó toda una serie de disposiciones relativas a los servicios, la propiedad intelectual, el trabajo y el medio ambiente, así como el primer mecanismo de controversias inversionista-Estado en un acuerdo comercial, el infame Capítulo XI. Además, el TLCAN era único, ya que reunió a dos países muy desarrollados, con una economía en desarrollo. Como resultado, el TLCAN no fue visto como un TLC estándar, y por algunos fue visto también como un nuevo modelo de desarrollo.¹⁰

En segundo lugar, fue un gran éxito en la eliminación de las barreras al comercio y la mejora de los intercambios económicos entre los tres países. En la actualidad, la relación comercial de Estados Unidos con Canadá y México asciende a más de \$1 billón al año – lo que corresponde a \$3,4 mil millones por día, o \$2.4 millones cada minuto.¹¹ Este estímulo económico era considerado como un precursor de la más amplia liberalización económica en las Américas, a través de la realización del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Sin embargo, la caracterización errónea del TLCAN como una iniciativa de las grandes empresas que reduciría las normas para el mínimo común denominador, y la demonización del acuerdo para obtener beneficios políticos, hizo de una futura expansión del acuerdo un desafío político.¹² Esta es una de las razones por lo que la conclusión del ALCA fue imposible.¹³ Los opositores también se inspiraron en el movimiento más amplio de la anti-globalización, que cobró un impulso sustancial después de las protestas de la ‘Batalla en Seattle’ sobre la OMC en 1999.

¹⁰ Ver Richard S. Belous and Jonathan Lemco, *NAFTA as a Model of Development: The Benefits and Costs of Merging High and Low Wage Areas*, National Planning Association; Institute of the Americas (2000).

¹¹ Christopher Wilson and David Biette, eds., “Is Geography Destiny: A Primer on North American Relations,” Woodrow Wilson International Center for Scholars (Febrero, 2014). <http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/primer_north_american_relations.pdf>.

¹² Ver Generally, Robert Pastor, “A Piñata for Pandering Pundits and Politicians,” in *The North American Idea* (2011).

¹³ Jaime Zabudovsky and Sergio Gómez Lora, “Beyond the FTAA: Perspectives for Hemispheric Integration,” in *Requiem or Revival?: The Promise of North American Integration I*, Eds. Isabel Studer and Carol Wise (Washington, DC: Brookings Institution Press, 2007): 101-107.

Con el fracaso del ALCA y la creciente oposición al comercio por parte de intereses organizados, los Estados Unidos comenzaron a negociar acuerdos de libre comercio bilaterales con economías más pequeñas.¹⁴ Esto se había hecho un par de veces anteriormente, pero ahora era el foco de la política de Estados Unidos. La oposición al TLCAN tuvo el efecto residual de hacer a los Estados Unidos más cautelosos al proponer acuerdos comerciales “ambiciosos”, especialmente en donde las leyes de los Estados Unidos tendrían que ser reformadas. La Unión Europea, que sufre la fatiga de su ampliación, también ha comenzado a adoptar este mismo enfoque. La última década ha visto una explosión de negociaciones del TLC en todo el mundo. Por el contrario, la integración regional se ha estancado. C. Fred Bergsten denomina a este fenómeno como la “liberalización competitiva”, afirmando que es una respuesta al “aumento de la interdependencia mundial [que] ha obligado a todos los países... a liberalizar su régimen de comercio (y por lo general de inversión).”¹⁵ Sin esta competencia agresiva, dice Bergsten, los países corren el riesgo de perderse en la integración de las cadenas mundiales de suministro, y cosechar los beneficios asociados a una mayor inversión extranjera directa.¹⁶

A pesar de sus beneficios, la proliferación mundial de acuerdos de libre comercio ha dado lugar a un efecto cada vez mayor de “*spaghetti bowl*” en las diversas disposiciones sobre normas de origen creadas por acuerdos individuales, que da lugar a la discriminación comercial y a un complejo sistema de preferencias que es difícil de desenredar. Además, aunque el número de acuerdos de libre comercio vigentes en la actualidad es muy amplio, no hemos sido capaces de alcanzar el nivel de libre comercio a nivel mundial que produciría los mayores beneficios en el bienestar general. Estos obstáculos han impulsado a un nuevo enfoque para el comercio no-bilateral y no multilateral del todo, pero en cambio, mega-regional.

C. MEGA-REGIONALES

Los desafíos presentados por estas reglas traslapadas (y a veces contradictorias), además de la estancada agenda de la Ronda de Doha, son razones importantes que explican los intentos más recientes de los llamados acuerdos mega-regionales. El primer acuerdo mega-regional fue el TPP, que surgió de un esfuerzo de la administración de Bush para expandir las conversaciones de los P-4 más allá de cuatro países pequeños del Pacífico: Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur. Después de algunas reticencias iniciales para

¹⁴ La única excepción es el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de 2004 (CAFTA-DR), que es plurilateral, aunque a pequeña escala.

¹⁵ C. Fred Bergsten, “Competitive Liberalization and Global Free Trade: A Vision for the Early 21st Century,” Peterson Institute for International Economics (Working Paper 96-15) <<http://www.iie.com/publications/wp/wp.cfm?ResearchID=171>>.

¹⁶ *Ibid.*

abordar temas de comercio, el gobierno de Obama comenzó a buscar iniciativas comerciales para llevarlo a cabo y decidió continuar con este esfuerzo al anunciar la participación de Estados Unidos en el TPP en 2009.¹⁷ Las negociaciones actuales incluyen a 12 países de la región del Pacífico, con otros considerando unirse .

El TTIP surgió más recientemente, sobre todo ante la insistencia de los europeos que estaban buscando nuevas fuentes de crecimiento económico. El presidente Obama señaló su apoyo al TTIP en su discurso de Estado de la Unión en el 2013 y las negociaciones se iniciaron en julio de ese año. En estas conversaciones, se ha hecho hincapié en los beneficios potenciales de hacer frente a las llamadas “barreras regulatorias al comercio”, aunque el alcance exacto de esta cuestión no está claro.

En cuanto al fondo, los acuerdos mega-regionales están ampliando el alcance de la agenda tradicional de comercio. A menudo se dice que van más allá de las negociaciones sobre aranceles y cuotas, a una discusión de cuestiones “más allá de la frontera” que tienen un impacto significativo en el comercio. En realidad, tal expansión comenzó hace décadas. Sin embargo, es cierto que se han añadido más problemas. La lista incluye a la normativa nacional y el proceso de reglamentación, la propiedad intelectual, el medio ambiente, cuestiones laborales, las empresas de propiedad estatal (EPE) y los servicios financieros, entre otros. Por ejemplo, en la cuestión de la coherencia normativa, se ha producido un nuevo impulso para abordar los problemas en el proceso de reglamentación nacional en sí, tales como la notificación y hacer comentarios sobre las regulaciones propuestas, o el desarrollo de una estructura de organización de la supervisión reguladora.

En parte, esta agrupación de temas que pueden tener un impacto en el comercio se emplea como una estrategia para que estos temas sean tratados en el ámbito internacional. Los acuerdos comerciales tienden a tener fuertes mecanismos de aplicación, por lo que si las preocupaciones ambientales, por ejemplo, no se pueden abordar plenamente a nivel multilateral por su cuenta, los grupos de defensa intentarán que se incluyan en los acuerdos comerciales para asegurar algún tipo de compromiso. Sin embargo, esto puede proporcionar un resultado de algún tipo que también puede complicar las negociaciones comerciales. A este respecto, existe un verdadero peligro de que los desacuerdos sobre estos temas “plus” del comercio podrían conducir a un callejón sin salida sobre las negociaciones, y también servir para debilitar las ganancias totales de los países que incentiven concesiones menores en las áreas comerciales tradicionales.

Al final, las implicaciones del enfoque mega-regional, de tener éxito, no están claras. ¿El éxito resultaría en un mundo de acuerdos mega-regiones compitiendo entre sí? ¿Convergerían en un acuerdo global, o servirían de base para negociaciones multilaterales? ¿El esfuerzo invertido en estas conversaciones es enorme, pero producirán los beneficios deseados y crearán un nuevo modelo de ‘alto nivel’?¹⁸ El resultado está por verse.

¹⁷ “Trans-Pacific Partnership Announcement,” Office of the United States Trade Representative (December 14, 2009) <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/december/trans-pacific-partnership-announcement>>.

¹⁸ Para una discusión sobre la retórica de los acuerdos comerciales del siglo XXI, y el potencial para su adop-

II. LA PREOCUPACIÓN CON EL MODELO DEL TPP

Aunque el TPP ha sido anunciado por sus partidarios como el nuevo acuerdo del ‘Siglo XXI’, ‘oro’ o incluso ‘platino’, vale la pena dar un paso atrás y evaluar los reclamos de su valor en el sistema del comercio global. Muchas proyecciones económicas para el TPP, como se discute en mayor detalle a continuación, se basan en suposiciones que puede que no se reproduzcan como se ha previsto. Las estimaciones son, de hecho, sólo eso: una conjetura, pero de ninguna manera un hecho seguro. Además, los beneficios de este acuerdo no pueden ser tan claros, y, sin duda, confiar en el futuro la cooperación de China, que puede ser difícil de alcanzar. Además, hay una sensación de que los Estados Unidos están llevando a cabo una agenda estratégica particular a través del TPP, y no se refiere únicamente a la liberalización del comercio *per se*. Este enfoque sin duda tendrá un impacto en el contenido del acuerdo y su eventual resultado. Y, por último, está el problema de la utilización de los acuerdos comerciales como una herramienta general de la gobernanza global. Este enfoque ha sido empujado bastante lejos; no está claro qué tan lejos puede ir.

A. ECONOMÍA

Los partidarios del TPP se apresuran a señalar sus beneficios económicos formidables. Por ejemplo, los actuales 12 países del TPP representan el 40% del PIB mundial, y los proponentes estiman que para el 2025 se llegará hasta \$295 mil millones en beneficios anuales mundiales.¹⁹ Sin embargo, estas ganancias deben ser colocadas en su contexto. Alan Deardorff ha señalado que un simple análisis de la creación de comercio y desviación de comercio no se aplica tan bien al TPP porque muchos países del TPP ya tienen acuerdos de libre comercio con otros países miembros del TPP, y muchos países asiáticos que actualmente están fuera de las negociaciones también tienen acuerdos de libre comercio con un número de los países del TPP.²⁰ Entonces, ¿qué significa esto? Deardorff concluye que un acuerdo con una cobertura tan grande como el TPP normalmente se predice para producir ganancias significativas, pero debido a los acuerdos preexistentes, los beneficios

ción con éxito, ver, C.L. Lim, Deborah Kay Elms, and Patrick Low, Eds., *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first-Century Trade Agreement* (Cambridge University Press, 2012).

¹⁹ Peter A. Petri and Michael J. Plummer, “The Trans-Pacific Partnership and Asia-Pacific Integration: Policy Implications,” Peterson Institute for International Economics, Policy Brief (Junio 2012), 5. Disponible en: <<http://www.iie.com/publications/pb/pb12-16.pdf>>.

²⁰ Alan V. Deardorff, “Trade Implications of the Trans-Pacific Partnership for ASEAN and Other Asian Countries,” Research Seminar in International Economics, The University of Michigan, Discussion Paper No. 638 (Julio 24, 2013), 10.

en última instancia será menos impresionante.²¹ Si unimos esto con el hecho de que las reglas varían de los requisitos de origen de cada uno de los acuerdos de libre comercio preexistentes que siguen produciendo un efecto de “noodle bowl”, aunque un poco más pequeño, lo que queda es un acuerdo con un cierto potencial, pero no hay garantías de un gran éxito.

Un estudio citado frecuentemente sobre el TPP de Petri, Plummer y Zhai proporciona una evaluación cuantitativa del acuerdo.²² Sin embargo, los resultados positivos señalados son estimaciones basadas en una serie de suposiciones subyacentes que deben tomarse con una pizca de escepticismo. Las enormes ganancias económicas que se proyectan para el acuerdo no se harán sentir por la conclusión del mismo TPP, sino más bien si, y sólo si, se ha completado un acuerdo Asia-Pacífico más grande, como el FTAAP. De hecho, Petri, Plummer y Zhai admiten que donde la mayoría de las ganancias de bienestar se encuentran – no es en el TPP, sino en el FTAAP, especialmente para los Estados Unidos. En 2020, concluyen, los Estados Unidos verán un estimado de \$10 billones en ganancias de bienestar a partir de la conclusión del TPP, con un ligero aumento de aproximadamente \$12-13 billones en 2025.²³ En comparación, el FTAAP resultaría en \$71 mil millones de ganancias de bienestar para los Estados Unidos para el año 2025.²⁴

La realidad es que todavía es pronto para hablar de los beneficios potenciales del FTAAP, cuando todavía no hemos estado a punto de terminar el TPP. De hecho, parece que hemos estado en la fase “final del juego” de las negociaciones desde hace bastante tiempo.²⁵ Sin una legislación por la vía rápida, y en ausencia de un compromiso claro por parte de la administración de Obama para ver este acuerdo concluido,²⁶ no es del todo seguro que el TPP se complete en el corto plazo.

La adición de una capa de complejidad es Japón, que es el tercer socio comercial de Estados Unidos en el TPP (seguido de Canadá y México). La entrada de Japón a las negociaciones del TPP ha tenido un impacto en la dinámica de las negociaciones, ya que es el país dentro del TPP del que los Estados Unidos se beneficiarían más de una apertura económica.²⁷ Al mismo tiempo, las proyecciones de los beneficios tienen

²¹ *Ibid.*

²² Ver, Peter A. Petri, Michael G. Plummer, and Fan Zhai, “The Trans-Pacific Partnership and Asia-Pacific Integration: A Quantitative Assessment,” East-West Center Working Papers, No.119 (Octubre 24, 2011).

²³ Petri, Plummer and Zhai, 44.

²⁴ Un estudio actualizado también cita una cifra comparativamente grande, indicando que los Estados Unidos vería \$78 billones en aumento de los ingresos anuales del TPP. Peter A. Petri and Michael G. Plummer, “The Trans-Pacific Partnership and Asia Pacific Integration: Policy Implications,” Peterson Institute for International Economics, Policy Brief No. PB12-16 (Junio 2012).

²⁵ “Froman Says WTO Will Remain Valuable Dispute Forum If Bali Deal Fails,” *Inside U.S. Trade* (Noviembre 14, 2013).

²⁶ Daniel R. Pearson, “The Obama Administration’s Trade Agenda is Crumbling,” Cato Institute, Free Trade Bulletin No. 58 (Marzo 19, 2014) <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/ftb58.pdf>>.

²⁷ Bryan Mercurio, “The Trans-Pacific Partnership: Potential Failure to Game Changer,” in *Pathways to the*

que ser abordadas con precaución. Las estimaciones de los beneficios del TPP tienden a asumir que Japón estará dispuesto a negociar y flexibilizar las restricciones sobre sus llamadas ‘vacas sagradas’ (arroz, trigo, carne de res y aves de corral, productos lácteos y azúcar). Sin embargo, si Japón negocia excepciones a estos sectores sensibles, se reducirán los beneficios del TPP.²⁸ Como resultado de ello, es absolutamente imperativo que si el TPP ha de tener éxito, Japón debe estar dispuesto a abrir sectores antes protegidos; si los Estados Unidos están o no dispuestos a endulzar la olla para Japón, probablemente jugará un papel importante en el resultado final.

En la actualidad, los grupos empresariales de Estados Unidos han argumentado que la propuesta arancelaria más reciente de Japón no es suficiente, y no está claro si Japón se comprometerá plenamente con el tipo de apertura del mercado que permita una competencia real.²⁹ El Representante Comercial de Estados Unidos, Mike Froman, en una audiencia en el *House Ways & Means Committee* el 3 de abril de 2014, reiteró que Japón está proporcionando el mayor obstáculo para la conclusión del TPP, aunque su participación sería de mayor beneficio general. El Representante Dave Camp sugirió que si Japón seguía estando poco dispuesto a negociar en áreas clave como la agricultura o los automóviles, su membresía en el TPP debía ser puesta en espera en tanto que las negociaciones con los otros miembros no avancen.³⁰ No es difícil ver por qué este camino no sería la mejor opción para los Estados Unidos, ya que Japón es la economía más grande en el TPP y con la que los Estados Unidos no tiene ya un acuerdo de libre comercio.

Para que el FTAAP pueda ser una realidad, el *Asian-track* paralelo también debe progresar al mismo tiempo, lo que requerirá un acuerdo de libre comercio entre China, Japón y Corea (probablemente no será fácil), y eventualmente crecer para incluir a los 10 miembros de la ASEAN, o RCEP, para entonces formar el Área de Libre Comercio de Asia Oriental (EAFTA). Incluso, si esto nunca puede ser completado, habría el problema adicional de tener diferentes niveles de compromisos entre los países asiáticos y los miembros del TPP. El *Asian-track* es probable que incluya disciplinas más débiles que las del TPP, aunque sus beneficios generales de asistencia social serán mucho mayores.³¹ Esto sin duda plantea su propio conjunto de problemas en el advenimiento de una expansión para el FTAAP, ya que los Estados Unidos están presionando para un acuerdo de este tipo ‘de alto nivel’. Es probable que esto aisle o desincentive a una serie de países, principalmente China, de perseguir la convergencia con el TPP. Mientras los Estados Unidos presionan

Same Destination? Free Trade Negotiations in the Asia-Pacific, Australian Institute of International Affairs Policy Commentary, No. 14 (Junio 2013): 21-30.

²⁸ Petri, Plummer and Zhai, 50.

²⁹ “U.S. biz lobby says Japan’s TPP proposal not enough,” *Japan Times* (Marzo 12, 2014) <<http://www.japantimes.co.jp/news/2014/03/12/business/u-s-biz-lobby-says-japans-tpp-proposal-not-enough/#.UyB0IUzm-V>>.

³⁰ Len Bracken, “Froman Presses Japanese on Autos in TPP; Rep. Camp Sees Moving Ahead Without Japan,” Bloomberg BNA (Abril 3, 2014).

³¹ Petri, Plummer and Zhai, 21.

para tener las normas más estrictas, pasando de “oro” a “platino”, la posibilidad de un futuro FTAAP puede ser amenazada aún más. De hecho, ya se ha observado que los Estados Unidos y Japón en particular, están bastante aislados en el TPP con respecto a sus posiciones de negociación, en particular sobre propiedad intelectual.³² Si las disposiciones igualmente estrictas también se tratan de imponer en el tema del medio ambiente, cuestiones laborales y los capítulos de coherencia normativa, el atractivo del modelo TPP puede esfumarse con el tiempo.

La siguiente sección aborda dos cuestiones – la agenda estratégica general de los Estados Unidos para incluir disciplinas de más amplio alcance y rigurosas, así como la exclusión de China del TPP, que puede resultar menos inocuo de lo que muchos comentaristas han sugerido. De hecho, si el TPP se concluye sin China, no está del todo claro que la evolución de la integración económica de Asia-Pacífico progrese naturalmente al FTAAP, y de hecho, esta vía puede ser obstruida por la competencia entre dos modelos diferentes de integración en primer lugar.

B. LA AGENDA ESTRATÉGICA DE LA POLÍTICA COMERCIAL DE ESTADOS UNIDOS

La segunda crítica del TPP es que no es un acuerdo equilibrado, con una economía dominante (Estados Unidos) queriendo establecer sus “valores” a los demás.³³ Además, hay una fuerte posibilidad de que los Estados Unidos, al ser los conductores de las negociaciones, establezcan el orden del día, y determinen la forma del contenido y la trayectoria de integración de Asia-Pacífico.³⁴ Tres cuestiones ilustran bien este fenómeno: el enfoque de los Estados Unidos a las barreras regulatorias al comercio, su enfoque de la protección a la propiedad intelectual, así como la exclusión de China del TPP.

1. Barreras regulatorias al comercio

Como se señaló anteriormente, los niveles arancelarios han disminuido con el tiempo y se vuelven menos el centro de los debates de comercio internacional. El nuevo enfoque ha sido sobre las llamadas medidas ‘más allá de la frontera’ como las barreras comerciales reglamentarias. Aunque este tipo de barreras se pueden clasificar de varias maneras, hay

³² Henry Farrell, “The United States is isolated in the Trans-Pacific Partnership Negotiations,” *The Washington Post* (Noviembre 18, 2013) <<http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/18/the-united-states-is-isolated-in-the-trans-pacific-partnership-negotiations/>>.

³³ Michael Froman, “A Values-Driven Trade Policy,” discurso pronunciado en el Center for American Progress (Febrero 18, 2014) <<http://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/02/Center-for-American-Progress-Remarks-Ambassador-Froman-2-18-14.pdf>>.

³⁴ Meredith Kolsky Lewis, *The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing?*, 34 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 27 (2011): 39, <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol34/iss1/3>>.

dos categorías básicas que las negociaciones comerciales recientes han tratado de hacer frente: la cooperación regulatoria y la reforma regulatoria.³⁵ La cooperación regulatoria trata de abordar las divergencias en los resultados de reglamentación a través del uso de acuerdos de reconocimiento mutuo, reconociendo de normas equivalentes, o la armonización. Estos esfuerzos pueden ayudar a reducir los gastos de pruebas y certificación, y ayudar a llevar los productos al mercado de forma más eficiente. La reforma regulatoria, sin embargo, se refiere a los cambios en el propio proceso de reglamentación.

Tanto el TTIP y el TPP parecen abordar las dos al mismo tiempo, aunque en el TTIP ha habido amplia resistencia de los europeos a abordar las cuestiones de la reforma reglamentaria.³⁶ En cuanto al TPP, una versión filtrada del capítulo sobre este tema de marzo de 2010 da una idea de las disposiciones específicas que se discuten actualmente.³⁷ Aunque se trata de un primer borrador, y mucho ha cambiado desde entonces, probablemente, todavía es útil para comprender el pensamiento de los negociadores sobre el tema.

Lo dispuesto en el texto filtrado parece considerar tanto la reforma reglamentaria y la cooperación, que se refieren, en conjunto, como ‘coherencia regulatoria’ – semántica a un lado, estas son esencialmente lo mismo. Gran parte de la atención, sin embargo, es en la reforma de los procesos de reglamentación interna, a través de poner documentos legales o administrativos a disposición del público; la facultad de revisar las medidas de regulación para garantizar que cumplen los requisitos de buenas prácticas de reglamentación; la transparencia; el fortalecimiento de la coordinación entre los ministerios y departamentos del gobierno para evitar la duplicación y las incoherencias; la capacidad para lograr una reforma regulatoria sistémica; y un informe periódico sobre las actividades. Por poner un ejemplo de cómo esto se abordará en el TPP, una disposición del borrador filtrado alienta la coordinación de los esfuerzos regulatorios a través de la creación de una autoridad de supervisión reguladora central, similar a la función de la OIRA en los Estados Unidos. Como están las cosas actualmente, la mayoría de los países cuentan con numerosos organismos reguladores desarrollando regulaciones en una amplia gama de cuestiones de políticas, y el cambio de su estructura en su reglamentación nacional puede ser un reto, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que la mayoría de los miembros del TPP son países en desarrollo.

Aparte de lo que será el fondo de estos textos, también es importante preguntarnos si las iniciativas para hacer frente a las reformas internas a través de los acuerdos comerciales son una buena idea. En términos generales, la reforma del proceso regulatorio nacional

³⁵ Para una discusión mas profunda, ver Simon Lester and Inu Barbee, “The Challenge of Cooperation: Regulatory Trade Barriers in the Transatlantic Trade and Investment Partnership,” *Journal of International Economic Law*, 2013 16: 847-867.

³⁶ Ver “De Gucht Proposal For TTIP Regulatory Effort Contrasts With Froman’s,” *Inside U.S. Trade* (Octubre 10, 2013), “CBI Exec Says U.S. Demand For EU Regulatory System Overhaul Is Unacceptable,” *Inside U.S. Trade* (Marzo 12, 2014) and “European Business Down On U.S. Demand To Alter EU Legislative Process,” *Inside U.S. Trade* (Marzo 10, 2014).

³⁷ Trans-Pacific Partnership, Regulatory Coherence (Marzo 4, 2010) <http://insidetrade.com/iwppfile.html?file=oct2011%2Fwto2011_3025d.pdf>.

puede ser de gran valor. Los Estados Unidos han sido proactivos en esta área por décadas, tratando de dictar reglamentos internos más sensibles. Podría decirse que estamos mejor de lo que habría sido sin este tipo de esfuerzos. Pero hay riesgos en este enfoque. Un riesgo es que aplicamos nuestro modelo a lugares que no están preparados para ello, lo cual es un problema particular que pudiera surgir con los países del TPP. El desarrollo de las herramientas para poner en práctica programas sofisticados como los que ya existen en los Estados Unidos lleva su tiempo.

Además, este enfoque asume que sólo hay un modelo para la mejora de la legislación. Pero una misma medida no sirve necesariamente a todos. No sería de extrañar que el modelo que hemos moldeado en un período de cuatro décadas para adaptarse a nuestras tradiciones específicas y nuestra historia, no puede simplemente imponerse en, por ejemplo, Vietnam, sin ningún ajuste. Vietnam puede ser mejor tomándose el tiempo para desarrollar su propio enfoque. También es posible que podamos aprender algunas cosas acerca de la regulación de otros países, y el tema debe ser menos de un sentido único.³⁸ El debate internacional sobre cómo los diferentes países regulan, es probablemente un ejercicio útil. Pero un impulso unilateral de que todos los demás adopten *nuestro* modelo a través de un instrumento jurídico internacional, puede no ser apropiado.

2. *Propiedad Intelectual*

La protección de la propiedad intelectual ha sido una parte del régimen de comercio desde hace décadas, tanto a través de acuerdos internacionales como del Acuerdo sobre los ADPIC, y por medio de la presión unilateral de los Estados Unidos (por ejemplo, a través del proceso especial de 301, y el SGP condicionalidad). En el TPP, los Estados Unidos están tomando estas cuestiones un paso más adelante, empujando a sus socios comerciales a que adopten protecciones más fuertes en una serie de áreas. Está más allá del alcance de este artículo entrar en todos los detalles, y nos concentramos en cambio en un tema en particular: la longitud de la duración de los derechos de autor o *copyright*.

La *Electronic Frontier Foundation*, una organización que se muestra crítica a las protecciones excesivas, explica cómo el TPP afectaría los términos de derechos de autor:

Nueva Zelanda, una parte en las negociaciones del TPP, actualmente tiene un plazo de derechos de autor de la vida del autor y 50 años adicionales para obras literarias. Otro

³⁸ Si bien puede ser el mejor para la reforma de la reglamentación nacional que permanecerá principalmente en el ámbito nacional, la cooperación normativa internacional - a través del intercambio de información, el reconocimiento mutuo, cuando sea necesario, y la adopción de normas comunes en los que se considere apropiado - puede ser muy beneficioso, y es de menor sensibilidad política. Las propuestas internacionales de cooperación regulatoria buscan remediar las ineficiencias y en la medida en que podemos limitar el impacto en la autonomía política, centrándose sólo en ciertos tipos de problemas, como las diferencias arbitrarias y desacuerdos políticos menores, estos deben ser perseguidos. La reducción de las barreras al comercio es un resultado importante de política pública, y si la cooperación regulatoria ayuda en ese sentido, entonces es un objetivo valioso.

miembro del TPP, Malasia, tiene un plazo de derechos de autor de por vida más 50 años para 'literatura, música u obra artística'. Canadá, que acaba de entrar a las negociaciones, tiene un plazo aún más corto de tan sólo 50 años para grabaciones de sonidos fijos. De conformidad con los términos actuales del TPP, todos estos países tendrían que extender sus términos y otorgar a las empresas derechos exclusivos amplios sobre obras sin ninguna razón empírica.³⁹

La protección a la propiedad intelectual es un área importante de políticas públicas y su alcance debe ser examinado en un robusto debate público. Los períodos de tiempo más cortos de los derechos de autor⁴⁰ - 28 años en total o 56 años totales, tomando en cuenta la renovación - parece razonable. Incluso la vida del autor puede ser apropiado. Pero las extensiones continuas están empujando los límites de la racionalidad.

La realidad es, que cuando Estados Unidos presiona para estos plazos más largos, lo está haciendo no por apoyar el libre comercio, sino con el fin de dar a sus empresas una ventaja. Se siente más como nacionalismo económico que como libre comercio.⁴¹ En cierto sentido, los períodos más largos en la ley de Estados Unidos son una subvención encubierta a los productores estadounidenses. Con la inclusión de estas demandas en el TPP, la posición de Estados Unidos parece todo menos un esfuerzo de buena fe para reinar en el nacionalismo económico a través de un acuerdo internacional, y más se acerca a empujar los intereses de unas pocas corporaciones estadounidenses a expensas de todos los demás. Vale la pena señalar que, tal como están las cosas, los Estados Unidos se están aislando en esta cuestión en las negociaciones del TPP.⁴²

3. China

La exclusión más obvia de las negociaciones sobre el comercio de Asia-Pacífico es, tal vez, irónicamente, la economía más grande de Asia, China. Esto plantea dos problemas: en primer lugar, en dejar de lado a la economía más grande, el potencial de la mayor

³⁹ Carolina Rossini and Yana Welinder, "All Nations Lose with TPP's Expansion of Copyright Terms," *Electronic Frontier Foundation* (Agosto 8, 2012) <<https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/all-nations-lose-tpps-expansion-copyright-terms>>.

⁴⁰ Vale la pena señalar que en los Estados Unidos, el término derecho de autor ha evolucionado con el tiempo. Condiciones para los autores individuales pasaron de catorce años (con posibilidad de una renovación de catorce años) según lo establecido por el primer Congreso, veintiocho años (con una renovación de veintiocho años) en 1909, a la vida del autor más cincuenta años en 1976, a la vida del autor y setenta años hoy. Basado en la historia de los derechos de autor, incluso los términos más cortos utilizados por nuestros socios comerciales de hoy parece un poco excesivo.

⁴¹ Para mayor información sobre esto, ver Simon Lester, "Is the TPP about Free Trade or Economic Nationalism?" (December 26, 2013) <<http://www.cato.org/blog/confused-about-tpp-dont-worry-so-everyone-else>>.

⁴² Henry Farrell, "The United States is isolated in the Trans-Pacific Partnership Negotiations," *The Washington Post* (Noviembre 18, 2013) <<http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/18/the-united-states-is-isolated-in-the-trans-pacific-partnership-negotiations/>>

apertura de los mercados y las ganancias del comercio son limitados; y en segundo lugar, se plantea la cuestión de si los Estados Unidos están simplemente persiguiendo alianzas estratégicas, y manteniendo a China a propósito fuera, en parte, por razones de política exterior más amplias.

Hasta cierto punto, el acuerdo comienza a parecer mucho menos sobre libre comercio que sobre los Estados Unidos queriendo estratégicamente posicionarse en la región de Asia Pacífico para competir con China y potencialmente complicar la relación de China con sus vecinos a través de las nuevas reglas de origen que sin duda discriminarían a los productos chinos. Esto puede ser visto como una forma de tratar de presionar a China para que adopte las normas de Estados Unidos, primero convenciendo a los vecinos geográficos de China a plegarse a las exigencias estadounidenses sobre temas polémicos como la propiedad intelectual, la reforma regulatoria, y de solución de controversias inversionista-Estado. En este sentido, el TPP se convierte en un modelo para los acuerdos comerciales que los Estados Unidos pueden utilizar para impulsar estratégicamente su visión de lo que la regulación del comercio internacional debe ser.

Algunos han argumentado que el TPP “pretende desarrollar finalmente una amplia plataforma de integración económica para la región de Asia-Pacífico, no para dibujar líneas que rodean a China.”⁴³ Pero incluso si el objetivo final es que China se incluya en algún momento en el futuro, a través de la FTAAP o de otra manera, esto no resuelve los problemas inmediatos del TPP planteados en términos de normas de origen. Los productos ya no se realizan en un solo país y se venden a otro, sino que se elaboran en varias etapas con aportaciones de numerosos lugares, lo que representa una cadena de valor. China, a menudo como ‘ensamblador final’, juega un papel clave en las redes de producción de Asia oriental.⁴⁴ Si China es la última parada antes de que un bien alcance su destino final de exportación, por ejemplo, los Estados Unidos, este producto, incluso si tiene una cantidad significativa en sus contenidos de los socios del TPP, no se le dará un tratamiento arancelario TPP. Desde que China es un exportador neto de los Estados Unidos, no es difícil ver por qué esto podría plantear un conjunto único de desafíos y también limitar las ganancias potenciales del TPP. Esto podría, por ejemplo, llevar a la desinversión en China y a un cambio en las cadenas de suministro de Asia oriental, lo que tal vez conduzca hasta al ensamble final en Vietnam o Malasia.⁴⁵ Esto serviría para aislar a China o minimizar su papel en estas cadenas de suministro.

China reconoce esta posibilidad. De hecho, vale la pena señalar que China mostró un renovado interés en las negociaciones con Japón y Corea, además de la RCEP, una vez que Japón anunció que iba a unirse al TPP.⁴⁶ La RCEP incluye los 10 miembros de

⁴³ Mireya Solis, “The Containment Fallacy: China and the TPP,” Brookings Institution (Mayo 24, 2013) <<http://www.brookings.edu/blogs/up-front/posts/2013/05/24-china-transpacific-partnership-solis>>.

⁴⁴ Evelyn S. Devadason, “The Trans-Pacific Partnership (TPP): The Chinese Perspective,” *Journal of Contemporary China*, 12.

⁴⁵ Conversation with Dan Ikenson, Director of Trade Policy Studies, Cato Institute, April 2, 2014.

⁴⁶ Bryan Mercurio, 26.

la ASEAN y los seis socios del TLC - China, Japón, Corea del Sur, India, Nueva Zelanda y Australia, que representan el 40% del comercio mundial. La RCEP apelaría a China como la ruta preferida en el futuro inmediato por varias razones. En primer lugar, podría servir para consolidar y fortalecer aún más las cadenas de suministro regionales entre sus miembros,⁴⁷ aliviando una de las principales preocupaciones del TPP para China, que es la posibilidad de una interrupción en las cadenas de suministro de Asia oriental, o la desviación del comercio. En segundo lugar, la RCEP, en la exclusión de los Estados Unidos, permitiría una negociación que será más sensible a las preocupaciones de estos países. Además, sin los Estados Unidos, estos países pueden ser capaces de perseguir el “regionalismo suave”, que generalmente es la ruta preferida para la integración en Asia.⁴⁸

Los funcionarios chinos han advertido recientemente que tienen “una actitud abierta” al TPP,⁴⁹ pero es importante no darle demasiada importancia a tales declaraciones. Estratégicamente hablando, tiene sentido para China hacer tal afirmación, ya que mantiene abierta la posibilidad de que el FTAAP sea más que una fantasía. También podría implicar que China podría estar dispuesta a ver cierta convergencia en algunas zonas entre las negociaciones del *Asia-track* y el TPP. No ha dicho, sin embargo, que está considerando formalmente la membresía al TPP.

Al final, el aislamiento de China no va a estar en los intereses económicos a largo plazo de los Estados Unidos, y vale la pena considerar si una disposición a la adhesión al TPP será un mecanismo suficiente para permitir su posible inclusión. Si las disposiciones del TPP no, de hecho, llegan a un ‘estándar platino’, puede ser políticamente difícil para China aceptar los términos del acuerdo en un futuro próximo. Además, parece muy poco probable que China se limite a aceptar todas las disposiciones de un acuerdo si no fuera parte del proceso de negociación, por lo que la adhesión tras la conclusión del TPP parece un escenario menos factible.

Petri, Plummer y Zhai estiman que para el 2020 la FTAAP podría ser concluida, pero dada la actual oposición a la legislación, en particular la vía rápida y los acuerdos comerciales en general, el 2020 parece un poco exagerado. Además, a pesar de que un tratado de libre comercio China – Estados Unidos puede ser beneficioso para ambos países, también es poco probable que esto sería una iniciativa popular en los Estados Unidos. Con legisladores pidiendo la inclusión de una disposición sobre manipulación de la moneda en el TPP, así como disciplinas estrictas sobre cuestiones laborales y medio ambiente, estos debates políticos pesarán negativamente en la decisión de China para impulsar la convergencia de la *Asia-track* y del TPP.

Por otra parte, no hay certeza sobre si el ‘giro de Asia’ seguirá siendo una prioridad clave en los Estados Unidos una vez que una nueva administración asuma el cargo en el 2016. Después del TPP y del TTIP, ¿serán los Estados Unidos los que sufran de fatiga por

⁴⁷ Evelyn Devadason, 14.

⁴⁸ *Ibid.*, 12.

⁴⁹ China Open to Trans-Pacific Partnership,” *China Daily* (Abril 10, 2014) <http://www.chinadaily.com.cn/business/2014-04/10/content_17424439.htm>.

liberalización del comercio? Es difícil de decir, pero teniendo en cuenta lo difícil que está siendo la batalla en las negociaciones actuales, no sería de extrañarse.

C. LOS ACUERDOS COMERCIALES COMO GOBERNANZA GLOBAL

En su forma original, los acuerdos comerciales se centraron en la reducción del impacto de las medidas en frontera, como los aranceles, cuotas, contingentes arancelarios, procedimientos aduaneros y restricciones a la exportación. Por la década de 1930, sin embargo, los gobiernos se dieron cuenta de que las leyes y reglamentos internos también podrían afectar al comercio y discutieron las formas de abordar el problema. Desde entonces, se ha producido una expansión en el alcance de las normas de los acuerdos comerciales para cubrir cada vez más aspectos de la política interior.⁵⁰

En los primeros años del régimen de comercio, las normas comerciales internacionales en relación con la reglamentación nacional se centró en el principio de no discriminación. La idea era que los gobiernos podrían regular como quisieran, siempre y cuando no discriminaran en contra de los productos extranjeros en su regulación. El ajustar los límites precisos de esas normas era un reto y la jurisprudencia ha sido objeto de muchas mejoras en los últimos años en un esfuerzo por encontrar el equilibrio adecuado, pero la idea ha encontrado una aceptación general.

Para la década de 1990, las obligaciones comerciales internacionales comenzaron a ser empujadas más allá del limitado principio de la no discriminación un número de maneras. En respuesta a la preocupación de que el aumento del comercio tendría un impacto negativo en los derechos laborales y el medio ambiente, se añadieron normas positivas para el régimen de comercio, el establecimiento de normas para el trabajo doméstico y las normas ambientales. Estas normas comenzaron como una guía no vinculante, pero con el tiempo se convirtieron en obligaciones exigibles.

La propiedad intelectual también se insertó en el régimen de comercio, con temas nacionales tradicionales, tales como patentes, derechos de autor y marcas comerciales ahora sujetos a las obligaciones comerciales internacionales. Las normas mínimas se establecieron de forma muy precisa y clara, y eran exigibles a través del mecanismo normal de diferencias comerciales.

Más recientes negociaciones comerciales, tanto bilaterales como mega-regionales, han impulsado el papel del régimen de comercio de la gobernanza global aún más. En el TTIP, ha habido esfuerzos de Estados Unidos para reformar el proceso regulador de la Unión Europea, por ejemplo, mediante la inclusión de un aviso y periodo de comentarios para los proyectos de reglamentos, similar a lo que ocurre en los Estados Unidos.⁵¹ Y

⁵⁰ Simon Lester, "The Role of the International Trade Regime in Global Governance," 16 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 209 (2011).

⁵¹ Inu Barbee and Simon Lester, "Will Regulations Sink EU-U.S. Free Trade?," *National Interest*, Octubre 15,

en el TPP, los Estados Unidos han presionado para lograr esfuerzos más amplios para promover la protección del medio ambiente, tales como normas vinculantes relacionadas con la práctica del aleteo de tiburón.⁵²

En su conjunto, la expansión de los acuerdos comerciales para hacer frente a tantos nuevos temas significa que estos acuerdos van mucho más allá de los temas tradicionales de proteccionismo e integración económica. En efecto, esto hace a los acuerdos comerciales una de las principales fuentes de la gobernanza mundial en todos los ámbitos políticos.

Aunque sin duda no hay nada en lo que existe hoy en día a lo que se le podría llamar un “gobierno global”, la *gobernanza global* está en expansión y lo está haciendo en forma de acuerdos comerciales.

Tal resultado es problemático tanto para la liberalización del comercio como para la elaboración de normas globales. En primer lugar, poner estas cuestiones en los acuerdos comerciales es un problema para los propios acuerdos comerciales. El debate sobre el comercio se ha embrollado por la infusión de estas cuestiones adicionales, porque ahora las objeciones provienen de fuentes que tienen poco interés en el libre comercio frente a un debate proteccionista, y en muchos casos en realidad sería comprensivo con el libre comercio tradicional. Mediante la adición de nuevos oponentes, los gobiernos han hecho alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones fundamentales de liberalización comercial más difíciles.

Además, cuando disfrazamos los esfuerzos para promover la cooperación internacional y gobernamos meramente como asuntos “comerciales”, no abordamos estos problemas de frente. Tomando el ejemplo de la propiedad intelectual, la longitud de la duración del derecho de autor es un tema importante en sí mismo, independientemente de su impacto en el comercio. Es difícil debatir esta cuestión cuando se entierra en el contexto más amplio de las negociaciones comerciales, y que podría ser mejor si los gobiernos abordaran la cuestión directamente fuera del contexto comercial.

III. EL FUTURO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES

El TPP es quizás más considerado como un experimento con un nuevo modelo de acuerdo comercial. Un acuerdo sobre la liberalización del comercio multilateral ha sido difícil de alcanzar y los acuerdos comerciales bilaterales tal vez han llegado al límite de su éxito. Como resultado, los gobiernos han impulsado un modelo alternativo que está vagamente ligado a las regiones, pero que es quizás más exactamente descrito como una alianza comercial estratégica. Este modelo sigue adelante con el uso de los acuerdos comerciales

2013. <<http://nationalinterest.org/commentary/will-regulations-sink-eu-us-free-trade-9229>>.

⁵² USTR, “The United States and Environmental Protections in the TPP,” Enero 15, 2014. <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/2014/January/The-US-and-Environmental-Protections-in-the-TPP>>.

como la gobernanza global, trata de exportar los valores de los Estados Unidos a los socios comerciales y amplía las relaciones comerciales con algunos países, excluyendo a otros.

La medida más obvia para comprender si el TPP puede actuar como un modelo futuro es si se puede llegar a un acuerdo. Si los 12 países que actualmente están negociando el TPP y cualesquiera otros que pudieran unirse, pueden llegar a un acuerdo entre ellos, y luego pasar el acuerdo concluido a través de su proceso político interno, el TPP podrá cantar victoria. Donde otras negociaciones comerciales han fracasado, el TPP sería un éxito. La gente puede debatir si tiene o no mérito, con base en un aspecto u otro, pero simplemente el lograr un acuerdo, da al TPP credibilidad internacional.

Pero, ¿puede tener éxito de esta forma? Por mucho que los funcionarios de comercio tratan de hablar del TPP como que está casi concluido, describiéndolo como el “juego final” a finales del año pasado y principios de este año,⁵³ parece que todavía hay mucho por hacer. Sobre la base de los informes y las fugas de información recientes, existen lagunas importantes en las opiniones de las partes sobre qué es lo que las reglas deberán establecer. El papel de las declaraciones públicas positivas de los funcionarios es clara: mantener a la gente motivada para avanzar hacia la meta. Sin embargo, después de demasiadas evaluaciones demasiado optimistas, la gente comienza a tomar las declaraciones con una cantidad apropiada de escepticismo. Por tanto, es imperativo que tomemos un enfoque realista y equilibrado sobre el examen de los beneficios que los arreglos particulares producirán, con el fin de no sobre valorar y sub valorar una iniciativa. Es precisamente por eso que instamos precaución en estimaciones demasiado ambiciosas de las ganancias del TPP, ya que si no tiene éxito en el logro de los resultados que la retórica afirma, sin duda habrá una reacción negativa hacia la iniciativa. Y, como hemos visto con el TLCAN, podría obstaculizar los esfuerzos de expansión para incluir a China a través de la FTAAP.

Si el TPP falla, por otro lado, entonces tal vez la comunidad comercial puede empezar a pensar más profundamente sobre un mejor enfoque para la integración económica. Muchos modelos se han intentado a lo largo de los años. Ha habido éxitos y ha habido fracasos. ¿Qué funcionó en el pasado, y por qué? ¿Qué habrá de funcionar ahora?

En términos económicos, los enfoques multilaterales y regionales son claramente los mejores. Un principio general de no discriminación en el ámbito multilateral, combinado con una mayor integración a nivel regional, parece tener más sentido. El régimen multilateral debería permanecer abierto para que todos puedan participar de él; a nivel regional, una apertura más profunda de las fronteras, y un reconocimiento de que los lazos comerciales entre vecinos son naturalmente más fuertes, puede complementar el enfoque multilateral más superficial. Mientras que los bloques comerciales pueden ser problemáticos, con la supervisión multilateral adecuada pueden servir como una parte importante del régimen comercial.

Con respecto a la agenda estratégica de la política comercial de Estados Unidos, las negociaciones comerciales deben ser sobre reunir a los países en lugar de separarlos en

⁵³ Ver, e.g., Reuters, “Pacific trade partners in end-game of trade talks: U.S. official,” Enero 22, 2014. <<http://in.reuters.com/article/2014/01/22/usa-trade-tpp-idINL2N0KW1I20140122>>.

alianzas. Cuando nosotros escogemos a nuestros socios comerciales en base a cuestiones de política exterior o de otras consideraciones políticas y estratégicas, sublimamos los beneficios de la integración económica a los vaivenes de la política exterior que estamos persiguiendo en ese momento. Ya sea que estemos ‘aislando a China’, o premiando a los países que apoyaron determinadas intervenciones militares, estamos socavando el régimen de comercio si basamos las alianzas comerciales en consideraciones no económicas. ¿Cuál es el beneficio de reclamar un “giro a Asia” sin la participación del país más grande en el continente asiático? ¿Qué señal envía esto, y es este mensaje en el mejor interés de la liberalización del comercio a largo plazo?

En una nota relacionada, debemos tener cuidado al impulsar nuestros “valores” sobre los demás. Este enfoque no es propicio para la cooperación y las buenas relaciones internacionales en general.

Y, por último, en cuanto a cuestiones de gobernanza global, diversos grupos de interés han presionado para que sus propios temas sean incluidos en los acuerdos comerciales. Debemos tener cuidado con el uso del régimen de comercio como una herramienta general de la gobernanza global. Puede ser cierto que las normas internacionales sobre el medio ambiente, cuestiones laborales, o la propiedad intelectual serían útiles; pero incluso si ese es el caso, poner todo en el régimen de comercio hace que las negociaciones comerciales sean el objetivo para todos los ángulos del espectro político, en todo el mundo. La ampliación del régimen de comercio en los últimos años es, muy seguramente, una de las razones de su reciente estancamiento.

Independientemente de lo que suceda con el TPP, la reconsideración del régimen comercial, incluyendo su alcance, sus instituciones y sus procesos de negociación, sería de gran valor. Los principios y los problemas descritos anteriormente podrían servir de guía para tal esfuerzo. De manera más general, en lugar de simplemente seguir adelante con el actual modelo de integración económica, sería de gran valor para los funcionarios de comercio y expertos externos, dar un paso atrás y evaluar este enfoque.

Una pregunta importante que debemos hacernos es, ¿con quién deberíamos estar negociando acuerdos comerciales? ¿Debería ser con todo el mundo, una coalición de los que están dispuestos, una región, nuestros amigos y aliados? Los méritos relativos de cada enfoque deben ser discutidos y debatidos. Otra pregunta es, ¿qué deberíamos estar negociando? Un conjunto diverso de temas, entre ellos la no discriminación de bienes y servicios, la reglamentación nacional, la propiedad intelectual, el medio ambiente y la política monetaria y fiscal, han sido incluidas en alguna medida. ¿Cuál es la manera adecuada de abordar cada uno de estos en el ámbito internacional? Hasta que estas preguntas sean contestadas correctamente, el régimen comercial seguirá viendo un avance menor de lo que a muchos de nosotros nos gustaría.

UN MARCO REGULATORIO PROPICIO PARA LA INVERSIÓN SOSTENIBLE: EL EJEMPLO DEL DERECHO COMERCIAL

Elisabeth Bürgi Bonanomi*

Resumen. Existe un amplio consenso internacional de que los flujos de inversión en el sector agrícola en los países en desarrollo necesitan ser aumentados. Pero hay también acuerdo en que estas inversiones deben ser sostenibles. Para ser sostenibles, no sólo ha de ser beneficioso para la economía pública, sino también para los hogares rurales y el medio ambiente en el corto y el largo plazo. Para que las inversiones sostenibles tengan lugar, dependerá sobre todo del marco jurídico en el que estas inversiones estén situadas. Esto es cierto para los marcos jurídicos nacionales, tanto del país de origen como del país receptor de la inversión. Pero los marcos jurídicos internacionales en los que están inmersos los estados de origen y de acogida también establecen incentivos positivos o negativos para que las inversiones sean sostenibles. Este trabajo presenta una visión general de los marcos normativos que vienen a centrarse en este aspecto. A continuación, se profundiza en la regulación del comercio internacional de productos agrícolas, asumiendo que las inversiones sostenibles en la agricultura suponen un “régimen de comercio sostenible”. De esta manera, el artículo presenta las partes del debate sobre un régimen comercial agrícola sostenible, como ha sido desarrollado por la autora en los últimos años.

Palabras clave. Sector agrícola, inversión sostenible, marco regulatorio, régimen de comercio sostenible.

* La autora es Profesora en el Centre for Development and Environment (CDE) y el World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Berna. Este trabajo da seguimiento al artículo de la autora publicado en International Land Coalition ILC: Bürgi Bonanomi Elisabeth, Trade Law and Responsible Investment, en: ILC, Oxfam, Somo, WTI, International Instruments Influencing the Rights of People facing Investment in Agricultural Lands, 2011, p. 68-88. Algunas partes del texto han sido ya publicados en esta revista.

‡ Traducción de Jocelyn Nichols

I. INVERSIÓN AGRÍCOLA SOSTENIBLE: ¿EXISTE UN MARCO REGULATORIO PROPICIO NACIONAL E INTERNACIONAL?

Hay un amplio consenso internacional respecto a que los flujos de inversión al sector agrícola en países en desarrollo necesitan ser incrementados.¹ Pero también hay consenso en que tales inversiones necesitan ser sostenibles. Para ser sostenibles, no sólo deben ser

¹ FAO, Mesa Redonda, 2009. (FAO, IFAD, UNCTAD, World Bank, *Roundtable. 2009: Promoting Responsible International Investment in Agriculture*. Chair's Summary).

benéficas para la economía pública, sino también para las familias (pobres) rurales y para el ambiente a corto y largo plazo. La discusión sobre qué inversiones agrícolas pueden considerarse sostenibles continúa.²

En este contexto, si la inversión sostenible se promueve o no, depende sobre todo del marco jurídico en el que estas inversiones se llevan a cabo. Esto es válido para los marcos jurídicos nacionales, tanto del país de origen y del país receptor de la inversión y también para los marcos jurídicos internacionales en los que los países de origen y receptores están inmersos, ya sea que establezcan incentivos positivos o negativos para que las inversiones sean sostenibles.

A. REGULACIÓN NACIONAL

Tanto el país de origen de la inversión —el país de donde proviene la inversión—, como el país receptor —el país en el que se invierte—, influyen en el fondo y forma de la inversión, la cual se lleva a cabo bajo el marco normativo de ambos. Esto incluye la forma en que los derechos territoriales locales están o no protegidos respecto a la propiedad y uso de la tierra, la forma en que las normas ambientales y laborales están o no implementadas, si los derechos procesales se garantizan de manera efectiva o no, y en qué medida el inversor está protegido u obligado a cumplir con los deberes económicos, sociales y ambientales, tanto en casa como en el extranjero.³ Los creadores de La Matriz de la Tierra, una de las bases de datos más destacadas de adquisiciones de tierra a gran escala (ATGEs) en el hemisferio sur (cuya sostenibilidad a menudo se pone en duda), han concluido, como resultado de su evaluación, que las estructuras de gobierno son un factor determinante para la inversión extranjera directa en la producción agrícola a gran escala. En aquellos países, que son en su mayoría objeto de ATGEs, mientras que la protección a los inversionistas está sólidamente establecida, la administración de las tierras es más bien débil. Como resultado de ello, los creadores han avanzado la siguiente hipótesis que aún necesita un examen más detallado:

Los inversionistas están interesados en países que combinan un marco general institucional sólido que protege su inversión y que les permite operar su negocio sin problemas, con poca seguridad de la tenencia de la tierra que les da acceso fácil y posiblemente barato a ella.⁴

Dicha protección desigual de los derechos del inversionista puede darse tanto a nivel nacional como en el país receptor, sobre todo por no proporcionar un marco regulatorio

² Comité sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, 2013. (Committee on World Food Security, 2013. *Principles for responsible agricultural investment (RAI) in the food security and nutrition, Zero Draft.*)

³ Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos de John Ruggie, 2011: *Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, A/HRC/17/31.

⁴ Anseeuw, W., Breu T., Giger, M., Lay, J., Messerli, P., Nolte, K., 2012. *Transnational Land Deals for Agriculture in the Global South, Analytical Report Based on the Land Matrix Database*. CDE/CIRAD/GIGA, Bern/Montpellier/Hamburg. 2012, p. 11.

integral equilibrado entre derechos y obligaciones aplicable a la inversión y al inversionista, respectivamente.

B. REGULACIÓN INTERNACIONAL

Adicionalmente, el espacio de políticas tanto de los países de origen y receptores - es decir, el lugar en el que la regulación nacional se encuentra – están limitadas y moldeadas por el derecho internacional. Una gama de derechos humanos y tratados ambientales que la mayoría de los países han ratificado y a los cuales están suscritos, ayudan a garantizar un tratamiento social y al cuidado del medio ambiente de la tierra y de los derechos sobre ella. Es de particular importancia el derecho a una alimentación adecuada que está consagrado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵. De acuerdo a la Teoría de los Derechos Humanos, el derecho a la alimentación incluye, *inter alia*, la obligación del Estado a respetar la capacidad de los individuos y grupos de personas de alimentarse a sí mismo mediante el acceso a la tierra. De acuerdo a Olivier de Schutter, Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación:

El Estado está obligado a abstenerse de violar la capacidad de los individuos y los grupos para alimentarse cuando exista tal capacidad (respeto), y para prevenir que otras personas - en particular actores privados como las empresas -, invadan esa habilidad (protección). Por último, el Estado está llamado a reforzar activamente la capacidad de las personas para alimentarse (satisfacer).⁶

También, en relación con la protección de la tierra, encontramos al Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷ que la protege específicamente contra el “desalojo forzado”, proclamando que “nadie deberá ser sujeto de intervenciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”.⁸ Las respectivas “Directrices de Desalojo”,⁹ elaboradas por el Relator Especial de la ONU sobre la vivienda adecuada, Miloon Kothari, establecen criterios firmes. De

⁵ Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre, 1966 A/RES/2200A (XXI). (citado como: PIDESC)

⁶ *UN Guiding Principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, reporte del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier de Schutter, 19 de diciembre de 2011, A/HRC/19/59/Add.5., párrafo I(1).

⁷ Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966. A/RES/2200A (XXI). (citado como: PIDCP)

⁸ Artículo 17 del PIDCP

⁹ Relator especial de las Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, Basic Principles and Guidelines on Development-Based Evictions and Displacement, del 5 de febrero de 2007, A/HRC/4/18. (Eviction Guidelines).

acuerdo con ellas, los desalojos sólo podrán producirse en circunstancias excepcionales y requieren plena justificación:

Cualquier desalojo debe (a) estar autorizado por la ley; (b) ser llevado a cabo conforme a la normativa internacional de derechos humanos; (c) tener como único propósito promover el bienestar general; (d) ser razonable y proporcional; (e) estar regulado de manera que se garantice una compensación completa y justa, así como su rehabilitación, y (f) llevarse a cabo de conformidad con las presentes directrices.¹⁰

Es importante destacar que el “marco legal de desalojo forzoso” aplica para todas las personas, “independientemente de si poseen una casa a título de propietario conforme al derecho interno.”¹¹

Del mismo modo, los “Principios Rectores de los Desplazamientos Internos”, que fueron redactados por la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, OCAH, apuntan en la misma dirección.¹² Con base en el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, estos principios tienen por finalidad proteger a todo ser humano de “ser despojado arbitrariamente de su hogar o lugar de residencia habitual”.¹³ De este modo, la prohibición de despojos arbitrarios, incluye los despojos “en los casos de proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial”.¹⁴ Por lo tanto, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos presentan un marco adicional para la protección de los propietarios de tierras, mientras que promueven una inversión responsable.¹⁵

Los tratados ambientales, por su parte, establecen normas ambientales a las que los inversionistas deben sujetarse, tales como normas de responsabilidad biológica, protección bio-cultural y a la diversidad del paisaje, incluyendo la protección de la calidad del suelo.¹⁶ Como ejemplo al respecto, el artículo 6 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación (TIRFAA)¹⁷ proporciona un punto

¹⁰ Párrafo 21 de las Directrices de Desalojo.

¹¹ Idem.

¹² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las personas Desplazadas Internamente, Francis M. Deng, Guiding Principles on Internal Displacement, del 11 de febrero del 2011, E/CN.4/1998/53/Add.

¹³ Principio 6 (1) de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos

¹⁴ Ibidem, Principio 6 (2).

¹⁵ Para una interpretación minuciosa de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, ver Kälín, 2008: UN Representative of the Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced Persons (former), Walter Kälín, Annotations to the Guiding Principles on Internal Displacement, The Brookings Institution—University of Bern Project on Internal Displacement, The American Society of International Law, Studies in Transnational Legal Policy, No. 38, 2nd edition (Washington, 2008).

¹⁶ Bürgi próxima publicación 2014.

¹⁷ Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación del 3 de

de partida interesante que requiere políticas agrícolas bien orientadas que promuevan “diversos sistemas agrícolas”. El TIRFAA defiende el deber de perseguir:

políticas agrícolas equitativas que promuevan, cuando proceda, el desarrollo y mantenimiento de diversos sistemas de cultivo que favorezcan la utilización sostenible de la diversidad biológica agrícola y de otros recursos naturales.¹⁸

El régimen climático establece diferentes incentivos hasta cierto punto contradictorios para las inversiones agrícolas. Por un lado, promueve medidas de mitigación que ayuden a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en las granjas, promoviendo prácticas agrícolas amigables con el clima y promoviendo, por consiguiente a “la agricultura como un arte” cuyas prácticas sociales, económicas y ambientales no sólo están basadas en la ciencia, sino también en los conocimientos tradicionales. Y por el otro lado, promueve la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, lo que implica plantación remunerada de árboles a través de comercio de derechos de emisión y uso de biocombustibles, ambos impulsores de adquisiciones de tierras a gran escala.¹⁹

Además, el régimen económico internacional, en particular los tratados comerciales y de inversión y acuerdos arancelarios, construyen el “canal a través del cual fluyen las inversiones” al proporcionar un entorno propicio para la inversión extranjera directa en la tierra, que se traduce en su mayoría en productos básicos orientados a la exportación.²⁰ Dado que la naturaleza desigual de los tratados de inversión ya se ha discutido hasta cierto punto en este contexto²¹ (en los que una evaluación a fondo del impacto de los derechos humanos respecto a la sostenibilidad no ha sido llevada a cabo), el aspecto referente al comercio se ha descuidado hasta ahora. Como consecuencia, este trabajo tendrá una mirada más cercana al régimen comercial. Nos preguntaremos qué tipo de régimen comercial sería el más adecuado para garantizar que las inversiones directas nacionales y extranjeras en la agricultura ayuden a promover un desarrollo sostenible del sector agrícola. La respuesta a esta cuestión, se derivará del debate sobre el “régimen comercial coherente”.

noviembre del 2001, (TIRFAA; Tratado de Semillas).

¹⁸ Ibidem, Artículo 6.

¹⁹ Bürgi próxima publicación 2014.

²⁰ Anseeuw 2012, p. 12.

²¹ Por ejemplo, Smaller, Carin, Mann, Howard. 2009. *A Thirst for Distant Lands: Foreign investment in agricultural land and water*. IISD. 2009.

¿CÓMO SABER SI UNA INVERSIÓN DETERMINADA ES SOSTENIBLE? EL CASO SUIZO ANALIZADO POR EL CDEMA Y EL IMC DE LA UNIVERSIDAD DE BERNA

Para examinar si una inversión a gran escala es sostenible o no, es necesario evaluar cómo impacta tal inversión en la economía pública, el medio ambiente y la sociedad, incluyendo tanto los medios de vida individuales y comunitarios. Esto aplica para los impactos a corto y largo plazo. Este análisis, si se lleva a cabo de forma sistemática, incluye un examen de los marcos jurídicos nacionales e internacionales en los que se lleva a cabo la inversión. Esto implica una evaluación de si las normas jurídicas aceptadas han sido implementadas durante la fase de inversión y de si esos ajustes se complementan o contradicen. El autor participa actualmente en un proyecto de investigación inter y transdisciplinario, organizado por el Centro de Desarrollo y Medio Ambiente (CDE, por sus siglas en inglés) y el Instituto Mundial del Comercio (WTI por sus siglas en inglés), apoyado por el Fondo Nacional Suizo, que busca documentar los registros de una inversión de tierras a gran escala originada en Suiza, y definir las políticas más adecuadas como respuesta de cada nivel de gobierno, incluido el régimen de comercio. Por tanto, este estudio evaluará la incorporación legal de la inversión desde una perspectiva de gobierno que presenta múltiples estratos¹ y analizará los escenarios obtenidos a partir de la teoría de la coherencia.² A continuación se compararán los puntos de referencia y déficits identificados por los sociólogos, geógrafos y agrónomos involucrados en el tema.

¹ Cottier, Thomas, Hertig, Maya, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", in: Max Planck UNYB, Band (2003), p. 261-328

² Ver sección 2.3.

II. EL EJEMPLO DEL COMERCIO EN LA AGRICULTURA

A. LAS POLÍTICAS DE COMERCIO SOSTENIBLE COMO CONDICIÓN PREVIA PARA LA INVERSIÓN SOSTENIBLE

Como se ha explicado, dependiendo de su diseño, los marcos jurídicos internacionales promueven o desalientan las inversiones sostenibles en la agricultura. Si se parte de que las inversiones agrícolas sostenibles suponen un desarrollo sostenible del sector agrícola, los

respectivos marcos jurídicos deben ser conformados a fin de fomentar más ampliamente el desarrollo sostenible. En cuanto al comercio, se asume que las inversiones agrícolas sostenibles - y por lo tanto un desarrollo sostenible del sector agrícola - suponen un “régimen de comercio sostenible”. De ahí el debate sobre un régimen comercial agrícola sostenible que se presentará aquí, como ha sido retomado y desarrollado por el autor durante los últimos años.²² Este énfasis en el régimen de comercio agrícola y de sus incoherencias nos ayudará a definir preguntas de investigación relacionadas con el comercio que los futuros estudios interdisciplinarios deberán examinar.

El régimen de comercio agrícola contribuye fuertemente en la conformación de los mercados en los que operan los agricultores. En relación con estos mercados y la carrera hacia las tierras agrícolas en los países en desarrollo, el Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Alimentación, Olivier de Schutter, comentó:

Hemos fracasado en el pasado al no invertir debidamente en agricultura y progreso rural en países en desarrollo [...]. No hemos promovido medios de producción agrícola que no erosionen los suelos y no agoten nuestros recursos hídricos subterráneos. Y no estamos logrando establecer mercados mundiales que funcionen bien y sean más fiables para los productos básicos agrícolas.²³

Pero, ¿cómo sería un mercado local y global que funcione adecuadamente y sea más fiable para los productos básicos agrícolas?, ¿Qué instrumentos contribuirían a un mercado global más equitativo y fiable? Habida cuenta que las normas comerciales internacionales dan forma a los mercados agrícolas e influyen en las prácticas de inversión, en el siguiente capítulo se analizará cómo las normas comerciales podrían proporcionar un entorno propicio para la inversión sostenible agrícola.

B. LAS POLÍTICAS COMERCIALES SOSTENIBLES PROMUEVEN EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL SECTOR AGRÍCOLA EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO: ALGUNOS SUPUESTOS BÁSICOS

Una política comercial sostenible es una política comercial que no dificulta, sino que promueve un desarrollo sostenible del sector agrícola en los países en desarrollo. Este tipo de desarrollo del sector agrícola requiere que su viabilidad económica no se vea menoscabada, que los recursos ambientales sean manejados cuidadosamente, y que las

²² Bürgi próxima publicación 2014; Bürgi Bonanomi, Elisabeth, 2012, *Right to Food, Sustainable Development and Trade: All Faces of the Same Cube*, in: Rayfuse, Rosemary, Weisfelt, Nicole (eds.), *The Challenge of Food Security* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing), pp. 70-91.

²³ De Schutter, 2009, p. 15.

necesidades humanas sean respetadas y estén cubiertas. Las consideraciones de la sección 2.4. provienen de los siguientes supuestos basados en la experiencia:

1. La necesidad de incluir al sector de pequeña escala y tener en cuenta el sector sanitario

Como nos lo demuestra la experiencia, el desarrollo agrícola sostenible en los países en desarrollo hace necesario que el sector agrícola de pequeña escala no se quede fuera, sino que sea debidamente incluido dentro del proceso de aumento de la productividad agrícola. De hecho, el proceso de desarrollo implica necesariamente el paso de los trabajadores de baja productividad, de agricultura de subsistencia con bajos ingresos a una mayor productividad, la agricultura en pequeña o en gran escala, y requiere un aumento en las oportunidades de trabajo en sectores como la industria y servicios con el fin de amortiguar el exceso de mano de obra agrícola.²⁴ Sin embargo:

[...] incluso bajo las más favorables condiciones nacionales e internacionales, [...] el paso una gran cantidad de personas de la agricultura de baja productividad a la agricultura de alta productividad, a la industria y otras ocupaciones ha tomado décadas[...]²⁵

Basados en lo anterior, esta gran repercusión en el empleo de la agricultura a pequeña escala es un elemento clave de la reducción de la pobreza.²⁶ En consecuencia, deben establecerse las políticas adecuadas para asegurar que la mejora y la inclusión del sector de pequeña escala se realicen de una manera digna. Por lo tanto, para que las inversiones sean sostenibles, deben estar encaminadas a apoyar a los agricultores en pequeña escala a producir y ganar peso en los procesos políticos mediante el fortalecimiento de su peso económico y haciendo conciencia de su contribución a la sociedad.²⁷

En este contexto, el fenómeno de la feminización de la agricultura a pequeña escala en los países más pobres debe ser considerado.²⁸ Como resultado de la marginación del sector, los hombres tienden a emigrar en busca de trabajos más lucrativos, mientras que las mujeres se quedan con la familia en las granjas. Esto no sólo implica mayores oportunidades de ingresos, sino también una mayor carga de trabajo para las mujeres quienes continúan a cargo del cuidado del hogar. Las estrategias encaminadas a la eficiencia económica del sector agrícola, por tanto, deben incluir un análisis de la distribución de

²⁴ Polaski, Sandra., 2005. *Agricultural Negotiations at the WTO: First, Do No Harm*. Carnegie Endowment for International Peace (2005), p. 4.

²⁵ Idem.

²⁶ Banco Mundial, 2008. *World Development Report 2008: Agriculture for Development*. World Bank.; ILC, Bürgi, 2012.

²⁷ De Schutter, 2012.

²⁸ Zammit, Ann, et al. 2008. *Social Justice and Gender Equality, Rethinking Development Strategies and Macroeconomic Policies*. UNRISD (2008); UNCTAD. 2004. *Trade and Gender. Opportunities and Challenges for Developing Countries*. UNCTAD: p. 77-117

la carga de trabajo, con el fin de asegurar que no aumente la falta de tiempo (ya que esto constituye un importante elemento de bienestar individual).²⁹

2. El compromiso en el comercio internacional agrícola se asocia con menos hambre (sólo) si el entorno institucional es adecuado

El compromiso en el comercio agrícola generalmente conduce a mayores tasas de crecimiento económico y se asocia con menos hambre, “la proporción de personas con desnutrición y niños con bajo peso tienden a ser menores en los países donde el comercio agrícola es grande en proporción a la producción agrícola”.³⁰ Sin embargo, hay muchas disparidades, ya que no todos los países en desarrollo con niveles similares de comercio experimentan las mismas cantidades de hambre y pobreza. Esto depende sobre todo del marco institucional en el que se basan las políticas de comercio:

Si hay una política comercial que busca contribuir a la seguridad alimentaria, necesita estar inmersa en una estrategia nacional de desarrollo coherente y bien escalonada complementada por políticas apropiadas a favor de los pobres”.³¹

De este modo, dar un seguimiento adecuado es de particular importancia, en el sentido de que las reformas comerciales sólo deben ser implementadas una vez que las políticas internas adecuadas han sido instauradas.

3. Se debe apoyar a los mercados locales, porque una perspectiva demasiado orientada a la exportación puede hacerlos más vulnerables.

Este punto de partida favorable al comercio se pone en perspectiva al reconocer que una demasiada orientación a la exportación puede aumentar la vulnerabilidad como resultado de la volatilidad de los precios, y que tener mercados fiables locales o regionales de alimentos son un requisito fundamental para tener un sector agrícola de pequeña escala

²⁹ Bieri, Sabin, Sancar, Annemarie, 2009. *Power and Poverty: Reducing Gender Inequality by ways of Rural Employment?* Ponencia presentada en el Taller de la FAO, el FIDA y la OIT sobre las lagunas, las tendencias y la investigación en la dimensión de género del empleo agrícola y rural: caminos diferentes para salir de la pobreza, Roma 2009 ; Razavi, Shahra. 2007. *The Political and Social Economy of Care in a Development Context: Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options*. UNRISD; Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Alimentación de 2012, Olivier de Schutter, los derechos de las mujeres y el derecho a la alimentación, Informe al Consejo de Derechos Humanos de 24 de diciembre 2012 (A/HRC/22/50).

³⁰ Mechlem, Kerstin. 2006. *Harmonizing Trade in Agriculture and Human Rights: Options for the Integration of the Right to Food into the Agreement on Agriculture*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10. p. 132.

³¹ Idem.

que sea viable.³² Tal razonamiento es notablemente defendido, por ejemplo, por el Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Alimentación quien afirma que los Estados deben evitar depender de una manera excesiva del comercio internacional:

Su interés a corto plazo en obtener en el mercado internacional los alimentos que no pueden producir a menor precio, no debe conducirlos a sacrificar sus intereses a largo plazo en la construcción de su capacidad para producir los alimentos que necesitan para satisfacer sus necesidades de consumo.³³

Esto implica que los mercados locales deben fortalecerse, ya que proporcionan un respaldo o segunda opción importante para los agricultores a pequeña escala. Para evitar que se prolongue la dependencia de los países en desarrollo en la agricultura de baja productividad³⁴ y contribuir a un aumento de la productividad agrícola, la diversificación de la producción agrícola y el compromiso de establecer procesos de valor agregado, tienen una importancia clave. No sólo las políticas económicas nacionales, sino también las internacionales, deben estar adecuadas de tal manera que se garantice que las utilidades obtenidas a lo largo de la cadena productiva se distribuyan de manera equitativa.

C. UNA POLÍTICA COMERCIAL SOSTENIBLE PRESUPONE UN RÉGIMEN COMERCIAL COHERENTE ENTRE LO NACIONAL Y LO INTERNACIONAL

1. *Un Régimen Comercial Interno Coherente*

La estrategia comercial de un país o región marca la dirección hacia la que se desenvuelve su sector agrícola. Idealmente, la estrategia elegida debe complementar la estrategia nacional de seguridad alimentaria, que - de acuerdo con el principio 1 de la Declaración de Roma de 2009,³⁵ - debe ser propia y específica de cada país y debe encontrarse dentro del conjunto de estrategias de reducción de la pobreza.

Las estrategias comerciales internas inciden en la manera en que las inversiones son hechas. Lo ideal es que reflejen las decisiones comerciales del gobierno nacional, proporcionando información sobre el nivel al que se intenta establecer una orientación hacia las exportaciones, la diversificación y políticas que añadan un valor agregado que se seguirán, o los instrumentos políticos que se elegirán para proteger e integrar el sector en pequeña escala. El enfoque que se elija podrá ser más o menos favorable a la inversión sostenible.

³² Por ejemplo, FAO. 2005. *The State of Food Insecurity in the World 2005, Eradication world hunger – key to achieving the Millennium Development Goals*.FAO, p. 27.

³³ Relator Especial de las Naciones Unidas, De Schutter, Olivier. 2008. *Report on behalf of Human Rights Council, Mission to the World Trade Organization*, UN. p. 20

³⁴ Polaski, 2005, p. 9.

³⁵ FAO. 2009. *World Summit on Food Security. Declaration of the World Summit on Food Security*.

Para averiguar qué política comercial brindará un mayor apoyo al desarrollo prudente y sostenible del sector agrícola, mientras que tome en cuenta los elementos mencionados en la sección 2.2, se necesita un proceso deliberativo de toma de decisiones. Al mismo tiempo, este proceso debe tener en cuenta los estándares y principios sociales, económicos y de normas ambientales nacionales e internacionales que el país debe cumplir.

2. Un Régimen de Comercio Internacional Coherente

El régimen de comercio internacional, por otro lado, impacta fuertemente en las decisiones que se toman referentes al comercio interior. Las normas comerciales internacionales establecen el escenario para el espacio político de cada país “¿Qué políticas de protección están permitidas? ¿Qué incentivos comerciales enmarcan el espacio político que queda?”. Es importante destacar que las normas comerciales internacionales definen en qué medida están capacitados los mercados de los países desarrollados. Como tales, tienen un impacto significativo en los flujos de inversión. El Acuerdo de la OMC sobre la Agricultura (AsA) constituye *el* marco jurídico multilateral en el campo de la agricultura, a pesar de que puede observarse una proliferación de acuerdos comerciales bilaterales y regionales. Mientras que las siguientes reflexiones se limitan al AsA y los instrumentos comerciales clásicos, como los aranceles y los subsidios, los argumentos también son válidos para los acuerdos comerciales bilaterales y plurilaterales. La línea de argumentación también puede extenderse a otras barreras no arancelarias que influyen en los flujos de comercio.

El preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) establece que el derecho comercial internacional deberá estar:

[...] de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, procurando proteger y preservar el medio ambiente y mejorar los medios para hacerlo de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo.

Con esto, la OMC está comprometida con el concepto de Desarrollo Sostenible que engloba al principio de coherencia. Este principio exige que el derecho mercantil internacional sea coherente con los derechos humanos internacionales y normas legales ambientales.³⁶

Tal coherencia legal se consigue si a) los diversos acuerdos internacionales no se contradicen formalmente entre sí (coherencia formal), y b) el impacto *de facto* a uno de estos acuerdos no socava, sino más bien promueve la implementación de otro acuerdo

³⁶ Gehne, Katja, 2011, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip* (Tübingen: Mohr Siebeck); Gehring, Markus W., CordonierSegger, Marie-Claire (eds.), 2005. *Sustainable Development in World Trade Law*. The Hague: Kluwer Law International; Bürgi, próxima publicación 2014.

(coherencia sustantiva). Por lo tanto, para poder ser “coherente”, un acuerdo comercial no debe debilitar, sino promover la aplicación de normas internacionales de derechos humanos y obligaciones ambientales. Es importante destacar que hay que tener en cuenta la dinámica que resulta de la aplicación de un acuerdo comercial.³⁷ Para ello se requiere una evaluación a fondo de los impactos comerciales. Sobre todo, estas evaluaciones también son necesarias para el marco de los derechos humanos y su cobertura extraterritorial.

Hoy en día, las evaluaciones *ex ante* del impacto en la sostenibilidad que examinan los posibles impactos de las medidas comerciales en las partes interesadas y en bienes de relevancia social ambiental y económica, se llevan a cabo en pocos casos solamente,³⁸ y todavía presentan muchos déficits conceptuales.³⁹ Tales procedimientos implican un proceso de negociación que no está impulsado por el interés de las partes negociadoras en el corto plazo, sino por el deseo (u obligación) de buscar un marco comercial que arroje resultados óptimos, tanto en corto como en largo plazo.

D. RÉGIMEN COMERCIAL INTERNACIONAL SOSTENIBLE: LOS CUATRO DEBERES

Desde una perspectiva de coherencia y desarrollo sostenible, dos de los objetivos del marco comercial internacional deben ser a) fomentar las inversiones en el sector agrícola en los países en desarrollo, y b) propiciar las inversiones sostenibles y desalentar las inversiones no sostenibles e irresponsables. Un estudio exhaustivo realizado por el autor que dejó al descubierto las incoherencias legales respectivas, llegó a la conclusión de que el régimen de comercio tendría que cumplir con cuatro funciones con el fin de ser sostenibles. Estas cuatro funciones se presentan a continuación.

1. El Deber de Garantizar un Espacio Político, particularmente para los países de la OCDE

a) Aranceles

Las aún elevadas barreras de comercio en los países pertenecientes a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), son impuestas para desalentar que la inversión extranjera fluya dentro del sector agrícola de los mercados en desarrollo.⁴⁰ Todos estos obstáculos al mercado en los países desarrollados han contribuido por años

³⁷ Bürgi próxima publicación 2014.

³⁸ UNEP. 2002. *Integrated Assessment of Trade Liberalisation and Trade-Related Policies*, UNEP Country Projects – Round II: A Synthesis Report, (2002e). UNEP; Kirkpatrick, Colin et al. 2006. *Sustainability Impact Assessment of Proposed WTO Negotiations, Final Global Overview Trade SLA of the Doha Development Agenda. Final Report*. Manchester.

³⁹ Principios Rectores de la ONU sobre la evaluación al impacto de los acuerdos comerciales y de inversión sobre los derechos humanos, 2011; Bürgi, 2013.

⁴⁰ Ver la Estimación del Apoyo al Productor (EAP) de la OCDE (OCDE, 2004).

a la falta de inversión en el sector agrícola de los países en desarrollo.⁴¹ Un estudio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD) destaca que un cambio en la producción agrícola por parte de los países en desarrollo, estaría acompañado por un cambio en los flujos de inversión. Según este estudio, las estrategias para fomentar la IED (Inversión Extranjera Directa) orientada a la exportación en el sector de los productos agrícolas sólo tendrán éxito si tanto los aranceles de exportación e importación en los mercados de exportación se mantienen bajos. De esta manera, el trato preferencial bajo acuerdos no recíprocos (como el Sistema Generalizado de Preferencias) son de especial interés.⁴² Por ejemplo, “las inversiones en la producción de banano en Angola y otros países de África, Caribe y el Pacífico (ACP) han sido impulsadas por el acceso libre de aranceles de los países ACP y los Países Menos Adelantados (PMA) a la Unión Europea (UE)”.⁴³ Por lo tanto, mejorar el acceso de los productos agrícolas producidos por los países en desarrollo a los mercados de los países desarrollados sigue siendo un tema importante. Desde esta perspectiva, debe ponerse un particular énfasis a los progresos que ha experimentado el acceso al mercado de los alimentos procesados. Por el momento, la inversión en la elaboración de alimentos para la exportación está siendo desalentada por las altas tarifas anteriores o actuales⁴⁴ y las barreras no arancelarias impuestas a los productos elaborados en comparación con los de las materias primas. Este fenómeno se conoce como “progresividad arancelaria”.⁴⁵ Las medidas complementarias tendrían que asegurarse de que los beneficios adicionales están bien distribuidos a lo largo de la cadena de valor añadido.⁴⁶ Por lo tanto, para mejorar el acceso al mercado a los países de la OCDE, los aranceles a la importación de productos de los países en desarrollo deberán ser reducidos de una manera fiable y bien especificada.

Mientras que los Sistemas Generales de Preferencias (SGPs) otorgan importantes oportunidades a los productores de los países menos adelantados y a menudo también para los de otros países en desarrollo, aún no se ha analizado suficientemente hasta que medida tales SGPs promueven las adquisiciones de tierra a gran escala en los países que son blanco de éstas. Los SGPs no sólo impulsan el desarrollo de sus correspondientes sectores agrícolas, también pueden acarrear efectos secundarios negativos. Hay varios indicadores de que los SGPs son un motor importante de ATGEs. Como resultado de ello, se plantea la cuestión de cómo deben concebirse los SGP para que se asegure que las

⁴¹ CNUCYD. 2009. *World Investment Report : Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*. UN. p. 183.

⁴² *Ibidem*, p. 182.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Incluso cuando muchos aranceles han sido reducidos en los Sistemas Generalizados de Preferencias, la anterior progresividad arancelaria aún deja huellas.

⁴⁵ CNUCYD, 2009, p. 182; Elamin, N., Khaira, H.. 2003. *Tariff Escalation in Agricultural Commodity Markets*. Commodity Market Review 2003-2004. FAO: 101 – 111..

⁴⁶ Para un nuevo enfoque ver por ejemplo la propuesta de Canadá: Comités sobre Agricultura de la OMC, 2006/ 2.

inversiones sociales, ambientales y económicamente sostenibles sean promovidas, a la vez que las inversiones no sostenibles sean obstaculizadas por los mismos.

b) Subvenciones

También, las subvenciones concedidas a los agricultores en los países importadores, aminoran los flujos de inversión de los países que no ofrecen ninguna subvención, o que ofrecen una menor, ya que las subvenciones brindan una ventaja directa sobre el precio- costo a los productores.⁴⁷ Como todos los tipos de subvenciones nacionales o de exportación pueden distorsionar los precios de mercado y hacer el acceso a los mercados más difícil, la distinción entre subvenciones que distorsionan (por ejemplo, subvenciones a la exportación y subvenciones de compartimento ámbar) y subvenciones que no distorsionan el comercio (por ejemplo, subvenciones desvinculadas de compartimento verde) es problemática.⁴⁸ Por lo tanto, en lugar de seguir pensando en el compartimento, podría mejorarse la transparencia. Caso por caso, podría examinarse la proporcionalidad de los programas de subvenciones. Podría hacerse una evaluación cuidadosa respecto a qué fines persigue cada subvención, si los objetivos identificados son legítimos (desde el punto de vista de normas ambientales o sociales acordadas a nivel internacional), cuál es el impacto en el acceso a los mercados de los países en desarrollo, si podrían crearse medidas eficaces con menor impacto, y cómo podrían contrarrestarse o compensarse los impactos negativos.⁴⁹

Un problema que surge de la propuesta de reducir las subvenciones, es que muchos países en desarrollo actualmente son importadores netos de alimentos subvencionados. Esto da lugar a una subvención cruzada de los gastos de alimentación de los países en desarrollo. En consecuencia, una disminución en las subvenciones, acarrea un alza en los gastos de alimentación. Por lo tanto, será necesario implementar estrategias eficaces para mitigar los costos de ajuste, entre otros, apoyo dirigido a aumentar la productividad agrícola interna de los países, así como indemnizaciones.⁵⁰

2. El Deber de Conferir el Espacio Normativo Necesario

Además de disciplinar los mercados de los países desarrollados, el marco comercial internacional debe dotar de espacio normativo a los países miembros que así lo requieren para implementar normas de derechos humanos y políticas ambientales. Sólo un balance

⁴⁷ CNUCYD, 2009, p. 183.

⁴⁸ IATP. 2007. *Still Not Confronting the Real Challenge*. IATP.

⁴⁹ Buergi, 2009.

⁵⁰ Ver la “Decisión de Marrakech de 1994 sobre medidas relativas a los posibles efectos negativos del programa de reforma en los países menos adelantados y en los países en desarrollo importadores netos de alimentos” que aún carece de una implementación efectiva.

óptimo entre límites y concesiones de espacio normativo asegurará la legitimidad a largo plazo del sistema de comercio internacional.

Se debe tomar en cuenta que el principio internacionalmente reconocido de responsabilidades comunes pero diferenciadas (Asociación de Derecho Internacional, 2002)⁵¹ y el espacio normativo al que los países miembros tienen derecho podrá diferir entre países y dependerá de sus necesidades de desarrollo.⁵² Las estrategias de desarrollo propias de cada país dependerán a menudo de la posibilidad que tenga de elegir sus propias políticas comerciales (fiabes). Los planteamientos que se discuten en la actualidad, sin embargo, permiten sólo una flexibilidad limitada.

Una cuestión que a menudo se ha planteado con el fin de ilustrar la incoherencia de los regímenes comerciales y de inversión, es el tema de las restricciones a la exportación. Mientras que el derecho comercial permite restricciones a la exportación cuando la seguridad alimentaria nacional está en riesgo (por ejemplo, en el caso de una sequía aguda),⁵³ los acuerdos sobre inversiones no lo hacen.⁵⁴ Por ejemplo, el Instituto Internacional de Investigación de Políticas Alimentarias (IIIPA) postula que:

cuando la seguridad alimentaria nacional está en riesgo, los suministros internos deben tener prioridad. Los inversionistas extranjeros no deberán tener derecho a la exportación durante una crisis alimentaria nacional aguda.⁵⁵

El Acuerdo sobre Agricultura de la OMC ya ofrece opciones flexibles. Por ejemplo, el artículo 4 del AsA limita el uso de aranceles sobre los que los Miembros convengan consolidar una tasa fija. Sin embargo, en muchos casos, los países han optado por aplicar las tarifas por debajo de la tasa consolidada. Se puede hacer uso de este margen de diferencia entre los márgenes consolidados y los aplicados. Sin embargo, esto requiere que los respectivos países no estén obligados por algún otro medio a renunciar a tal flexibilidad, por ejemplo, por los acuerdos comerciales bilaterales u obligaciones de ajuste estructural

⁵¹ International Law Association ILA. 2002. *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*. Reporte de la ILA de la Septuagésima Conferencia llevada a cabo en Nueva Delhi, del 2 al 6 de abril de 2002. London/Aberystwith.

⁵² Véase también arriba: “países desarrollados”.

⁵³ Las restricciones a la exportación han sido objeto de muy polémico debate en años recientes, a medida que aumentan aún más los precios de los alimentos.

⁵⁴ Smaller, 2009, p. 12.

⁵⁵ Braun, Joachim von, Meinzen-Dick, Ruth. 2009. *Land Grabbing“ by Foreign Investors in Developing Countries: Risks and Opportunities*. IFPRI Policy Brief 13. p. 4; véase también Smaller, 2009, p. 18, que entiende las restricciones de exportación de alimentos como una herramienta política clave para los países receptores en caso de escasez de alimentos, una posibilidad que se ve limitada por los tratados de inversión: “El uso de medidas de comercio que incluyen impuestos a la exportación y restricciones a la exportación, permisibles en virtud del derecho mercantil internacional, pueden crear problemas para los gobiernos receptores si afectan negativamente los derechos de los inversionistas. Esto es particularmente relevante para los contratos en los que la producción agrícola es para la exportación al país de origen solamente”.

que se acompañan de asistencia financiera. También en el ámbito de las subvenciones, el Acuerdo sobre la Agricultura ofrece flexibilidades considerables⁵⁶ (por ejemplo, los departamentos de desarrollo).

a) Particularmente: Productos Especiales y Mecanismos de Salvaguardia Especiales

La disposición de salvaguardia del Acuerdo sobre Agricultura, que establece una protección contra aumentos repentinos de las importaciones (artículo 5 AsA), es de uso restringido sólo para los países en desarrollo, debido a que su aplicación se limita a los países que se sometieron a un proceso de arancelización (AsA art. 4 párrafo 2).⁵⁷ Esta es la razón por la que un mecanismo de salvaguardia especial (MSE) con un alcance más amplio fue sugerido seriamente en la Ronda de Doha por el G33, conformado por países en desarrollo con un importante sector agrícola en pequeña escala como la India, Indonesia o Kenia.⁵⁸

El mecanismo especial de salvaguarda debe complementarse con una disposición específica de “producto especial” (PE) que permitiría a los países en desarrollo abstenerse de reducir de aranceles a ciertos productos agrícolas que son particularmente importantes para el sector de pequeña escala y para los medios de subsistencia rurales.

Mientras que los opositores buscan que los Productos Especiales se limiten a unos pocos renglones arancelarios y que se reduzca el alcance de los mecanismos especiales de salvaguardia, los activistas de derechos humanos han señalado en particular la necesidad de mantener disposiciones con un sentido amplio para mantener la flexibilidad política:

A los países en desarrollo se les debe permitir designar como “productos especiales” todas las cosechas cultivadas por agricultores y trabajadores agrícolas en pequeña escala. Estos productos deben quedar exentos de cualquier reducción adicional en los aranceles o de cualquier aumento en las cuotas de importación. [...] No debe haber ningún límite numérico al número de productos que pueden ser designados, siempre que sean cultivados por los agricultores y trabajadores agrícolas en pequeña escala.⁵⁹

Tales instrumentos de salvaguardia pueden ser importantes en particular para mantener la viabilidad de los mercados agrícolas nacionales, un requisito previo para el desarrollo sostenible del sector agrícola. Se ha argumentado que “los acuerdos sobre inversiones deben incluir una cláusula que disponga que un determinado porcentaje mínimo de los

⁵⁶ Pero no necesariamente las más adecuadas.

⁵⁷ ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development). 2005. *Special Products and the Special Safeguard Mechanism. Strategic Options for Developing Countries*. Issue Paper No. 6. ICTSD.

⁵⁸ ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development). 2008. *Implications of the July 2008 Draft Agricultural Modalities for Sensitive Products*. ICTSD.

⁵⁹ Polaski, 2005: p. 8.

cultivos producidos será comercializado en los mercados locales”, con el fin de mitigar el riesgo de que se pudiera presentar una escasez alimentaria, “como resultado del aumento de la dependencia en los mercados internacionales o en la asistencia alimentaria”.⁶⁰ Tales cláusulas en los acuerdos de inversión pueden presumir que el marco al comercio permite restricciones proporcionales.

No obstante, algunos países en desarrollo⁶¹ también han planteado objeciones a la inclusión de herramientas de protección generales. Argumentan que tal protección al mercado obstruiría la capacidad de sus agricultores en pequeña escala de exportar a los mercados de los respectivos países en desarrollo, y que por lo tanto sería más difícil ganarse la vida para las poblaciones rurales en regiones que previamente ya habían sido exportadoras.⁶² La CNUCYD señala el peligro referente a que las medidas de salvaguardia reduzcan la previsibilidad del acceso al mercado, que a su vez podría desalentar la inversión extranjera directa.

3. El deber de Configurarlos Positivamente

a) Establecer incentivos para la Producción Agrícola

Mientras que la apertura de mercado favorece los flujos de inversión, el marco comercial debe contribuir también a que las inversiones que sean realizadas, se lleven a cabo de una manera sostenible, sin invadir estructuras cultivadas tradicionalmente. Para ello es necesario un régimen comercial que incluya incentivos adecuados de mercado.

A nivel internacional, las normas comerciales en general ofrecen un incentivo para la forma de producción más económica. Han tenido lugar muchas discusiones sobre la forma de incluir incentivos sostenibles, considerando que el debate se ha centrado principalmente en la inclusión de las normas sociales y ambientales, o en la diferenciación del producto de acuerdo con el proceso y los métodos de producción (MP) de que se trate. Estas condiciones hasta ahora han pasado a formar parte del Sistema General de Preferencias.⁶³ Además de que la diferenciación de productos ha sido mejorada mediante el uso de las etiquetas o el fomento de índices geográficos.

Durante muchos años, los países en desarrollo se han mostrado reacios a aceptar la inclusión de incentivos sociales y ambientales en el régimen comercial, ya que estos incen-

⁶⁰ Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Alimentación, De Schutter, Olivier. 2009. *Large-scale land acquisitions and leases: A set of core principles and measures to address the human rights challenge*. A/HRC/13/33/Add.2.

⁶¹ Como Tailandia y Pakistán

⁶² Comité de la OMC sobre la Agricultura, 2006/1. *Thailand Paper on Special Products*. JOB (06)/135. OMC; Comité de la OMC sobre la Agricultura, 2007 2007 *Modalidades de Selección y Tratamiento de Productos Especiales (PE) de los países en desarrollo*. Comunicación de la Delegación del Pakistán. JOB (07) / 46. OMC.

⁶³ Shaffer, Gregory, Apea, Yvonne. 2005. *GSP Programmes and Their Historical-Political-Institutional Context*. In: Cottier, Thomas, Pauwelyn, Joost, Bürgi, Elisabeth, Human Rights and International Trade, New York: Oxford University Press: 488-503.

tivos podrían revertir los logros en las oportunidades de mercado. Por lo tanto, los incentivos necesitan diseñarse cuidadosamente, tomado en cuenta todos los escenarios posibles, y en ningún caso deberán obstaculizar el acceso al mercado de los países desarrollados, y quedando por tanto un elemento clave de un régimen de comercio agrícola responsable. Es importante destacar que no corresponde al régimen de comercio establecer sus propias normas sociales o ambientales. Más bien, la referencia debe hacerse a las normas existentes de otros regímenes internacionales.⁶⁴ Estos planteamientos han sido discutidos en los últimos años haciendo referencia al concepto de acceso cualificado al mercado.⁶⁵

b) El Deber de Encaminar Positivamente al Gobierno Nacional

Las normas comerciales también pueden influir en el comportamiento del Estado, al exigir que los países miembros cumplan con ciertos criterios en caso de que participen en el comercio internacional. Tales requisitos pueden ir más allá de la política económica interna. Por ejemplo, el artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC exige que exista una política nacional diseñada para cumplir con las reglas del procedimiento.⁶⁶ Por lo tanto, los requisitos de procedimiento también se podrían incluir en el AsA. Los países podrían ser obligados a seguir procedimientos transparentes y justos al negociar las inversiones en bienes agrícolas, por ejemplo, mediante la promoción de “modelos alternativos de inversión agrícola que no impliquen transferencias de propiedad de la tierra”⁶⁷ y asegurando un reparto equitativo de los beneficios.⁶⁸ También se pueden contemplar referencias a los derechos laborales internacionales, y obligaciones gubernamentales asumidas que comprometan a que el gobierno responda por la tenencia de la tierra.

⁶⁴ Perrez, Franz 2006. *The Mutual Supportiveness of Trade and Environment*. American Society of International Law: Proceedings of the 100th Annual Meeting. 26-19.

⁶⁵ Diálogo Ecofair de Comercio, Lorenzen Hannes. 2006. *Qualified Market Access, How to include environmental and social conditions in trade agreements*. Heinrich Böll Foundation et al.; Comisión Europea, 2008, DG Trade. 2008. *Qualified Market Access*, Final Report. EC.

⁶⁶ Ver por ejemplo la obligación de que “cada miembro deberá establecer [...] cuanto antes tribunales judiciales, arbitrales o administrativos” que prevean la pronta revisión de las decisiones que afecten al comercio de servicios.

⁶⁷ Taylor, Michael, Bending, Tim. 2009. *Increasing commercial pressure on land: Building a coordinated response*, International Land Coalition. para. 4.

⁶⁸ Estas referencias podrían emanar de los progresivos “Principios de la mesa redonda” sobre la inversión responsable, según el cual las inversiones son consideradas responsables si: a) se basan en tratados de inversión que reconocen y respetan los derechos existentes sobre la tierra y los recursos naturales, b) no ponen en peligro, sino más bien fortalecen la seguridad alimentaria; c) los procedimientos de acceso a la tierra son transparentes, supervisados y la rendición de cuentas está garantizada; d) la participación de los afectados materialmente está garantizada; e) los proyectos son viables económicamente; f) generan impactos sociales y distributivos deseables y no aumentan la vulnerabilidad; y g) garantizan el uso sostenible de los recursos (FAO, 2009).

Considerando que el marco de la OMC incluye un acuerdo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual,⁶⁹ no existe un marco legal establecido hasta el momento para la protección de los derechos de propiedad de tierras locales. Dado que la protección de los derechos y obligaciones sobre la tierra y los recursos constituye un pilar fundamental de la política de inversión responsable, un marco jurídico internacional eficaz podría ayudar. El reto, sin embargo, sería centrarse principalmente en los derechos de la tierra de aquellos que más necesitan de la protección, y para tener debidamente en cuenta todos los sistemas de propiedad.⁷⁰

c) El deber de Considerar “la Otra Cara de la Moneda”: Un enfoque conjunto

Por último, el “deber de considerar la otra cara de la moneda”, se relaciona con el aspecto central del desarrollo sostenible: la integración de los intereses. En el proceso de desarrollar un Acuerdo óptimo y sostenible para la agricultura, cada política concebible que se relaciona con los tres deberes mencionados arriba necesitaría ser evaluada en relación con los otros deberes. Las compensaciones deberían ser transparentes, y la “otra cara de la moneda” descubierta.

En la práctica, la moneda siempre resulta tener más caras. Por ejemplo, un comercio más abierto implicaría una disminución de las subvenciones internas, que a su vez reducirían las subvenciones cruzadas de gastos alimentarios a los países en desarrollo que son otorgadas por los países desarrollados. Tal escenario nos llevaría - al menos temporalmente - a incrementar los precios de los alimentos, incluso para los pobres consumidores netos de alimentos. Del mismo modo, la CNUCYD ha señalado que las medidas especiales de salvaguardia corren el riesgo de desalentar la muy necesaria inversión extranjera directa. Del mismo modo, las disposiciones sobre restricciones a la exportación vendrían con efectos positivos y negativos, dependiendo de la perspectiva. Por lo tanto, en un proceso diseñado para equilibrar todos los intereses involucrados, deben buscarse tanto soluciones fundadas en el contexto, como de medio curso tomando en cuenta todas las interdependencias económicas existentes. Un óptimo AsA debería estar en un punto intermedio.

4. Un Régimen Comercial Sostenible: Otros Aspectos

Si el problema del desequilibrio en el sistema de comercio agrícola fuera abordado más ampliamente, muchas más áreas tendrían que ser modificadas. Para hacer frente al pro-

⁶⁹ Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

⁷⁰ Razavi, Shakra. 2003. *Introduction: Agrarian Change, Gender and Land Rights*. -Razavi, Shakra (ed.), *Agrarian Change, Gender and Land Rights*. Blackwell Publishing Ltd, Oxford: 2-32.

blema de la sobre concentración del sector intermediario⁷¹ podrían introducirse reglas de competencia, sería necesario fortalecer la regulación de mercados futuros de materias primas⁷² y reformar los programas de ayuda alimentaria,⁷³ entre otros. Las reglas que establecen las medidas sanitarias y fitosanitarias y obstáculos técnicos al comercio (en particular, el Acuerdo SFS⁷⁴ y el Acuerdo OTC de la OMC⁷⁵, así como de las normas del Codex Alimentarius) tendrían que ser evaluadas con mayor seriedad en cuanto a su impacto negativo en el acceso a los mercados de los países en desarrollo.

Además, desde una perspectiva integral, la volatilidad de los precios y los instrumentos para prevenirla tendrían que estar mejor controlados. Los programas de ajuste a las estructuras pasadas han debilitado el papel de las juntas de mercadeo y los fondos de estabilización de productos básicos.⁷⁶ Sería necesario discutir alternativas tales como la constitución de reservas públicas de cereales o granos, y otras medidas para mitigar los riesgos asociados a la volatilidad de los precios.⁷⁷

III. PREGUNTAS URGENTES DE INVESTIGACIÓN

Los mencionados deberes y las medidas relacionadas que permitirían redefinir el régimen comercial, son el resultado de una evaluación preliminar de la coherencia entre el marco comercial, la experiencia y debate. Sin embargo, hacen falta evaluaciones a fondo que analicen qué régimen comercial fomentaría de una manera más óptima las inversiones sostenibles agrícolas y secundaria mejor a las normas jurídicas sociales, ambientales y económicas.

Sin duda, tales evaluaciones dependen de que se tenga una imagen clara de lo que “las inversiones agrícolas sostenibles” podrían significar. Dicho cometido también requiere que los investigadores de ATGEs no pierdan de vista el cuadro completo. Deben entender los vínculos entre las políticas comerciales y de inversión y deben estar al tanto del debate sobre el comercio nacional e internacional. En consecuencia, deben aventurarse a hacer frente a la compleja cuestión de cómo sería un régimen comercial sostenible. Esto

⁷¹ South Centre. 2008. *Rebalancing the Supply Chain: buyer power, commodities and competition policy*, South Centre / Traidcraft.

⁷² Por ejemplo, Newman, Susan. 2008. *The role of international commodity exchanges in the formation and transmission of prices and price risk along international coffee chains*. NCCR Trade Regulation Working Paper No. 12/2008. World Trade Institute. Bern.

⁷³ Heri, Simone, Häberli, Christian. 2009. *Can The World Trade Organisation Ensure that Food Aid is Genuine?* NCCR Trade Regulation Working Paper No. 19/2009. World Trade Institute. Bern.

⁷⁴ Acuerdo de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

⁷⁵ Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

⁷⁶ CNUCYD, 2009, p. 183.

⁷⁷ Bürgi, 2009.

sólo puede lograrse a través de un proceso inter y trans-disciplinario en donde todos los actores involucrados tengan voz y voto. No obstante, dicha investigación también debe estar regida por las normas y principios jurídicos fundamentales ambientales, económicos y sociales, incluidos los derechos humanos, que son válidos para todos los actores. Los deberes y las medidas arriba mencionadas pueden guiar la dirección de la respectiva investigación futura.

ANÁLISIS DEL INTERÉS PÚBLICO EN LAS INVESTIGACIONES DE MEDIDAS COMERCIALES CORRECTIVAS EN BRASIL

Luciana Dutra de Oliveira Silveira*

Ricardo Inglez de Souza**

Resumen. Las medidas comerciales correctivas, y principalmente las medidas antidumping, son instrumentos ampliamente utilizados por los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con el fin de restringir el acceso de productos extranjeros en los mercados nacionales. A pesar de que la OMC ha establecido reglas para la aplicación de dichas medidas, existe aún amplia discrecionalidad en el modo en que los miembros de la OMC las imponen. En particular, cabe destacar el análisis del interés público (o interés nacional) que implica la aplicación de medidas comerciales correctivas. Tomando en consideración el ejemplo de otros miembros de la OMC, Brasil parece haberse inclinado hacia la posición de otorgar más espacio para el debate del interés público mediante la creación del Grupo Técnico de Evaluación del Interés Público (por sus siglas en inglés GTIP). Se considera, que dicho debate resulta muy productivo, además de constituir un mecanismo útil para balancear los beneficios de las medidas comerciales correctivas en la industria nacional, así como la carga a otras partes afectadas por las medidas.

Palabras clave: Defensa Comercial; Interés Público en Brasil, Unión Europea y Canadá; Grupo Técnico de Evaluación del Interés Público (GTIP).

* Luciana D.O. Silveira es abogada de derecho comercial internacional en DeVivo Whitaker y Castro Abogados en Brasil, cuenta con una licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo- PUC-SP y un Master en Derecho Económico Internacional y Política (IELPO) de la Universidad de Barcelona- España.

** Ricardo Inglez de Souza es socio en el área de derecho comercial internacional en DeVivo Whitaker y Castro Abogados en Brasil, cuenta con una licenciatura en Derecho en la Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2000)

‡ Traducción de Sol Magaña García y Elizabeth García Blancas

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas de defensa comercial son instrumentos creados en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y desarrollados más adelante, con el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estos instrumentos permiten a los miembros de la OMC que investiguen y apliquen medidas correctivas en contra de ciertas prácticas comerciales. En este sentido, las medidas antidumping

corrigen el dumping, las medidas compensatorias compensan las subvenciones; y las salvaguardias restringen el aumento de las importaciones.¹

Desde la creación de la OMC, en 1995, alrededor del 90% de las medidas correctivas aplicadas por los miembros fueron medidas antidumping.² De este modo, entre las medidas de defensa comercial, el antidumping es el instrumento más usado; probablemente derivado de los menores costos políticos involucrados en la aplicación de dicha medida.³

De acuerdo con la OMC, en 2012 Brasil inició 47 investigaciones antidumping, una investigación por subvenciones y una de salvaguardias. Mientras, en ese mismo periodo, Brasil impuso 14 medidas antidumping y ninguna medida compensatoria o de salvaguardia. En 2012 Brasil fue el segundo país que aplicó más medidas antidumping, sólo seguido por la India, quien impuso 30 medidas antidumping.⁴

Los acuerdos de la OMC relacionados con medidas correctivas, regulan el procedimiento de investigación y aplicación de las medidas.⁵ El procedimiento en sí, se lleva a cabo de manera nacional por cada miembro de la OMC. En Brasil, la autoridad competente para llevar a cabo las investigaciones de las medidas correctivas es el Departamento de Defensa Comercial (*Departamento de Defesa Comercial - DECOM*),⁶ el cual forma parte de la Secretaría de Comercio Exterior (*Secretaria de Comércio Exterior - SECEX*) del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (*Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC*).⁷ El DECOM es responsable de analizar todos los requisitos técnicos

¹ Para mayor información sobre los conceptos de medidas antidumping, medidas compensatorias y salvaguardias ver VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Universidad de Cambridge, 2º edición, 2006, págs 508-556/557-604/670-695; MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, practice, and policy*. Oxford, 2º edición 2006, p. 395-433/331-393/437-473.

² Ver <http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm, 07/01/13

³ La parte responsable de la práctica comercial en términos de dumping es siempre un particular. Quien será investigado y eventualmente, sometido a la medida antidumping. En cambio, en una investigación de subvenciones, es el gobierno de un miembro de la OMC quien será investigado junto con los particulares que fueron beneficiados con la subvención. Por último, en cuanto a las salvaguardias, la práctica de comercio no constituye una práctica desleal y por ello el miembro investigador puede negociar y otorgar una compensación a los miembros afectados. Bajo este entendido, la imposición de medidas antidumping es la única situación en la que el país investigador no tiene que lidiar con las relaciones públicas con otros miembros de la OMC.

⁴ La información sobre las medidas antidumping se encuentra disponible en <http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm> y la información sobre las salvaguardias está disponible en <http://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/safeg_e.htm>, 11/06/13.

⁵ Véase el Acuerdo Antidumping, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y Acuerdo sobre Salvaguardias.

⁶ La competencia de DECOM se describe en el Decreto No. 7096/2010 (descrito inicialmente en el Decreto No. 3839/2001).

⁷ El DECOM fue creado en 1995 como parte de una reestructuración interna en la SECEX. De acuerdo con la ley No. 9019/1995 (después modificada por MP No. 2158-35/2001), SECEX tiene competencia para llevar a cabo los procedimientos administrativos para la aplicación de Medidas Comerciales Correctivas y CAMEX tiene competencia para determinar la cuantía y la aplicación de medidas de defensa correctivas (anteriormente, esta com-

para la aplicación de las medidas correctivas en un procedimiento administrativo único.⁸ Una vez que la investigación ha concluido, el DECOM emite un informe final basado la decisión de la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX) sobre la aplicación o no de las medidas correctivas.⁹

Este artículo se enfoca en el papel del análisis en el interés público relacionado con la aplicación de medidas de defensa comercial, particularmente en Brasil. La primera sección describe la legislación brasileña que regula el análisis del interés público, los aspectos procedimentales y temas que podrían ser considerados para este análisis. La segunda sección realiza una comparación entre el análisis del interés público brasileño y el de otros miembros de la OMC, a decir, la Unión Europea y Canadá. La tercera sección aborda algunos ejemplos de los análisis realizados por el órgano administrativo brasileño competente. Y, por último, la conclusión expresa las consideraciones finales respecto al análisis del interés público en las investigaciones de medidas correctivas realizadas en Brasil.

II. ANÁLISIS DEL INTERÉS PÚBLICO EN BRASIL

En general, el DECOM lleva a cabo las investigaciones y emite un resolución en el cual recomienda o no la imposición de medidas correctivas. Sin embargo, a pesar de la opinión técnica del DECOM, la CAMEX puede optar por la suspensión o modificación de la medida por razones de interés público. En esta sección se abordarán los preceptos legales para el análisis del interés público, los aspectos procedimentales de este dicho análisis y los temas que considerados como interés público.

A. BASE LEGAL

En el ámbito multilateral, los acuerdos de la OMC relacionados con las medidas correctivas no prevén reglas específicas sobre el análisis del interés público en el ámbito de

petencia correspondía al Ministerio de Hacienda, Industria, Comercio y Turismo- el cambio vino con el Decreto No. 3756/2001, sustituido por el Decreto No. 3981/2001. La competencia actual de CAMEX se determina en el Decreto No. 4732/2003)

⁸ Para mayor información sobre el DECOM consulte: <<http://mdic.gov.br//sitio/interna/interna.php?area=5&menu=228>>.

⁹ HEES, Felipe; VALLE, Marília Castañon Penha (org.). *Dumping, Subvenciones and Salvaguardias: análisis de los aspectos técnicos de los instrumentos de medidas de defensa comercial. (Dumping, Subvenciones y Salvaguardias: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defensa comercial)*. São Paulo: Editora Singular, 2012; BARRAL, Welber. *Dumping y comercio internacional: La regulación antidumping después de la Ronda de Uruguay (Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

dichas investigaciones¹⁰. De hecho, el Acuerdo sobre Salvaguardias es el único que hace referencia explícita al tema.¹¹ El Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias mencionan que los usuarios industriales y organizaciones de consumidores tienen la oportunidad de facilitar cualquier información que sea relevante en relación con los elementos necesarios para la aplicación de la medida correctiva en cuestión.¹² Además, estos acuerdos establecen que:

Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros, que el derecho sea inferior a la cuantía total de la subvención si ese derecho inferior basta para eliminar el daño de la rama de producción nacional.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias va más allá al señalar que es deseable que se establezcan procedimientos para que las autoridades tomen en cuenta las presentaciones realizadas por las partes nacionales interesadas, cuyos intereses podrían verse afectados por la imposición de una cuota compensatoria.¹³ La parte relevante de esta disposición es que la nota 50 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias aclara que para efectos de este párrafo, la expresión “partes nacionales interesadas” incluirá a los consumidores y los usuarios industriales del producto importado objeto de investigación. En otras palabras, aunque los Acuerdos de la OMC relacionados con medidas correctivas no cuentan con un mandato claro sobre

¹⁰ A pesar de la ausencia de dichas reglas en los acuerdos vigentes, durante la historia de la negociación se discutieron diversas propuestas con el fin de incluir una cláusula de Interés Público. Ver CORDOVI, Leonor. Antidumping: interés público y proteccionismo en el comercio internacional (Antidumping: interesse público e proteccionismo no comércio internacional). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.56-73, 2012; y STEWART, T. (editor). *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986 – 1992)*. Vol. II: Commentario, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, pp. 1689 – 1690, [en KOTSIUBSKA, Viktoriia. *Public Interest Consideration in Domestic and International Antidumping Disciplines*. MILE 11 Tesis, Septiembre 2011, p. 12];

¹¹ Artículo 3 - Investigación.

1. Un miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia después de una investigación realizada por las autoridades competentes de ese Miembro con arreglo a un procedimiento previamente establecido y hecho público en consonancia con el artículo X del GATT 1994. **Dicha investigación comportará un aviso público razonable a todas las partes interesadas, así como audiencias públicas u otros medios apropiados en que los importadores, exportadores y demás partes interesadas puedan presentar pruebas y exponer sus opiniones y tengan la oportunidad de responder a las comunicaciones de otras partes y de presentar sus opiniones, entre otras cosas, sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público.** Las autoridades competentes publicarán un informe en el que se anuncien las constataciones y las conclusiones fundamentadas a que hayan llegado sobre todas las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho. (énfasis añadido)

¹² Ver Artículo 6.12 del Acuerdo Antidumping y el Artículo 12.10 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

¹³ Ver Artículo 9.1 del Acuerdo Antidumping y el Artículo 19.2 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

análisis del interés público, sí cuentan con indicaciones particulares de que un equilibrio debe ser perseguido por las autoridades que impongan las medidas correctivas.

Los acuerdos de la OMC, incluidos aquellos relacionados con medidas correctivas, fueron incorporados en la legislación de Brasil¹⁴ mediante los decretos No. 30/1994 y No. 1355/1944. Adicionalmente, el Decreto No. 1602/1995 regula el procedimiento administrativo de la investigación, así como la aplicación de medidas antidumping;¹⁵ el Decreto No. 1751/1995 establece normas similares para subvenciones y cuotas compensatorias y; por último el Decreto No. 1488/1995 (en conjunto con las modificaciones proporcionadas mediante el Decreto No. 1936/1996) regula la investigación y aplicación de salvaguardias.

En contraste con el escenario multilateral, los decretos brasileños¹⁶ relacionados con las medidas antidumping y compensatorias contienen disposiciones que reconocen que en circunstancias excepcionales, aun cuando todos los elementos necesarios para la aplicación de la medida se encuentren presentes, el gobierno puede decidir por la suspensión o modificación del monto de dicha medida a la luz del interés nacional (interés público).¹⁷

Hasta el 2012, el análisis del interés público era una discusión política tomada sólo en Grupo Técnico de Defensa Comercial (*Grupo Técnico de Defesa Comercial – GTDC*) en el ámbito de la CAMEX. El GTDC fue creado en 2001¹⁸ y de manera similar a la CAMEX, está compuesto por una representación de 7 Ministerios Brasileños.¹⁹

¹⁴ Brasil adopta la teoría dualista con respecto a la exigibilidad y efectividad del derecho internacional en el territorio nacional.

¹⁵ El Decreto 8058 /2013 fue publicado a finales de julio, revocando el Decreto 1602/1995 a partir de octubre de 2013. El Nuevo Decreto establece de manera más específica y detallada las normas para el procedimiento antidumping, incluido el mandato para el Consejo de Ministros de la CAMEX para suspender, no aplicar o suspender la asignación de precios en razón de interés público (ver artículo 3).

¹⁶ Decreto No. 1602/1995 (Antidumping), artículo 64, §3º; Decreto No. 1751/1995 (Subvenciones y Medidas Compensatorias), Artículo 73, §3º; Decreto No. 1488/1995

¹⁷ Para efectos de este artículo, el autor debe considerar “interés nacional” e “interés público” como sinónimos. Algunos comentaristas concuerdan que la terminología “interés nacional” se refiere a aspectos relacionados a la seguridad nacional, mientras que “interés público” hace referencia a las consecuencias económicas de la medida (HEES, Felipe. Interés Público y la aplicación de medidas antidumping en Brasil (Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil). *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Ano XXVII, n. 114, janeiro/março de 2013, p. 6). Otros comentaristas apuntan a la existencia de diferentes terminologías (CORDOVIL, Leonor. *Op. Cit.* 2012, p. 26).

¹⁸ El GTDC fue creado por medio de la Resolución de CAMEX no. 9/2001, la cual fue sustituida por la Resolución No. 30/2006 y finalmente por la Resolución de CAMEX No. 82/2011.

¹⁹ Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC), Ministerio de Relaciones Exteriores (Ministério das Relações Exteriores), Casa Civil de la Presidencia del Ministerio de la República (Casa Civil da Presidência da República), Ministerio de Hacienda (Ministério da Fazenda), Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) and Ministerio de Desarrollo Agrario (Ministério do Desenvolvimento Agrário).

Con el propósito de formalizar el análisis del interés público, Brasil creó el Grupo Técnico de Análisis de Interés Público (GTIP), en el marco de la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE) del Ministerio de Hacienda.²⁰ El GTIP se compone por representantes de los mismos Ministerios presentes en la CAMEX y ellos son responsables de analizar la suspensión, modificación o revocación (no-aplicación, en caso de que la investigación siga en curso) de las medidas antidumping definitivas y medidas compensatorias,²¹ en razón de interés público.

B. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

El análisis del interés público del GTIP es adicional a la investigación de medidas correctivas. Si la investigación sigue en curso, la conclusión del análisis del GTIP sólo llegará a la CAMEX después de que el DECOM termine su análisis técnico y emita un informe final. En general, una vez que el procedimiento del análisis del interés público es registrado, la GTIP tiene 4 meses para presentar sus conclusiones al Comité Ejecutivo de la CAMEX (GECEX) y posteriormente al Consejo de Ministros de la CAMEX. El Consejo es el órgano administrativo responsable de tomar la decisión final del asunto. La suspensión, modificación o revocación (no-aplicación) en razón de interés público es publicada a través de una resolución de la CAMEX.²²

La petición para la suspensión, modificación o revocación (no-aplicación) en razón de interés público puede ser formulada por cualquier parte interesada (compañía o entidad representativa), cualquier Miembro del GTIP o cualquier cuerpo administrativo gubernamental. No obstante, las solicitudes deben seguir un formato específico que requiere información sobre el producto/cadena afecto por la medida correctiva (aunque no sea objeto de la medida de manera directa), las condiciones específicas del mercado del producto objeto de la medida correctiva (producción nacional, principales productores nacionales, estructura de la producción, importaciones, exportaciones, costos, etc.), las condiciones de compra del producto objeto de la medida (impuestos aplicables, acuerdos comerciales preferenciales, barreras no arancelarias y costos de importación) y el historial de precios del producto, ambos nacional e internacionalmente.²³

Hasta aquí, el GTIP aún no ha establecido normas procedimentales específicas, por ejemplo, el plazo para presentar escritos de reclamación y sus respectivas respuestas, el acceso a los expedientes presentados, el trato confidencial, la publicación de la nota téc-

²⁰ El GTIP fue creado mediante la Resolución de CAMEX No. 13/2012 (con las modificaciones realizadas por la Resolución de CAMEX No. 38/2012).

²¹ Es importante señalar que el análisis del interés público para las salvaguardias sigue sin ser formalizado. El mandato del GTIP no incluye el análisis del interés público en medidas de salvaguardia.

²² Ver artículos 7 y 8 de la Resolución de CAMEX No. 13/2012.

²³ Ver Resolución de CAMEX No. 50/2012.

nica del GTIP a las partes interesadas, audiencias y otras. Sin embargo, el debate en esta área ha ido progresando.²⁴

C. TEMAS ABORDADOS COMO DE INTERÉS PÚBLICO

Las regulaciones brasileñas relacionadas con el análisis de interés público no indican de manera clara los temas que serán abordados como interés público. De hecho, no definen claramente el interés público.

Finger y Slate sugieren que el interés público debe ser considerado como la suma de todos los intereses particulares afectados. Esto es, el impacto de las prácticas desleales debe ser cuantificado en la misma medida que los efectos de las restricciones o cargas impuestas en todos los otros intereses nacionales por medio de una medida correctiva.²⁵

Las medidas comerciales correctivas están destinadas a compensar el daño sufrido por la producción nacional de un país importador. Sin embargo, dentro del contexto nacional, estas medidas tienen un efecto extensivo a otros sectores y partes. En realidad, tienen un efecto negativo en usuarios intermediarios (usuarios industriales) y consumidores del producto objeto de la investigación, en la competencia, los servicios al por mayor y al por menor, en la asignación de recursos, en la compra y en las decisiones de consumo y en el flujo comercial entre los países importadores y exportadores. En otras palabras, mientras las medidas correctivas están dirigidas a la industria nacional, los costos de estas medidas son soportados por el resto de la economía.²⁶ Económicamente hablando, cuando las medidas comerciales correctivas o cualquier otra restricción comercial son impuestas, hay un incremento (ganancia) en el superávit de la industria nacional y del gobierno, pero una disminución (pérdida) en el excedente de los consumidores. En ciertos casos tal como el de Brasil, un país que tiene influencia mínima en el precio mundial en la gran mayoría (si

²⁴ Ver MACERA, Andrea Pereira. La interacción entre antimonopolio y antidumping: problema o solución (A Interação entre Antitruste e Antidumping: problema ou solução?), SEAE/MF Documento de trabajo (Documento de Trabalho) No. 36/2006, MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão; GALVÃO, Leticia Andreoli. Interés Público: Criterios para la consideración de los procedimientos antidumping (Interesse Público: Critérios Para Consideração Em Processos De Investigação Antidumping), SEAE/MF Documento de trabajo (Documento de Trabalho) No. 44/2006 y Boletín de la Confederación Nacional Brasileña de la Industria, Observatorio de Medidas comerciales correctivas, año 1, Número 1, agosto 2012 (disponible en <<http://www.cinpr.org.br/uploadAddress/Observatorio%20Agosto%202012%5B36739%5D.pdf>>, [07/28/13]).

²⁵ FINGER, J. Michael; ZLATE, Andrei. Antidumping: perspectivas de la disciplina a partir de las negociaciones de Doha. Colegio de Boston: Documentos de trabajo en Economía. 632, Noviembre 2005, p.18. Disponible en <<http://fmwww.bc.edu/ec-p/wp632.pdf>, 02/07/2013>. Este Autor hace referencia a medida antidumping; sin embargo, se considera que el razonamiento se aplica de la misma manera a las medidas correctivas en general.

²⁶ Véase el documento sobre “Interés Público” TN/RL/W/174/Rev.1, p.1

no es que en todos) de los productos,²⁷ la aplicación de medidas correctivas dará lugar a la pérdida de bienestar económico.²⁸

En este sentido, Aradhana Aggawal sugiere que el análisis del interés público es (i) un medio de alcanzar justicia socio-económica para las partes afectadas negativamente por las medidas correctivas. (Esto es, un medio para equilibrar los intereses de los productores con los de los consumidores (intermediarios o finales); (ii) un método para garantizar que las autoridades consideren las medidas correctivas en un contexto más amplio, tomando en cuenta no sólo los intereses de la industria nacional que busca la mitigación, sino también los costos que tiene la intervención gubernamental en la economía nacional en su totalidad -en otras palabras, existe un argumento de bienestar económico que exige una ganancia neta por la aplicación de medidas correctivas; y (iii) un medio para imponer limitantes en la imposición de las medidas correctivas al permitir a diferentes interesados afectar el resultado de una investigación sobre medidas comerciales correctivas.²⁹

Leonor Cordovil sucintamente explica el concepto del interés público en la misma línea. Esta autora afirma que el interés público es la justificación a la no-aplicación de las medidas comerciales correctivas, cuando se entiende que los beneficios creados por estas medidas a la industria nacional son menores a los costos generados a las partes afectadas de manera adversa (a decir: consumidores, usuarios industriales, importadores, la sociedad en general).³⁰

Felipe Hees, director del DECOM (autoridad brasileña responsable de llevar a cabo las investigaciones de medidas de defensa comercial), afirma que el análisis del interés público mezcla dos universos de intereses inevitablemente en conflicto. Por un lado, es del interés de la industria nacional la imposición de medidas correctivas a fin de prevenir las prácticas desleales. Por el otro lado, el resto de la economía y los consumidores enfrentarán los efectos de las medidas, en la mayor parte de los casos a través del incremento de precios.³¹ Aun así, Felipe Hees concluye adicionalmente que referirse sólo a temas específicos, tales como los efectos de las medidas correctivas en la competencia, dentro del análisis del interés público, en última instancia descartaría la aplicación de estas medidas.

²⁷ La participación en el comercio mundial de mercancías entre los exportadores de Brasil es del 1.7% y entre los importadores es de 1.6%, excluyendo el comercio intra-EU. Los 3 principales exportadores son la Unión Europea (14.7%), China (13.9%) y Los Estados Unidos (10.5%) y los 3 principales importadores son los Estados Unidos (15.6%), la Unión Europea (15.4%) y China (12.2%). Ver <http://www.wto.org/english/news_e/pres13_e/pr688_e.htm>, 07/02/13.

²⁸ FEENSTRA, R.; TAYLOR, A. *International Economics*. Capítulo 9 – Import Tariffs and Quotas under imperfect competition. Editorial Worth, 2008, p. 343-348.

²⁹ AGGARWAL, Aradhana. *The WTO Antidumping Agreement: possible reform through the inclusion of a public interest clause*. Consejo Indio de investigación sobre las Relaciones Económicas Internacionales (ICRIER): Documento de trabajo n.142, Septiembre 2004, p. 5-6. Disponible en: <<http://www.icrier.org/pdf/wp142.pdf>>, 07/02/13. Este autor se refiere a las medidas antidumping, sin embargo, se cree que la misma reflexión es aplicable a las demás medidas correctivas.

³⁰ CORDOVIL, Leonor. Op. Cit. 2012, p. 55-56. Traducción libre.

³¹ HEES, Felipe. Op. Cit. 2013, p. 5.

Dado que difícilmente sea este el caso, resumir el análisis del interés público a los aspectos de competencia no sería suficiente y daría lugar a un debate insuperable.

Basado en las reglamentaciones del GTIP, Brasil parece haberse aproximado hacia un enfoque que permita un análisis profundo del interés público que incluya la competencia y otros importantes aspectos económicos. A la luz de la forma específica para solicitar un análisis del interés público, Andrea Pereira Macera, coordinadora de la SEAE-MF y actual secretaria del GTIP reconoce que:

Inicialmente, existe cierta preocupación en identificar las etapas en la cadena de producción supuestamente afectada por la medida correctiva, así como la definición de las condiciones del mercado. Además se requiere información que permita la evaluación de la accesibilidad al producto objeto de la medida, es decir, si existen productos similares o sustituibles de orígenes no investigados y en caso de que existan, si hay costos adicionales por concepto de importación. Finalmente, se requiere información relacionada con el precio, el cual permite el análisis de su evolución así como el nexo causal con la medida adoptada.³²

Por último, cabe mencionar que, aunque no es obligatorio como en otros países, el análisis del interés público en Brasil parece buscar un equilibrio entre los intereses nacionales afectados por las medidas y se encuentra en consonancia con la propuesta de los Amigos de las Negociaciones Antidumping (FANs),³³ un grupo de Miembros de la OMC que incluye a Brasil, que busca que la aplicación de medidas correctivas tenga una adecuada consideración de los temas de interés público. De hecho, diversas propuestas han sido sometidas ante la OMC con temas relacionados con el análisis del interés público alrededor de la aplicación de medidas correctivas.

En 2002, los FANs propusieron que el Acuerdo Antidumping (i) fortaleciera las reglas de modo que estas aseguraran que la información relevante relacionada con el interés público fuera tomada en cuenta de una manera más substancial y (ii) discutiera los casos en los que las autoridades debieran tomar en cuenta los intereses de otros sectores económicos afectados por la medida antidumping. Esta comunicación fue la primera en sugerir la implementación de disposiciones relacionadas con el interés público en el Acuerdo Antidumping.³⁴ La Unión Europea siguió la iniciativa y emitió una recomendación en

³² MACERA, Andrea Pereira. Interés Público y Medidas de Defensa Comercial: consideraciones generales (Interesse público e defesa comercial: considerações gerais). Revista Brasileira de Comércio Exterior, año XXVII, n. 114, enero/marzo de 2013, p. 19.

³³ Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong (China), Israel, Japón, Corea, México, Noruega, Singapur, Suiza, Tailandia y Turquía. El grupo más tarde incorporó a otros Miembros de la OMC.

³⁴ Ver: Antidumping. Principales Cuestiones Ilustrativas TN/RL/W/6. Antes de esto, Canadá ya había remarcado que entre otros temas, el interés público sería una de las áreas que se verían mayormente beneficiadas por las mejoras y aclaraciones a las reglas que rigen las investigaciones antidumping y subvenciones y la aplicación de dichas medidas

2002,³⁵ que versaba sobre el establecimiento de un test de interés público (en términos de un examen de impacto en los operadores económicos) como una condición adicional antes de que las medidas puedan ser impuestas. También, en 2003, Canadá identificó el interés público como un tema que podría ser negociado de modo que ampliara la efectividad de legitimación de las medidas antidumping y limitara la, en ocasiones no garantizada, aplicación de dichas medidas:

En la visión de Canadá, los esfuerzos por mejorar el Acuerdo Antidumping deberían incluir el examen de los efectos no-intencionales de las acciones antidumping, así como los esfuerzos por fortalecer las disposiciones existentes en el Acuerdo de modo que se consideren las consecuencias de las cuotas antidumping en su totalidad en relación con las preocupaciones económicas, comerciales y de competencia.³⁶

En 2005, once Miembros (Chile, Costa Rica, China, Israel, Japón, Corea, Noruega, Singapur, Suiza, Taiwán – Penghu, Kinmen y Matsu - y Tailandia) presentaron una comunicación³⁷ al Grupo de Negociación sobre las Normas proponiendo un marco de cuatro elementos: una disposición sobre interés, público, factores mínimos que han de tomarse en consideración, derecho del público interesado a presentar información y transparencia. Más tarde ese mismo año, este mismo grupo (con excepción de Chile y Costa Rica) presentaron una comunicación que extendía sus sugerencias realizadas en el contexto del Grupo en relación con la inclusión de una disposición sobre interés público en el Acuerdo Antidumping. Esta disposición forzaría a las autoridades a “brindar a las personas que puedan resultar afectadas por la medida plena oportunidad de hacer observaciones sobre la cuestión”. En relación con los posibles temas para formular observaciones, los Miembros subrayan:

(i) Los costos para los usuarios industriales, los consumidores, los importadores, los mayoristas y los minoristas del producto considerado; (ii) la competencia en el mercado del producto considerado en el Miembro importador; (iii) las posibilidades de los usuarios industriales y consumidores de elección u obtención de productos similares a precios competitivos; y (iv) la rentabilidad y la competitividad de los usuarios industriales, los importadores, los mayoristas y los minoristas del producto considerado; entre otras.³⁸

³⁵ Ver Comunicación de las Comunidades Europeas relacionada con El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping), TN/RL/W/13.

³⁶ Ver Comunicación de Canadá relacionada con El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping), TN/RL/W/13.

³⁷ Ver Interés Público, TN/RL/W/174/Rev.1.

³⁸ Ver posterior comunicación sobre Interés Público, TN/RL/GEN/53. En 2006, China y Taiwán realizaron una actualización a las propuestas realizadas en TN/RL/GEN/53. Para esta comunicación ver Efectos Económicos en las Medidas Antidumping, TN/RL/GEN/142.

Aún en 2005, China y Canadá también presentaron sus preocupaciones al Grupo de Negociación sobre las Normas. China expresó que un análisis del interés público debía encontrarse en concordancia con las disposiciones existentes del Acuerdo Antidumping; sin embargo resaltó que el análisis debía enfocarse únicamente en los efectos económicos de las medidas. China mencionó que los efectos no-económicos debían tratarse en otras disposiciones de la OMC (como el artículo XX o XXI del GATT). Canadá en cambio, presentó una comunicación relacionada con los principios guía para un análisis de interés público más efectivo, así como una propuesta de texto para modificar el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. De acuerdo con Canadá, el interés público es vital para el contexto de medidas correctivas y se debería brindar la oportunidad a las personas relevantes de realizar observaciones en relación con la imposición de dichas medidas tan pronto como sea posible que realicen comentarios útiles. Canadá considera que:

Las posibles nuevas obligaciones sobre el interés público [deben] conceder flexibilidad suficiente en cuanto al método de su aplicación para tener en cuenta los distintos enfoques de los Miembros respecto a esta cuestión y los ordenamientos jurídicos nacionales de los Miembros; y que se reconozca que las decisiones relativas al interés público nacional, como prerrogativa soberana de cada Miembro, están fuera del alcance del procedimiento de solución de diferencias de la OMC.³⁹

Jamaica comparte un punto de vista similar pero realiza más reservas, de acuerdo con su comunicación realizada en 2005,

La incorporación de un componente relacionado con el interés público en el Acuerdo Antidumping no debería traducirse automáticamente en el requisito de que las autoridades investigadoras se abstengan de imponer un derecho antidumping cuando la investigación revele que la imposición de una medida no es acorde con el interés económico nacional.⁴⁰

En una visión más extrema, Sudáfrica disiente con las comunicaciones mencionadas. En 2006, Sudáfrica presenta una comunicación⁴¹ donde reconoce la importancia de incluir una disposición en el Acuerdo Antidumping; sin embargo Sudáfrica opina que este asunto es sobre todo una cuestión nacional que es mejor abordarla a través de la legislación nacional.

En 2008, Colombia, China, Israel, Japón, Noruega, Singapur, Suiza, Taiwán y Tailandia presentaron sus comentarios al texto circulado por el Presidente del Grupo de Negociación sobre las Normas. Los Miembros sugirieron algunas modificaciones a la

³⁹ Ver Interés Público, TN/RL/GEN/85.

⁴⁰ Ver Comentarios de Jamaica a las Propuestas del Grupo de Negociación sobre Normas (Antidumping y Subvenciones y Medidas Compensatorias, incluyendo Subvenciones a Pesquerías)

⁴¹ Ver propuestas en Asuntos Relacionados al Acuerdo Antidumping, TN/RL/GEN/137.

disposición sobre interés público, principalmente con el propósito de otorgar claridad al texto y la inclusión de temas discutidos en reuniones anteriores.⁴²

En suma, desde una perspectiva internacional, las propuestas y comunicaciones presentadas a la OMC en relación con la existencia de disposiciones sobre Interés Público en el Acuerdo Antidumping o en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, se revela una creciente preocupación por este tema. Como tendencia, las discusiones en la OMC demuestran la clara idea de garantizar que los países que están considerando la implementación de medidas correctivas, balanceen los beneficios del asunto de antemano y que escuchen a los distintos segmentos de su industria nacional. El derecho para todas las áreas relevantes de la sociedad de opinar sobre la implementación de medidas antidumping y compensatorias ha sido acordado por casi todos los Miembros; sin embargo aún existe la controversia en relación a qué tanto deben regular los Acuerdos de la OMC sobre este asunto o si es preferible dejarlo en manos de las autoridades nacionales.

III. COMPARACIÓN CON OTROS MIEMBROS DE LA OMC

Un análisis formal del interés público en el contexto de medidas correctivas no es común. Además de Brasil, solo pocos miembros del OMC llevan a cabo un análisis del interés público, cada uno de ellos de manera particular.⁴³

Esta sección está dedicada a examinar el análisis del interés público practicado por la Unión Europea y Canadá, dos países con un espacio concreto para un debate de este tipo.⁴⁴

A. UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea, las regulaciones sobre medidas antidumping y compensatorias contienen disposiciones específicas acerca del análisis del interés público⁴⁵ de la Comuni-

⁴² Ver Interés Público, TN/RL/W/222.

⁴³ Para mayor información en el análisis del Interés Público en algunos miembros de la OMC consulte MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão; GALVÃO, Leticia Andreoli. Op. Cit. 2006; CORDOVIL, Leonor. Op. Cit. 2012; WELLHAUSEN, Marc. *The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union*. American University International Law Review, Volumen 16, Número 4, 2001.

⁴⁴ Cabe señalar que los exámenes realizados sobre la Unión Europea y Canadá en esta sección no pretenden sugerir que son los únicos sistemas que realizan el análisis del interés público, ni que estas son las mejores formas de realizar este tipo de análisis.

⁴⁵ Ver el artículo 21 del Reglamento de Consejo No. 1225/09 (Antidumping) y artículo 31 del Reglamento del Consejo No. 597/09 (Medidas Compensatorias). Los reglamentos se adoptaron inicialmente en 1995 (Reglamento del Consejo No. 384/96 y 2026/97) siguiendo la conclusión de la Ronda Uruguay. Debido a las diversas enmiendas realizadas al reglamento desde entonces, el Consejo decidió en 2009, codificar las regulaciones en

dad.⁴⁶ En contraste, la regulación de las salvaguardias menciona este interés en diversas ocasiones a lo largo de sus disposiciones; aun así, no existe un artículo específico que trate con este tema de manera exclusiva.⁴⁷

En resumen y basado en las regulaciones de medidas antidumping y medidas compensatorias, el análisis del interés Comunitario, considera los diferentes intereses en conjunto, incluyendo los de la industria nacional, usuarios y consumidores. Después de la apropiada consideración de toda la información presentada, las medidas comerciales correctivas (medidas antidumping y compensatorias) podrían no ser aplicadas si las autoridades pueden concluir claramente, que no es del interés de la Comunidad su aplicación.

En la notificación de iniciación, se establece un plazo para que las partes interesadas presenten sus argumentos a la Comisión Europea relacionados con el interés Comunitario. Estas partes son consideradas como los reclamantes, los importadores y sus asociaciones representativas, los usuarios representativos y las organizaciones de consumidores representativas. Toda la información entregada se pone a disposición de las otras partes para su consulta y posible respuesta.⁴⁸ Dentro plazo señalado, las partes también pueden solicitar audiencia, cuando se justifique debidamente basado en el interés Comunitario.⁴⁹

La Comisión Europea es responsable de analizar la información entregada y de emitir una opinión técnica sobre el asunto, el cual debe ser sometido a la apreciación de los Comités Consultivos. La discusión realizada en el marco de los Comités Consultivos en relación con el Interés Comunitario, debe ser considerada por la Comisión Europea para su decisión final en la aplicación o no de medidas comerciales correctivas. (Medidas antidumping y compensatorias).⁵⁰

Finalmente, esta resolución definitiva debe hacerse pública, al prolongar en lo posible, las consideraciones de las autoridades en cuanto al interés de la comunidad.⁵¹

En pocas ocasiones las medidas antidumping y compensatorias han sido modificadas o no han sido impuestas debido al interés de la Comunidad. En otras palabras, dicha

favor de la claridad y racionalidad.

⁴⁶ La Unión Europea se encontraba formalmente establecida por el Tratado de Maastricht de 1993. Antes de eso, sin embargo, la Unión Aduanera era referida como Comunidad Económica Europea (CEE, Tratado de Roma de 1957) y posteriormente como Comunidad Europea (CE, Acuerdo Merger, 1967). Debido a que las regulaciones sobre defensa comercial están basadas en regulaciones creadas con anterioridad al establecimiento de la Unión Europea, las regulaciones actuales con frecuencia se refieren al interés de la Comunidad, como el interés de la Unión.

⁴⁷ Ver párrafo 11 del preámbulo y artículos 11, 16, 17 y 23 del Reglamento del Consejo No. 260/09.

⁴⁸ Ver el artículo 21.2 del Reglamento de Consejo No. 1225/09 (Antidumping) y el artículo 31.2 del Reglamento de Consejo No. 597/09 (Medidas Compensatorias).

⁴⁹ Ver el artículo 21.3 del Reglamento de Consejo No. 1225/09 (Antidumping) y el Artículo 31.3 del Reglamento de Consejo No. 597/09 (Medidas Compensatorias).

⁵⁰ Ver el artículo 21.5 del Reglamento de Consejo No. 384/96 (Antidumping) y el artículo 31.5 del Reglamento de Consejo No. 2026/97 (Medidas Compensatorias).

⁵¹ Ver artículo 21.6 del Reglamento del Consejo No. 384/96 (Antidumping) y el artículo 31.6 del Reglamento de Consejo No. 2026/97 (Medidas Compensatorias).

no-imposición o modificación basada en el análisis del interés público parece ser una excepción a la regla.⁵²

Es importante recalcar que la Comisión Europea recientemente ha propuesto una serie de modificaciones a fin de modernizar los instrumentos de defensa comercial de la Unión Europea, incluyendo propuestas legislativas y no-legislativas. Entre los cambios se encuentran, las disposiciones en el Reglamento del Consejo No. 1225/09 (Antidumping) y el Reglamento del Consejo No. 597/09 (Medidas Compensatorias) en relación a que el Interés Comunitario debe ser modificado de modo que sean considerados como Partes Interesadas todos los productores de la Unión Europea y no sólo los reclamantes que hayan llenado la solicitud de defensa comercial.⁵³ Aunado a esto, se esperan nuevas guías sobre el test de interés de la Unión (Interés Comunitario).⁵⁴

La propuesta legislativa se encuentra bajo el análisis de las autoridades competentes y puede hacerse efectiva en 2014. Los Documentos de Trabajo que establecen el borrador sobre las directrices, en cambio, deben estar sujetos a la consulta pública, oportunidad que deben aprovechar las entidades para establecer sus puntos de vista dentro de un plazo determinado. Al final de dicho plazo, la Comisión analizará los comentarios y organizará la versión final del borrador de directrices a ser adoptado y publicado por la Comisión.⁵⁵

B. CANADÁ

El análisis del interés público en Canadá parece ser más complejo y detallado.

En oposición a Brasil y la Unión Europea, pero similar a los Estados Unidos por ejemplo, Canadá tiene un doble análisis para investigaciones de medidas correctivas. La Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) es la responsable de analizar el dumping y las subvenciones. Por otro lado el Tribunal Canadiense de Comercio Internacional (CITT) es responsable de examinar el daño, el nexo causal y las solicitudes de salvaguardias.⁵⁶

La Ley de Medidas Especiales de Importación (SIMA) establece que en los casos en los que el CITT determine la existencia de daño proveniente de una investigación de dumping o subvenciones,⁵⁷ el Tribunal debe, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de

⁵² SINNAEVE, Adinda. *The 'Community Interest Test' in Anti-dumping Investigations: Time for Reform?* *Global Trade and Customs Journal*, (2007) 2, número 4, p. 158.

⁵³ Ver <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_150838.pdf>, 08/22/13.

⁵⁴ Ver <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_150837.pdf>, 08/22/13.

⁵⁵ Ver <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-319_en.htm>, 08/22/13.

⁵⁶ Ver <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima-lmsi/brochure-eng.html>> y <http://www.citt.gc.ca/mandate/index_e.asp>

⁵⁷ Al igual que en Brasil, la investigación sobre el interés público en Canadá no abarca las medidas de salvaguardia.

una persona interesada, iniciar una investigación sobre el interés público si tiene bases razonables para considerar que la aplicación de las medidas antidumping o compensatorias, o el monto total de la medida, no podría o no debería ser del interés público canadiense.⁵⁸

De acuerdo con las Directrices de Consulta sobre el Interés Público, los autorizados a entregar una solicitud son cualquier parte de una consulta regular de daño o cualquier otro grupo o persona afectado por el descubrimiento regular del daño. Además, la solicitud debe ser presentada dentro de los 45 días siguientes al descubrimiento del daño.⁵⁹

Si la información proporcionada es suficiente, el CITT notificará el inicio de la investigación del interés público, invitando a todas las partes que recibieron la resolución de consulta del Tribunal en respuesta a la solicitud de la persona interesada, en caso de que así lo deseen. Después del inicio de la investigación, las partes tendrán la oportunidad de presentar sus argumentos (orales y/o escritos) y por regla general se celebra una audiencia pública. El plazo para la investigación del interés público puede variar dependiendo del número de partes involucradas y la complejidad de los argumentos presentados. Además, alrededor de 100 días después del inicio de la investigación, el CITT emitirá un reporte⁶⁰ al ministro de Hacienda recomendando que las medidas no sean impuestas o que las medidas sean reducidas y en qué grado.⁶¹

En oposición a Brasil y la Unión Europea, Canadá cuenta con algunas directrices en los temas a ser considerados como de interés público. Sin importar cualquier factor que el CITT considere relevante, el Anexo 2 de las Directrices para Investigaciones sobre Interés Público señala que el tribunal debe tomar en cuenta los siguientes factores en la investigación del interés público.⁶²

1. Si bienes con la misma descripción se encuentran disponibles provenientes de países o exportadores en los que no es aplicable la orden o el descubrimiento;
2. Si la imposición de cuotas completas tiene o es probable que tenga alguno de los siguientes efectos:
 - (a) disminución substancial de la competencia en el mercado nacional en relación con bienes similares;
 - (b) causa un daño significativo a los productores en Canadá que usa los bienes como insumos en la producción de otros bienes y para la prestación de servicios;
 - (c) menoscaba la competencia de manera significativa mediante la limitación del acceso a:

⁵⁸ SIMA, sección 45(1).

⁵⁹ Las personas interesadas pueden notificar al CITT sus preocupaciones sobre interés público una vez que sea publicado el anuncio del inicio de una investigación de daño. Sin embargo, el Tribunal no espera que asuntos de interés público sean discutidos durante esta investigación. Este análisis se llevará a cabo una vez que ha concluido la investigación del daño. Ver <http://www.citt.gc.ca/publicat/pubint_e.asp> 07/28/2013.

⁶⁰ SIMA sección 45 (4) y (5).

⁶¹ Ver <http://www.citt.gc.ca/publicat/pubint_e.asp> 07/28/2013.

⁶² Ver <http://www.citt.gc.ca/publicat/pubint_e.asp> 07/28/2013.

- (i) bienes usados como insumos en la producción de otros bienes y en la prestación de servicios; o
 - (ii) tecnología,
 - (d) restringe significativamente la elección o disponibilidad de bienes a precios competitivos para los consumidores o de otro modo ocasiona un daño significativo;
3. si una reducción o eliminación de las cuotas antidumping o compensatorias es susceptible de ocasionar daño significativo a los productores de insumos nacionales, incluidas las materias primas utilizadas en la producción de bienes similares; y
 4. cualquier otro factor que sea relevante en dichas circunstancias.

Parecido a la Unión Europea y a Brasil, como va a ser demostrado en orden, pocas investigaciones del interés público resultaban en revocación o modificación de las medidas antidumping o compensatorias.⁶³

IV. JURISPRUDENCIA SOBRE EL ANÁLISIS DEL INTERÉS PÚBLICO EN BRASIL

El análisis institucionalizado del interés público en Brasil realizado por el GTIP es muy reciente. El mismo GTIP fue creado en febrero de 2012. No obstante, dicho análisis ya ha sido realizado por el GTDC.

En este sentido, con anterioridad a la creación del GTIP hubo numerosos casos de antidumping donde el interés público jugó un papel importante. De hecho, desde 1998 a 2011, 12 medidas antidumping fueron revocadas o modificadas en razón de interés público. A continuación se presenta una lista de dichas medidas:⁶⁴

- Carbonato disódico- la medida fue suspendida por tiempo indefinido debido a que ésta afectaría negativamente la industria de vidrio y productos de limpieza, que eran los usuarios del producto investigado (Orden MICT/MF No. 13 de 1998; Orden de SECEX No. 23 de 1998)
- Duraznos en conserva- la medida fue suspendida por el tiempo que el producto se mantuviera en la Lista de Excepciones al Arancel Externo Común del MERCOSUR, debido a que la tarifa arancelaria de 55% ya era considerada

⁶³ Para mayor información sobre los casos de Consulta de Interés Público ver: <http://www.citt.gc.ca/dumping/interest/index_e.asp> 07/28/13.

⁶⁴ Traducción libre de la lista elaborada por la Confederación Nacional Brasileña de la Industria y basada en las resoluciones de CAMEX (ver boletín de la Confederación Nacional Brasileña de la Industria, Observatorio de Medidas Comerciales Correctivas, Año 1, Número 1, agosto 2012 (disponible en <<http://www.cinpr.org.br/uploadAddress/Observatorio%20Agosto%202012%5B36739%5D.pdf>>).

como una protección a la industria nacional (Resolución de CAMEX no. 11 de 2002).

- Llantas nuevas para bicicleta- la medida fue suspendida por tiempo ilimitado porque el daño a la industria nacional tenía la tendencia a ser menor que el daño ocasionado a los intereses del país de expandir las relaciones comerciales con India y China (Resolución de CAMEX No. 02 del 2004).
- Aleaciones de Fierro (con alto contenido de carbono)- la medida fue suspendida por tiempo ilimitado debido al interés del país de preservar la estabilidad de precios en el sector metalúrgico (Resolución de CAMEX no. 36 de 2004)
- Nitrato de amonio destinado a la industria de la fertilización- la medida fue suspendida por tiempo ilimitado debido al interés del país de preservar la estabilidad del precio del producto, así como la importancia del producto para la industria de la agricultura en Brasil (Resolución de CAMEX no. 71 de 2008)
- Cemento Portland – la medida fue suspendida por tiempo ilimitado para las importaciones realizadas a través de Roraima debido al interés del país en preservar estabilidad del precio del cemento Portland en el Estado de Roraima, (Resolución de CAMEX no. 36 del 2006)
- Calzado- la medida modificó el método de cálculo por razones de interés público, entre ellas, el aumento de la tasa arancelaria para productos afectados por la medida durante la investigación y la intención de reducir la carga para los usuarios con menor poder adquisitivo (Resolución de CAMEX No. 48/2009).
- Neumáticos nuevos para vehículos automotores- la medida fue suspendida por 6 meses debido a la política nacional diseñada para fomentar la compra de vehículos automotores populares a través de la reducción del impuesto interno (IPI) (Resolución de CAMEX No. 49 de 2009).
- Bolígrafos de punta redonda- la medida fue modificada a una cuota *ad rem* (específica) debido a razones de interés público, entre ellas la necesidad de evitar la carga en dicho material escolar contemplado en el Artículo 70, VIII, de la Ley 9.394 de 1996. (Resolución de CAMEX No. 24 de 2010)
- Glifosato- la medida fue modificada debido a razones de interés público, entre ellas la importancia de producto para el mantenimiento del sector agrícola en Brasil. (Resolución de CAMEX No. 41 de 2010)
- Cemento Portland- la medida fue suspendida por tiempo ilimitado para importaciones destinadas a Acre, Amazonas, Roraima y algunas zonas de Pará debido al interés del país en preservar la estabilidad en el precio del cemento Portland en dichos estados (Resolución de CAMEX No.64 de 2010)
- Resina de cloruro de polivinilo- la medida fue modificada a una cuota *ad valorem* debido a la necesidad de restaurar la efectividad de la medida (Resolución de CAMEX No. 66 de 2011).

Posterior a la creación del GTIP y a la fecha,⁶⁵ han sido iniciados formalmente 5 procedimientos y ninguna medida ha sido revocada o modificada aún. Se detalla la lista de procedimientos del GTIP:⁶⁶

- Mantas de Fibra Larga– Procedimiento SEAE/MF 18101.000745/2012-48 y Resolución de CAMEX No. 92, diciembre de 2012 (al tiempo de la iniciación de este procedimiento la forma específica aún no había sido publicada)
- Metileno difenil diisocianato polimérico (MDI) –Resolución de CAMEX No. 50, julio de 2012 (notificación de iniciación), Procedimiento SEAE/MF 18101.000349/2012-11 y Resolución de CAMEX No. 28, abril de 2013 (notificación de terminación)
- Papel estucado ligero (LWC) – Resolución de CAMEX No. 50, julio de 2012 (notificación de iniciación), Procedimiento SEAE/MF 18101.000362/2012-70 y Resolución de CAMEX No. 29, abril de 2013 (notificación de terminación)
- Productos laminados de acero inoxidable – Resolución de CAMEX No. 58, julio de 2013 (notificación de iniciación) y Procedimiento SEAE/MF 18101.000334/2013-33 (procedimiento en curso).

Desafortunadamente no es posible realizar una comparación entre la eficiencia de los sistemas previos y actuales dado que ningún procedimiento particular fue establecido para el anterior análisis del interés público. En otras palabras, la comparación no es viable ya que no es posible saber cuántas solicitudes fueron negadas por GTDC y sobre qué bases. Sin embargo, se considera que el sistema actual constituye una mejora substancial al análisis del interés público en Brasil, no solo en la sustancia material de los casos sino también en aspectos procedimentales.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis del interés público en Brasil se ha desarrollado considerablemente con la creación del GTIP. Similar a otros miembros de la OMC como la Unión Europea y Canadá, Brasil parece otorgar mayor espacio a los análisis del interés público dentro del contexto de medidas correctivas.

Además, aun cuando ninguna de las medidas aplicables de Brasil delimita los temas considerados como interés público, la información requerida en la forma para solicitar el registro de análisis del GTIP indica que esta evaluación debería enfocarse en los efectos económicos de una medida correctiva (medidas antidumping y compensatorias).

⁶⁵ Julio de 2013.

⁶⁶ Lista elaborada con base en las Resoluciones de CAMEX.

A pesar de su poco tiempo de existencia, el GTIP ha conducido importantes análisis del interés público y las partes involucradas en procesos de medidas correctivas gradualmente han tomado conciencia sobre este mecanismo.

Como síntesis, se considera que el análisis del interés público es y continuará siendo una herramienta esencial para balancear los beneficios de la industria nacional y la carga a otras entidades particulares afectadas por las medidas antidumping y compensatorias.

EMPRENDIMIENTO SOCIAL: UNIENDO INVERSIÓN DE IMPACTO, FACILITACIÓN COMERCIAL Y REFORMA REGULATORIA

Eduardo Márquez Certucha*

Resumen. La evolución social y económica del mundo ha venido a reconocer que los límites entre el sector privado, los gobiernos y las organizaciones sin ánimo de lucro se están comenzando a empalmar. En este contexto, el empresario social ha encontrado en la Inversión de Impacto (inversiones hechas con la intención de generar un impacto social) un nuevo activo de inversión que podría ser la clave del equilibrio en los proyectos sociales entre las inversiones públicas y las privadas. Este artículo mostrará la necesidad de una aproximación holística entre la inversión de impacto y las reformas regulatorias con el propósito de proveer el clima propicio de inversión para que los empresarios sociales alcancen sus metas de desarrollo, obteniendo al mismo tiempo las ganancias necesarias a través de un modelo de negocios exitoso. La primera parte del artículo traza el panorama de la naturaleza, los retos y la evolución de la industria de la inversión de impacto. La segunda parte analiza la manera en que el clima de inversión de un país afecta la percepción del inversionista. La tercera parte del artículo propone el uso de Bonos de Impacto Social como un mecanismo para despertar el interés de los gobiernos, organizaciones no lucrativas y del sector privado en proyectos de impacto social.

Palabras Clave: Derecho Económico; Comercio; Facilitación Comercial; Inversión de Impacto; Emprendimiento Social; Bonos de Impacto Social; Reforma; Reformas Empresariales; Clima de Inversión; Proyectos Sociales; Desarrollo.

* Asociado Externo en la oficina en Dallas de Haynes and Boone, Maestría con honores en Derecho de Negocios Internacionales y Derecho Económico, Georgetown University Law Center, Licenciatura en Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

‡ Traducción de Luis Monterrosa Valdez

Hemos enfocado nuestra creatividad en hacer dinero – y lo hemos hecho como si fuera el único juego del mundo. No lo es. Existe un juego aún más excitante (ser empresario social).

MUHAMMAD YUNUS¹

¹ Bornstein, David, “Beyond Profit: A Talk with Muhammad Yunus”, The New York Times, 17 de abril de 2013, disponible en <<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/04/17/beyond-profit-a-talk-with-muhammad-yunus/>>.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución social y económica del mundo ha venido a reconocer que los límites entre el sector privado, los gobiernos y las organizaciones sin ánimo de lucro se han comenzando a empalmar.² En la necesidad de resolver los problemas sociales de manera eficiente, y debido a los recursos limitados del sector público y el desarrollo insuficiente de la filantropía, los gobiernos de todas las tendencias ideológicas³ han volteado hacia el sector privado como una alternativa para enfrentar los problemas sociales usando capital privado a gran escala.⁴ Como el papel de estos tres sectores comienza a converger, un nuevo sector ha definido el camino en el que los intereses sociales y económicos van de la mano: el emprendimiento social.⁵

En este contexto, el empresario social intenta proporcionar soluciones basadas en el mercado (*market based*) para reducir la pobreza y mejorar las condiciones sociales de la llamada Base de la Pirámide (BP)⁶ y propone una nueva manera de crear valor compartido⁷ a través de un nuevo modelo de inversión llamado la inversión de impacto.⁸ La inversión de impacto, un término acuñado en 2007,⁹ se refiere a las inversiones hechas con la intención de generar un impacto social junto con los réditos, y en el que el impacto social debe ser medible y cuantificable.¹⁰

² Wolk, Andrew M., “Social Entrepreneurship Government: A new breed of entrepreneurs developing solutions to social problems, U.S. small business administration 2007: The small business economy: A Report to the President”, 2007, p. 156.

³ Goldsmith, Stephen y Eggers, William D., *Governing by Network: The new shape of the public sector*, Editorial Brookings Institution, Estados Unidos, 2004, p. 23.

⁴ Morgan, J.P. *et al*, “Impact Investment: An emerging asset class”, Editorial J.P. Morgan Global Research, Noviembre 29 de 2010, p. 5.

⁵ Wolk, Andrew M., *op. cit.*, nota 2, p. 163.

⁶ La “Base de la Pirámide” describe a un grupo de gente en economías emergentes que ganan menos de USD\$3,000 al año de acuerdo con el *World Resource Institute*.

⁷ Porter, E. y Kramer, Mark R., “Creating Shared Value”, Harvard, Enero-Febrero, 2011, p. 4, “El principio de valor accionario, el cual involucra crear un valor económico en un sentido que también cree un valor para la sociedad al resolver sus necesidades y problemas. Los negocios deben reconectar el éxito de las compañías con el progreso social.”

⁸ Karamachandi, Ashish *et al*, “From Blue Print to Scale, the Case for Philanthropy in Impact Investing, Resumen Ejecutivo, Abril de 2012, p. 1.

⁹ La Fundación Rockefeller, “Accelerating Impact, Achievements, Challenges and What’s next in Building the Impact Investing Industry”, Estados Unidos, Julio de 2012, p. ix.

¹⁰ Como lo define la *Global Impact Investiga Network (GIIN)*, “About impact and investing”, disponible en: <<http://www.thegiin.org/cgi-bin/iowa/resources/about/index.html>>, las inversiones de impacto son “inversiones hechas por las compañías, organizaciones, y fondos con la intención de generar un impacto medible en la sociedad y el ambiente junto con un aumento de capital. Ellas pueden ser hechas tanto en economías emergentes como en las desarrolladas, y se concentran en un rango de ganancias de abajo del mercado hasta la tasa del mercado, depen-

Así como esta industria emergente comienza a desarrollarse, reportes recientes muestran resultados optimistas, tomando en consideración que la inversión de impacto acumuló un total de USD\$8 billones en 2012 y los inversionistas buscan que sea para 2013 un total de USD\$9 billones. Sin embargo, los retos de invertir en un ambiente de la BP significa que debido a la naturaleza filantrópica de los negocios, existe una gran exposición a márgenes bajos y volátiles, donde el mayor reto de este modelo de negocios es, de hecho, probar que es sustentable.¹¹ Así, este artículo demostrará, la importancia de reconocer que el capital de impacto está en sí mismo destinado a fallar si no se unen esfuerzos entre el gobierno, el sector no lucrativo y el sector privado.

Por tanto, el mayor desafío que un empresario social enfrenta hoy en día es el de probar que lo vale. Inversionistas de impacto se han acercado al modelo de emprendimiento social como un modelo de negocios alternativo para resolver problemas sociales. Este artículo mostrará la necesidad de una aproximación holística entre la inversión de impacto y los trabajos de reformas regulatorias con el propósito de proveer el clima propicio para la inversión de empresarios sociales para que alcancen sus metas de desarrollo y al mismo tiempo que obtengan las ganancias necesarias a través de su modelo de negocios. La primera parte del artículo traza el panorama de la naturaleza, los retos y la evolución de la industria de la inversión de impacto. La segunda parte analiza la manera en la que el clima de inversión de un país afecta la percepción del inversionista. La tercera parte del artículo propone el uso de Bonos de Impacto Social como un mecanismo para despertar el interés de los gobiernos, organizaciones no lucrativas y del sector privado como un ejemplo de cómo los gobiernos pueden usar la facilitación comercial como un gancho o *pitch* para los inversionistas de impacto.

II. INVERSIÓN DE IMPACTO

A. CREANDO UN NUEVO ACTIVO DE INVERSIÓN

Aun y cuando el término “inversión de impacto” es relativamente nuevo, la práctica de invertir para generar un impacto social y medioambiental no lo es.¹² En 1948 la *Commonwealth Development Corporation* (CDC) fue creada en el Reino Unido (RU) como la Institución Financiera de Desarrollo (IFD) más antigua del mundo.¹³ La CDC brinda apoyo en la creación de negocios así como en la inversión, comercialmente sustentable,

diendo de las circunstancias.”

¹¹ Karamachandi, Ashish *et al*, *op. cit.*, nota 8, p. 6.

¹² La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. 4.

¹³ CDC, “Who we are”, disponible en: <<http://www.cdcgroup.com/who-we-are.aspx>>.

en África y Asia del sur.¹⁴ De manera similar, en 1956 la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés), la entidad del sector privado impulsada por el Banco Mundial, y la institución de desarrollo más grande que se concentra en el desarrollo del sector privado en países en vías de desarrollo, fue creada con la intención de impulsar el desarrollo, generar empleos y contribuir en las comunidades locales de mercados emergentes.¹⁵ Otros ejemplos en el sector privado incluyen las instituciones financieras como Prudential, quien formalmente estableció un programa de inversión social en 1976 y que ha invertido más de USD\$1 billones desde entonces.¹⁶ También, uno de los más reconocidos y exitosos ejemplos de un negocio social innovador es el Banco Grameen,¹⁷ un líder y pionero mundial en microfinanzas que proporciona servicios financieros a las zonas rurales pobres en Bangladesh.¹⁸ Otro ejemplo relevante es la creación del fondo Acumen en 2001, una entidad no lucrativa que recolecta capital para invertirlo en compañías, líderes e ideas para combatir la pobreza.¹⁹

En este sentido, mientras que estas prácticas, impulsadas por el sector privado y encaminadas a mejorar la sociedad, comenzaron a desarrollarse, los gobiernos alrededor del mundo comenzaron a promulgar legislación que pudiera estimular el crecimiento de estas y otras iniciativas sociales. Como ejemplos de este tipo de legislación y políticas que han motivado el crecimiento de la inversión de impacto están la *Community Reinvestment Act*²⁰ en los Estados Unidos, el Mecanismo del Desarrollo Limpio de Brasil,²¹ la Ley de Microfinanzas de Kenia,²² la *Norma de Responsabilidad Social Corporativa* de Malasia²³ y la Ley de Ahorro y Crédito Popular de México.²⁴ Por lo tanto, con la intención de atraer a los sectores privados y no lucrativos a las inversiones donde los asuntos sociales buscan una solución, los gobiernos han comenzado a desarrollar iniciativas de inversión social como una tendencia en el que el capital público y privado se mezcla. El gobierno del RU ha establecido la *Big Society Capital* como un inversionista de impacto con alrededor de USD\$960 millones;²⁵ en 2012, la *Overseas Private Investment Corporation*, la IFD del gobierno

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Corporación Financiera Internacional (IFC), “The World Bank Group, About IFC”, disponible en: <http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/about+ifc>.

¹⁶ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 4, p. 15.

¹⁷ Hoy en día el 90% del banco está controlado por prestadores del banco y un 10% por el gobierno. Para más información: <http://www.grameen-info.org/index.php?option=com_content&task=view&id=19&Itemid=114>.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Para más información: <<http://acumen.org/about/>>.

²⁰ *Community Reinvestment Act*, título VIII of the *Housing and Community Development Act of 1977*, § 2901 y ss.

²¹ La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. xvii.

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Ley de ahorro y crédito popular, Diario Oficial de la Federación, 5 de junio de 2001.

²⁵ Morgan, J.P., “In Insights into Impact Investment Market, An in-depth analysis of investor perspectives and

norteamericano, invirtió USD\$285 millones en mercados emergentes a través de varios fondos de inversión de impacto.²⁶

B. SECTORIALIZACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE INDUSTRIAS

La inversión de impacto surge como un novedoso activo de inversión²⁷ con el potencial de revolucionar el manejo de activos en la industria en los siguientes años.²⁸ El alcance general de la definición de inversión de impacto se considera que incluye dos elementos: (i) la inversión debe tener la intención de generar un impacto social; y (ii) debe haber evidencia de que el impacto social se satisfizo en el rubro que se quería.²⁹ Como resultado, las inversiones de impacto operan alrededor de diferentes sectores, pero la mayoría, comúnmente, es en beneficio de la agricultura, agua, vivienda, educación, salud, energía y servicios financieros.³⁰ Entre estos sectores, como es de esperarse con tantos tipos de inversiones, existe un riesgo de exposición del sector que debe ser tomado en consideración. Dado que los inversionistas de impacto intentan impulsar sus inversiones con ventajas competitivas que una cierta región o país en vías de desarrollo puede ofrecer, un estudio conducido por JP Morgan en 2011, mostró que los sectores con mayor representación de inversión de impacto fueron (1) servicios financieros (a través de microfinanzas), (2) alimentos y agricultura, y (3) tecnología y energía limpia.³¹ Sin embargo, el estudio de 2013 de JP Morgan muestra que los inversionistas, como una respuesta especulativa, creen que los sectores donde se pondrá más atención el siguiente año serán (1) alimentos y agricultura, (2) atención médica, (3) servicios financieros (excluyendo microfinanzas), (4) microfinanzas y (5) educación.³²

En tanto la industria de la inversión de impacto comience a progresar, los inversionistas comenzarán a reconocer como la industria evoluciona de una etapa de “innovación no coordinada” a la etapa de “construcción del mercado”.³³ En esta etapa de “construcción del mercado”, la inversión realmente comienza a desarrollarse, pero para poder capturar el valor del lugar del mercado, se requiere de infraestructura material y jurídica para

over 2,200 transactions, Editorial J.P. Morgan Social Finance Research, Diciembre 14 de 2011, p. 8.

²⁶ Strauss, Mitchell L., “Six questions on Impact Investing”, en The OPIC Blog, Junio 5 de 2012, disponible en: <<http://www.opic.gov/blog/impact-investing/six-questions-about-impact-investing>>.

²⁷ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 4, p. 5.

²⁸ *Ibidem.*, p. 13.

²⁹ La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. 8.

³⁰ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 4, p. 7.

³¹ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 25, p. 12.

³² Morgan, J.P., “Perspective on Progress, The Impact Investor Survey”, Editorial J.P. Morgan Social Finance Research, Enero 7 de 2013, p. 6.

³³ La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. x.

reducir los costos de operación y optimizar los recursos.³⁴ Una vez que el valor del lugar del mercado es capturado, la inversión de impacto alcanzará su etapa de “madurez”, que es la etapa en la que la consolidación de inversiones alcanzará un crecimiento estable.³⁵ Por lo tanto, para generar la infraestructura material y jurídica necesaria, los gobiernos deben continuar (si es que ya han comenzado) promoviendo las inversiones de impacto a través de múltiples mecanismos tales como asociaciones público-privadas y otros mecanismos legales como garantías, subsidios o adquisiciones, y más importante el dotar a las inversiones y a los inversionistas del clima propicio, lo cual es posible a través de reformas regulatorias. Los inversionistas deciden el mercado donde van a invertir; por tanto, algunos de los indicadores que son tomados en consideración, por obvias razones son: el trato del país a los inversionistas extranjeros, acceso a facilidades financieras así como facilitación comercial.

C. RETOS QUE PRESENTA LA INVERSIÓN DE IMPACTO

Naturalmente, la inversión de impacto se enfrenta al gran reto de proveer de servicios sociales redituables a la BP y a la vez busca que su modelo de negocios sea financieramente sustentable.³⁶ Al ser un activo de inversión, las inversiones de impacto son usualmente, en promedio, negocios de tamaño pequeño que representan un costo elevado por la diligencia (*due diligence*) que requieren los inversionistas institucionales.³⁷ De manera similar, los mayores retos que enfrentan los inversionistas y la industria en sí son la “carencia de capital apropiado a través del espectro riesgo/retorno” y la “disminución de oportunidades con trayectoria de alta calidad”.³⁸ El estudio de JP Morgan sobre los inversionistas de impacto, identificó los siguientes como los más importantes riesgos del inversionista: el “riesgo en el manejo y ejecución del modelo de negocios”, “riesgo ocasionado por el país y sus divisas”, y “el riesgo macroeconómico”.³⁹ Así, este artículo sugiere que los gobiernos y los políticos deben comprometerse y parcialmente adueñarse de estos riesgos y desafíos al mejorar el clima de inversión para así atraer inversionistas al reducir costos de operación y mejorando la facilitación comercial del país.

Finalmente, es importante notar que en la médula de la inversión de impacto está su método de evaluación, donde medir el impacto social se sitúa como un reto más que ha sido señalado por importantes organizaciones y promotores de la industria de la inversión de impacto. Dentro de estas organizaciones se encuentran la Fundación Rockefeller, el

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 4, p 12.

³⁷ *Ibidem.*, p. 35.

³⁸ Morgan, J.P. *et al*, *op. cit.*, nota 32, p. 9.

³⁹ *Ibidem.*, p. 13.

Fondo Acumen, y el *B Lab*, que en el 2008, en colaboración con *USAID*, Hitachi, PricewaterhouseCoopers, y Deloitte crearon los *Impact Reporting and Investment Standards*⁴⁰ (IRIS).⁴¹ De tal forma, así como la industria de la inversión de impacto comienza a desarrollarse y posicionarse ella misma como un nuevo valor de inversión con un potencial enorme, los gobiernos deben entender el papel que ellos juegan al mejorar y promocionar el capital extranjero y privado en la inversión de impacto. Para hacerlo, las políticas gubernamentales deben mejorar el clima de inversión para que el costo y riesgo de las inversiones disminuyan, así como proveer la certidumbre jurídica necesaria para que este modelo de negocios crezca firmemente. La incumbencia de los gobiernos a través de la ampliación de garantías y créditos también es una variable importante que los inversionistas de impacto observarán cuando estructuren su negocio y decidan el país y sector en el que quieren invertir.

III. CLIMA DE INVERSIÓN Y FACILITACIÓN COMERCIAL

A. MEJORANDO EL CLIMA DE INVERSIÓN

Cuando se crea un ambiente propicio para la inversión de impacto, las políticas gubernamentales para atraer capital extranjero deben estar, en principio, encaminadas a mejorar el clima de inversión. En esta sección, el artículo se concentrará en cómo mejorar la facilitación comercial de un país afecta positivamente el clima de inversión y puede atraer inversión de impacto al permitir que los productores e inversionistas reduzcan sus costos operacionales, facilitando la importación y exportación de productos y servicios e incrementando la productividad.

Los retos comerciales en los países en vías de desarrollo afectan el modo en el que estos países compiten con los productos y servicios de los países desarrollados.⁴² Facilidad comercial significa el uso simple y eficiente de las políticas de importación y exportación que responden de manera rápida a la cadena de suministro del producto.⁴³ Por tanto, mejorar el clima de inversión en el que los inversionistas de impacto quieran invertir significa proporcionar la facilitación comercial al mejorar el “set completo de políticas

⁴⁰ La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. 31.

⁴¹ Reporte de Impacto y los Lineamientos de Inversión, disponible en: <<http://iris.thegiin.org/>>, “RILI es un set de estándares que pueden ser usados para describir el desempeño social, medioambiental y financiero de una organización. Las medidas de desempeño creíbles e independientes de RILI ayudan las organizaciones a valorar y reportar su desempeño social.”

⁴² Subramanian, Uma, “Trade Logics Reform, Linking Business to Global Markets”, El Grupo del Banco Mundial, Nota número 335, Diciembre de 2012, p. 1.

⁴³ Ídem.

designadas para reducir el costo de las transacciones comerciales”.⁴⁴ Implícito en la facilitación comercial se encuentra el deseo de liberalizar en medida el mercado para promover la competencia.⁴⁵ Consecuentemente, las economías emergentes deben entender que aun y cuando su país es corrupto o burocrático, para poder promover efectivamente las inversiones y dirigir los problemas sociales a través de inversiones de impacto con capital privado (doméstico o foráneo), una reducción del tiempo y de los procedimientos comerciales deben hacerse para reducir los costos que podrían facilitar la implementación de modelos de inversión de impacto relativos al comercio.

Por ejemplo, en los Estados Unidos toma 6 días para exportar un contenedor de 20 pies,⁴⁶ mientras que en México toma 12 días⁴⁷ y en el Chad 75 días.⁴⁸ El efecto que el tiempo tiene en el comercio ha sido medido en diferentes estudios, dando resultados importantes, tales como el hecho que el reducir en 1% el tiempo que toma exportar un producto puede tener un incremento potencial en el comercio bilateral, que va desde el 0.64% para la África Subsahariana hasta el 0.18% para los países de la OCDE.⁴⁹ De manera similar, una reducción del mismo 1% en el tiempo de exportación puede potencialmente tener un incremento en las exportaciones de un 0.37%.⁵⁰ Ahora, imagine reducir el tiempo que toma exportar un producto y pasar las aduanas en un 10%, los resultados serían asombrosos. Respecto a los productos perecederos que son importantes para la agricultura, como frutas y vegetales, un estudio encontró que un incremento en el tiempo por cada día de tránsito de esos productos, significa una reducción en el precio de un 0.9%,⁵¹ pero ese mismo incremento implica una reducción del comercio en un 1%.⁵² Esto significa que por cada día que un producto perecedero es retrasado, su precio puede reducirse en casi 1% (por su naturaleza perecedera), pero como el producto fue retrasado, las condiciones del embarque y los términos del contrato, y las obligaciones generales adquiridas entre

⁴⁴ Maur, Jean-Christophe y Shepherd, Ben, “Regional Integration and Trade Facilitation”, Publicaciones de la OMC, Foro de discusión, Junio 7 de 2011, disponible en: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr11_forum_e/wtr11_7jun11_e.htm>.

⁴⁵ Grainger, Andrew, “Customs and Trade Facilitation”, en el World Custom Journal, Volumen 2, Número 1, 2008, p. 4.

⁴⁶ Banco Mundial, *Doing Business 2013*, décima edición, Editado por el Banco Mundial, Estados Unidos, 2013, p. 203.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁹ Subramanian, Uma, Anderson, William y Lee, Kihoon, *Less Time, More Trade: Results from an Export Logistics Model, Draft, Investment Climate Department*, Editado por el Grupo del Banco Mundial, Estados Unidos.

⁵⁰ Hausman, Warren H., Lee, Hau L. y Subramanian, Uma, “The Impact of Logistics Performance on Trade.” En el *Production and Operations Management Journal*, Enero 18 de 2012.

⁵¹ Hummels, David, “Calculating Tariff Equivalents for Time in Trade”, en Nathan Associates for U.S. Agency for International Development, Estados Unidos, 2007, p. iii.

⁵² Ver Djankov *et al*, “Trading on Time”, en *The Review of Economics and Statistics*, número 1, 92, pp. 166-173.

las partes, causan una reducción en el comercio de 1%. Por lo tanto, al valorar el país en el que los inversionistas de impacto desean invertir, por ejemplo en el sector de agricultura, para un producto llámese café, el clima de inversión, específicamente la facilitación comercial, serían un indicador importante para considerar en orden de optimizar tiempos y costos, pero también para valorar un producto y su viabilidad en el mercado al satisfacer términos contractuales y tiempos estimados para la entrega de un producto.

La facilitación comercial es muchas veces referida como la logística del comercio. Entre las organizaciones internacionales que han entrado al análisis y estudio de la facilitación comercial está el Banco Mundial a través de su Índice de Desempeño Logístico (IDL). La iniciativa del IDL tasa las economías dependiendo del desempeño y su valoración logística. En general, los países con un bajo resultado tienden a gastar más días exportando e importando bienes.⁵³ No obstante lo anterior, la logística del comercio no es sólo reducir tiempos, sino también otro indicador importante de desempeño es la seguridad y predictibilidad de la cadena de suministro.⁵⁴ Los productores tendrán que gastar tiempo y dinero en mecanismos para mitigar la seguridad y predictibilidad de la cadena de suministro, la cual terminaría desbordado el precio de un producto. Esta falta de seguridad en la logística puede ser representada a través de extensos papeleos burocráticos, excesivas inspecciones físicas, e incluso inspecciones discrecionales que pueden causar variaciones y modificaciones en el tiempo de entrega de un producto.⁵⁵ Por lo tanto, el IDL concentra su investigación en 6 indicadores específicos que son: (1) aduanas, (2) infraestructura, (3) envío internacional, (4) competencia logística, (5) rastreo y localización y (6) oportunidad.⁵⁶

Estudios muestran que en los países en vías de desarrollo, el transporte y la logística representan el 20-60% del precio de la comida entregada.⁵⁷ Un ejemplo es el 48% del precio que tiene el transporte y la logística en el costo del maíz nicaragüense importado a los Estados Unidos.⁵⁸ Para el desempeño logístico, el IDL ha determinado que el indicador más importante es la seguridad en la cadena de suministro.⁵⁹ Mitigando la inseguridad de la cadena de suministro se puede hacer que los exportadores o productores tengan un mayor nivel de inventario, que dependiendo del bien de que se trate, representa mayores costos que el que representa el costo directo del transporte de las mercancías.⁶⁰ Los exportadores de azúcar, malauí por ejemplo, prefieren ahorrar dinero y utilizar unas vías

⁵³ Banco Mundial, "Connecting to Compete, Trade Logistics in the Global Economy, Logistic Performance Indicators (LPI)", Estados Unidos, 2010, p. 1.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Íbidem, p. 2.

⁵⁶ Banco Mundial, Índice de Desempeño Logístico, Ranking Global 2012, disponible en: <<http://lpi.survey.worldbank.org/international/global>>.

⁵⁷ Banco Mundial, "Global Trade Logistics Performance Slows Down Amid Recession and Major Events", Mayo 15 de 2012, Estados Unidos.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Banco Mundial, *op. cit.*, nota 53, p. 20

⁶⁰ Íbidem.

de tren poco seguras para una entrega intermedia en un pequeño puerto, que pagar altos costos en el transporte como los que pagan los que manufacturan prendas de ropa que participan en un programa preferencial para la oportunidad y crecimiento africano de los Estados Unidos, usando un medio de transporte eficiente (desde 2,000 km hasta 5,000 km) para alcanzar los puertos de Durban o del Cabo, aunque a un costo mayor.⁶¹ Por esta razón, los gobiernos deben resolver los problemas de bajo desempeño, retrasos de tiempo, y tomar medidas que beneficien los costos para redimir tal inseguridad en las cadenas de producción. Es importante considerar que la mayoría de las reformas sugeridas, son de naturaleza ejecutiva y administrativa más que legislativa, en el entendido de que los gobiernos puedan proporcionar tales medidas regulatorias usualmente a través de procedimientos y directivas más sencillas en lugar de a través de procedimientos legislativos o la promulgación de nuevas leyes.

B. AUMENTANDO LA FACILITACIÓN COMERCIAL

Con respecto de la efectividad en el costo que la facilitación comercial representa, en 2004 el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC) lanzó, como parte del “Paquete de Julio”,⁶² un consenso explícito para comenzar las negociaciones sobre facilitación comercial.⁶³ A pesar del desacuerdo por parte de los países en algunos temas relacionados con la importación de productos agrícolas en la Ronda Doha, en los últimos años, los países miembros de la OMC encontraron un punto de acuerdo sobre facilitación comercial, donde, citando al presidente del comité:

existe una aceptación colectiva de las potenciales ventajas para todos los Miembros, con el trabajo de aquí en Ginebra yendo hacia adelante y por supuesto brindando asistencia técnica y proporcionando adecuadamente capacitación a los países en vías de desarrollo y en particular a los países menos desarrollados.⁶⁴

En tales negociaciones, la idea era expandir la Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio (ATRC) a los países en vías de desarrollo no sólo para facilitar la implementa-

⁶¹ Ídem.

⁶² El “Paquete de Julio” se refiere al texto del Consejo General, acordado el 1 de agosto de 2004, en la Agenda Doha. OMC, Agenda de desarrollo Doha, texto del “Paquete de Julio”, disponible en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm>.

⁶³ OMC, Facilitación del Comercio: Negociaciones, Inicio de las negociaciones sobre facilitación del comercio, disponible en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_negoti_s.htm>.

⁶⁴ OMC, Noticias, Informe del Presidente del Comité de Negociaciones Comerciales, mayo 1 y 2 de 2012, disponible en: <http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/gc_rpt_01may12_s.htm>.

ción de las reglas de la OMC, sino también para proporcionar capacitación.⁶⁵ Además, en noviembre de 2012, el “Simposio de Seúl sobre la facilitación del comercio y el Programa de Doha para el Desarrollo” reafirmó la necesidad de alcanzar un acuerdo pronto para la implementación de medidas de facilitación comercial, en primer lugar para países en vías de desarrollo.⁶⁶

Algunos de los ejemplos dados para mejorar la facilitación comercial en países en vías de desarrollo han sido la implementación de sistemas de ventanilla única y de gestión de riesgos.⁶⁷ Otras alternativas propuestas para la implementación de tales mecanismos, incluyen la implementación de Asociaciones Público Privadas (PPP por sus siglas en inglés) para permitir el acercamiento de agencias financieras para el establecimiento e instalación de tales mecanismos.⁶⁸ Sin embargo, para poder lograr resultados positivos, académicos y el sector privado han hecho énfasis en la necesidad de la “voluntad política” para efectivamente implementar nuevas políticas de facilitación comercial.⁶⁹ En este punto, la facilitación comercial ha hecho un llamado para la coordinación entre los gobiernos y los sectores privados y no lucrativos para unir esfuerzos para proporcionar herramientas efectivas, tales como la capacitación, asistencia técnica y asociaciones público-privadas para resolver satisfactoriamente el problema.

Tradicionalmente, los esfuerzos y mejoras del gobierno en facilitación comercial ha venido como apoyo en la infraestructura y en la modernización de aduanas gracias a las nuevas tecnologías,⁷⁰ sin embargo, las políticas también deben prestar atención a otros sectores como la logística, la coordinación de los programas gubernamentales tales como la optimización de los subsidios gubernamentales y las iniciativas conjuntas transfronterizas como la coordinación del manejo de aduanas y la asistencia técnica como lo sostiene la ATRC de la OMC. Otra política a considerar es la cooperación gubernamental en el despacho de productos. Al cooperar con otras agencias (nacionales o extranjeras), facilitando los mecanismos de despacho (sin pasar por alto los estándares sanitarios) los gobiernos pueden ser capaces de mejorar el clima de inversión y proporcionar mayor certidumbre en la facilitación comercial y la seguridad en la logística.

También es importante mencionar que mientras es verdad que aquellas medidas que mejoran la facilitación comercial podrían generalizarse, la idea de las políticas gubernamentales debe basarse en cada país específico, en cada caso específico, para encontrar la ventaja competitiva en la cual la facilitación comercial pueda impulsar un sector, y por consecuencia, esté también coligada al entusiasmo de los inversionistas de impacto sobre

⁶⁵ OMC, *op. cit.*, nota 53.

⁶⁶ OMC, Resumen del “Simposio de Seúl sobre la facilitación del comercio y el Programa de Doha para el Desarrollo” disponible en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/seoul_symp_nov12_s/seoul_symp_nov12_s.htm>.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Banco Mundial, *op. cit.*, nota 53, p. 23.

un programa, sector o producto específico. Dicho esto, la facilitación comercial, para propósitos de inversión de impacto, podrían traducirse a un consenso de una necesidad particular de un país, en el que el gobierno, en lugar de esperar por fuentes externas de financiamiento, podría permitir modelos sociales menos comunes para tener una oportunidad de éxito. En el caso de que una política general de facilitación comercial aplicada a un programa, sector o producto específico incrementa el margen de ganancias, y así, atrae a una masa de inversionistas, entonces, la política gubernamental sería exitosa en la construcción de su propio mercado y el fomento de un programa específico, sector o producto específico, sin la necesidad de inversionistas sociales. Sin embargo, la política del gobierno podría ser muy agresiva con la finalidad de atraer inversionistas fuera de aquellos inversionistas de impacto, o de la esfera de la inversión caritativa, y por lo tanto dicha medida agresiva podría implicar otro problema comercial.

C. INCENTIVOS GUBERNAMENTALES PARA PROMOVER LA FACILITACIÓN COMERCIAL

Al respecto del papel que las naciones desarrolladas han tenido en la creación y promoción de la facilitación comercial, es importante mencionar que en 2012, países como Suecia, Estados Unidos, Noruega e incluso la Unión Europea han hecho donaciones al Fondo Fiduciario Para la Facilitación del Comercio de la OMC. No obstante, tales donaciones no suman ni siquiera USD\$1.5 millones.⁷¹ Este hecho puede hacernos pensar que no se le ha dado la importancia suficiente a dicho tema o que hay una falta de verdadera política transformacional. Los países en vías de desarrollo deben atreverse a copiar o crear mejores prácticas de facilitación comercial. También, la OMC ha exhortado a los países en vías de desarrollo, incluyendo a los países sin acceso a puertos, a jugar un papel activo en las negociaciones y en la implementación de facilitación comercial.⁷²

Pero ¿cómo pueden los países ser incentivados para promover el desarrollo de la facilitación comercial y de la implementación de asistencia técnica? Una respuesta a esta pregunta es a través de la inversión de impacto. Como se mencionó anteriormente, la inversión de impacto trae consigo ganancias y conciencia social, que se traduce en el trabajo conjunto de esfuerzos públicos y privados con la mira puesta en una meta en común. Así, a través de la inversión de impacto, nuevas formas y mecanismos de capacitación, asistencia técnica e incluso negociación pueden alcanzarse a través del

⁷¹ OMC, Archivo de noticias sobre la facilitación del comercio, disponible en: <http://www.wto.org/spanish/news_s/archive_s/fac_arc_s.htm>.

⁷² OMC, “Arancha González insta a los países pobres sin litoral a que desempeñen un papel activo en las negociaciones sobre la facilitación del comercio, Los PDSL y la conferencia sobre el comercio internacional y la facilitación del comercio, Nueva York, 20 de marzo de 2013”, disponible en: <http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/lldc_20mar13_e.htm>.

compromiso y la combinación de fondos públicos y privados, o de inversiones públicas y el *expertise* privado, en el que la implementación de una política gubernamental, relacionada a la facilitación comercial, podría ir de la mano con la inversión de capital privado o público (nacional o extranjero) para la asistencia técnica de la inversión de impacto de los exportadores.

Los gobiernos deben ver la oportunidad de perfeccionar la facilitación comercial como un acercamiento holístico hacia el desarrollo, no sólo de la infraestructura comercial o al manejo de las instituciones, sino como un impacto directo que esas medidas tendrán en el costo de los productos, el ingreso de los productores y el incremento de la inversión. Si somos tan fuertes como nuestro eslabón más débil, entonces los gobiernos tienen que entender la necesidad de trabajar con el sector privado, pero más importante, trabajar con el sector social y el no lucrativo también. Mientras que el sector privado puede proporcionar capital y experiencia, el no lucrativo usualmente se concentra en entender la necesidad de las comunidades olvidadas, por lo que al incluirlas y al proporcionar las condiciones sustentables de vida y trabajo, comenzarán a jugar un papel activo en la economía de un país.

También es importante tomar en consideración que las mejoras en facilitación comercial no necesariamente implicarán ninguna medida comercial de inversión, tomando en consideración que los cambios de política propuestos en la facilitación comercial, en realidad se traducen en la liberalización recíproca del comercio, esto es, los beneficios que un país obtiene al proporcionar un mejor acceso a la facilitación comercial que funcionan tanto para los exportadores, como los importadores. También, las políticas discutidas en este artículo que en general incluyen el mejoramiento del clima de inversión, no requieren un cambio o modificación de los límites para compensar las balanzas, desequilibrios de contenido local, restricciones de intercambio extranjero o restricciones a la exportación entre otros. La principal idea detrás de la facilitación comercial para mejorar el clima de inversión es el de atraer inversionistas, especialmente inversionistas de impacto social, lo cuales, como se evidenció en la primera parte del artículo, toman en consideración, y necesitan, reducir sus riesgos para poder probar la rentabilidad de sus modelos de negocios, lo cuales usualmente operan en economías emergentes. Sin embargo, circunstancias específicas en este caso deben ser evaluadas por los gobiernos en el entendido de que la ejecución de medidas ATRC cuando se implementan políticas de facilitación comercial es en realidad tema de otra investigación.

La siguiente sección de este artículo proporciona un modelo a través del cual las necesidades de capacitación y asistencia técnica para exportadores de productos puedan ser satisfechas por medio de la implementación de un modelo de inversión de impacto llamado Bono de Impacto Social (BIS). De manera similar, esta última parte propone otra alternativa, la cual es utilizar los BIS en la implementación de los programas sociales de la iniciativa privada sobre subsidios no sustentables, que podrían incluir el apoyo del gobierno en la mejora de la confiabilidad comercial y la logística como parte de un esquema de negocios más amplio.

IV. BONOS DE IMPACTO SOCIAL

A. BONOS DE IMPACTO SOCIAL

Mientras la asistencia técnica ha sido identificada por los inversionistas como la principal forma en la que las políticas gubernamentales pueden mejorar el clima de inversión de inversionistas de impacto;⁷³ y mientras el rol de los gobiernos, con respecto a la asistencia técnica, ha sido limitado (en algún grado) al gasto de fondos, y una carencia de acercamiento unitario para alcanzar a los productores y exportadores rurales (y marginales); y mientras los grupos no lucrativos han sido limitados por la carencia de capital y recursos humanos; ahora por tanto, traer en conjunto el emprendimiento social y un modelo de inversión de impacto, tales como la implementación de BIS, podría significar una alternativa innovadora para resolver los importantes problemas sociales relacionados con los productores rurales.

BIS, también entendidos como “pago por contrato exitoso”,⁷⁴ son un nuevo mecanismo en el que los intereses de los gobiernos, del sector privado y del sector no lucrativo están alineados con un propósito común: generar un impacto social tangible y medible. Este nuevo acercamiento para enfrentar los problemas sociales ha dado la oportunidad a los gobiernos de expandir sus programas sociales, donde una asociación entre inversionistas de impacto y fundaciones no lucrativas (o filantrópicas) asumen el riesgo del éxito de un proyecto determinado, y el gobierno paga por tales proyectos solamente si este tiene el impacto social y el éxito acordado, o de lo contrario, si el umbral de éxito no es alcanzado, entonces el pago se reajusta.⁷⁵ La evaluación del impacto social está hecha por un evaluador independiente, quien determina si el programa satisface el resultado previamente definido.⁷⁶ El gran beneficio de este modelo incluye la transferencia del riesgo de invertir en servicios sociales por parte del gobierno al sector privado, mientras que el sector privado proporciona la experiencia y los recursos técnicos necesarios para evaluar y ofrecer un modelo basado en precio-riesgo con réditos financieros y sociales,⁷⁷ y por su lado las asociaciones no lucrativas se benefician de un flujo estable de ingresos que les

⁷³ Morgan, J.P. *et al.*, *op. cit.*, nota 32, p. 11.

⁷⁴ Social Finance, “Social Impact Bonds”, disponible en: <<http://www.socialfinanceus.org/work/sibs>>.

⁷⁵ McKinsey & Company, “From Potential to Action: Bringing social impact bonds to the US”, mayo 2012, p. 4.

⁷⁶ Social Finance, *op. cit.*, nota 64.

⁷⁷ A pesar de la expectativa de algunos inversionistas a obtener un reembolso, algunos como Muhammad Yunus sostienen que la inversión debe ser filantropía pura, y que ningún reembolso debe esperarse, sino la sustentabilidad del proyecto.

permite incrementar su potencial.⁷⁸ En 2010, *Social Finance*, una ONG del RU, lanzó el primer proyecto de este tipo, donde el modelo de BIS está siendo utilizado actualmente para rehabilitar la reinserción social de 3,000 prisioneros de la cárcel de Peterborough.⁷⁹ Otros proyectos pilotos de BIS han sido implementados por otros países, por ejemplo en 2012 el estado de Massachusetts lanzó el primer modelo BIS en los Estados Unidos como un intento de combatir la tasa de vagabundos.⁸⁰

B. BIS, FACILITACIÓN COMERCIAL Y REFORMAS REGULATORIAS

Bajo esta idea propuesta, el principal esquema podría ser que un banco (o inversionista institucional), asociado con una organización no lucrativa, puedan invertir en un proyecto enfocado en el mejoramiento de la asistencia técnica y la capacitación para productores rurales, y el gobierno estaría a cargo de pagar por el proyecto, sólo si dicho proyecto logra el impacto planeado. Bajo este modelo, el gobierno podría no necesitar dar dinero por adelantado, los inversionistas serían capaces de entrar al mercado de la exportación-importación y tendrían una gran oportunidad de influenciar a los países anfitriones para obtener ventajas en contratación, subsidios, desgravaciones arancelarias o fiscales. En un panorama exitoso y optimista, la cooperación gubernamental podría incluso otorgar soluciones legales a tales proyectos que involucren inversiones de impacto, las cuales podrían ser categorizadas a través de específicas formas corporativas como la *LC3* y *Benefits Corporations* que han sido establecidas en los Estados Unidos o la *Société d'Impact* desarrollada por ciertas naciones europeas.

Por lo tanto, BIS pueden ser una alternativa para el incremento del capital de las asociaciones no lucrativas, con el propósito de ayudar a la organización a alcanzar las metas de sus programas de desarrollo, y mejorar, modernizar, e implementar sus mejores prácticas. De manera similar, países extranjeros, organizaciones internacionales e inversionistas institucionales quieren apoyar tales proyectos debido a la influencia que podrían ganar al incentivar a los países anfitriones a mejorar su facilitación comercial y beneficiarse aún más al ser suministrados con asistencia técnica y capacitación de los productores rurales. Los inversionistas de impacto recibirán, cualquiera que pueda ser su intención, el impacto deseado y el regreso del capital prometido. Los gobiernos serán capaces de encauzar los problemas sociales, ya que al tener un efecto de derrame “*spillover*” que mejorará el clima de inversión, atraerá inversionistas privados y mejorarán las condiciones sociales.

El gran reto que esta idea enfrenta es la capacidad de los inversionistas privados de reducir el costo de producción y la cadena de suministro de un producto, mientras se proporciona la misma calidad. Para alcanzar esto, la “voluntad del gobierno” debe

⁷⁸ Social Finance, *op. cit.*, nota 64.

⁷⁹ McKinsey&Company, *op. cit.*, nota 75, p. 20.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 21.

entenderse como un tipo diferente de apoyo, el cual puede ir de alivios económicos y legales como alivios de impuestos, subsidios o de contratación, hasta apoyo procedimental y administrativo para los proyectos de productos específicos. Por estas razones, los inversionistas de impacto, así como las partes interesadas, se acercarán a los gobiernos que son capaces de entender el beneficio de la inversión de impacto, y específicamente de los BIS. Los gobiernos también pueden proporcionar importantes garantías como garantías de riesgo político que reduzcan el riesgo de acuerdos sindicados de los inversionistas privados y no lucrativos.⁸¹ Por su parte, organizaciones internacionales, interesadas en gobiernos extranjeros e IFD (como el IFC y el CDC) pueden también ser parte de tales proyectos a través de garantías o como co-inversionistas.⁸² La participación de los agentes internacionales incrementará la posibilidad de mejorar las negociaciones y fijar el terreno para los gobiernos anfitriones de mejorar su facilitación comercial, a la vez que se proporciona un impacto social tangible para sus ciudadanos.

C. BIS, SUBSIDIOS Y COOPERACIÓN GUBERNAMENTAL

Otra alternativa en la que los BIS pueden ser usados para generar un impacto social y mejorar la cooperación gubernamental dentro del marco regulatorio de la facilitación comercial podría ser a través de un modelo concentrado en la optimización de los subsidios gubernamentales no sustentables o subsidios a fondo perdido. Los subsidios gubernamentales no sustentables son onerosos para los gobiernos, y tienden a tener efectos negativos a largo plazo en las partes subsidiadas.⁸³ Estos tipos de subsidios se encuentran principalmente en el sector de agricultura, donde los gobiernos otorgan subsidios a fondo perdido para ayudar a la producción en un corto plazo, o como algunas personas sugieren, para modificar directamente la situación actual de ciertos agricultores. Generalmente, un programa de subsidio establecido correctamente tiene un efecto macroeconómico de proporcionar un impacto de eficiencia y productividad, mientras que se tiene también un impacto en la balanza de pagos.⁸⁴ En el nivel micro, existe un impacto directo en el precio que tiene, y a su vez, un impacto social en el ingreso de los productores, y un cambio en el comportamiento del consumidor.⁸⁵ Los efectos sociales de los subsidios tienden a tener un

⁸¹ La Fundación Rockefeller, *op. cit.*, nota 9, p. 48.

⁸² Ídem.

⁸³ OCDE, "Sustainable Development Studies, Subsidy reform and sustainable development: political economy aspects", 2007, disponible en: <<http://www.cbd.int/doc/case-studies/inc/cs-inc-oecd-SubsidyReform-PoliticaIEconomy-en.pdf>>.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

impacto negativo en las comunidades, en los hogares y en los agricultores al “responder a cambios sin moverse significativamente de su equilibrio”.⁸⁶

Como los subsidios no sustentables son en sí mismos un tema de otra investigación por completo, este artículo no proporcionará un caso específico de subsidio no sustentable, sino que, traerá la pregunta de cómo, una vez que se ha detectado un subsidio no sustentable, puede ser tratado alternativamente. Críticas a los subsidios en general cuestionan si los subsidios son el mejor instrumento para luchar contra la pobreza y mejorar la producción de la agricultura.⁸⁷ En este sentido, los críticos cuestionan el hecho de usar dinero público para el beneficio de particulares, así como el gran costo fiscal que los subsidios representan a los gobiernos, que, en algunos casos, es a un costo inaccesible.⁸⁸ Otra crítica descansa sobre los programas pobremente implementados que los gobiernos ofrecen y terminan por tener pocos beneficios económicos, sociales y medioambientales para todos los participantes.⁸⁹ Un ejemplo de un programa de subsidio pobremente diseñado en agricultura es aquel en el que la falta de información, preparación y asistencia técnica a los agricultores, termina por generar un uso indebido del subsidio, tal como un exceso en el uso de fertilizantes que al no absorberse por los sembradíos puede contaminar los canales de agua.⁹⁰

Por lo tanto, una nueva idea para la optimización de los recursos económicos del gobierno puede ser la implementación de un “pago por contrato exitoso”, un BIS, a través del cual el empresario social y la iniciativa privada, con el uso de soluciones basadas en mercado, tal como la implementación de programas de iniciativa privada para la distribución de fondos y mayor asistencia técnica de ONG u organizaciones privadas, podría proporcionar los recursos necesarios para optimizar el uso de fondos en una cadena de suministro. Evidentemente, el éxito del programa podría ser medido, y, si resulta exitoso, el gobierno pagaría por tal contrato al precio acordado. Para incentivar al sector privado, los BIS pueden dividirse en diferentes tarifas de contratos y de éxito, donde puede haber diferentes medidas de impacto tales como pagos basados en una superficie cultivada, en el uso de insumos, en las restricciones de insumos y basados en los ingresos totales de la agricultura. El beneficio total de esta idea es el alivio fiscal inicial para los gobiernos, así como el acceso de la iniciativa privada a programas sociales con una ganancia económica.

Sin embargo, para que estos programas tengan un impacto directo o indirecto en la facilitación comercial, el apoyo del gobierno debe traducirse en lograr objetivos en los que se comprometan ellos mismos a reducir el costo de la cadena de suministros de un producto para obtener mayores beneficios económicos reduciendo así el tamaño de los

⁸⁶ OCDE, *op. cit.*, nota 83, p. 36.

⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, “Agricultural input subsidies and the green economy: fertilizer subsidies in sub-saharan Africa”, presentado ante la Organización en Rio+20, Brasil, 2011, disponible en: <<http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2012/rio/pdf/ksll.pdf>>.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Ídem.

fondos, pues ahora tienen que pagar, en lugar de subsidiar. Por lo tanto, la idea asume que los programas de la iniciativa privada deben proveer una manera más eficiente para abordar la aplicación de los fondos a los productores, pero como el papel del gobierno en esta empresa está siendo suplantado, entonces el gobierno podría comprometerse, a través de acuerdos de cooperación, proporcionando resultados tangibles a los inversionistas. La cooperación gubernamental puede significar desde una facilitación general en el despacho de productos y de inspecciones excesivas, hasta la creación de concesiones de infraestructura. Un incumplimiento de los gobiernos en llevar a cabo los objetivos de sus compromisos podría remediarse a través de la indemnización. Esta idea sólo proporciona un debate posterior sobre el tipo de modelos de negocios que pueden ser implementados, no obstante proporciona una propuesta para conseguir el financiamiento y las contraprestaciones que los gobiernos, actores privados y bienestar social podrían obtener.

V. CONCLUSIÓN

Las inversiones de impacto han crecido en los años recientes al punto de convertirse en un nuevo activo de inversión. Ante este nuevo activo de inversión, los inversionistas de impacto han visto un sector de inversión donde usualmente parecía se gastaban fondos sin una medida cierta del impacto social que la filantropía podía generar. Otro punto para los inversionistas de impacto es la manera en la que la inversión de impacto proporciona una manera sustentable de generar un impacto social, en el que los fondos no se pierden, sino que además proporciona un flujo continuo de ganancias. Como tal, la inversión de impacto descansa en la capacidad de los empresarios sociales de generar ideas sustentables que no solo generen el impacto social necesario, sino que tiene un rédito económico, e incluso sustentabilidad y emancipación.

Dentro del reto intrínseco que representa exponer este tipo de ideas a los empresarios sociales, las inversiones de impacto han recurrido a los gobiernos, no necesariamente por ayuda, sino para que reaccionen a esta nueva tendencia de inversión. El papel de los gobiernos en este tipo de inversiones ha evolucionado de un papel pasivo a uno activo. Los gobiernos se han visto como parte de la inversión de impacto al alternar mecanismos jurídicos y de inversión como los BIS. Los BIS pueden ser la clave para la coordinación entre las empresas públicas, privadas y sociales. A través de este tipo de mecanismos, el interés privado y del gobierno se funde para encontrar una solución social.

Es a través de este tipo de inversiones que este artículo ha propuesto evaluar el acercamiento en el que los gobiernos, a través del sector de la iniciativa privada, puede involucrarse activamente en una reforma regulatoria, específicamente al mejorar el clima de inversión y específicamente la facilitación comercial como una variable regulatoria de gran importancia para los inversionistas. Al involucrar al gobierno en los programas donde la facilitación comercial tiene un impacto directo, el compromiso del gobierno aparece para obtener una participación en los proyectos y en el beneficio social de su gente.

Por estas razones, este artículo ha definido las áreas en las que los inversionistas le han solicitado al gobierno asistencia para desarrollar satisfactoriamente inversiones de impacto. La segunda parte del artículo demostró el impacto que la facilitación comercial tiene en las exportaciones, el crecimiento y el comercio, y finalmente se estableció la manera en la que los gobiernos pueden posiblemente dirigir esta cuestión a través de la cooperación con el sector privado. La última parte del artículo propuso dos modelos alternativos en el que a través de BIS y organizaciones no lucrativas o a través de programas sociales (como subsidios no sustentables), las inversiones sociales pueden ser económicamente y técnicamente capitalizadas por medio del sector privado, para alcanzar el impacto social deseado.

Si bien es cierto que este artículo no ofrece una propuesta financiera y de negocios para resolver estos problemas, sí promueve el desarrollo de una nueva alternativa para tener acceso a los recursos, así como un camino en el que las PPP pueden cumplirse no sólo en el lado económico y de negocios de una transacción, sino en el modo que los actores privados y sociales pueden llevar a cabo reformas regulatorias en un área específica como el comercio. Si los gobiernos son capaces de juntar lo mejor del sector privado, público y social, un acercamiento holístico hacia el desarrollo de un país puede lograrse a través del mejoramiento de una reforma regulatoria, en este caso específico, de la facilitación comercial y la inclusión en la economía de productores que han sido olvidados por mucho tiempo.

LA EVOLUCIÓN DICOTÓMICA, REGIONALISMO Y MULTILATERALISMO: EL PLURILATERALISMO COMO ESLABÓN FALTANTE

Ricardo García de la Rosa*

Resumen. La relación que existe entre el regionalismo y el multilateralismo ha dado como resultado numerosos estudios y discusiones sobre el tema. Existen varias razones, sobre todo en Asia y América, que explican el incremento de los acuerdos comerciales preferenciales a partir de la década de los noventa. La compleja realidad acerca de estos acuerdos es que no son del todo buenos ni malos; pueden contribuir de manera positiva a aumentar las oportunidades económicas, o pueden caracterizarse por su exclusividad, discriminación o distorsión. El diseño y la intención son esenciales al respecto para ser elemento propulsor del sistema comercial multilateral.

Palabras clave. Acuerdos comerciales regionales, GATT, multilateralismo, OCDE, OMC, regionalismo, sistema comercial multilateral, TLCAN.

* Profesor e investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de las relaciones comerciales internacionales se apoya tradicionalmente en una concepción dicotómica compuesta, por un lado, del multilateralismo, y por el otro del regionalismo. El multilateralismo se concretiza a través de la creación de acuerdos comerciales con vocación mundial -incluso si no todos los países participan en este proceso-, por instituciones internacionales *ad hoc*, como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”) y, posteriormente, la Organización Mundial del Comercio (“OMC”). El sistema multilateral antepone el principio de la “no discriminación” a través de los instrumentos más importantes como son la Cláusula de la Nación más Favorecida (“CNMF”) y el Tratamiento Nacional (“TN”).¹ Por su parte, la integración económica regional fundada sobre la idea de preferencia no puede aparecer como derogatoria frente al principio fundamental del multilateralismo; sin embargo, el marco multilateral ha evidenciado, a nivel de las negociaciones, bloqueos considerables. Esto debido al número de negociadores, la toma de decisiones a través del consenso único o *single undertaking*, así

¹ Ver Flory Thiébaud, *Le G.A.T.T. Droit international et commerce mondial* (L.D.J.D. 1968) 8 ; Dominique Carreau y Patrick Juillard, *Droit International Économique* (4a. Ed. Dalloz 2010) 189-190.

como a los intereses divergentes entre los Estados miembros, entre otras razones. Por lo anterior, no debe sorprendernos la parálisis que guardan las negociaciones de la Ronda de Doha a casi trece años de su lanzamiento.²

Algunos autores como Christian Deblock³, opinan que el Sistema Comercial Multilateral (“SCM”) ya no se encuentra adaptado a las nuevas realidades de la globalización, siendo el mandato de la OMC limitativo para tratar nuevos temas como estándares regulatorios, fuerza de las economías emergentes, protección de derechos o cambio climático, entre otros. Lo anterior se corrobora con el reciente “Reporte Abu-Ghazaleh”, en el cual se evidencia la apremiante necesidad de reformar el SCM y las reglas de la OMC, a fin de adecuarlas a un mundo cada vez más integrado, en donde las naciones buscan maximizar y posicionar sus exportaciones en bienes y servicios así como su “saber hacer”.⁴

Bajo este panorama, algunos países han preferido acordar ciertas concesiones recíprocas sin que por este hecho éstas se extiendan a otros países socios; resulta entonces que con base en el artículo XXIV del GATT, se autoriza, bajo ciertas condiciones, la formación de zonas de libre comercio o de uniones aduaneras introduciendo intercambios discriminatorios en provecho de los Estados miembros y en detrimento del resto del mundo. Esto, a primera vista, parecería contradictorio con base en los principios fundamentales señalados *supra*, es decir, la posibilidad de creación de Acuerdos Preferenciales celebrados bajo las reglas del artículo XXIV del GATT; sin embargo, los redactores originales del GATT establecieron excepciones específicas a la CNMF para esquemas preferenciales ya existentes en 1947, como fue el caso del Sistema Británico de Preferencias Imperial (acuerdos de Ottawa de 1932), así como los acuerdos sobre aranceles entre los Estados Unidos, Cuba y Filipinas (GATT artículo I:2), y las uniones aduaneras y áreas del libre comercio (GATT artículo XXIV).

El objetivo del presente artículo será examinar, a la luz de las diferentes teorías del comercio internacional,⁵ la evolución del regionalismo económico y su relación con el sistema comercial multilateral, la cual, y en este caso compartimos la opinión cada vez más generalizada, es una interacción permanente y complementaria.⁶ Se propone

² Ver Jeffrey J. Schott, “The future of the multilateral trading system in a multi-polar world” (2008) Discussion Paper/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik 8.

³ Christian Deblock, «Régionalisme économique et mondialisation : Que nous apprennent les théories ? », (2005) Cahier de recherche CEIM 05-07, Continentalisation, 3.

⁴ Talal Abu-Ghazaleh, “WTO at the Crossroads, A report on the Imperative of a WTO Reform Agenda” (2012) Report Paper, <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/dft_panel_s/dft_s.htm>.

⁵ Las bases de nuestro análisis son básicamente las teorías clásicas y neoclásicas de los procesos de integración regional, sin ignorar que existen posiciones heterodoxas -y que por sí mismas merecen un estudio completo- que han abordado el tema desde una perspectiva distinta. Nuestra aproximación será entonces desde la óptica económica liberal, tomando en cuenta las políticas neoliberales de la década de los noventa, así como los procesos regionales post-liberales actuales en América latina.

⁶ Ver Antoni Esteveadoral, Matthew Shearer y Kati Suominen, Multilateralizing RTAs in the Americas: State of Play and Ways forward (WTO/HEI/NCCR Trade/CEPR Conferencia “Multilateralizing Regionalism” Septiembre de 2007); Jeffrey J. Schott, Free trade Agreements: US Strategies and Priorities (IIE 2004); Emanuel Ornelas, “Trade creating free trade areas and the undermining of multilateralism” (2004) EER 49 (7) 1717; y,

como eslabón faltante dentro de la dicotomía clásica del comercio internacional, el concepto de “plurilateralismo” que en voz de otros autores ha sido entendida como “trans-continentalismo”.⁷

La reflexión y el análisis sobre el regionalismo económico surgieron entonces inmediatamente después de la firma del GATT. De este evento, una serie de estudios económicos y teóricos tendrán por objeto explicar los efectos del regionalismo sobre el SCM. Estos estudios han evolucionado a lo largo de los años, y en adecuación a las diferentes “olas de regionalización” que surgieron desde la entrada en vigor del GATT y, posteriormente, con la creación de la OMC (II). Hoy en día no se puede negar que el regionalismo y el multilateralismo económicos se encuentran en constante interacción; existen gran cantidad de estudios que tratan de explicar estas dos visiones de liberalización comercial, consideradas a veces antinómicas a veces complementarias, pero siempre con un objetivo común: la liberalización del comercio mundial (III).

II. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL REGIONALISMO ECONÓMICO

Dentro de las relaciones internacionales, el regionalismo representa toda forma de cooperación institucionalizada entre dos o más países. Estamos en presencia de una forma de “pluralismo ordenado”⁸ que no se distingue del concepto de multilateralismo más que por el número de actores y el alcance de las reglas.⁹ Este concepto, inicialmente de uso limitado, se generalizó hasta la década de los ochenta cuando empezó a suplantar progresivamente al concepto de “integración regional”. Ésta es por cierto la definición que retiene la OMC, y que tiene un carácter restrictivo ya que no vislumbra los casos de liberalización de intercambios y deja de contestar la pregunta del por qué dos o más países se ven motivados a buscar una integración más profunda de sus economías.¹⁰

De hecho, si la liberalización del comercio constituye su razón de ser, el regionalismo surge antes que todo del orden de la construcción política.¹¹ El compromiso que se asume por esta vía resulta siempre de una elección estratégica, apoyada sobre la convicción de los actores -fundada o no- de que sus intereses serán defendidos de una mejor forma y que los resultados se obtendrán de manera más fácil al interior del grupo que fuera de este.

Dominique Van Mensbrugge, Richard Newfarmer y Martha Denisse Pierola, “Regionalism vs. Multilateralism?” en Richard Newfarmer (ed) *Trade, Doha and Development: A Window into the Issues* (World Bank 2005).

⁷ Cf. Antoni Esteveordal, Matthew Shearer y Kati Suominen, *op. Cit.*

⁸ Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, (Seuil1998) 173-174.

⁹ John-Gerard Ruggie, “Multilateralism: Anatomy of an Institution”(1992)Vol. 46, *International Organization*, 561.

¹⁰ Christian Deblock, *Régionalisme économique et mondialisation : Que nous apprennent les théories ?* (n 3).

¹¹ Peter J. Katzenstein, “Regionalism in Comparative Perspective” (1996) *ARENA Working Paper* n°1, University of Oslo 46 <<http://cac.sagepub.com/content/31/2/123.short>> fecha de consulta Mayo de 2013.

Tres elementos entonces intervienen en ese compromiso:¹² i) un cuerpo de ideas, valores y objetivos en vista de crear mayor seguridad, riqueza u otras finalidades en una región determinada; ii) un programa formal orientado a la construcción de instituciones las cuales pueden ser supranacionales como el caso europeo, o bien, instituciones *ad hoc* como el caso de los Acuerdos Comerciales Regionales (“ACR”)¹³ entre los países de América latina o la gran mayoría de ACR notificados a la OMC; y iii) a una estrategia de regionalización que será seguida por los actores tanto públicos como privados.

A fin de comprender claramente las cuestiones del regionalismo económico que se plantean, elaboraremos un breve análisis sobre los estudios científicos de la integración regional (**A**); así como también enunciaremos las tipologías actuales del regionalismo económico, mismas que han evolucionado a diversos niveles (**B**).

A. LA LITERATURA ECONÓMICA DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Para Fritz Machlup,¹⁴ la integración económica se vincula fundamentalmente con la división del trabajo, implicando la movilidad de bienes y/o factores. Esta se encuentra ligada a la discriminación o a la no-discriminación del régimen de bienes y de factores de producción -en particular al origen y destino de los mismos-. Peter Robson,¹⁵ adopta una definición muy similar: “la integración económica se relaciona fundamentalmente a la eficiencia de los recursos utilizados, con una referencia particular al aspecto espacial. Las condiciones necesarias para su creación son la libre circulación de mercancías y de factores de producción, así como la ausencia de discriminación entre los miembros del grupo”.

Las definiciones anteriores implican que la integración económica se caracteriza por la utilización óptima de los recursos. En la teoría clásica del comercio internacional, la motivación principal para la integración comercial es aprovechar diferencias preexistentes entre los países. De estas diferencias se deriva el concepto de “ventaja comparativa” que permite la utilización óptima de los recursos a través de la especialización en la producción y la diversificación del consumo.¹⁶ Sin embargo, la integración conduce a una

¹² Adrew Hurrell, “Regionalism in a Theoretical Perspective”, en Louise Fawcett y Andrew Hurrell (eds), *Regionalism in World Politics: Regional Organization and International Order*, (OUP 1995).

¹³ Se utiliza el término genérico de ACR para efectos prácticos, y englobar la diversidad de acuerdos comerciales que otorgan tratamiento preferencial a las partes contratantes (acuerdos preferenciales, uniones aduaneras y zonas de libre comercio).

¹⁴ Fritz Machlup, *A History of Thought on Economic Integration* (Macmillan 1977).

¹⁵ Peter Robson, *The economics of international integration* (Routledge 1998).

¹⁶ Los fundadores del análisis económico, Smith y Ricardo, dedicaron importantes estudios al desarrollo de la economía internacional. La teoría de las ventajas comparativas es la base de todo análisis económico (Teoría del costo-ventaja y el concepto de costo de oportunidad), y ésta se encuentra en el centro de todos los estudios posteriores a Ricardo. Ver Jaime De Melo y Jean-Marie Grether, *Commerce international, Théories et applications* (Balises

homogenización la cual no sólo es una consecuencia mecánica del intercambio, como lo propone por ejemplo el teorema de igualación del precio de los factores,¹⁷ sino de la voluntad de eliminar ciertas diferencias en materia reglamentaria o institucional. Se homogenizan cosas como precios y marcos regulatorios, pero se mantienen las diferencias fundamentales que motivan el comercio como son los recursos y las preferencias.

La teoría de la integración comercial regional surgió bajo su concepción moderna en la década de los cincuenta,¹⁸ poco después de la entrada en vigor del GATT acompañándose de una ola de ACR, resaltando la gran zona de integración en Europa occidental. Ésta mostraba no solamente que los ACR serían perjudiciales para el resto del mundo, lo que los negociadores del GATT ya habían percibido, sino que las mejoras en la propia zona de integración no eran del todo claras.

Esta posición irá cambiando a partir de la década de los años ochenta, por esta razón, es necesario analizarla desde el punto de vista de la primera ola de regionalización de la década de los sesenta **(1)**, así como de las dos últimas olas de regionalización de los años setenta y noventa **(2)** la cuales, por cierto, dieron como resultado una nueva concepción del regionalismo económico **(3)**.

1. Primera ola de regionalización

La primera ola de integración regional en la historia de la posguerra apareció en la década de los sesenta, pocos años después de la creación de la Comunidad Económica Europea (“CEE”) en 1957. La cooperación Sur-Sur, particularmente en África y América latina, se intensificó por el hecho de que los países en desarrollo deseaban reagrupar sus industrias de sustitución de las importaciones dentro de mercados económicos más extensos.¹⁹ Fue a partir de esta primera ola de integración que los economistas comenzaron a estudiar los efectos de los ACR sobre el sistema no-discriminatorio establecido por el GATT.

Los acuerdos preferenciales, regionales y no regionales, ya habían sido criticados por los negociadores del GATT debido a la pésima experiencia de los años treinta.²⁰ El modelo

Deboeck Université 1997)73; Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *Economie internationale* (De Boeck 2001)13; Henri-F Henner, *Commerce international* (Montchrestien 1997) 37.

¹⁷ El modelo elaborado por los suecos Eli Heckscher, Bertil Ohlin y el norteamericano Paul Samuelson (Modelo “HOS”), une las ventajas comparativas a la disponibilidad de factores de producción (trabajo, capital, tierra, etc.) y en consecuencia, a su precio relativo en los diferentes países. Ver *ibid* 190-235; *ibid* 77-98; *ibid* 81-112.

¹⁸ Si bien es cierto que los estudios sobre los efectos de la integración regional tomaron importancia con el estudio de Viner (1950), Peter Robson aclara que ya existían importantes contribuciones sobre este tema, principalmente con los estudios de De Beers en *Tariffs Aspects of a Federal Union* y De Byé en *Unions douanières et données nationales*. Ver *supra* (n 15)7.

¹⁹ Nations Unies Conseil Economique et Social, « Zones de libre-échange dans le cadre du multilatéralisme en Asie et dans le Pacifique : Progrès, Difficultés et Perspectives », nota del Secretariado (E/ESCAP/SCITTI/1, 1 septiembre 2004).

²⁰ En particular la ola proteccionista de la década de los treinta, en donde las grandes potencias económicas

de Jacob Viner, publicado en 1950, permitió estudiar los acuerdos de la primera ola de regionalización.²¹ Éste mostraba, en efecto, que si los acuerdos regionales eran generadores de intercambio al interior de la zona, a su vez eran nocivos con relación al exterior; el resultado final para la zona no estaba por lo tanto asegurado, al contrario de lo que suponían gran parte de los economistas polarizados sobre los efectos de la creación de estas zonas. De esta contraposición, se deriva que los ACR no siempre tienen un efecto neto positivo para sus miembros.²² El modelo de Viner descansa sobre la teoría convencional de las ventajas comparativas que justifica el libre comercio por la ganancia que procura para el consumidor, en el marco de las economías dinámicas donde los factores de producción se redistribuyen fácilmente. De esta forma, el poder importar libremente lo que requieran permite a las economías especializarse y concentrar sus recursos -escasos- en los sectores donde ellas sean comparativamente más eficientes. La disminución del precio relativo de los bienes importados mejora la situación de los países que se abren al intercambio de bienes y servicios; entre más se diversifiquen los recursos primarios, las economías tendrán mayor oportunidad de especializarse y en consecuencia mejorarán su situación.

A partir de este modelo general, el escenario propuesto por Viner se adapta a la situación de la posguerra. Desde luego que los países conservan elevados niveles de protección, consecuencia de la década de los años treinta, pero al mismo tiempo los acuerdos de *Bretton Woods*²³ y la entrada en vigor del GATT, orientan a las economías occidentales hacia la liberalización del comercio. Un acuerdo regional permite reducir incluso eliminar los aranceles en beneficio de un número limitado de países, pero las negociaciones multilaterales llevadas a cabo en el seno del GATT, tienen por objeto reducir frente a todas las partes involucradas lo que aparece como mayormente beneficioso en términos de eficacia económica. Jacob Viner pone en evidencia los efectos contradictorios de la unión aduanera: el efecto de la creación de intercambio comercial por un lado, y por otro de desvío; el primero mejora la situación del país importador, el segundo lo deteriora. El efecto es por lo tanto incierto.

2. Segunda y tercera olas de regionalización

Al final de la década de los años setenta era evidente que los acuerdos concluidos con anterioridad eran ineficaces, a excepción de la CEE. Estos habían contribuido de forma

de ese momento se replegaron en ellas mismas y en sus antiguas colonias sobre la base de acuerdos preferenciales bilaterales con carácter discriminatorio.

²¹ Jacob Viner, *The Customs Union Issue*, (Carnegie Foundation for International 1950).

²² Aquí cabe hacer dos comentarios: 1. Los costos de la desviación de comercio no se limitan al exterior de la zona del acuerdo, y los beneficios de creación de comercio tampoco se limitan a los miembros de dicha zona (ie. mayor eficiencia que permite exportar productos más baratos hacia fuera de la zona); 2. La desviación del comercio es mala porque implica que estamos importando bienes de un país relativamente menos eficiente porque tenemos un acuerdo comercial, cuando puede darse el caso de que existan mejores proveedores fuera de la zona de libre comercio.

²³ Ver Philippe Moreau Defarges, *La Mondialisation* (PUF 2005) 87.

marginal al desarrollo industrial, y aunado a la acumulación de la deuda exterior de los países en vías de desarrollo, esto generó mayor confusión entre los mismos dando pocos o nulos resultados en sus esfuerzos de integración económica.²⁴ Se impone así un cambio de estrategia a medida que se aceleraba la globalización estimulada por los rápidos avances tecnológicos; en tanto que la caída de la planificación central de ciertos Estados, daba a las relaciones “Norte-Sur” una nueva razón de ser en una economía interdependiente a escala mundial, motivada por los beneficios privados. Es entonces que una segunda ola de regionalismo aparece al momento en que los países reorientaban sus estrategias de desarrollo hacia las exportaciones.

La adhesión al principio de no-discriminación gana terreno en la medida en que el número de participantes dentro del sistema GATT/OMC aumentaba rápidamente; al mismo tiempo que los países industrializados y en desarrollo se comprometían a liberalizar el comercio por la vía acelerada de los acuerdos preferenciales o ACR. Así se inicia una era dorada de liberalización comercial en la que el multilateralismo y el regionalismo se refuerzan mutuamente.²⁵

Esta etapa alcanzó su apogeo a principios de la década de los noventa con la creación del *Asia-Pacific Economic Cooperation Forum* (“APEC”). Este foro encarnaba el llamado “regionalismo abierto” y la liberalización no-discriminatoria, en lugar de preferencial, en el sentido estricto de la palabra, dando lugar a la llamada “tercera ola de regionalización” cuyo elemento incitador fue la crisis financiera de 1997.²⁶ Sin embargo, el proceso de liberalización establecido por el APEC, se vio frenado al momento en que ciertos miembros del foro no estuvieron dispuestos a liberalizar productos sensibles.²⁷ En efecto, esto no se verificaría si no era a través de negociaciones recíprocas y jurídicamente obligatorias dentro del marco de la OMC, o en su caso por medio de arreglos comerciales regionales preferenciales.²⁸ Esto dio paso a que países incondicionales de la liberalización comercial multilateral como Japón y Corea, abandonaran sus reticencias de base con relación a los ACR e iniciarán una nueva era de asociación económica.²⁹

²⁴ Su éxito o fracaso está ligado a la viabilidad del modelo de sustitución de importaciones. Hubo casos de éxito parcial, por ejemplo en Centroamérica el comercio regional aumentó mucho con el Mercado Común Centro Americano (MCCA), aunque a partir de los años setenta la situación política en la región se salió de control. Ver Jagdish Bhagwati, “Regionalism and Multilateralism; an Overview”, en Jaime De Melo y Arvind Panagariya (eds), *New Dimensions in Regional Integration*, (CUP1993).

²⁵ Nations Unies Conseil (n 12) 3.

²⁶ Ver Yves Gounin y Sébastien Vivier Lirimont, *La crise asiatique: aspects économiques et politiques* (PUF1999).

²⁷ Recursos forestales y pesqueros.

²⁸ Nations Unies Conseil (n 19) 4.

²⁹ Japón firma un acuerdo de libre comercio con México el 17 de septiembre de 2004, el cual entró en vigor el 1 de abril de 2005. Por su parte Corea del Sur firma un acuerdo con Chile el 15 de febrero de 2003.

3. Hacia un nuevo concepto de regionalismo económico

En este contexto, ¿qué nos dicen las nuevas teorías de la integración económica regional? Por un lado, la presentación original de Jacob Viner descansa sobre hipótesis metodológicas discutibles (equilibrio parcial, pequeñas economías, elasticidad de las ofertas de importación, estadística comparativa, etc.);³⁰ por otro, el análisis inspirado por Ricardo o el de Herckcher-Ohlin-Samuelson, explica mal el éxito y la extensión de la CEE, hoy Unión Europea (“UE”). Las ventajas comparativas de los países miembros aparecen, *a priori*, poco marcadas e incluso también *a posteriori*. Desde luego que los factores de producción en España y Alemania no se encuentran exactamente en las mismas proporciones, pero las diferencias entre estos dos países son evidentemente menores que las que pudieran tener España con respecto a Marruecos o Nicaragua; países con los cuales los intercambios comerciales se encuentran menos desarrollados. En otro orden de ideas, la especialización del modelo neoclásico se convierte en una “especialización intra-ramas”: automóviles contra tomates, por ejemplo. En el caso europeo, y en una cierta medida en la zona del Tratado de libre comercio de Norteamérica (“TLCAN”), la especialización es más bien de naturaleza simétrica: automóviles contra automóviles; tomates contra tomates, etc. El intercambio se basa entonces entre bienes y servicios diferenciados y, en ocasiones, de distinta calidad que incorporan los factores de producción en proporciones bastante similares. Esta diferencia entre la teoría y la realidad ha suscitado, desde la década de los sesenta, una multitud de estudios teóricos y empíricos.³¹

Después de múltiples estudios, la “nueva economía internacional”³² propondrá un nuevo análisis sistemático de los efectos de la integración económica, que serán tomados en cuenta tanto en el ambiente académico como a nivel gubernamental. Una de las novedades de estos modelos, *a priori* criticados, fue que ellos conducían más que a reevaluar las ganancias a escala con una diversidad más grande de productos propuestos a los consumidores, a un replanteamiento respecto de los monopolios y oligopolios nacionales.³³

El enfoque no minimiza la desviación de comercio, solamente justifica que dicha desviación podría ser menor a la que se había pensado con anterioridad. Esto es, si existen casos de acuerdos preferenciales entre países geográficamente alejados (México-Israel por ejemplo), la mayor parte de los ACR se constituyen entre países vecinos; precisamente uno de los éxitos de la UE viene del carácter compacto de sus fronteras.³⁴ Otro elemento

³⁰ Jean-Marc Siroën, *La régionalisation est-elle une hérésie économique ?* (6° Congrès de l’Association française de Sciences Politiques, Rennes, Octubre de 1999).

³¹ Jean-Marc Siroën, *La régionalisation de l’économie mondiale* (La découverte 2004) 35.

³² Es de inspiración anglosajona y apareció a finales de los años setenta con el objeto de dar respuesta al desafío empírico que representaba el desarrollo del comercio intra-rama y “refundar” la teoría del comercio internacional a partir de los modelos de economía industrial y de la teoría de los juegos.

³³ Siroën, *La régionalisation est-elle une hérésie économique ?* (n 30) 4.

³⁴ Incluso se podría pensar que uno de los países que aparentemente han gozado menos de la integración es precisamente Grecia, al estar más alejado del corazón político de la UE (Bruselas) o financiero (Londres). Pero

que juega a favor de los flujos de intercambio bilateral es el nivel de desarrollo: los modelos denominados “gravitacionales” toman como hipótesis que los volúmenes bilaterales de intercambio sean determinados por variables como el PIB de los respectivos países (efecto gravitacional),³⁵ y por la distancia económica (por ejemplo las diferencias del PIB por habitante).³⁶

Si las zonas de integración preferenciales coinciden con las zonas “naturales”, los efectos de desvío de comercio son reducidos por definición. Como lo afirma Paul Krugman,³⁷ en una zona natural³⁸ las pérdidas potenciales relativas al desvío de comercio son limitadas y las ganancias potenciales relativas a la creación de comercio son importantes.

B. LA TIPOLOGÍA MODERNA DEL REGIONALISMO ECONÓMICO

Durante la primera ola de regionalización, el análisis se basará esencialmente en la CEE. Lo anterior resulta lógico ya que hasta la década de los noventa, Europa constituye la verdadera y única “*success story*” regional, con un fuerte desarrollo comercial intra-regional de sus economías. Gran parte de los acuerdos regionales notificados al GATT, y hasta la creación de la OMC, fueron acuerdos de “buenas intenciones” sin verdadero impacto en términos de integración económica, y realizados en su mayoría por países en vías de desarrollo.³⁹

En la década de los noventa surgirá una nueva forma de regionalismo o de regionalismo híbrido: las llamadas zonas de libre comercio Norte-Sur, siendo el TLCAN el primer ejemplo; Europa seguirá esta tendencia al firmar en 1999 un acuerdo preferencial con Túnez y en 2000 con Marruecos. El libre comercio euro-mediterráneo se generaliza con las firmas sucesivas de ACR celebrados con los países del Magreb, cubriendo el perímetro sur y este del mediterráneo con excepción de Siria y Libia.⁴⁰ En el continente americano, Canadá firma con Chile en 1997; una negociación hemisférica se lleva a cabo en vista de

esta cuestión queda descartada no sólo con los apoyos económicos que este país recibió para infraestructura y organización de los juegos olímpicos, sino con la reciente crisis financiera de 2010.

³⁵ Transposición de las leyes físicas sobre la atracción de los cuerpos: dos grandes economías tiene más posibilidad de atraerse que dos pequeñas.

³⁶ Siroën, *La régionalisation de l'économie mondiale* (n 31) 4-5.

³⁷ Paul Krugman, “The Move Toward Free Trade Zones” en *Federal Reserve Bank of Kansas City Economic Review* (1991) 5.

³⁸ Para Krugman una « zona natural » se define como aquella zona al interior de la cual, en ausencia de barreras contra intercambios y acuerdos preferenciales, el comercio se realiza con mayor intensidad que en el resto del mundo.

³⁹ Es el caso notable de la Asociación latino-americana de libre comercio, antecedente directo de la Asociación latinoamericana de integración.

⁴⁰ Libia jamás ha tenido un acuerdo particular con la UE, incluso en el periodo anterior a las preferencias regionales dentro del marco de la política mediterránea global introducida en los años setenta.

crear un Acuerdo de libre comercio de las Américas ("ALCA"). En diciembre de 2002, los Estados Unidos y Chile firman un acuerdo de libre comercio, entre otros ejemplos. El final de la década de los noventa es también testigo de los acuerdos de libre comercio transoceánicos: UE-Sudáfrica en 1999, UE-México en 2000, UE-Chile en 2002; por su parte los Estados Unidos firman en el 2000 con Jordania y en enero de 2003 con Singapur.

Frente a la multiplicación de los acuerdos Norte-Sur que caracterizó la década de los noventa -países con asimetrías muy marcadas-, la primera preocupación que surge es encuadrar este tipo de acuerdos frente a otros acuerdos internacionales, y en particular, con los acuerdos regionales que hasta ese momento se conocían. Sin embargo, a principios del siglo XXI, la emergencia de nuevos liderazgos políticos y la influencia de movimientos sociales y partidos de izquierda y centro-izquierda, junto con el agotamiento de un ciclo económico marcado por la idea de liberalización de los mercados y el nuevo fortalecimiento del interés y la soberanía nacional, dio como resultado que países sudamericanos comenzaran a enfocarse en otras alternativas al modelo propuesto hasta ese entonces en la región.

Bajo este panorama se presenta entonces el problema de la tipología de las formas regionales, ya sean dicotómicas **(1)**, triangulares **(2)** o post-liberales **(3)**.

1. Las tipologías dicotómicas

Con el renacimiento del regionalismo económico en el contexto de la globalización, surge una renovación analítica del mismo. A diferencia del concepto de la década de los cincuenta, arquetipo de las teorías de las uniones aduaneras (Viner), la nueva integración regional no se restringe solamente a los intercambios comerciales. Esta conlleva flujos de capital, libre circulación de una clase específica de mano de obra calificada; introducción de un ambiente institucional común, así como la coordinación de políticas que permiten las convergencias entre las economías. De esta forma, el espacio regional se presenta como un lugar de recomposición de los poderes públicos y privados, así como de las estrategias de los actores nacionales e internacionales en el contexto de la globalización.⁴¹

Así surgen algunos conceptos innovadores a lado de los anteriores, oponiendo la integración planificada por los Estados -concepción voluntarista- por la integración a través de los mercados -concepción liberal- **(b)**; la integración ligada a las reglas -concepción institucional- frente a una integración más espontánea **(a)**; así como una integración profunda frente a una integración superficial **(c)**.⁴²

⁴¹ Direction Générale de la Cooperation Internationale et du Developpement, consulta 21/05/2013, «Analyse comparative des processus d'intégration économique régionale», sitio de la internet <www.diplomatie.gouv.fr>, (En formato PDF), Dirección: <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/ministere_817/publications_827/cooperation-internationale-developpement_3030/series-etudes_3195/serie-etudes-annee-2002_3217/analyse-comparative-processus-integration-economique-regionale_4614/index.html>.

⁴² Ibid.

a) *El regionalismo económico según su forma*

- Regionalismo de *iure* o institucional. La idea de integración regional está por lo general asociada a un acuerdo celebrado conforme a derecho, notificándolo a instancias de comercio internacional para su revisión de conformidad con las reglas multilaterales existentes.⁴³ El regionalismo institucional tiene como base los acuerdos que reducen, a corto término -entiéndase eliminan- los obstáculos y reglas en el intercambio de bienes, servicios y de otros factores. Este regionalismo impone una armonización regulatoria a fin de asegurar un mínimo de viabilidad de la liberalización comercial recíproca.⁴⁴ Los ejemplos típicos de este regionalismo son la UE, TLCAN y MERCOSUR, independientemente de que su contenido, modalidades de aplicación y objetivos sean profundamente distintos.

- Regionalismo de *facto* o espontáneo. La integración regional puede caracterizarse independientemente de los acuerdos formales por una mayor interdependencia de las economías nacionales (la consolidación de los mercados regionales, así como la intensificación de los flujos comerciales). El regionalismo se dice *de facto* si no tiene explicación por medio de acuerdos formales de naturaleza discriminatoria y negociados bajo la base de la reciprocidad.⁴⁵ Charles Oman,⁴⁶ aclara que la regionalización no siempre es un fenómeno político, es decir, un proceso de *iure* resultado de los pesos y contrapesos en la negociación política. Este puede tratarse de un fenómeno económico natural impulsado por las mismas fuerzas micro-económicas de las economías involucradas. O como afirma Larbi Jaidi,⁴⁷ puede ser el resultado de las prácticas de determinados actores (por lo general acuerdos sur-sur) que constituyen redes comerciales, financieras, culturales y tecnológicas en los espacios regionales. Tal es el caso de la regionalización reticular este-asiática o del comercio transfronterizo africano.

⁴³ Henri Regnault, «Libre-échange Nord-Sud et typologies des formes d'internationalisation des économies», (Séminaire EMMA-RINOS (Réseau Intégration Nord Sud), Maison des Sciences Economiques et CEPREMAP Paris Mayo 2003).

⁴⁴ Institut Orleanais de Finance, consulta le 21/05/2013, « L'intégration entre pays inégalement développés dans la régionalisation de l'économie mondiale. Une analyse comparative », sitio de la internet : <www.dauphine.fr> (en formato PDF), dirección : <<http://www.dauphine.fr/ceres/siroen/Plan1.pdf>, p. 11>.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Charles Oman, Globalisation et régionalisation: quels enjeux pour les pays en développement?, (OCDE, 1994) 37.

⁴⁷ Larbi Jaidi, "Las integraciones regionales sur-sur: un regionalismo multiforme" (2010), en Anuario IEDMed del Mediterráneo, 126.

b) El regionalismo económico según el carácter voluntarista o liberal del Estado

• Regionalismo cerrado. Los primeros desarrollos del regionalismo en la zona Asia-pacífico (desarrollo del APEC), dieron lugar a un concepto impreciso de regionalismo abierto, sugiriendo simultáneamente que el antiguo regionalismo era cerrado. El regionalismo cerrado con carácter voluntarista tiene por objeto un proceso de integración el cual no se deja al libre arbitrio de las fuerzas del mercado, sino que es objeto de una mayor coordinación política creada a través de instituciones regionales.⁴⁸ Según esta visión voluntarista, la integración regional es un estado de “desconexión” que protege a las economías de la mundialización. Este tipo de regionalismo supone la protección, políticas de ordenación del territorio, construcción de un sistema productivo más o menos desfasado del sistema de precios a nivel mundial. La base de análisis es aquel de aquellas sociedades dependientes, introvertidas y desarticuladas que no pueden construir su industria desde una base nacional. Por esta razón, la integración regional se encamina a reducir la extraversión; a crear un mercado y de compensar los desequilibrios territoriales. Sus instrumentos son la economía administrada y regulada, la protección de las industrias regionales y la creación de proyectos cuyo efecto final será la polarización.⁴⁹

• Regionalismo abierto. Esta forma de integración rechaza cualquier idea de exclusividad, siendo respetuosa a cabalidad de los principios multilaterales, procurando la creación de tráfico y desvíos comerciales a través de la lógica del mercado asegurando los beneficios de las ventajas comparativas. De conformidad con la concepción liberal, a la inversa de la concepción voluntarista, el regionalismo abierto se mezcla con la liberalización de los intercambios comerciales y de los factores de producción. Este se encuentra normalmente fundado sobre el concepto de una zona de libre comercio cuyo objeto final será el de la “multilateralización” de los intercambios y del libre comercio generalizado.⁵⁰ Un ejemplo es en buena medida el TLCAN, y el proyecto truncado del ALCA cuyo objetivo era extender el libre comercio a todo el continente americano (de Alaska hasta la Tierra de fuego). Este abriría entonces la vía para la “multilateralización” y la globalización del comercio en la zona. Es importante señalar que el regionalismo abierto, tal y como lo afirma Fred Bergsten,⁵¹ debe servir a la causa del multilateralismo y no ser el sustituto de aquel; este no debe ser

⁴⁸ Regnault, « Libre-échange Nord-Sud et typologies des formes d'internationalisation des économies » (n 43) 4.

⁴⁹ Cf. Jean-Marie Boisson, « Comment gérer la Globalisation ? Etats, Régions ou Organisations Internationales ? », (Coloquio internacional C.E.D.E.C.E., La Dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne, Poitiers Octubre 2000).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Fred Bergsten, Open Regionalism, Institute for International Economics, Working Paper 3/1997, 1 <<http://www.iie.com/publications/wp/wp.cfm?ResearchID=152>>.

el medio a través del cual los participantes se deshacen de sus compromisos y responsabilidades a nivel multilateral.⁵²

c) El regionalismo económico según su modo de operación

- Integración superficial. Conocida también como *shallow integration*, la cual se limita a una sola eliminación o desmantelamiento de barreras fronterizas en el comercio. Los acuerdos euro-mediterráneos son un excelente ejemplo donde la eliminación de barreras arancelarias se limita a ciertos bienes. Los ACR de la Asociación Europea de libre comercio (“EFTA”) por sus siglas en inglés, excluyen por completo los temas agrícolas.
- Integración profunda. También denominada *deep integration*, supone la introducción de medidas de liberalización que sobrepasan la sola protección de las fronteras, tratando en particular; la inversión, la materia de competencia, servicios, las ventas del sector público, etc. Europa es el arquetipo de este tipo de integración profunda, sin embargo, el TLCAN es un ejemplo emblemático ya que lo caracteriza su asimetría Norte-Sur.⁵³

2. La tipología triangular

Se trata de una propuesta realizada por los profesores Christian Deblock, Dorval Brunnell y Michèle Rioux,⁵⁴ quienes sujetándose a una lógica de economía política internacional, proponen una nueva tipología fundada en términos de un “triángulo de incompatibilidad” entre tres características, exigencias u objetivos posibles en el marco de una construcción regional: i) la autonomía de los mercados (la cima de triángulo); ii) la soberanía de los Estados y; iii) la cooperación institucional entre los miembros.

En opinión de estos autores, ninguna forma regional puede conciliar plenamente estos tres rasgos; dos solamente pueden respetarse cabalmente definiéndose así tres formas puras de regionalismo:

- Un Regionalismo de “regulación y sanción”, fundado sobre la autonomía de los mercados y la cooperación institucional entre los Estados participantes,

⁵² Ver “El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica en servicio de la transformación productiva con equidad”, Libros CEPAL, N°39 (1994); “El regionalismo abierto y la integración económica” Revista CEPAL N°53 (1994) 81-89.

⁵³ Renault « Libre-échange Nord-Sud et typologies des formes d'internationalisation des économies » (n 43) 4.

⁵⁴ Christian Deblock, Brunelle Dorval y Michèle Rioux, “Globalización, competencia y gobernanza: el surgimiento de un espacio jurídico transnacional en las Américas” (2004) vol. XLIV, en Foro Internacional 92.

articulado alrededor de reglas de derecho y de instituciones supranacionales (UE). Este regionalismo crea a la larga un derecho internacional en materia de inversiones y competencia económica sobre el modelo del bien común, el cual es el que se ha adoptado hasta el momento por los Estados nacionales. Sobre una base consensual respecto del grado de autonomía que los Estados están dispuestos a perder, y sobre el grado de libertad que los mismos están dispuestos a quitar a los mercados y a los actores privados, se tratará entonces de resolver el incumplimiento de las reglas cometido por los Estados -competencia desleal-, y las empresas -prácticas anticompetitivas y posiciones dominantes- a través de las instituciones supranacionales apropiadas.

- Un Regionalismo de “administración de riesgos”, fundado sobre la autonomía de los mercados y el respeto a la soberanía de los Estados; articulado este alrededor de códigos de buena conducta y mecanismos de solución de controversias cuyo ejemplo tipo es el TLCAN. En este caso particular, los Estados deben lograr un consenso mínimo sobre reglas y mecanismos de administración de riesgos, que se debe proveer a los mercados y a las relaciones entre Estados; preservando en todo momento la autonomía de los mercados, de los actores privados, así como de los Estados de conformidad con el principio de soberanía nacional. Tal parece que el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP por sus siglas en inglés) va por esta vía también.⁵⁵

- Un Regionalismo de “mercados regulados e intercambios organizados”, conciliando la soberanía y cooperación en detrimento de la libertad de los mercados. Henri Regnault,⁵⁶ propone como ejemplo el Consejo de Ayuda Mutua Económica entre la antigua Unión Soviética y los países de Europa central y oriental (“PECO”), en la medida en que, en realidad, la cooperación se encontraba estructuralmente asimétrica y la soberanía de los países PECO extremadamente reducida.

3. La tipología post-liberal

La noción de regionalismo abierto tuvo su clímax en América latina y el Caribe en los años noventa y hasta mediados de la primera década del presente siglo. Esta noción basada en la perspectiva de intercambio comercial como elemento central de la integración regional, dejó de ser la principal fuerza motriz de las actuales tendencias de integración y de cooperación entre los países de la región pasando a tener un nuevo enfoque en el que

⁵⁵ El Acuerdo de Asociación Transpacífico es una iniciativa de negociaciones para la liberalización del comercio y la inversión que nació entre los países del Asia-Pacífico. Es actualmente la negociación comercial plurilateral más relevante y ambiciosa a nivel internacional por la cobertura de productos y disciplinas que incluye, así como la importancia económica de los miembros participantes.

⁵⁶ Regnault, *Libre-échange Nord-Sud et typologies des formes d'internationalisation des économies* (n 43) 5.

algunos autores lo denominan regionalismo “post-liberal”, “regionalismo post-hegemónico” o incluso “post-neoliberal”.⁵⁷

Esta nueva visión se caracteriza por el desplazamiento de los temas de liberación comercial y desregulación por una agenda claramente política marcada por el retorno a un papel protagónico del Estado en la formulación e implementación de diversas políticas públicas y por una revitalización del principio tradicional de soberanía nacional.⁵⁸ Esto, empero, no significa el rompimiento total con el regionalismo abierto como proceso institucionalizado en la región desde la década de los noventa, sino que ambos coexisten y se complementan con sus propias experiencias.⁵⁹

Existen factores exógenos y endógenos que explican la nueva tendencia regionalista:⁶⁰ i) tras los atentados del 11 de septiembre y la posterior guerra contra el terrorismo, la atención de los Estados Unidos se centró principalmente en Medio Oriente y Asia Central, perdiendo consecuentemente influencia en Latinoamérica y permitiendo a esta última tener un margen de acción y autonomía más amplios; ii) la “izquierdización” de la región con la relativa convergencia ideológica de los mandatarios latinoamericanos; y iii) el liderazgo sostenido que ha desarrollado Brasil en los últimos años, lo que le ha permitido ganar el reconocimiento de potencia en la región.

Bajo esta plataforma, se han construido en la región latinoamericana iniciativas regionales como la Comunidad Sudamericana de Naciones, hasta su consolidación en 2008 en la Unión de Naciones Sudamericanas (“UNASUR”), así como en 2004, la Alianza Bolivariana para las Américas (“ALBA”) como notable proyecto alternativo en contra del ALCA. Asimismo, se gesta, desde 2011, un ambicioso esquema de articulación política y económica denominado Comunidad de Estados de Latinoamérica y del Caribe (“CELAC”). Todas estas iniciativas, como lo afirma Andrés Serbin, a diferencia del sistema interamericano establecido en torno a la Organización de Estados Americanos (“OEA”) y de la iniciativa del ALCA a nivel hemisférico, excluyen explícitamente a los Estados Unidos y a Canadá de las negociaciones.⁶¹

Hemos hecho hasta el momento un recuento de las diferentes etapas de la regionalización económica, así como un análisis crítico de la literatura en la materia. Será menester

⁵⁷ El Concepto de regionalismo post-liberal fue propuesto originalmente por Sergio da Motta y Sandra Ríos. Sobre las concepciones terminológicas ver Gian Luca Gardini, “Unity and Diversity in Latin America Visions of Regional Integration” en *Latin American Foreign Policies: Between Ideology and Pragmatism*, (2011) Palgrave Macmillan 235-254; Pedro da Motta Veiga y Sandra P. Ríos, “O Regionalismo pós-liberal na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas” (2007) CEPAL N°62 Serie Comercio Internacional.

⁵⁸ Andrés Serbin, “Regionalismo y soberanía nacional en América Latina: lecciones aprendidas y nuevos desafíos” (2011-2012) Anuario CEIPAZ, 138.

⁵⁹ Cristobal Bywaters y otros, “UNASUR y la integración latinoamericana: propuesta de un nuevo modelo del regionalismo post-liberal” (2009) Revista Encrucijada Americana Año 3 N°1, 6.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Andrés Serbin, Laneydi Martínez y Haroldo Ramanzini Júnior, *El Regionalismo “post-liberal” en América Latina y el Caribe: Nuevos actores, nuevos temas, nuevos desafíos*, (2012) CRIES.

entonces analizar las implicaciones que tiene el regionalismo económico frente al sistema comercial multilateral.

III. ¿REGIONALISMO Y MULTILATERALISMO ECONÓMICOS SON ANTINÓMICOS?

Hoy en día tenemos la certeza de que el regionalismo de corte abierto llegó para quedarse e interactuar con el sistema comercial multilateral. Podemos afirmar que este se ha convertido poco a poco en la regla y no en la excepción, contrariamente a lo que habían previsto las partes contratantes del GATT. La erosión al principio de la no discriminación es un fenómeno que se presenta de forma constante y, actualmente, la OMC está consciente de ello. Paradoxalmente como resultado de lo que la OMC llama la madeja o enredo de uniones aduaneras, zonas de libre comercio, mercados únicos, así como la panoplia ilimitada de acuerdos de todo tipo (inversión, complementación, parciales, etc.), la CNMF se ha convertido en un tratamiento de excepción y no en la regla general. Incluso, el conocido “Informe Sutherland”, en un tono un tanto irónico, menciona que sería mejor hablar hoy en día de la cláusula de la nación *menos* favorecida.⁶²

El GATT, nació el 1 de enero de 1948 de la firma de 123 acuerdos bilaterales reuniendo a 23 partes contratantes en Ginebra en octubre de 1947. Adoptando el principio esencial de la no discriminación, cuya forma se manifiesta a través de la CNMF, los fundadores del GATT desearon que el sistema comercial internacional se organizara sin excluir a aquellos miembros que no tuvieran el poder de negociación necesario para obtener las ventajas concedidas a otros miembros. En otras palabras, los fundadores del GATT habían adoptado un enfoque multilateral de liberación del comercio; sin embargo, de forma paralela los miembros fundadores adoptaron reglas derogatorias de la CNMF; es decir, la introducción de las disposiciones del artículo XXIV del GATT que autorizan la creación de uniones aduaneras y zonas de libre comercio, mismas que dieron entrada al enfoque regional de la liberación del comercio. Desde entonces podemos preguntarnos si estos dos enfoques de liberación comercial que coexisten en el seno del sistema económico mundial son antinómicos.

Para dar algunos elementos de respuesta, analizaremos desde un estricto punto de vista sistémico,⁶³ la interacción de los ACR con el sistema comercial multilateral **(A)**, para así llegar a una posible conciliación entre estas dos visiones de liberalización económica **(B)**.

⁶² OMC, *L'avenir de l'OMC, Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, (Reporte del Consejo Consultativo de Supachai Panitchpakdi Ginebra 2004) 21.

⁶³ Ver Paul Krugman, *Is Bilateralism Bad?* en Helpman y Razin (eds), *International Trade and Trade Policy* (MIT press 1991) 9; Jagdish Bhagwati y Arvind Panagariya, *The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends* (1996) vol. 86 en *American Economic Review* 82 y Anne O Krueger, *Free Trade Agreements Versus Customs Unions* (1995) National Bureau of Economic Research NBER, working paper n° W5084, < <http://www.nber.org/papers/w5084> > fecha de consulta 2 Julio 2013.

A. LA RELACIÓN DE LOS ACR CON EL SCM

El SCM y los ACR han sufrido numerosas modificaciones desde finales de la década de los cincuenta y, en particular, en los años ochenta. Gracias a las rondas de negociaciones en el seno del GATT/OMC, la liberalización del comercio progresó sensiblemente, mientras que las disciplinas comerciales multilaterales se profundizaron notablemente alcanzando aspectos que han sobrepasado por mucho las reglas iniciales del GATT de 1947.

Paralelamente, el número de los ACR ha aumentado vertiginosamente en los últimos años, representando al día de hoy el cincuenta por ciento del comercio mundial e involucrando un abanico más extenso de cuestiones de política comercial.⁶⁴ Los acuerdos regionales de nueva generación tienen por objeto no solamente la liberalización del comercio de bienes y servicios sino que también cubren otros aspectos igualmente regulados por la OMC como son por ejemplo las normas y aspectos de la propiedad intelectual o las ventas al sector público. El alcance en algunos de estos acuerdos puede incluso rebasar las reglas de la OMC e incluir aspectos que hasta el día de hoy habían estado excluidos de las negociaciones multilaterales, o analizados de forma parcial en las mismas -por citar algunos ejemplos tenemos las ventas al sector público, las inversiones, la política de competencia económica, etc.-.

El número de ACR en los que cada miembro de la OMC es parte -la UE contando como un solo miembro-, se ha duplicado en los últimos diez años; es decir, cinco en promedio por cada miembro siendo que algunos son parte de diez o más ACR. Hasta el 15 de enero de 2013,⁶⁵ se han notificado a la OMC unos 546 ACR, contabilizando por separado las notificaciones relativas a mercancías y las relativas a servicios. De éstos, 390 fueron notificados de conformidad con el artículo XXIV del GATT; 38 con base en la cláusula de habilitación; y 118 de conformidad con el artículo V del AGCS. En esa misma fecha se encontraban en vigor, de acuerdo con la OMC, 354 ACR, y según sus estimaciones, la tendencia se agudizará con los numerosos acuerdos de este tipo que se encuentran en negociación de los cuales noventa por ciento son acuerdos de libre comercio o acuerdos de alcance parcial, y diez por ciento son uniones aduaneras.⁶⁶

Adoptando un enfoque sistémico, el debate se centra en dos posiciones: una, representada por el economista Lawrence Summers,⁶⁷ para quien toda iniciativa de liberali-

⁶⁴ Comité des Accords Commerciaux Régionaux, Synopsis des «questions systémiques» relatives aux accords commerciaux régionaux - Note du Secrétariat (2000) WT/REG/W/37.

⁶⁵ OMC, consulta 12/07/2013, « Acuerdos comerciales regionales », sitio de la internet: <www.wto.org>, (disponible en línea), dirección: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm>.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Lawrence Summers, “Regionalism and the World Trading System”, en Federal Reserve Bank of Kansas City, Policy implications of trade and currency zones, (FRB Kansas City 1991) 295.

zación del comercio ya sea a nivel unilateral, bilateral, plurilateral o bien multilateral, es una etapa más hacia la liberalización global del comercio; otra, representada por el profesor Jagdish Bhagwati⁶⁸ quien considera en contraposición, que la proliferación de uniones regionales es un desafío para el sistema comercial multilateral. Surge entonces la pregunta de si los ACR facilitan o no el desarrollo del sistema comercial multilateral.⁶⁹ Una respuesta afirmativa o negativa sería un poco reduccionista; lo cierto es que hay elementos que favorecen su convergencia **(1)**, y otros, sus divergencias **(2)**.

1. Elementos de convergencia

Los ACR pueden contribuir a la armonía de tres formas:⁷⁰ i) inspirándose de las materias tratadas por la OMC o incluso copiándolas; ii) inspirándose de otros acuerdos internacionales existentes y, en ciertos casos; iii) ayudando a elaborar acuerdos modelo que pudieran adoptarse posteriormente por la OMC. Los ACR pueden completar de igual forma los objetivos del SCM alentando la cooperación y la asistencia técnica entre los socios regionales. Incluso, si los ACR contienen disposiciones que van más allá de las reguladas por la OMC, estas se basan por lo general en disposiciones y principios existentes en el seno de la OMC.⁷¹ De esta forma:

- Los ACR presentan una gran similitud desde el punto de vista del catálogo de disciplinas tendientes a facilitar la apertura progresiva de los mercados de servicios, aun y cuando la carga en términos de obligaciones difiera;
- En materia de ventas al sector público, los ACR, aun y cuando sobrepasan las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública (“ACP”), siguen de manera general las disposiciones propuestas por este acuerdo o bien, en la mayoría de los casos copian las disposiciones del mismo;
- De igual forma, los ACR reproducen las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”), así como del acuerdo de la OMC sobre propiedad intelectual (“ADPIC”) ya sea refiriéndose explícitamente o bien, reproduciendo parte del contenido;
- Las disposiciones de los ACR relativas al medio ambiente reflejan en gran parte el enfoque adoptado en los acuerdos de la OMC. Gran cantidad de ACR reconocen en su preámbulo la necesidad de preservar el medio ambiente y el alcance del desarrollo sustentable. Otros ACR contienen cláusulas de excep-

⁶⁸ Jagdish Bhagwati, “The watering of trade”, (1997) en JIE42, 239.

⁶⁹ Sobre las tensiones entre el SCM y los ACR ver Roberto V. Fiorentino, Luis Verdeja y Christelle Toqueboeuf, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements:2006 Update* (WTO Discussion Paper n°12 2007).

⁷⁰ Syntheses OCDE, *Le régionalisme et le système commercial multilatéral*, (L’Observateur OCDE, 2003) 5.

⁷¹ *Ibid.*

ción general similar a aquellas contenidas en el artículo XX del GATT, utilizando de forma constante la fórmula según la cual las disposiciones previstas en el artículo XX (b) del GATT de 1994, engloban las medidas ecológicas necesarias para proteger la vida, la salud humana, animal y vegetal.⁷²

En la medida en que las iniciativas regionales se apoyan en acuerdos internacionales, estas sirven a una mayor y mejor armonización. Este es el caso cuando los ACR, en los aspectos de comercio de bienes, hacen constante referencia a la Declaración de Arusha emanada de la Organización Mundial de Aduanas, así como de la Convención de Kyoto Revisada para la simplificación y armonización de los regímenes aduanales.

De acuerdo con la OMC, los ACR evolucionan en general de forma más rápida que el SCM y en ocasiones son medios para reforzarlo. Un estudio realizado por la Secretaría de la OMC en 1998, demostró que los ACR prueban una liberación y acceso más rápido a los mercados en lo que concierne a las medidas no arancelarias, que el propio SCM.⁷³ De hecho varios miembros de la OMC han subrayado los efectos favorables de los ACR en la integración de los países en vías de desarrollo dentro de la economía mundial.⁷⁴

2. Elementos de divergencia

La proliferación de los ACR sigue siendo también fuente de divergencias; es decir, que las convergencias mencionadas con anterioridad no siempre se traducen en un enfoque armonizado sobre el plano internacional. Tenemos como ejemplo el caso de los derechos de propiedad intelectual, en donde hay constancia de que si éstos se refuerzan desde el plano regional, su contenido puede variar de acuerdo a los intereses de cada entronque regional. Por otro lado, entre los principales acuerdos regionales, existen en la actualidad dos visiones divergentes entre la relación que se da en política de competencia económica y la acción *antidumping*: en un caso, se prevé la supresión recíproca de medidas *antidumping* en el marco de la política de competencia económica; en el otro, el derecho firme de una parte a aplicar medidas *antidumping*.⁷⁵

⁷² El TLCAN negociado por el presidente George H. W. Bush, no dedicó ningún capítulo específico al medio ambiente. Esta falta de interés y dispersión ofendió a numerosos ambientalistas como “*Public Citizen*”. Por su parte, Bill Clinton en el transcurso de su campaña electoral de 1992, prometió colmar las lagunas del TLCAN en esta materia y en la laboral. Una vez elegido, el presidente Clinton procedió a la negociación de dos acuerdos anexos al TLCAN: *The North American Agreement on Environmental Cooperation*, *Mexico-United States Border Environmental Cooperation Agreement* y el *North American Agreement on Labor Cooperation*.

⁷³ OMC, *L’avenir de l’OMC, Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, (n 62) 72.

⁷⁴ Poco después de la entrada en vigor del TLCAN, México pasó a formar parte de la OCDE el 18 de Mayo de 1994.

⁷⁵ *Syntheses OCDE, Le régionalisme et le système commercial multilatéral* (n 70) 7.

Varios estudios han señalado que la supresión del *antidumping* en un área de libre comercio constituye una

En la práctica, las divergencias de acuerdo al enfoque que contenga cada ACR, trae como consecuencia una elevación considerable en los costos de transacción para las empresas. Este aumento es particularmente evidente en materia de reglas de origen. Bajo esta lógica no será extraño que un país deba aplicar diferentes reglas de conformidad con las disposiciones específicas de cada ACR al cual pertenezca. Lo anterior complica indudablemente las decisiones de producción y de aprovisionamiento de las empresas establecidas o que planeen establecerse en ese país.

La heterogeneidad de iniciativas regionales puede ser también fuente de fricciones sistémicas.⁷⁶ Por ejemplo, los esfuerzos desplegados para reforzar las disciplinas multilaterales en materia de defensa comercial no son por lo general facilitados en razón de la existencia variada de criterios a la escala regional en el momento en que.⁷⁷

- Algunos ACR suprimen la posibilidad de recurrir a los derechos *antidumping* o compensadores, autorizando en lugar, la utilización de medidas de salvaguarda entre los miembros del entronque regional;
- Otros ACR suprimen la posibilidad de recurrir a medidas *antidumping* o de salvaguarda pero mantienen la posibilidad de utilizar derechos compensadores;
- Otros mantienen la posibilidad de recurrir a derechos *antidumping* y compensadores pero suprimen la utilización de medidas de salvaguarda.

En otros campos, los enfoques regionales pueden conducir no tanto a fricciones sistémicas -al no existir tensión directa con la elaboración de las reglas de la OMC-, pero sí a una sobrecarga sistémica (como ejemplo la materia de inversión en donde la proliferación de acuerdos provocó un aumento considerable del número de asuntos por resolver a través de los diversos mecanismos de solución de controversias). Con la rápida multiplicación de tratados bilaterales en materia de inversiones (“TBI”), tenemos que

política económica conveniente, y que las inquietudes respecto de las prácticas empresariales desleales pueden ser atendidas mediante el uso de políticas de competencia, tal y como lo ha hecho la UE la cual suprimió el empleo de medidas *antidumping* al interior de la CEE en 1969, luego de que se eliminaron los aranceles y sin esperar al programa de mercado unificado de 1993, ni a la culminación de la unión monetaria marcada por el tratado de Maastricht para 1999. En contraposición, la región del TLCAN conserva el uso de medidas *antidumping* las cuales no siempre coinciden y se encuentran lejos de estar armonizadas entre los miembros del TLCAN. Ver Murray G. Smith “La evolución de las leyes contra prácticas comerciales desleales en el tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN)” en Sergio López Ayllón y Gustavo Vega Canovas (eds), Las prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile, (UNAM, SECOFI 2001) 57.

⁷⁶ Syntheses OCDE, Le régionalisme et le système commercial multilatéral (n 70) 7.

⁷⁷ Las dificultades en la negociación de *antidumping* y subsidios en la OMC, no tienen mucho que ver con los ACR y sí con la heterogeneidad en los sistemas de defensa comercial de los miembros de la OMC. México y Estados Unidos tienen sistemas muy diferentes y muchas veces han estado en conflicto a pesar de que comparten un TLC. Las disciplinas especiales en los ACR no han entrado en conflicto con las reglas multilaterales ni con las negociaciones.

las controversias sometidas a la jurisdicción del Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre Inversiones -por cierto, uno de los organismos de solución de controversias que más hacen referencia a los TBI-, han aumentado considerablemente en los últimos años. Tomando en cuenta la sobrecarga generada en el mecanismo de solución de controversias de la OMC, y el aumento de promoción de recursos en otros medios alternativos de solución de controversias, queda mucho por hacer desde el punto de vista de las disciplinas relativas a la inversión en la OMC.⁷⁸

B. Hacia la conciliación de dos visiones de liberación económica

Un nuevo interés por el análisis de los ACR aparece a principios de la década de los noventa, y éste surge en el momento en que las negociaciones de la Ronda de Uruguay se encontraban paralizadas por falta de acuerdos entre los negociadores. Los grandes países industrializados (UE y los Estados Unidos) reflejaban su veleidad para negociar acuerdos bilaterales -alternativa más o menos aceptable para estos países en caso de fracaso de las negociaciones multilaterales-. Bajo este contexto, la Ronda de Uruguay llegó a un resultado más o menos aceptable para los miembros de la ahora OMC; sin embargo, las desaventuras de las Conferencias ministeriales de Seattle (1999) y Cancún (2003) incitaron de nueva cuenta esta tendencia a negociar en forma bilateral, cuestión que resultaba a todas luces comprensible ya que gran cantidad de negociaciones bilaterales tratan temas y aspectos que van más allá de lo negociado a nivel multilateral; algunos autores hablan incluso de acuerdos “OMC plus”.⁷⁹

Paul Krugman,⁸⁰ propone cuatro razones para explicar este fenómeno: i) el aumento en el número de participantes dentro del proceso de negociaciones de la OMC ha sido tal, que resulta bastante complicado controlar el fenómeno del *free rider*;⁸¹ ii) el carácter proteccionista de algunos miembros ha evolucionado de tal manera, que los mecanismos de salvaguardas, *antidumping* u otras formas de proteccionismo, complican de forma considerable las negociaciones; iii) la caída de la hegemonía económica de los Estados Unidos ha complicado la continuidad en la puesta en marcha del sistema y; iv) las diferencias institucionales entre los países más grandes han complicado las negociaciones.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Jean-Marc Siroën, *Evolution récente des accords régionaux* (2004) Les Rencontres Economiques, 2.

⁸⁰ Paul Krugman, *Regionalism versus Multilateralism*, Analytical Notes en Jaime De Melo y Arvind Panagariya (eds), *New dimensions in Regional Integration*, (CUP 1993) 58.

⁸¹ Es una expresión con la que se designa a un país que no hace ninguna concesión comercial pero que, en virtud del principio de la nación más favorecida, se beneficia de las reducciones y concesiones arancelarias que ofrecen los demás países negociadores. Ver Dominique Carreau y Patrick Juillard, *Droit international économique*, (Daloz 2005) 189.

Sin embargo, no podemos perder de vista que la Declaración de la OMC⁸² pronunciada al término de la 4ª Conferencia Ministerial celebrada en Doha, Qatar, en noviembre de 2001, insiste claramente sobre la importancia del regionalismo:

- Reconociendo que los ACR pueden jugar un papel importante en lo que se refiere a la promoción de la liberalización, la expansión del comercio y en el fomento del desarrollo;
- Aceptando negociaciones tendientes a clarificar y mejorar las disciplinas y procedimientos previstos por las disposiciones existentes de la OMC aplicables a los ACR;
- Conviniendo en que las labores del Grupo de trabajo sobre la relación entre comercio e inversiones de la OMC, deberán tomar en cuenta, según proceda, los acuerdos bilaterales y regionales vigentes sobre inversiones.

Es así que algunos miembros de la OMC consideran necesario, en la situación actual, redefinir los vínculos entre los ACR y el sistema comercial multilateral a fin de lograr una mejor sinergia entre las dos visiones de liberalización económica. El principio rector de esta redefinición deberá consistir en facilitar el comercio entre las partes y no erigir obstáculos a terceros contratantes con estos territorios.⁸³

La Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económicos (“OCDE”), ha llegado a la conclusión de que los ACR son compatibles con las reglas de la OMC. De una forma general los estudios de la OCDE afirman que los ACR pueden completar, pero no reemplazar las reglas multilaterales coherentes, así como la apertura multilateral progresiva (1); quizá un nuevo elemento podría dar una cierta claridad al panorama actual que no necesariamente se encuadra en la dicotomía clásica regionalismo-multilateralismo (2).

1. El regionalismo: una interacción permanente y complemento necesario del sistema comercial multilateral

Dos enseñanzas podemos afirmar de esta relación a la vez antagónica a la vez complementaria. La primera enseñanza es que todas las consecuencias que se han generado a partir de la implementación de los ACR confirman la necesidad de reforzar el marco multilateral. Esta observación se aplica en particular a la contribución del regionalismo en las divergencias al elaborar las reglas; a los efectos que la heterogeneidad de acuerdos regionales puede tener sobre los países que no sean miembros de éstos acuerdos; y al papel

⁸² La Declaración se encuentra disponible en línea en la dirección de la internet : <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm>.

⁸³ Este principio se encuentra enunciado en el artículo XXIV: 4 del GATT; en el Preámbulo del Memorándum de Acuerdo sobre la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994; en el párrafo 3 a) de la Decisión de 1979 sobre el trato diferenciado y más favorable, la reciprocidad y mayor participación de los países en vías de desarrollo; y finalmente, en el artículo V: 4 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

del regionalismo en el aumento de los costos de transacción para las empresas. Estos efectos son graves por el hecho de que el regionalismo, en la mayoría de los casos, no logra resolver los problemas más complejos.

En los casos más sensibles, las iniciativas regionales no han dado los mejores resultados -y en ciertos casos, ni siquiera han sido eficaces-, si las comparamos con las reglas multilaterales;⁸⁴ sin embargo, Ken Heydon,⁸⁵ especialista de la OCDE, reconoce que incluso, si las disciplinas multilaterales fueran reforzadas, los ACR y las disposiciones contenidas en los mismos no desaparecerían. La pregunta que se formula entonces es la siguiente: ¿cómo superponer y hacer coexistir disciplinas multilaterales y acuerdos regionales? Esta cuestión influye directamente los efectos del artículo XXIV del GATT/OMC y el artículo V del GATS, así como a las actividades del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales.

El Comité de Comercio y Desarrollo sí ha considerado los acuerdos entre países en desarrollo notificados bajo la cláusula de habilitación. Por ejemplo, tratándose de la materia de inversión, las disposiciones actuales de la OMC referentes al examen de los ACR contemplan ésta sólo en la medida en que el artículo V del GATS cubre el comercio de servicios, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el mismo; sin embargo, los ACR prevén una cobertura más extensa en materia de inversiones, cobertura que va más allá de la inversión en materia de servicios.⁸⁶

La segunda enseñanza se obtiene de la experiencia adquirida en materia de regionalismo a través de los años. Si bien es cierto que algunas consecuencias derivadas del desarrollo de los ACR confirman la necesidad de reforzar el marco multilateral, también algunos criterios contenidos en los ACR pueden colmar esa necesidad de refuerzo y servir de base para la elaboración de reglas multilaterales más sólidas. Los ACR pueden completar el marco multilateral en la medida en que éstos contribuyan a la armonización de las reglas multilaterales; éstos pueden servir de base para reforzar las reglas multilaterales en la medida en que sus disposiciones rebasen las contenidas en las disposiciones de la OMC.⁸⁷ Reunidos estos dos elementos, se crearán sinergias muy eficaces entre los criterios regionales y multilaterales.

⁸⁴ Por ejemplo, los ACR han avanzado poco en lo referente a la interfase en términos de la elaboración de reglas entre reglamentación interior y comercio de servicios, y en ciertos casos, estos contienen disposiciones más estrechas que las contenidas en el GATS; salvo en raras excepciones, los ACR no han sido de gran utilidad para solucionar los principales temas "inacabados" relativos a la elaboración de reglas en el GATS, en particular en lo referente a las disciplinas que abordan medidas de salvaguarda urgentes y los subsidios destinados a los servicios.

⁸⁵ Ken Heydon, *Le régionalisme peut compléter mais non remplacer le système commercial multilatéral*, en *Le Régionalisme et le Système Commercial Multilatéral* (OCDE 2003) 16.

⁸⁶ En el caso del TLCAN no se da una definición conceptual y específica de lo que debe entenderse por inversión extranjera; por el contrario, enumera una serie de actividades que, para los efectos del TLC, al realizarse, caerán bajo el concepto de inversión extranjera. Ejemplos como instrumentos de deuda cuando la empresa sea una filial del inversionista, o beneficios provenientes de destinar capital y otros recursos para el desarrollo de una actividad económica (concesiones, contratos de construcción y de llave en mano, etc.) entran dentro del catálogo de inversión del capítulo 11 del TLCAN.

⁸⁷ Por ejemplo, en el campo de la movilidad de mano de obra, diversos ACR contienen disposiciones que

2. El “*plurilateralismo*” como eslabón faltante entre la dicotomía regionalismo-multilateralismo

La Teoría clásica de la integración económica propuesta por el economista húngaro Bela Balassa, establece que la integración no es un suceso sino un proceso creciente constituido por las siguientes etapas:⁸⁸ i) las asociaciones y foros de cooperación; ii) acuerdos preferenciales no recíprocos; iii) zonas de libre comercio; iv) uniones aduaneras; v) mercado común y; vi) unión monetaria.⁸⁹

Ahora bien, difícilmente el libre comercio descrito como etapa creciente en la tipología de Balassa explica la realidad concreta de las formas de internacionalización de las economías en la actualidad. Tomemos como ejemplo el TLCAN, en donde independientemente de que el tratado adopta la forma de zona de libre comercio, el régimen de liberalización establecido en el mismo incluye no sólo las mercancías sino los servicios de toda índole: derechos de propiedad intelectual, ventas al sector público y, sobre todo, organiza en su capítulo XI la libre circulación de capitales de forma considerable. El TLCAN constituye indudablemente una forma híbrida de libre comercio.

Henri Regnault,⁹⁰ reflexiona sobre la idea de saber si el libre comercio de tipo clásico diseñado por Balassa sigue estableciendo un primer nivel de regionalismo como lo hacía hasta principios de la década de los ochenta. Podríamos preguntarnos bajo esta base si el acuerdo de libre comercio celebrado entre la UE y México constituye un acuerdo de tipo regional. La ausencia total de proximidad geográfica establece un primer obstáculo sin duda. ¿Hasta qué punto los conceptos de economía internacional -espacial por excelencia- pueden ignorar la geografía? Quizá se podría admitir esta ruptura de continuidad geográfica si la relación entre las partes fuera exclusiva, pero queda claro que las disposiciones del GATT/OMC autorizan la “multi-asociación” entre los miembros y entre países no miembros. De esta forma la evolución de la realidad del libre comercio deja obsoleta la tipología de Balassa como forma regional actual.

El “*plurilateralismo*” se presenta como una forma aparte de internacionalización de las economías; como el eslabón faltante entre la dicotomía clásica de regionalismo-multilateralismo con un campo geográfico más amplio y selectivo, así como acuerdos con un grado mayor o menor de exigencia que la dicotomía clásica. En el momento en que el multilateralismo se hace insuficiente para el despliegue global de los actores económicos más dinámicos e influyentes, se pone entonces en marcha un sistema plurilateral entre los espacios económicos más dinámicos e influyentes listos a acelerar el ritmo de liberación comercial internacional.⁹¹ El plurilateralismo adopta la vía del bilateralismo a través de la

superan las contenidas en el GATS en la medida en que prevén un trato nacional integral y un acceso total a los proveedores de servicios, o bien, un acceso especial y preferente para una cierta categoría de personas.

⁸⁸ Bela Balassa, *The Theory of Economic Integration*, (George Allen and Unwin LTD1961) 2.

⁸⁹ Bela Ballasa habla propiamente de Unión económica e integración económica como últimas etapas.

⁹⁰ Regnault, « Libre-échange Nord-Sud et typologies des formes d'internationalisation des économies » (n 43) 7.

⁹¹ Tenemos el caso de los acuerdos plurilaterales o “codes” de la OMC, acuerdos entre un club de miembros interesados sin base geográfica y con disciplinas específicas a ciertos temas (*i.e* compras gubernamentales).

multiplicación y yuxtaposición de acuerdos bilaterales entre entidades comerciales de un sub-espacio geográfico con asimetrías diversas.⁹²

En el sistema económico internacional existen entonces tres dimensiones al día de hoy ineludibles:

- El Sistema Comercial Multilateral que responde a la necesidad de normas de derecho común o reglas estándar en las relaciones comerciales internacionales. La red multilateral con 159 Miembros, se encuentra muy lejos de aquel GATT de 23 partes contratantes celebrado en 1947. El tejido plurilateral se encuentra formado por los lazos que cada miembro guarda con los demás, representados por la Organización quien funge como intermediario entre sus miembros;
- El Sistema Comercial Plurilateral, vanguardia del libre comercio en la actualidad. Este refleja la necesidad de relaciones específicas, de geometría variable, llevadas a cabo por un número determinado de socios selectos dispuestos a ir más lejos que los acuerdos multilaterales, sin que esto signifique encerrarse en una relación exclusiva; sin poder comprometerse en un proceso de integración profundo, apartándose de las declaraciones de intención de los textos, de la lejanía geográfica y de la multiplicidad de acuerdos;
- El Sistema Comercial regional que responde a la necesidad de formar relaciones estrechas cuyo objetivo será la construcción de un bloque en el seno de la economía mundial, implicando el compromiso de un proceso de integración profundo; más que la proximidad geográfica, la exclusividad de la relación supone la voluntad de querer coexistir con el objeto de formar un proyecto geopolítico global sin reducirse al sólo interés económico.

La segunda mitad del siglo pasado se determinó por la dicotomía multilateralismo-regionalismo; el actual, se caracterizará al parecer por el régimen comercial tripartito antes descrito.⁹³

IV. CONCLUSIÓN

El estudio de la dicotomía clásica entre regionalismo y multilateralismo ha evolucionado a lo largo de los años, concretamente, a partir del primer estudio realizado por Jacob

⁹² Una de las estrategias de los Estados Unidos al negociar el proyecto del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), fue la de celebrar acuerdos bilaterales de libre comercio con subregiones como Centroamérica, los países andinos o bien países como Chile.

⁹³ Autores como Antoni Esteveordal, Matthew Shearer y Kati Suominen distinguen 4 grandes bloques: i. Bloques intrarregionales, ii. Bloques bilaterales intrarregionales, iii. Megabloques continentales y, iv. Acuerdos regionales Transcontinentales Cf. Antoni Esteveordal, Matthew Shearer y Kati Suominen, *Multilateralizing RTAs in the Americas: State of Play and Ways forward* (n 6) 2.

Viner. La evolución, desde entonces ha sido tal, que al día de hoy no podemos entender el regionalismo económico como en 1947.

El propósito y propuesta del presente estudio fue, en primer lugar, explicar las diferentes “olas de regionalización” que surgieron poco después de la creación del GATT, así como la diversidad tipológica encontrada en la literatura económica. Desde luego que la propuesta puede resultar criticable, pero la intención fue estudiar el tema desde una perspectiva evolutiva y presentarla como una revisión crítica. En muchos estudios se trata el tema de forma lineal, como si el estudio del regionalismo económico fuera estático y no dinámico como lo comprobamos a lo largo de la primera parte de este artículo. En segundo lugar, al tener claro el tipo de regionalismo actual, podemos analizar las implicaciones de éste con el SCM; sus argumentos divergentes y convergentes. Nos sumamos a la tendencia, en apariencia falaz, de que el regionalismo económico, entiéndase “plurilateralismo”, “transcontinentalismo” o “ACR Mega-regionales”, contribuye a la complementación y reforzamiento del SCM. Es, desde nuestro punto de vista, el eslabón faltante de la dicotomía clásica.

Sin duda nuestro estudio deja varias puertas abiertas a la reflexión. Consideramos el tema del regionalismo fundamental para la viabilidad y perdurabilidad del SCM, cuestión que no se ha visto reflejada cabalmente en las últimas Conferencias ministeriales de la OMC. No queremos decir con esto que las ministeriales de Hong Kong 2005 y Ginebra 2009-2011, hayan sido un fracaso; todo lo contrario, existen resultados en materia de adhesión de miembros, solución de controversias, ventas al sector público y examen de políticas comerciales, sin embargo, pensamos que a partir de la ministerial de Bali 2013, será la gran ocasión para lograr el objetivo ya señalado por el académico Jeffrey J. Schott, esto es; 1. Multilateralizar al multilateralismo (atenuar las excepciones que el mismo sistema contempla para sí); 2. Multilateralizar al regionalismo (lograr que proyectos de la envergadura de la Alianza Económica Regional Amplia, el Acuerdo de Asociación Transpacífico o la Alianza trasatlántica de comercio e inversión, entre otros, sean propulsores del SCM); y 3. Modernizar el multilateralismo (una reingeniería institucional del la OMC, su programa y papel en la gobernanza mundial).

Todo lo anterior es apremiante, ya que de otra forma, se corre el riesgo de la pérdida de gobernanza comercial de la OMC y la fragmentación de la economía mundial.



LOS BONOS SOBERANOS COMO INVERSIÓN A LA LUZ DEL CONVENIO DEL CIADI

Carlo Scheiternig *

Resumen. En *Abaclat et al. v. República Argentina y Ambiente Ufficio S.p.A. y otros v. República Argentina*, dos tribunales CIADI se declararon competentes para decidir sobre las solicitudes de arbitraje presentadas contra Argentina por tenedores de bonos soberanos. Esto abrió aparentemente la puerta al CIADI como un foro para controversias entre Estados con dificultades económicas y sus acreedores. Sin embargo, las decisiones fueron objeto de fuertes críticas. Por consiguiente, es discutible hasta qué punto las decisiones ofrecen orientación para futuros reclamos de tenedores de bonos. En este artículo se examina la cuestión clave que subyace a las decisiones de si los bonos pueden clasificarse como inversiones para efectos de arbitraje del CIADI.

Palabras clave: Arbitraje de Inversión; CIADI; Deuda Soberana; Bonos Soberanos; Abaclat; Ambiente Ufficio.

* Obtuvo el grado de Derecho en la Universidad Ludwig-Maximilians-University de Munich y una Maestría en Solución Internacional de Controversias del Graduate Institute Geneva y la Universidad de Ginebra. Actualmente asociado en Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP en Munich.

‡ Traducción de Carlos Eliseo Díaz De León Sánchez

I. INTRODUCCIÓN

Cuando Grecia tuvo que reestructurar su deuda en 2011, a los tenedores de bonos griegos se les requirió intercambiar sus bonos por nuevos bonos, aceptando así una considerable depreciación.¹ Transcurrido el plazo para la aceptación de la oferta y habiendo sido activadas las cláusulas de acción colectiva, la tasa de participación alcanzó el 96,9 por ciento, equivalente aproximadamente a €199,2 mil millones en deuda.² Ésta constituye la reestructuración de deuda más grande de la historia.³

En medio de esta agitación, un tribunal CIADI⁴ se declaró competente para decidir sobre una reclamación de miles de tenedores italianos de bonos que habían rechazado

¹ Gulati/Trebesch/Zettelmeyer, *The Greek Debt Exchange: An Autopsy* (2012), p. 5.

² *Ibidem.*, p. 9.

³ *Ibidem.*, p. 16.

⁴ El término *CIADI* se refiere al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

las propuestas de intercambio de bonos ofrecidas por Argentina, tras haber dejado de pagar su deuda a finales de 2001.⁵ En el caso que ahora se conoce como *Abaclat y otros v. República Argentina*, el Tribunal decidió que los bonos constituyeron inversiones en términos del Convenio del CIADI⁶ y del TBI aplicable, y que algunas de las medidas tomadas por Argentina para reestructurar su deuda constituían, *prima facie*, una violación de este último.⁷ Menos de dos años después, otro tribunal emitió su decisión sobre su competencia y admisibilidad en el caso *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros v. la República Argentina*, el cual también se ocupó de reclamaciones de tenedores italianos de bonos contra Argentina.⁸ El tribunal siguió esencialmente la decisión de *Abaclat* al sostener que los bonos estaban cubiertos por el Convenio del CIADI y el TBI aplicable que Argentina había violado *prima facie*.⁹ En ambos casos, se emitieron desacuerdos.

A la luz de los recientes acontecimientos, la importancia de estas dos decisiones no puede ser exagerada. Los casos antes mencionados fueron los dos primeros en los que tribunales CIADI tuvieron que decidir sobre esta cuestión; otro caso relacionado aún está pendiente de resolución.¹⁰ Y con respecto a Grecia, es probable que haya más por venir. Un eslovaco y un inversionista chipriota ya han iniciado procedimientos en el CIADI.¹¹ Al parecer, los tenedores de bonos soberanos consideran cada vez más el arbitraje del CIADI como una alternativa viable a los litigios en tribunales estatales. Se puede especular sobre las razones, pero la alta tasa de cumplimiento de los laudos del CIADI es ciertamente atractiva.¹² Esto no quiere decir que las reclamaciones de los tenedores de bonos necesariamente tendrán éxito en cuanto al fondo, pero la mera existencia del arbitraje del CIADI como potencial foro para los conflictos de deuda soberana podría ya representar un desafío para los Estados en dificultades financieras, y obstaculizar sus capacidades para resolver la crisis.¹³ Por lo tanto, la cuestión merece un cuidadoso examen.

⁵ *Abaclat y otros v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad (en lo sucesivo, *Abaclat*).

⁶ El término *Convenio del CIADI* se refiere al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

⁷ *Abaclat*, párr. 311 y ss., y 333 y ss.

⁸ *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros v. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad (en lo sucesivo: *Ambiente Ufficio*)

⁹ *Ibidem*, párr. 355 y ss., así como 521 y ss.

¹⁰ *Giovanni Alemanni y otros v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/8.

¹¹ *Poštová banka, a.s. e ISTROKAPITAL SE v. la República Helénica*, Caso CIADI No. ARB/13/8.

¹² Cross, *Arbitration as a means of resolving sovereign debt disputes*, American Review of International Arbitration 335 [361]; Waibel, *Opening Pandora's box: Sovereign bonds in international arbitration*, 101 American Journal of International Law 711 [715].

¹³ *Ibidem*, p. 713 y ss.

II. LOS BONOS COMO INVERSIONES

Los bonos deben calificar como inversión para que los tenedores de los mismos puedan tener acceso al arbitraje del CIADI. La definición de inversión en el contexto del CIADI es altamente controversial. Pero antes de entrar en esta discusión, podría resultar útil abordar la cuestión en términos económicos. Una publicación del Banco Mundial define una inversión como “desembolsos realizados por individuos, empresas o gobiernos para acumular capital.”¹⁴ Inversión Extranjera se define como “la inversión en una empresa que opera fuera del país del inversionista”,¹⁵ posteriormente dividida en inversión extranjera directa que es la “inversión extranjera que establece una participación prolongada en una empresa o un control efectivo de su gestión.”,¹⁶ y las inversiones de cartera, que son “[c]ompras de acciones y bonos que, a diferencia de la inversión directa, no crean una participación duradera en una empresa ni otorgan un control efectivo de su gestión”.¹⁷ Estas definiciones no son, por supuesto, ni vinculantes ni de autoridad para los tribunales. Una inversión puede ser algo diferente en un contexto legal. Sin embargo, hay que tenerlas en cuenta, sobre todo cuando se hace referencia a un significado inherente del término como usualmente se hace.

A. LA NOCIÓN DE INVERSIÓN EN EL MARCO DEL CONVENIO DEL CIADI

Los Estados interpretan de diversas maneras la noción de inversión en los tratados bilaterales y multilaterales que celebran, y, en términos generales, tienen la libertad para hacerlo. En el marco del CIADI, sin embargo, la cuestión inicial es si, y hasta qué punto, el mismo Convenio del CIADI delimita el tipo de controversias que pueden ser sometidas a arbitraje. Los puntos de vista expresados por los tribunales a este respecto varían considerablemente. Mientras que algunos tribunales han mostrado una gran deferencia, otros han restringido activamente la discrecionalidad de los Estados para definir una inversión en función del arbitraje del CIADI. Sin embargo, todos ellos parecen ahora estar de acuerdo en que hay por lo menos algunos límites externos que no pueden ser cruzados.¹⁸ Interpretaciones¹⁹ en virtud de las cuales el término significa lo que el instrumento legal

¹⁴ Soubbotina, *Beyond economic growth: An introduction to sustainable development*, 2a Ed., Washington, D.C., World Bank Publications, 2004, p. 138.

¹⁵ *Ibidem*, p. 135.

¹⁶ *Ibidem*, p. 134.

¹⁷ *Ibidem*, p. 141.

¹⁸ *Ambiente Ufficio*, párr. 438; *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. El Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, párr. 69.

¹⁹ *Phillipe Gruslin v. El Estado de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/99/3, Laudo, párr. 13.6; *Lanco International, Inc.*

que contenga el acuerdo de las partes dice que significa, ya raramente encuentran apoyo.²⁰ Pero esto es lo más lejos a lo que llega el acuerdo.

1) *El Enfoque Subjetivo*

El enfoque más liberal en cuanto a la definición del término inversión recae en gran medida sobre lo que las partes hayan considerado que constituye una inversión para efectos de arbitraje del CIADI. Es, por tanto, referido también como el “enfoque subjetivo”.²¹ Funciona como un supuesto invertido. En general, toda actividad económica cubierta por el consentimiento de las partes se presume como constitutiva de una inversión para efectos del CIADI, salvo en circunstancias verdaderamente extraordinarias.²² El ejemplo típico de tales circunstancias excepcionales es donde las partes definen a las transacciones comerciales ordinarias como inversiones.²³ En *Asia Express v. Greater Colombo Economic Commission*, el Secretario General del CIADI, se negó incluso a registrar un caso que trataba de un conflicto derivado de un mero contrato de compra-venta.²⁴ Lejos de dichas circunstancias excepcionales, los tribunales que siguen este enfoque, simplemente acudirán al instrumento que les confiere competencia, y procederán a evaluar si el activo o empresa cae bajo ese instrumento. De acuerdo con lo declarado por el tribunal en *Ambiente Ufficio*:

[El] propio hecho de que los TBI combinen regularmente (...) una definición detallada del término “inversión” con la autorización explícita para que el inversionista recurra al arbitraje del CIADI, debe ser de gran peso al decidir si la transacción en cuestión constituye o no una inversión a los efectos del art. 25 del Convenio del CIADI.²⁵

El enfoque se basa en la historia de la redacción del Convenio del CIADI. Los redactores debatieron fuertemente sobre la definición adecuada de inversión, sin embargo, no fueron capaces de llegar a un acuerdo.²⁶ Se discutieron varias propuestas, pero ninguna

v. *la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, párr. 48; *M.C.I. Power Group LC y New Turbine, Inc. v. la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, párr. 159.

²⁰ Schreuer, *The ICSID Convention: A commentary*, 2a Ed., Cambridge University Press, 2009, Artículo 25, párr. 125; Gaillard, *Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice, International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, p. 403 [411].

²¹ Stern, *Are there new limits on access to international arbitration*, 25 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, p. 1 [3].

²² Mortenson, *The meaning of “Investment”: ICSID’s travaux and the meaning of international investment law*, 51 Harvard International Law Journal, p. 257 [269].

²³ Ídem.

²⁴ Shihata/Parra, *The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, p. 299 [308].

²⁵ *Ambiente Ufficio*, párr. 462.

²⁶ Íbidem, párr. 448 y ss.; *MHS c. Malasia*, Op. Cit., nota 18, párr. 63 y ss.

de ellas se incluyó en el Convenio.²⁷ Los Estados argumentaron, entre otras cosas, sobre la definición exacta, los derechos de propiedad a ser cubiertos, elementos de tiempo, los umbrales de valor para la demanda, o la inversión y cuestiones de desarrollo económico.²⁸ Dado que lo único en lo que finalmente lograron ponerse de acuerdo, fue sobre el hecho de que no estaban de acuerdo, decidieron dejar la definición de inversión abierta para posterior determinación por parte de los Estados en los instrumentos legales por los que someterían las controversias al CIADI.²⁹ Esta amplia solución es contrarrestada por la posibilidad de que los Estados notifiquen al CIADI la clase o clases de controversias que considerarían o no someter a la jurisdicción del CIADI de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio del CIADI.³⁰ El Informe de los Directores Ejecutivos dispone en la parte pertinente:

No se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4)).³¹

2) *El Enfoque Objetivo*

Lo anterior se puede distinguir de lo que se conoce como el “enfoque objetivo”.³² Este enfoque se refiere al término “inversión” en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI como una calificación independiente de las controversias que puedan presentarse ante el CIADI, y por lo tanto debe ser interpretado de manera autónoma. Efectivamente, limita la capacidad de los Estados para someter ciertos tipos de controversias al CIADI.³³ Esto se justifica por el carácter multilateral del Convenio del CIADI y el marco favorable que establece para el arbitraje. Los tribunales en línea con este enfoque evalúan si el activo en conflicto está cubierto por el consentimiento de las partes y, adicionalmente, la noción de inversión en términos del Convenio del CIADI. Si no cumple con una de estas dos pruebas, el tribunal rechazará su competencia. Esto se describe a veces como una prueba “combinada”.³⁴

²⁷ Ídem. Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 113 y ss.

²⁸ Ídem.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, párr. 27.

³² Stern, Op. Cit., nota 21, p. 2.

³³ Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 122 y ss.

³⁴ *MHS c. Malasia*, Op. Cit., nota 18, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 55; *Abaclat*, párr. 344.

Bajo este enfoque, la cuestión importante es la de determinar cómo se definirá la noción de inversión. A mayor amplitud en la definición, menor importancia tendrá la diferencia con el enfoque subjetivo y viceversa. Esto se ilustra con la definición empleada por el tribunal en *Abaclat*. A pesar de la adhesión de la prueba “combinada”, la interpretación adoptada por el tribunal fue tan amplia que difícilmente impuso límite alguno a la determinación por parte de los Estados del término inversión. Sostuvo que “el único requisito referente a la contribución es que sea apta para crear el valor que se protege en el marco del TBI.”³⁵

Sin embargo, la mayoría de los tribunales que adoptan el enfoque objetivo adoptaron definiciones más estrechas.

a) *La prueba Salini*

El punto de partida se encuentra en *Salini v. Marruecos*³⁶ en el cual el tribunal tenía que decidir si tenía competencia sobre una disputa relativa a un contrato para la construcción de una carretera. Sostuvo que, en términos del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, una:

Inversión implica: aportaciones, cierta duración en la ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción (...). De la lectura del preámbulo del Convenio, se puede añadir la aportación al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como condición adicional.³⁷

El tribunal llegó a esta conclusión sin seguir las reglas de interpretación de los tratados, sino a través de un análisis descriptivo de lo que se había identificado en la doctrina como características típicas de una inversión.³⁸ Sin perjuicio de lo anterior, muchos tribunales posteriores siguieron estos criterios, que se conocen ahora como la prueba *Salini*.³⁹

Los tres primeros requisitos suelen ser bastante sencillos. El requisito de contribución por lo general puede consistir en cualquier transferencia de capital en efectivo, en especie o en mano de obra.⁴⁰ En la fase de redacción del Convenio del CIADI, se hubo debatido si la contribución debe satisfacer un umbral mínimo, es decir, si debe ser sustancial.⁴¹ Pero

³⁵ *Abaclat*, párr. 365.

³⁶ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción.

³⁷ *Ibidem*, para. 52

³⁸ *Ídem*.

³⁹ Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 156.

⁴⁰ *Salini c. Marruecos*, Op. Cit. 36, párr. 53; *Romak S.A. v. República de Uzbekistán*, de Arbitraje de la CNUDMI, Caso CPA N° AA280, Laudo, párr. 214; Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 161.

⁴¹ Mortenson, Op. Cit., nota 22, p. 297

finalmente, esta idea fue rechazada.⁴² Hasta el momento, este requisito no ha jugado un papel decisivo.⁴³ El rango de duración mínima contemplado para la inversión va de dos a cinco años.⁴⁴ En cualquier caso, los tribunales lo manejan de manera bastante flexible.⁴⁵ Por otra parte, la presencia de algún tipo de riesgo suele ser inherente a cualquier actividad económica. La mera existencia de una controversia puede ser tomada como una prueba de ello.⁴⁶ Sin embargo, algunos tribunales han sostenido que el riesgo comercial ordinario no es suficiente para cumplir el requisito de riesgo.⁴⁷

El requisito de aportación al desarrollo económico del Estado receptor es más controvertido. Es por lo tanto útil considerar brevemente el concepto de desarrollo económico. La publicación del Banco Mundial mencionada con anterioridad lo define como:

[c]ambio cualitativo y reestructuración de la economía de un país en relación con el progreso tecnológico y social. El principal indicador del desarrollo económico es el aumento del PIB per cápita (...), que refleja el incremento de la productividad económica y del bienestar material, como promedio, de la población de un país.⁴⁸

Explica, además, que el desarrollo económico está estrechamente relacionado, sin ser idéntico, con el crecimiento económico.⁴⁹ Las economías pueden crecer extensivamente con el uso de más recursos, o intensivamente con el uso de los recursos de manera más eficiente.⁵⁰ Sólo en este último caso el crecimiento económico resulta también en el desarrollo económico.⁵¹ La inversión en este sentido económico es una condición previa para ambos.⁵² Si los tribunales quieren excluir de la competencia del CIADI a las inversiones que no aportan al desarrollo económico, en consecuencia tendrán que verificar si la inversión en controversia dio lugar a un uso más productivo de los recursos dentro de la economía de los Estados receptores. Sin embargo, estas determinaciones son bastante difíciles

⁴² Ídem.

⁴³ Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 161.

⁴⁴ Ibídem, Artículo 25, párr. 162; *Salini c Marruecos*, Op. Cit., nota 36, párr. 54; *MHS c. Malasia*, Op. Cit., nota 18, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 110/111.

⁴⁵ Schreuer, Ídem.

⁴⁶ *Fedax N.V. v. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisiones del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 40.

⁴⁷ *Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 57; *MHS v Malasia*, Op. Cit., nota 18, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 112.

⁴⁸ Soubbotina, Op. Cit., Nota 14, párr. 133.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ibídem, Párr. 138.

con respecto a una inversión individual. Por tanto, los tribunales han sido cuidadosos en la aplicación de este criterio;⁵³ algunos incluso lo han omitido.⁵⁴

Otros requisitos contemplados por los tribunales son una regularidad de utilidades y rendimiento,⁵⁵ y que la inversión debe haberse hecho *bona fide*.⁵⁶ Sin embargo, ninguno de estos parece haber encontrado mucho apoyo.

Entre los defensores del enfoque objetivo, hay más desacuerdo sobre cómo deben aplicarse estos diferentes criterios. El tribunal *Salini* sugirió que:

...estos elementos pueden ser interdependientes. Por tanto, los riesgos de la transacción pueden depender de las aportaciones y de la duración de la ejecución del contrato. Como resultado, estos diversos criterios deben ser evaluados globalmente, incluso si, por el bien del razonamiento, el Tribunal los considera aquí individualmente.⁵⁷

A partir de ahí, se desarrollaron dos métodos de evaluación. El primero trata de identificar a una inversión mediante el uso de los requisitos *Salini* como características típicas.⁵⁸ No todos ellos tienen que cumplirse de forma acumulativa para que un activo o transacción califique como inversión. Pueden, más bien, servir de orientación para una evaluación integral sobre la existencia de una inversión. El segundo método utiliza los requisitos como definición.⁵⁹ Si uno de ellos no se cumple, la competencia debe ser declinada. Ambos métodos, consideran los requisitos como normativos más que descriptivos, pero sólo este último los considera obligatorios.

b) *Requisitos Adicionales*

En la literatura académica, se han contemplado requisitos adicionales. Dos de ellos se han propuesto expresamente con la finalidad de excluir del CIADI los conflictos de tenedores de bonos: la existencia de un nexo territorial entre la supuesta inversión y el país receptor; y una asociación razonablemente estrecha con una empresa privada.

⁵³ *Fedax*, Op. Cit., nota 46, párr. 43; *Salini v. Marruecos*, Op. Cit., nota 36, párr. 57; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 80, 64 y 88.

⁵⁴ *Consortio Groupement L.E.S.I. - Dipenta v República Argelina Democrática y Popular*, CIADI Caso No. ARB/08/03, Laudo, párr. 13; *L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. v. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI ARB/05/3, Decisión, párr. 72; *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, párr. 232.

⁵⁵ *Helnan International Hotels A/S v. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, párr. 77.

⁵⁶ *Phoenix Action, Ltd. V-la República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/05, Laudo, párr. 106 y ss.

⁵⁷ *Salini c Marruecos*, Op. Cit., nota 36, párr. 52.

⁵⁸ Gaillard, Op. Cit., nota 20, párr. 407 y ss.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 410 y ss.

(i) *La Necesidad de un Nexo Territorial*

Este criterio en teoría requiere que haya al menos algún tipo de presencia física en el territorio del Estado receptor, a pesar de que la inversión no debe estar ubicada totalmente en el mismo.⁶⁰ Un mero flujo de capital, sin embargo, no sería suficiente.⁶¹ Es importante resaltar que esto no se refiere al requisito de territorialidad que se encuentra en los tratados de inversión, el cual se discutirá más adelante, sino a la noción de inversión de conformidad con el artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

El requisito de un nexo territorial se encuentra aparentemente en la historia de la redacción del Convenio del CIADI. Y, en efecto, el *Informe de los Directores Ejecutivos* hace varias referencias al respecto, estableciendo que el Convenio del CIADI “puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.”⁶², y que “los Directores Ejecutivos creen que el capital privado continuará fluyendo hacia los países que ofrezcan un clima favorable para inversiones provechosas”.⁶³

Se afirma además que el objeto y fin del Convenio del CIADI de promover el desarrollo económico se sirve mejor por inversiones presentes físicamente en el territorio del Estado receptor.⁶⁴ De lo contrario, las aportaciones al desarrollo económico serían muy poco probables.⁶⁵ Otro argumento esgrimido es que el régimen de inversión tiene la intención de contrarrestar el poder regulador de los Estados dentro de su territorio.⁶⁶ O, como un autor expresó:

El nexo territorial entre la aportación de capital de la demandante y la economía del Estado receptor es también un aspecto fundamental de la materialización económica de la inversión; de hecho, es la realización del objetivo prioritario para los Estados-Parte contratantes, el de celebrar un tratado de inversión. (...) En otras palabras, la conexión territorial entre la aportación de capital de la demandante y una empresa de inversión en el Estado receptor debe ser directa y no indirecta o consecuencia.⁶⁷

⁶⁰ Waibel, Op. Cit., nota 12, p. 727; Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2011, p. 242 y ss.; Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 343; *Abaclat*, Voto Disidente, párr. 73 y ss.

⁶¹ Ídem.

⁶² Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio del CIADI, párr. 9.

⁶³ Ibídem, párr. 12.

⁶⁴ Waibel, Op. Cit., nota 60, p. 238; Waibel, Op. Cit., nota 12, p. 727.

⁶⁵ Ídem,

⁶⁶ Ídem; *Abaclat*, Voto Disidente, párr. 53

⁶⁷ Douglas, Op. Cit., nota 60, párr. 404.

La respuesta a si el Convenio del CIADI requiere un nexo territorial se debe encontrar en el propio Convenio. Su redacción no lo apoya. El término inversión en sí mismo es geográficamente neutral y el contexto del artículo 25(1) del Convenio del CIADI no es concluyente.

Lo que podría abogar en favor de un requisito de territorialidad es el objeto y propósito del Convenio del CIADI como lo demuestra el *Informe de los Directores Ejecutivos*. Sin embargo, aunque ciertamente haya referencias al territorio del Estado receptor, ninguna de ellas se refiere al flujo específico de capital hacia un territorio específico. Muy por el contrario, las referencias antes mencionadas adoptan una postura mucho más amplia. Su objetivo es el de crear un clima general favorable a la inversión con el fin de estimular la actividad de inversión en general. Fomentar flujos específicos de capital entre los distintos países es un asunto a ser tratado por los Estados a través de instrumentos jurídicos distintos, tales como los tratados de inversión. El Convenio del CIADI sólo establece una plataforma sobre la cual puedan construir. Se trata de un convenio marco para la solución de controversias sobre inversiones. No proporciona protección sustancial alguna a la inversión, ni somete a los Estados a arbitraje. La promoción de flujos de capital adicionales dentro de territorios específicos no se encuentra entre sus objetivos y tampoco debe, por tanto, considerarse como un requisito para su aplicación.

No resulta convincente, además, justificar un requisito de territorialidad con la supuesta intención del Convenio del CIADI de contrarrestar el poder regulador de los Estados en su territorio. Es indiscutible que la intención fundamental del Convenio del CIADI es la de mitigar el riesgo soberano al proporcionar un foro para la resolución de controversias internacionales de inversión. Aun así, no hay razón alguna por la que esta intención deba limitarse al territorio del Estado receptor. La reglamentación nacional puede muy bien tener efectos extraterritoriales. Un buen ejemplo es la ley promulgada por Argentina en apoyo a su programa de reestructuración de deuda en 2005.⁶⁸ Aunque dirigido al propio poder ejecutivo de Argentina, afectó directamente a los tenedores de bonos extranjeros. Este tipo de medidas pueden desalentar, de igual manera, futuros flujos de capital y por lo tanto deben ser parte del riesgo soberano abordado por el Convenio del CIADI.

La jurisprudencia invocada en apoyo a un requisito de territorialidad tampoco es concluyente. Mientras que algunas decisiones hacen referencia a un vínculo territorial entre la inversión y el Estado receptor, ninguna de ellas determina expresamente que sea un requisito en virtud del Convenio del CIADI. El único caso conocido en el que un tribunal se declaró incompetente por falta de un nexo territorial es *Bayview v. México*.⁶⁹ Sin embargo, lo anterior se basó en una interpretación del Capítulo XI del TLCAN, y no el Convenio del CIADI.⁷⁰ Con respecto al artículo 25(1) del Convenio del CIADI, el Tribunal, en *L.E.S.I.- DIPENTA v. Argelia* sostuvo únicamente que las inversiones se

⁶⁸ *Abaclat*, párr. 78.

⁶⁹ *Bayview Irrigation District y otros v. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo, párr. 102 y ss.

⁷⁰ *Ídem*.

efectúan recurrentemente en el país anfitrión, pero señaló expresamente que ello no es una condición determinante.⁷¹ En *CJOB v. Eslovaquia*, el Tribunal afirmó incluso que “una transacción puede calificar como inversión, incluso en ausencia de una transferencia física de fondos”.⁷² La práctica de los Estados tampoco contribuye al apoyo del requisito general de territorialidad. Muchos de los tratados de inversión con consentimiento de sometimiento al arbitraje del CIADI exigen expresamente un nexo territorial. Esto sería redundante si estuviera ya implícito en el Convenio del CIADI.

Por último, la exclusión de los bonos por falta de un nexo territorial sería inconsistente con la práctica relativa a acciones. Las acciones son un título de capital social; los bonos son un título de capital de deuda. Ambos son negociables en mercados secundarios. Pero esto no justifica la conclusión de que los accionistas tienen un nexo territorial con el Estado receptor y los tenedores de bonos no. Constituiría una errada concepción de la tenencia accionaria, asumir una conexión física entre el accionista y el Estado receptor con base en la ubicación física de la sociedad. Los accionistas no son propietarios de los activos de la sociedad, ni tampoco tienen derecho a serlo. Tienen derechos en la sociedad que es propietaria de los activos como entidad jurídica independiente. Esto se hace particularmente evidente en el caso de la participación indirecta en el que la propiedad de la sociedad se organiza a través de varios eslabones empresariales. Si hubiera que excluir a los bonos de la competencia del CIADI, por falta de un nexo territorial, se tendría, en consecuencia, que aplicar el mismo razonamiento a las acciones. O ambos están dentro o ambos están fuera. El trato diferenciado llevaría a inconsistencias que son por demás indeseables si se quiere mantener la confianza de los inversionistas.

(ii) *Relación con un riesgo comercial*

Otro de los requisitos que en repetidas ocasiones se ha sugerido, es la relación con un riesgo comercial. *Waibel* sostiene que:

...un último elemento típico de una ‘inversión’, inherente en el Artículo 25, es la operación de, o la razonablemente estrecha relación con, una empresa privada. El significado de inversión en la jurisprudencia de inversiones internacionales comprende participaciones en el capital de entidades de naturaleza pública o privada cuyo principal objetivo sea comercial.⁷³

A partir de ahí, infiere que los bonos soberanos no están comprendidos en el Convenio del CIADI, ya que sirven fines presupuestarios generales y no están relacionados con

⁷¹ *L.E.S.I. - Dipenta v. Argelia*, Op. Cit., nota 54, párr. 14 (i)

⁷² *CJOB*, Op. Cit., nota 53, párr. 78.

⁷³ *Waibel*, Op. Cit., nota 12, p. 728, y Op. Cit., nota 60, p. 242 y ss., cita tomada del artículo.

empresas.⁷⁴ Contrasta bonos con acciones, afirmando que estas últimas siempre habrán de calificar como inversiones, ya que representan parte de una sociedad y los accionistas por tanto tienen voz en la gestión de una empresa.⁷⁵ Por último, establece que los bonos soberanos pueden excepcionalmente caer bajo el Convenio del CIADI, si están vinculados a proyectos específicos como ferrocarriles o construcciones de plantas de energía.⁷⁶

Además de ser postulado como una característica inherente del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, permanece en la oscuridad de dónde viene realmente este requisito. La jurisprudencia tampoco es concluyente. Casos previos del CIADI han tratado participaciones e instrumentos de deuda por igual.⁷⁷

Tampoco la comparación con las acciones es del todo convincente. No todo accionista participa en la gestión de la sociedad ni, consecuentemente, se involucra en una operación comercial. Dependiendo de la composición de los accionistas, todo lo contrario puede resultar verdad. Una suposición como tal resta también atención a las diferentes formas de acción que existen como las acciones ordinarias, las acciones preferentes y sus formas híbridas. También deja de lado la participación indirecta que es una forma aceptada de inversión en términos del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Los accionistas indirectos han sido con frecuencia demandantes en controversias relativas a inversiones internacionales y es de dudarse que todos ellos se hayan dedicado activamente a las operaciones comerciales de las sociedades, sobre todo en los casos en los que hay muchos eslabones corporativos.⁷⁸ Exigir una conexión con una empresa comercial haría, por tanto, no sólo que se excluyera a los bonos soberanos de la competencia del CIADI, sino que también tendría un efecto limitante sobre la tenencia accionaria y, como consecuencia, una vez más daría lugar a inconsistencias.

B. ¿CALIFICAN LOS BONOS SOBERANOS COMO INVERSIONES EN EL MARCO DEL CONVENIO DEL CIADI?

Tras esbozar la idea de la inversión como se ha desarrollado en la jurisprudencia del CIADI, se debe ahora examinar si los bonos (soberanos) encuadran en ella. Pero antes de hacerlo, resulta útil recordar la estructura de los bonos y de los mercados de bonos, así como las modalidades de su emisión y negociación.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Para instrumentos de deuda ver, por ejemplo, *Fedax*, Op. Cit., nota 46; *CSOB*, Op. Cit., nota 53.

⁷⁸ Valasek/Dumberry, *Developments in the legal standing of shareholders and holding corporations in investor-state disputes*, 26 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, p. 34 [51 y ss.].

1) *La estructura de los Bonos y los Mercados de Bonos*

Un bono es un título que acredita una deuda. Es utilizado para deudas con vencimiento superior a un año.⁷⁹ El emisor normalmente se compromete a pagar al tenedor del bono un monto de capital fijo al vencimiento y a realizar los pagos periódicos de intereses. Existen muchos tipos diferentes de bonos que varían mucho respecto a sus condiciones y emisores. Los bonos soberanos son los bonos emitidos por un Estado, por lo general a través de su banco central, el ministerio o secretaría de finanzas, o una agencia de deuda.⁸⁰ El mercado global de bonos consiste en el mercado internacional de bonos, al que comúnmente se le conoce como el mercado de Eurobonos, y los distintos mercados nacionales de bonos, por lo general abiertos, a emisores nacionales y extranjeros por igual.⁸¹ El marco regulatorio de los mercados nacionales de bonos puede variar en gran medida, mientras que el mercado de Eurobonos no se somete a ninguna jurisdicción en particular y sólo se sujeta a reglas consuetudinarias autoimpuestas.⁸² Los bonos soberanos se pueden emitir en cualquiera de estos mercados.

Los bonos se emiten normalmente en un proceso de varias fases que regularmente implica instituciones financieras de diversas jurisdicciones. El proceso está organizado por un llamado líder (*lead manager*) o agente (*bookrunner*) que suele ser un banco de inversión. El agente es el encargado de armar un grupo de gestión conformado por un pequeño número de otros bancos, que deberá preparar la emisión del bono, establecer las condiciones finales, y seleccionar a los suscriptores y al grupo de venta. Los suscriptores son un grupo de instituciones financieras que proveen una garantía de compra de los bonos de nueva emisión a un precio fijo. El grupo de venta comprende las instituciones financieras que ofrecen su asistencia en la colocación del bono en el mercado. A diferencia de los suscriptores, no asumen ningún riesgo en la colocación del bono. En conjunto, las entidades financieras participantes forman el sindicato en cuestión. Cada uno de ellos puede ser agente, suscriptor y vendedor a la vez.

El proceso de emisión se inicia con una reunión entre el agente y el emisor para discutir los términos del bono. El grupo de gestión, después de su ensamblaje, prepara todos los documentos necesarios, incluyendo un prospecto preliminar para los posibles suscriptores. A continuación, la emisión del bono se anuncia y se invita a otras instituciones financieras a unirse al sindicato de colocación como colocadores o vendedores. Una vez que el sindicato de emisión se ha completado, las condiciones finales del bono se establecen y se prepara un prospecto final. El sindicato de emisión, entonces compra el bono y hace una oferta pública por un período cierto de colocación. Al final de este período, la suscripción está cerrada y el emisor entrega el bono a cambio del efectivo. Es importante destacar

⁷⁹ Moles/Terry, *The handbook of international financial terms*, Oxford University Press, 1997, p. 50.

⁸⁰ Valdez/Molyneux, *An introduction to global de financial markets*, 6a Ed., Palgrave McMillan, 2010, p. 151.

⁸¹ Solnik/McLeavey, *International investments*, 6a Ed., Pearson Addison Wesley, 2009, p. 260 y ss.

⁸² Smith/Walter, *Global banking*, Oxford University Press, 1997, p. 248.

que el emisor, es decir, el soberano en el caso de los bonos soberanos, recibe el dinero en un solo pago en el día de cierre. El riesgo de colocación está exclusivamente a cargo de las entidades aseguradoras.⁸³

Con el fin de hacer frente a ciertos obstáculos legales y facilitar la negociación de bonos en los mercados secundarios modernos, la estructura de los bonos poco a poco se ha desmaterializado. En lugar de producir un gran número de pequeños certificados de bonos distintos que circulen a nivel minorista, el emisor sólo emite un gran certificado global representativo de la suma total de la emisión. Este certificado es depositado en la bóveda de un banco comercial que normalmente declara mantenerlo en nombre de una cámara de compensación. Los compradores potenciales mantienen cuentas con estas cámaras de compensación a través de las cuales pueden comprar y negociar los derechos comerciales sobre el bono. Estas cuentas muestran los derechos sobre el título-valor individuales de cada participante en el mercado y sirven, a su vez, como plataforma para el manejo de los pagos. De esta manera, todas las transacciones pueden ser procesadas y cerradas vía electrónica a través de las cámaras de compensación, sin necesidad de que los certificados de bono circulen de mano en mano físicamente. Para realizar los pagos periódicos de intereses y devolver el capital al vencimiento, el emisor del bono nombra a un agente de pagos que a menudo es una filial del banco que actúa como depositario. El agente de pagos efectúa los mismos a las cámaras de compensación, mismas que distribuyen el dinero entre las cuentas individuales en proporción a sus respectivas participaciones en el bono. Los titulares de las cuentas, sin embargo, no estarán siempre actuando por sí mismos, sino como intermediario y en consecuencia circularán los pagos a sus clientes. Estos clientes pueden resultar intermediarios, y por lo tanto habrán de circular el dinero a otra persona, y así sucesivamente.⁸⁴

La estructura de los bonos modernos es entonces diferente, en cierta medida, de los instrumentos de deuda tradicionales, como préstamos o pagarés físicamente negociables. Sólo hay un gran certificado de bono que se ha resguardado en una bóveda de banco. Todo lo que los tenedores de bonos poseen son derechos sobre la misma. Sin embargo, esto no cambia la naturaleza de los bonos como instrumentos de deuda. Los cambios estructurales sólo sirven a razones prácticas.

2) ¿Qué debe calificar como inversión?

La moderna estructura de bonos es ciertamente conveniente para quienes en ella participan. Desde una perspectiva legal, sin embargo, son todo lo contrario. En la actualidad existe una compleja red de transacciones y otras relaciones jurídicas que se extiende a

⁸³ Los dos párrafos anteriores se basan en *Ibidem*, p. 266 y ss. así como en Ianotta, *Investment Banking. A guide to underwriting and advisory services*, Springer Verlag, 2010, p. 100 y ss.

⁸⁴ El párrafo anterior se basa en Bamford, *Principles of international financial law*, Oxford University Press, 2011, para. 6.01 y ss.

través de varias esferas territoriales.⁸⁵ Antes de responder a la cuestión de si los bonos califican como inversiones en términos del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, se debe primero determinar si las distintas transacciones pueden ser tratadas de manera integral, o si deben disociarse. Hay dos opciones básicas: se pueden apreciar individualmente cualquiera de las transacciones involucradas, desde la suscripción de los bonos hasta la compra de los derechos en los mercados secundarios, o pueden todas apreciarse como una sola operación económica.

La jurisprudencia está a favor de esta última. En *Fedax c. Venezuela*,⁸⁶ el Tribunal decidió que tenía competencia sobre una controversia que versaba sobre seis pagarés emitidos por Venezuela en relación con la prestación de determinados servicios.⁸⁷ A pesar de que el caso trataba sólo de pagarés y no bonos, proporciona un primer punto de referencia. Venezuela sostuvo que los pagarés no constituían inversiones en términos del Convenio del CIADI, ya que su compra en el mercado secundario no implicaba una transferencia de capital a largo plazo con la adquisición de intereses en, o acciones de, una sociedad.⁸⁸ El Tribunal, sin embargo, no siguió este argumento. No abordó la compra de los pagarés de manera aislada, sino que apreció integralmente la totalidad de la operación. En la parte pertinente, declaró lo siguiente:

Un pagaré es, por definición, un instrumento de crédito, un reconocimiento por escrito de que un préstamo se ha hecho. En este caso particular los seis pagarés en cuestión fueron emitidos por la República de Venezuela con el fin de reconocer su deuda por la prestación de servicios bajo un contrato (...); Venezuela simplemente había recibido un préstamo por la suma de los pagarés por el período de tiempo especificado en el mismo y con la correlativa obligación de pagar intereses.⁸⁹

Abaclat es el primer caso conocido en abordar los bonos directamente. El Tribunal también se negó a disociar las distintas operaciones y las trató como una sola operación económica.⁹⁰ Entendió que la emisión de los bonos, su distribución y posterior comercialización en los mercados secundarios sólo tenía sentido en conjunto, ya que ninguna de ellas habría tenido lugar de forma individual.⁹¹ Lo más importante, el suscriptor no hubiera participado en el proceso de emisión, si no hubiera sido capaz de revender los bonos.⁹² El Tribunal vio su hipótesis de una unidad económica confirmada por el hecho de las ofertas

85 *Ibidem*, párr. 6.06

86 *Fedax*, Op. Cit., nota 46.

87 *Ídem*.

88 *Ibidem*, párr. 19.

89 *Ibidem*, párr. 37.

90 *Abaclat*, párr. 358 y ss.

91 *Ibidem*, párr. 358.

92 *Ídem*.

de intercambio hechas por Argentina en la reestructuración de su deuda se dirigieron individualmente a los tenedores de bonos y no a los suscriptores.⁹³ Se llegó a la conclusión de que “derechos sobre bonos y sobre valores, todos ellos forman parte de una única e idéntica operación económica y solo tienen sentido considerados conjuntamente.”⁹⁴

El Tribunal en *Ambiente Ufficio* siguió el mismo enfoque.⁹⁵ Secundó el razonamiento de *Abaclat* e invocó una doctrina de *unidad general de una operación de inversión* que infirió de la jurisprudencia existente.⁹⁶ Llegó a la conclusión de que la operación se había:

...caracterizado correctamente (...) como los préstamos totales mediante los cuales la Demandada financió sus necesidades presupuestarias respecto de cuya inversión cada Demandante tenía una participación proporcional (...). Intentar separar los bonos y los derechos sobre títulos en operaciones diferentes, sólo en líneas generales e indirectamente vinculadas, ignoraría las realidades económicas y la propia función del proceso de emisión de bonos.⁹⁷

Los disentimientos correspondientes rechazan expresamente la hipótesis de una unidad económica.⁹⁸ Más bien, distinguieron entre las transacciones legales individuales, especialmente entre la emisión del bono y la compra de los derechos sobre el mismo.⁹⁹ Señalaron el hecho de que el suscriptor asume el riesgo de la colocación, y que el precio de compra por los derechos no se le paga al emisor, sino al anterior titular del derecho.¹⁰⁰ A medida que el disidente en *Ambiente Ufficio* declaró “los “bonos” y los “derechos sobre títulos” son “productos financieros” diferentes tanto material como jurídicamente, emitidos en diferentes oportunidades, en diferentes mercados y por *dos personas jurídicas diferentes*.”¹⁰¹

Especialmente este último punto parece sobresalir. En términos generales, no hay nada extraño en una operación económica que comprenda una serie de actos jurídicos. En la mayoría de las demarcaciones territoriales, incluso una simple compra de tierras implica más que un solo acto jurídico, ni mencionar el establecimiento de un negocio. Tampoco es inusual que estos actos jurídicos estén desconectados en tiempo y espacio. Sin embargo, lo que es, ciertamente, digno de mención en el caso de los bonos es la mirada de actores que normalmente no tienen conexión estrecha entre sí. El prestatario sólo se encuentra activo al principio, cuando el bono se emite en el mercado primario. Una

93 *Ibidem*, párr. 360.

94 *Ibidem*, párr. 359.

95 *Ambiente Ufficio*, párr. 327, 422 y ss.

96 *Ibidem*, párr. 422 y ss.

97 *Ibidem*, párr. 425.

98 *Abaclat*, Voto Disidente, párr. 69 y ss.; *Ambiente Ufficio*, Voto Disidente, párr. 151 y ss.

99 *Ídem*.

100 *Ídem*.

101 *Ambiente Ufficio*, Voto Disidente, párr. 155.

vez que se dispersa, se negocia de forma independiente. El emisor responde a la deuda, independientemente de la persona con derecho sobre la misma. Especialmente en bonos de larga vigencia, es decir, el derecho sobre los mismos puede cambiar de manos varias veces antes de su madurez.

Pero, ¿Esto prohíbe una evaluación integral de los negocios jurídicos como una unidad económica? El propio Convenio del CIADI no garantiza tal conclusión. Únicamente establece que debe existir una controversia jurídica entre el demandante y el demandado que surja directamente de una inversión. No requiere ningún vínculo personal más allá de la existencia de un desacuerdo con respecto a una inversión. Nada estipula además de cómo un demandante debe haber adquirido los pretendidos derechos en la inversión. No hay nada que sugiera que un potencial demandante deba haber hecho la inversión en controversia *in personam*.¹⁰² Los fondos obligados con base en la inversión no deben venir directamente del bolsillo del demandante. De lo contrario, cualquier transferencia de una inversión resultaría en la pérdida de protección derivada del Convenio del CIADI.

Esto está en consonancia con el objeto y fin del Convenio del CIADI. Si se quiere estimular la inversión internacional, el Convenio del CIADI debe cubrir toda la operación económica y no sólo la asignación inicial de fondos por parte de un extranjero. La protección de una inversión se vuelve discutible si se desvanece después de realizada. Si el inversionista teme perder su inversión en el futuro, podría no hacerla en el primer lugar. El mismo razonamiento aplica cuando la inversión es negociable. Si los activos son poco atractivos en el mercado secundario debido a su exposición al riesgo soberano, su protección en el mercado primario no ayuda mucho. Los actores del mercado primario se abstendrían de hacer la inversión en el primer lugar si no están seguros de poderla monetizar adecuadamente.

Además, una vez más sería inconsistente con la práctica relativa a las acciones si se tuviera que dividir los bonos en su emisión y su negociación en el mercado secundario. Las acciones también se negocian en mercados secundarios y por lo tanto pueden cambiar de manos con frecuencia. El precio de compra tampoco fluye hacia la empresa emisora, sino al titular anterior. Si la tenencia de bonos se divide en su emisión, en el mercado primario y en las operaciones posteriores en el mercado secundario, se podría solicitar lo mismo con respecto a la tenencia de acciones. La emisión de las acciones podría ser separada de su compra. Sin embargo, esto no es lo que hacen los tribunales. Y por el bien de la coherencia, no deberían hacer lo mismo con respecto a los bonos.

3) *Análisis*

Entonces, ¿Califican los bonos y los derechos en ellos consagrados como inversiones en términos del artículo 25(1) Convenio del CIADI? Para los tribunales siguiendo el enfoque

¹⁰² Véase también, en ese sentido *Amco Asia Corp. v. la República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/I, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 31/32.

subjetivo la respuesta depende en gran medida del instrumento jurídico subyacente que en la mayoría de los casos es un tratado de inversión. Si el instrumento jurídico subyacente cubre instrumentos financieros tales como los bonos, entonces el Tribunal se declarará competente sobre el caso. Según lo declarado por el Tribunal en *Ambiente Ufficio*:

[E]l Tribunal no encuentra ninguna razón por la cual los bonos soberanos/derechos sobre títulos deberían ser excluidos de la jurisdicción del Centro y, en ese caso, de la competencia de este Tribunal, si y en la medida en que existan pruebas de que los Estados Parte (...) consideraron a aquellos como inversiones posibles de ser protegidas.¹⁰³

Pero también es posible que los tribunales que emplean el enfoque objetivo acepten los bonos como inversiones en términos del artículo 25(1) Convenio del CIADI, independientemente del número de criterios *Salini* que apliquen.

La aportación es el dinero pagado en el mercado primario a cambio de la emisión del bono. Éste es el dinero que constituye la inversión y es también la fuente tentativa de utilidades. Lo principal del bono es el monto base para el cálculo de los intereses y es la cantidad que debe reembolsarse al vencimiento. Desde la perspectiva del Estado emisor, éste es el flujo de capital que importa, ya que es el único que recibe directamente. Los precios de compra pagados en el mercado secundario sólo sirven para adquirir los derechos del bono. Ni cambian los términos del bono, ni afectan a la entidad emisora. Incluso si se transfieren de forma gratuita, por ejemplo, a través de una sucesión testamentaria, los términos del bono siguen siendo los mismos. Es por lo tanto el capital inherente al bono, el que debe ser objeto de protección de inversión y no el dinero pagado para adquirir el derecho del bono. Esto tampoco plantea ningún problema con respecto a la postura de los demandantes. Ya se estableció anteriormente que el Convenio del CIADI no requiere que la inversión se realice *in personam*. Los Tribunales en *Abaclat* y *Ambiente Ufficio*, sin embargo, siguieron un enfoque diferente. Consideraron el monto total del dinero pagado por los tenedores de bonos individuales en el mercado secundario como constitutivo de la inversión.¹⁰⁴

El requisito de duración por lo general habrá de considerarse como cumplimentado, aún cuando no existe una duración mínima a la que todos los tribunales se adhieran. Los bonos sirven para acumular capital a medio y largo plazo, mientras que el capital a corto plazo se acumula a través de operaciones de mercado monetario. Los bonos tienen, por definición, un vencimiento de por lo menos un año, pero generalmente lo tienen por más tiempo. El tiempo de retención de los tenedores de bonos individuales no es referencia ya que los fondos son aportados al soberano emisor durante todo el tiempo hasta el vencimiento y no sólo por el tiempo durante el cual los tenedores de bonos demandantes han retenido los mismos. Una vez más, la operación de bonos debe ser vista en su totalidad y no se puede reducir a la compra del derecho individual. La circulación de los bonos en los

¹⁰³ *Ambiente Ufficio*, párr. 472.

¹⁰⁴ *Abaclat*, párr. 366; *Ambiente Ufficio*, párr. 394.

mercados financieros es independiente de su duración efectiva. Este es el principal futuro de la estructura de bonos moderna.

El principal riesgo asociado a la deuda soberana es la posible incapacidad o falta de voluntad del soberano para pagar de manera regular los intereses o de devolver la cantidad principal al vencimiento del bono. La probabilidad percibida de tal evento crediticio se refleja normalmente en la tasa de interés a pagar. Otros riesgos son los posibles cambios en el régimen fiscal aplicable o las fluctuaciones de la moneda en que están denominadas las tasas de interés y/o la cantidad principal. Estos riesgos serán aceptados por la mayoría de los tribunales. Sin embargo, para los tribunales que requieren la presencia de un riesgo de inversión especial que vaya más allá de los riesgos comerciales ordinarios, lo más probable es que lo anterior no satisfaga el requisito. Al proporcionar fondos a un soberano, los prestamistas no asumen ningún riesgo específico en relación con la aplicación de esos fondos. Además, sería casi imposible relacionar los fondos con cualquier uso particular, así como evaluar el éxito financiero de la inversión.

La contribución de los bonos soberanos en el desarrollo económico del Estado receptor se pone en duda, en tanto difieren de las inversiones extranjeras directas que algunos consideran el “tipo ideal” de inversión para efectos del CIADI.¹⁰⁵ Y, ciertamente, el impacto económico de la inversión extranjera directa es más visible. Pero eso no quiere decir que otras formas de inversión no puedan también contribuir al desarrollo económico. Los fondos proporcionados a los soberanos pueden, por ejemplo, ser utilizados para mejorar la infraestructura y el sistema educativo. La ayuda estatal puede ser otorgada para construir industrias nacientes, o amortiguar temporalmente las crisis económicas. Incluso los gastos militares, a menudo considerados como un ejemplo negativo de gasto gubernamental, pueden beneficiar a la economía si se utiliza para proteger las rutas comerciales importantes. En ese sentido, no hace ninguna diferencia si el capital obtenido a través de bonos se dedica específicamente a uno de estos propósitos, o si, simplemente, entra en el presupuesto general del Estado receptor. A través de la planificación presupuestaria, los Estados evalúan y asignan los fondos disponibles. Cuanto menos dinero disponible, menos dinero se puede utilizar para propósitos económicamente beneficiosos. La disponibilidad de fondos externos, por sí misma, contribuye al desarrollo económico del Estado receptor. Es además irrelevante si el instrumento financiero utilizado para reunir el capital permite su negociación en el mercado secundario. Lo importante es la disponibilidad de los fondos para el soberano. Si acaso, la comerciabilidad aumenta el atractivo de los bonos del Estado en los mercados primarios, y por lo tanto disminuye el costo de los préstamos. No es, por tanto, irrelevante para los Estados extender la protección de inversiones a los instrumentos financieros negociables, como los bonos.

Por último, el requisito del beneficio regular y retorno también será satisfecho en la mayoría de los casos, ya que los bonos ofrecen pago anual o semestral de intereses. Resulta, además, difícil pensar en casos en los que se expida o se negocie, en mala fe, un bono.

¹⁰⁵ *Abaclat*, Voto Disidente, párr. 55.

C. LOS BONOS COMO INVERSIONES EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

En la mayoría de los casos, el instrumento jurídico que atribuye competencia al CIADI será un tratado de inversión. La calificación de los bonos como inversiones protegidas bajo un tratado de este tipo, depende en gran medida de su redacción, cuestión que no se puede responder en abstracto. Sin embargo, una cuestión que pueda surgir con respecto a demandas de tenedores de bonos es, de nuevo, la existencia de un nexo territorial.

1) *El requisito de territorialidad en los tratados de inversión*

A diferencia del Convenio del CIADI, muchos tratados de inversión contienen referencias expresas al territorio del Estado demandado, al requerir que la inversión deba hacerse en el mismo. Por lo tanto, la cuestión clave no es si hay un requisito de territorialidad, sino lo que se necesita para satisfacerlo. Esto vuelve a ser una cuestión de interpretación. Como se señaló anteriormente, el objeto y fin de los tratados de inversión es la construcción de una confianza mutua entre los Estados contratantes para estimular los flujos de capital entre ellos. Así que a diferencia del Convenio del CIADI, los tratados de inversión tratan de flujos de capital específicos hacia países determinados. Por lo tanto, las referencias territoriales en esos tratados pueden y deben ser interpretadas de modo que se requiera que una inversión cause un flujo de capital al territorio del Estado demandado para que resulte amparada por la protección de inversión.

Sin embargo, este requisito no debe interpretarse de forma restrictiva, exigiendo la materialización directa y física de la inversión dentro del territorio del Estado receptor. Como se señaló anteriormente, los tipos de inversión no materializables, como los bonos, pueden contribuir de igual manera al desarrollo económico. Su negociabilidad beneficia por demás al Estado. Con respecto a los tratados de inversión, sería particularmente extraño el excluir a ciertos tipos de inversiones por falta de un nexo territorial, mientras se incluyen en la lista ilustrativa de inversiones protegidas del tratado. Si un tratado de inversión cubre bonos, el requisito de territorialidad debe interpretarse en este sentido. De lo contrario, su protección sería discutible y esto, a su vez, violaría el principio interpretativo de la eficacia. O como Schreuer dijo:

Mientras el documento que proporciona la base del consentimiento se refiere a la inversión en el territorio de un Estado, un cierto grado de flexibilidad es pertinente. No todas las actividades de inversión se encuentran físicamente en el Estado receptor. Esto es particularmente cierto en cuanto a los instrumentos financieros. (...) Si un tratado incluye préstamos y títulos de crédito en su definición de inversión, sería irreal exigir presencia física en o la transferencia de fondos al Estado receptor (...) En casos que implican obligaciones financieras, la piedra de toque de la inversión a menudo se puede determinar por

referencia al deudor y su ubicación. De esta manera los instrumentos financieros emitidos por los Estados tienen su *situs* en ese Estado.¹⁰⁶

Este último punto podría ser la razón por la cual los doctrinarios que abogan por una interpretación estricta insisten en que el requisito de territorialidad pertenezca a la noción de inversión del Convenio del CIADI. Puede sólo limitar de manera creíble la competencia de un tribunal CIADI si forma parte de los límites exteriores del Convenio del CIADI.

Con base en las consideraciones anteriores, la cuestión de si se cumple el requisito de territorialidad depende en gran medida de si la emisión del bono y las compras en el mercado secundario se consideran como transacciones individuales, o como una unidad económica. Si se tratan por separado, es poco probable que el requisito de nexo territorial se encuentre. La compra de los derechos de los bonos en sí misma tiene muy poca o ninguna relación con el territorio del Estado demandado. Los derechos no tienen, por lo general, una ubicación física y su negociación puede tener lugar en cualquier jurisdicción o, en el caso de los Eurobonos, de ninguna jurisdicción. Los bonos mismos se rigen principalmente por la legislación de uno de los principales centros financieros y se someten a los tribunales respectivos. Las compras en el mercado secundario pueden realizarse en cualquier moneda y las ganancias no van al Estado de emisión, sino para el vendedor y los intermediarios.¹⁰⁷

Los tribunales que entienden la emisión de bonos y su posterior negociación en mercados secundarios como una unidad económica no verán a los derechos del título-valor individualmente, sino más bien evaluarán la operación de inversión en su totalidad.¹⁰⁸ Los bonos, por tanto, se entienden esencialmente como préstamos.¹⁰⁹ El criterio decisivo para establecer el nexo territorial es, en consecuencia, la ubicación del último beneficiario del capital obtenido.¹¹⁰ Como el Tribunal de *Abaclat* propuso:

Con respecto a las inversiones puramente financieras, esos criterios deben consistir en el lugar y/o el beneficiario de la utilización final de los fondos, y no en el lugar en que los fondos se hayan pagado o transferido. Por lo tanto, la cuestión pertinente consiste en establecer si, en última instancia, los fondos invertidos se pusieron a disposición del Estado receptor y si respaldaron el desarrollo económico de este último.¹¹¹

Bajo este método de evaluación, los bonos soberanos cumplirán generalmente con el requisito de territorialidad. El capital obtenido a través de la emisión de un bono fluye

¹⁰⁶ Schreuer, Op. Cit., nota 20, artículo 25, párr. 197/198

¹⁰⁷ Véase también *Abaclat*, Voto Disidente, párr. 80 y ss.

¹⁰⁸ *Abaclat*, párr. 377/378; *Ambiente Ufficio*, párr. 500.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ *Abaclat*, párr. 374.

directamente al Estado deudor que, por su propia naturaleza, es el cuerpo legal de su territorio. Por lo tanto, las inversiones que generan fondos disponibles para los Estados deudores deben considerarse como realizadas dentro de su territorio.

Como ya se ha señalado anteriormente, el método integral es preferible. Las transacciones en mercados primarios y secundarios son inseparables desde un punto de vista económico. Resulta útil recordar que bajo la actual estructura de bonos, la obligación del emisor de los mismos está representada en su totalidad por el título global, mientras que los derechos del título-valor representan únicamente los derechos individuales en el mismo. El título está incompleto, ya que sólo muestra el deudor y su deuda, pero no los actuales acreedores. Su trato como un instrumento financiero autónomo casi inevitablemente requerirá considerar al banco depositario, como tenedor físico del título global, como el beneficiario efectivo de toda la deuda. Pero no es así como el título global está diseñado para funcionar. Los derechos sobre el valor, en sí mismos, también están incompletos, ya que sólo representan los derechos de los acreedores individuales, pero no a lo que ellos tienen derecho, es decir, la deuda. Considerados aisladamente, son prácticamente inútiles. A fin de reflejar adecuadamente la realidad jurídica y económica, por lo tanto, se debe observar el bono como una totalidad y evaluar el nexo territorial pertinentemente.

2) *¿La territorialidad como una cuestión de Derecho Internacional Privado?*

Además del análisis anterior, se debe mencionar otra forma de requisito de territorialidad propuesto en la literatura académica. Se ha sugerido que los derechos de propiedad protegidos por un tratado de inversión deben ser interpretados exclusivamente según las leyes del Estado receptor.¹¹² Por lo tanto, la inversión en juego debe caer bajo la jurisdicción interna del Estado receptor en virtud de sus normas de derecho internacional privado.¹¹³ Esto se encuentra supuestamente garantizado por el requisito de territorialidad en el tratado de inversión.¹¹⁴ Douglas lo resume de la siguiente manera:

La materialización legal de una inversión es la adquisición de la propiedad de un conjunto de derechos que tienen las características de una o más de las categorías de inversión definidas por el tratado de inversión aplicable cuando tal propiedad se encuentre situada en el territorio del Estado receptor o reconocida, por las normas de derecho internacional privado del Estado receptor, para situarla en el Estado receptor o cuando sea creada por el derecho interno del Estado receptor.¹¹⁵

¹¹² Douglas, *Op. Cit.*, nota 60, párr. 101 y ss. y 347 y ss.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 349 y ss.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 109

¹¹⁵ *Ibidem*, Regla 22.

Incluso en los casos en los que el tratado de inversión aplicable enlista expresamente a los bonos como inversiones protegidas, un tribunal siguiendo este enfoque, muy probablemente, habrá de declinar su competencia sobre disputas relacionadas con bonos. Los instrumentos jurídicos subyacentes a una emisión de bonos, especialmente el título global representativo de la deuda, son generalmente —aunque no siempre¹¹⁶— sometidos a la jurisdicción de importantes centros financieros, tales como Londres, Nueva York, Zúrich o Frankfurt. Si accidentalmente el emisor del bono no es el soberano de la ley elegida para gobernar ese bono en particular, no habrá vínculo competencial alguno.

Esto también muestra la debilidad práctica de este enfoque. Cuando la inversión comprende más que la adquisición o reubicación física de los bienes materiales, la localización de una inversión puede llegar a ser un tanto arbitraria. Las inversiones que implican bienes intangibles como los bonos se estructuran a menudo por diversos instrumentos jurídicos que contienen disposiciones de elección de la ley, cada uno de los cuales posiblemente apunte a jurisdicciones diferentes. Puede existir una multiplicidad de territorios, posiblemente ninguno de ellos relacionado con la jurisdicción del territorio donde se encuentra, de hecho, la inversión y las contribuciones asociadas. Las normas de derecho internacional privado, tienen como propósito la delimitación de la competencia las leyes nacionales. Esto a veces puede requerir el uso de una ficción legal. No son, por tanto, siempre suficientes para determinar el nexo territorial de una inversión.

Por otra parte, el tránsito de un requisito de nexo territorial a un requisito de derecho internacional privado suele contradecir al propio tratado de inversión. Los tratados de inversión suelen requerir que la inversión se realice en el territorio del Estado receptor, no que esté comprendida en su jurisdicción. Se puede presumir que los Estados son capaces de distinguir entre la determinación fáctica de donde se hizo una inversión, y la determinación de su sitio legal. Si los Estados Parte de un tratado de inversión hubieran querido incluir un requisito de derecho internacional privado, hubieran podido hacerlo así. Sus intenciones parecen ser diferentes. Parecen estar menos preocupados con las estructuras legales que rodean el capital que con atraer al mismo.

Tampoco hay algo que sugiera que la lista ilustrativa de las inversiones protegidas debe ser interpretada exclusivamente a la luz de la ley del Estado receptor. La lista es parte de un tratado internacional y sus términos deben interpretarse como tal. Es indiscutible que los derechos de propiedad que comprenden la inversión deben existir legalmente y necesariamente deberán tener, por tanto, raíces en algún orden jurídico interno, pero esto no tiene por qué ser forzosamente en el ordenamiento jurídico del Estado receptor. No hay nada ilógico en un tratado de inversión que proteja las inversiones que se rigen por una jurisdicción extranjera, siempre y cuando los beneficios económicos se acumulen para los Estados contratantes.

¹¹⁶ Cabe destacar que el 85,9% de los bonos griegos se regía por la legislación griega antes de la reestructuración, ver Sandrock, *Emerging Issues in International Arbitration: The Case for More Arbitration When Sovereign Debt is to be Re-structured: Greece as an Example*, 23 *American Review of International Arbitration*, p. 507 [513].

III. CONCLUSIÓN

Los bonos soberanos constituyen inversiones en términos del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, con independencia de la definición empleada por el Tribunal. Deben ser entendidos integralmente como instrumentos financieros que no pueden ser divididos con base en su emisión y su subsecuente comercialización en mercados secundarios. Sin embargo, el hecho de que el trámite bajo el CIADI de las controversias de los tenedores de bonos soberanos sea posible no quiere decir que éstas sean deseadas. Los Estados deben ser conscientes de que los bonos soberanos pueden ser tratados como inversiones, en términos del Convenio del CIADI, cuando se sujetaron al arbitraje del CIADI o al considerar cualquier medida de reestructuración para resolver las crisis financieras.

ORDEN PÚBLICO Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN BRASIL: UN ANÁLISIS CONTRA EL CONTEXTO DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Pedro Arcoverde*

Resumen: El arbitraje es el medio estándar de solución de controversias en el campo del comercio internacional. Gracias al mecanismo establecido por la ampliamente aceptada Convención de Nueva York de 1958, los laudos arbitrales extranjeros pueden circular fácilmente alrededor del mundo. Sin embargo, uno de los criterios para rechazar el reconocimiento y ejecución, a menudo parece constituir una barrera significativa: el orden público. Un concepto notoriamente difícil de definir, el orden público proporciona a los tribunales nacionales un gran margen de apreciación en evaluar si el laudo extranjero está en conformidad con los valores más fundamentales del foro. Este artículo, enfocándose en la práctica de los tribunales brasileños, indaga en el papel del orden público en la actual gobernanza económica global y examina las consecuencias que pueden surgir del debilitamiento de dicha excepción para impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Palabras clave: Reconocimiento, Ejecución, Laudos Arbitrales, Orden Público, Brasil, Gobernanza Global.

* LL.P (UFPE, Brasil) Abogado admitido para hacer prácticas en Brasil, Master en Derecho Económico Internacional por la Escuela de Derecho Sciences Po, Paris (con honores). Profesor asistente en L'Institut d'études politiques de Paris

¶ Traducción: Daniela Samanta Aguirre Rosas

I. INTRODUCCIÓN

La importancia del arbitraje internacional para la gobernanza global es incuestionable. Debido a que el arbitraje se ha convertido, por default, en el principal medio de solución de controversias en el comercio internacional,¹ los árbitros son convocados para resolver conflictos que suelen involucrar millones de dólares, todo esto protegido por las obligaciones de confidencialidad que rigen los procesos arbitrales. Por otra parte, la imposibilidad de apelar los laudos, el marco jurídico internacional para facilitar el reconocimiento y ejecución y tendencia a favor de la ejecución de la mayoría de los tribunales nacionales²

¹ Hortaria Muir Watt, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, n.3, 2010, p.23.

² Dirk Otto and Omaia Elwan, "Article V(2)", in Hebert Kronke, Patricia Nacimiento *et al.* (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International, 2010), p. 366.

han creado un escenario donde los laudos arbitrales internacionales son prácticamente libres de circular sin la interferencia de ninguna fuerza reguladora.

No por coincidencia, los actores privados han formulado gradualmente sus propias normas -de naturaleza *soft law*- con el fin de ejercer una especie de control sobre puntos críticos en el procedimiento arbitral, sin poner en riesgo la libertad y la flexibilidad que son marcas características de este método alternativo de solución de controversias. A modo de ejemplo, se pueden citar las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional,³ las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional,⁴ las Recomendaciones de la ILA sobre Litispendencia y Cosa Juzgada y Arbitraje⁵ y las recomendaciones formuladas por instituciones arbitrales sobre la redacción de cláusulas arbitrales.⁶

El auge en el uso de arbitraje internacional ha suscitado varias preguntas interesantes, una de las más frecuentes es la importancia de un cuerpo consolidado de jurisprudencia en materia de arbitraje. Un autor ha ido tan lejos como para decir que la pregunta “¿Necesitamos jurisprudencia arbitral?” podría sonar innecesariamente provocativa como “una respuesta negativa sería casi inconcebible”.⁷ Otro importante autor ha planteado la cuestión de la importancia de la jurisprudencia arbitral para la gobernanza global, especialmente ahora que el arbitraje se ha convertido en “la fábrica distributiva de justicia en las grandes controversias privadas”.⁸ En este sentido, se ha dicho que “si se considerara que el arbitraje tiene un papel importante en las transacciones económicas transfronterizas, entonces la coherencia en el régimen jurídico de los laudos seguramente forma parte de los requisitos gubernamentales de rendición de cuentas y de transparencia”.⁹

Sin embargo, un punto que parece haber sido algo descuidado hasta ahora es el que atañe al importante papel del orden público durante el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la gobernanza global.

De hecho, por la fuerza del principio de la autonomía de las partes, reconocido en mayor o menor medida por todos los sistemas jurídicos, las partes tienen derecho a optar

³ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictofinterest>.

⁴ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence>.

⁵ Filip de Ly and Audley Sheppard, ‘ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration’, *Arbitration International*, Volume 25, Issue 1, 2009, p. 83–86.

⁶ Para la ICC, por ejemplo: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-Clauses/>>.

⁷ Jean-Michel Jacquet, ‘Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale ?’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2010, Issue 3, 2010, p. 445-467.

⁸ Diego P. Fernández Arroyo, ‘Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral’ in Emmanuel Gaillard and Diego P. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (Bogotá: CEDEP, 2013), p. 226.

⁹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 23.

por no recurrir a los tribunales y elegir el arbitraje para resolver sus conflictos. Gracias al régimen establecido por la Convención de Nueva York y de su extremadamente gran aceptación, las sentencias arbitrales cada vez son más capaces de circular libremente dentro de las 149 jurisdicciones que son parte del sistema de la Convención de las Naciones Unidas.¹⁰ Por lo tanto, en este contexto de liberalización extrema, parece que solo una barrera importante prevalece: la excepción de orden público. En efecto, “cincuenta años más tarde, el orden público sigue siendo el aspecto más significativo de la Convención respecto del cual todavía podrían existir tales discrepancias”.¹¹

Por lo tanto, el siguiente análisis primero investigará el importante papel reservado a la defensa del orden público en el contexto de la gobernanza global (II). Posteriormente examinará las consecuencias para la gobernanza global de la postura adoptada por los tribunales brasileños sobre el orden público, pero sin discutir las decisiones detenidamente por motivos de espacio (III). Por último, se propondrá un criterio de revisión judicial de los laudos arbitrales (IV).

II. LA RELEVANCIA DEL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA RECHAZAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El paradigma extremadamente liberal en vigor hoy, agravado por la globalización y por la velocidad en que se llevan a cabo las relaciones comerciales, ha llevado a la “flexibilización” de las relaciones jurídicas privadas internacionales. Las partes ahora son libres de elegir no sólo la legislación que regirá sus contratos, sino también la jurisdicción que resolverá cualquier posible controversia derivada de su relación contractual. Lo que es más, pueden optar por presentar su controversia no a un juez nacional específico, sino a un juzgador privado, que podrá aplicar cualquier conjunto de normas jurídicas a-nacionales elegidas por las partes (por ejemplo, los Principios UNIDROIT o la *lex mercatoria*), en lugar de las leyes de un país determinado.

En vista del carácter vinculante de los laudos arbitrales y la exclusión de cualquier apelación previstas generalmente por los acuerdos de arbitraje,¹² el deudor en el laudo es obligado a cumplir con la resolución del Tribunal. En efecto, de acuerdo con las estadísti-

¹⁰ Este número puede ser mayor y puede abarcar cualquier jurisdicción del mundo si se toma en cuenta el hecho de que casi la mitad de los Estados Contratantes no hicieron una “reserva de reciprocidad” proporcionada por el Artículo I (3) de la Convención.

¹¹ Asociación Internacional de Derecho, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (New Conference, 2001), p.56.

¹² La mayoría de las cláusulas arbitrales estipulan que el laudo será “final y vinculante”, o que todas las controversias entre las partes deberán ser “solucionadas” por un arbitraje. Las Cláusulas de Arbitraje de la CCI dicen: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno ó más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

cas disponibles, la mayoría de las veces se da el cumplimiento voluntario de la parte perdedora.¹³ En todo caso, si el acreedor del laudo se ve obligado a buscar el reconocimiento y ejecución del laudo al tribunal local, la Convención de Nueva York garantiza que sólo en circunstancias muy excepcionales, el reconocimiento del laudo será denegado. Una posible moción de anulación del laudo, estaría sujeta a los mismos estrictos requisitos.¹⁴

En resumen, todo el proceso -desde el momento en que las partes acuerdan someter a arbitraje controversias futuras o ya existentes hasta el momento en que la parte perdedora cumple la orden del tribunal arbitral- puede hoy en día llevarse a cabo en la esfera privada, prescindiendo de cualquier intervención de los legisladores públicos. La aplicación de la justicia en la esfera del comercio internacional ha sido, por así decirlo, privatizada, y en consecuencia, los tribunales nacionales han sido privados de su papel regulador:¹⁵ “la transferencia de adjudicación comercial internacional al ámbito privado, es sinónimo de apropiación privada de la función reguladora de los tribunales, de la que los Estados son despojados progresivamente”.¹⁶

Un autor ha resaltado que “la importancia del derecho nacional que regula las relaciones comerciales, se cree, está en retroceso, ya que las redes empresariales transnacionales se alejan del terreno de los sistemas estatales, gobernada por una mezcla de formas alternativas de normas y procesos”. Comentando el rápido aumento del arbitraje comercial internacional y la construcción de este “nuevo orden”, añadió:

(...) relaciones comerciales transnacionales en las que las controversias son resueltas por el Arbitraje Comercial Internacional y la *lex mercatoria*, son un gran ejemplo de sistemas que “rompen el marco” de las leyes nacionales. (...) El resultado es un “derecho global sin Estado”, en el que los sistemas del comercio transnacional y las empresas multinacionales, así como sistemas transnacionales de Derecho Humanos y Derechos Laborales, desafían la supremacía de los sistemas jurídicos estatales para el predominio de la producción de normas sociales.¹⁷

En efecto, “la liberalización progresiva de los requisitos para la circulación transfronteriza de la decisión del tribunal elegido, puede autorizar a los agentes privados de cruzar

¹³ Un estudio reveló que hay un índice del 90% con respecto al cumplimiento voluntario de las sentencias arbitrales internacionales. Ver: Escuela de Arbitraje Internacional y PriceWaterCoopers, Queen Mary, “International Arbitration: Corporate attitudes and practices, 2008”, Disponible en: <www.arbitrationonline.org/research/Corpat-tirmpirical/2008.html>, p. 2-3.

¹⁴ Ej. Ley Modelo de la CNUDMI, Artículos 34 y 36.

¹⁵ Para ver un ejemplo de dicho papel regulador, véase: W. Kio Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation* (Washington D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002).

¹⁶ Horatia Muir Warr, ‘Economie de la Justice et Arbitrage International (Reflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation)’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2008, Issue 3, 2008, p. 389.

¹⁷ Robert Wai, ‘Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization’, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, p. 216-217. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1596732>>.

las fronteras jurisdiccionales y beneficiarse de una cuasi-inmunidad de las limitaciones de las leyes estatales.”¹⁸ Por consiguiente, “los árbitros tienen cada vez más poderes. El desarrollo de las normas está ahora en sus manos. La regulación de la sociedad está en sus manos. La regulación de actividades transnacionales, también se deja en sus manos.”¹⁹

En otras palabras, el sistema de arbitraje comercial internacional está marcado por lo que se ha descrito en el contexto del Derecho Internacional como el principio de “división de roles” o “doble función” (*dédoublement fonctionnel*²⁰): en el Derecho Internacional Público los Estados que están *sujetos* al derecho internacional son ellos mismos los *creadores* de esas normas. Son, hasta cierto punto, al mismo tiempo el poder legislativo, el vigilante del cumplimiento de las normas y los posibles infractores. De la misma manera, en el arbitraje internacional, la “comunidad internacional de comerciantes” es en sí la legisladora (por ejemplo, Los Principios UNIDROIT y de *lex mercatoria*), el juez (árbitro), y el sujeto (dado que el arbitraje está basado en el consentimiento y por lo tanto se ejerce a través de la autonomía de las partes).

En palabras de un reconocido profesor, el arbitraje comercial internacional se ha establecido como un “gran auto-poietico, paralelo mundo de justicia privada, presuntamente oculto por una comunidad mercantil transnacional autorreguladora.”²¹ En otras palabras, “los sistemas nacionales, como las redes transnacionales, logran autonomía de las leyes nacionales, normas y reglas de estas redes se vuelven flexibles y consolidadas. Las normas dominantes se encuentran dentro del propio sistema”.²²

Sin embargo, el riesgo de permitir que la adjudicación privada sea ejercida libremente es que, hasta cierto punto “la justicia privatizada no es apta para producir normas sociales eficientes.”²³ Algunos advierten que “las redes comerciales transnacionales que usan el arbitraje y *lex mercatoria*, adquieren un carácter de creadores y generadores de derecho y compromete a los participantes a sólo tomar en cuenta los valores del sistema como sus leyes vinculantes.”²⁴ Un autor, comparando el método estándar de creación de normas a través del poder legislativo con aquél resultante de la adjudicación privada, señaló:

Contrastar este poli-céntrico e informativo proceso con tres árbitros, decidiendo una controversia bilateral de comercio internacional, la cual está cerrada a participantes externa

¹⁸ Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, ‘L’impérativité désactivée ?’, *Revue critique de droit international privé*, 2009, p. 1.

¹⁹ Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’, in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Montreal: ICCA Congress Series, Volume 13, 2006, Kluwer Law International, 2007), p. 862.

²⁰ Para más detalles de la teoría: cf. Antonio Cassese, ‘Remarks on [Georges] Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dédoublement fonctionnel) in International Law’, *European Journal of International Law*, volume 1, 1990, p. 210-231.

²¹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 5.

²² Robert Wai, *Op. cit.*, p. 258.

²³ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 394.

²⁴ Robert Wai, *Op. cit.*, p. 258.

y bien podría ser desconocida para ellos. Este proceso arbitral no se beneficia de ninguna de las ventajas de las cuales goza el legislador moderno. Por lo tanto, los esfuerzos arbitrales por ganar el papel de Solón, probablemente produzcan normas malas, ineficientes o ambas.²⁵

Conceder a agentes privados el poder de resolver controversias sin la interferencia, en cualquier nivel, de instancias públicas, hace que surjan serias dudas acerca de la legitimidad y la rendición de cuentas de dichos juzgadores. El arbitraje podría de hecho sufrir de un “déficit democrático”:²⁶ “los árbitros designados (y financiados) de forma privada, carecen de legitimidad y de incentivos para tomar en cuenta los intereses sociales en su proceso de toma de decisiones.”²⁷

Por otra parte, conduce inevitablemente al debate sobre la naturaleza de la justicia misma. Algunos autores han cuestionado si es posible concebir la justicia (o el fallo) como un bien privado,²⁸ lo que sugiere la existencia de un mercado global de servicios judiciales como resultado de la competencia para prestar esos servicios.²⁹

Es precisamente debido a la liberalización del Derecho Internacional Privado y el fortalecimiento de actores privados, que el orden público juega un papel central en la actual gobernanza global.

Se ha repetido exhaustivamente que el sistema fundado por la Convención de Nueva York (y por prácticamente todos los demás instrumentos internacionales que buscan regular la ejecución de laudos arbitrales) tiene por objetivo restringir al máximo la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución o de impugnar un laudo. Además, la situación expuesta en el Artículo V (1) (a) al (e) y V (2) (a) de la Convención, parece haber sido interpretada de manera más armonizada por los tribunales a nivel mundial. Por lo tanto, en el Artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York, se basa en la posibilidad de ejercer gran control de los laudos arbitrales extranjeros.

Como ha resumido muy bien un doctrinario:

Hoy en día el arbitraje internacional, ha escapado del control estatal. Sólo el orden público revela su presencia mínima e irreductible. El orden público es, de alguna manera, el único foco de resistencia a la autonomía del arbitraje internacional. Gracias a la defensa del orden público, el arbitraje internacional no está completamente fuera de

²⁵ Michael W. Reisman, ‘Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration’, in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Montreal: ICCA Congress Series, Volume 13, 2006, Kluwer Law International, 2007), p. 361.

²⁶ Robert Wai, *Op. cit.*, 263.

²⁷ William Landes and Richard Posner *apud* Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 31.

²⁸ William Landes and Richard Posner, ‘Adjudication as a Private Good’, NBER Working Paper Series, Working Paper No. 263, July 1978.

²⁹ Jens Dammann and Henry Hansmann, ‘A Global Market for Judicial Services’, Yale Law & Economics Research Paper No. 347, 15 March 2007. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=976115>>.

control. El orden público es entonces un límite, el límite máximo a la autonomía del arbitraje internacional.³⁰

No es por otra razón, que el orden público ha sido llamado una “cláusula de salvaguardia”³¹ y “el ángel guardián del sistema jurídico de una sociedad determinada”.³² Representa una red de seguridad al que los jueces nacionales pueden acudir a fin de proteger los sistemas jurídicos nacionales.

El hecho de que existan aún grandes discrepancias respecto al orden público no debe pasarse por alto: evidencia precisamente la gran variedad de situaciones en las que los tribunales estatales pueden tener un recurso con el fin proteger el orden jurídico nacional, llevando a algunos a describir de manera negativa como un “medio de escape, que permite a los Estados Contratantes a depender excepcionalmente de las leyes locales.”³³

Como bien describe un autor, “el orden público es un estándar jurídico. Es por ello que son una norma de “textura abierta” que asegura la coherencia global del sistema jurídico.”³⁴ El orden público es por lo tanto el elemento clave que permite a los tribunales nacionales garantizar la solidez de su orden jurídico y evitar la interferencia de elementos externos que pudieran dañar esta coherencia. En pocas palabras, es el último recurso del cual los tribunales pueden valerse para mantener el orden del sistema jurídico nacional cuando se trata de asuntos internacionales. Por lo tanto, la afirmación de que “si los tribunales no son capaces de anular laudos arbitrales que contravienen el orden público (...) el arbitraje no sólo es superior al poder judicial, sino que está aparentemente más allá del control legislativo”.³⁵

Por lo tanto, como el último elemento que otorga a los jueces nacionales la posibilidad de controlar los procesos arbitrales y por lo tanto, permite que los Estados tengan voz en el casi autónomo campo de la resolución de conflictos privada, la excepción del orden público como motivo para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros no debe subestimarse. Es un elemento clave para asegurar el orden jurídico interno de los Estados y, asimismo, es elemento clave para la gobernanza global.

En este sentido, los tribunales franceses, siempre una fuente de inspiración para la práctica del arbitraje internacional, han adoptado a un estándar muy estrecho de la revisión judicial de los laudos, tanto en la fase de reconocimiento y ejecución así

³⁰ Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* (Paris: LGDJ, 1999), p. 6.

³¹ Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé* (Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1963, vol. 109, p. 347-486), p. 430.

³² Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado* (Rio de Janeiro: Renovar, 1979), p. 41.

³³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), p. 2827.

³⁴ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 7.

³⁵ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 567.

como durante el procedimiento de anulación. Tal enfoque “minimalista” ha reducido el concepto del orden público internacional en el arbitraje internacional a un conjunto muy limitado de situaciones, y sólo cuando la violación del orden público se dice que es evidente, efectiva y concreta el reconocimiento del laudo será denegado.³⁶ Un ejemplo revelador ha sido dado por el Tribunal de Apelación de París:

El recurso a la excepción de orden público internacional contenida en el artículo [1520 (5)] del Código Francés de Procedimientos Civiles sólo es concebible cuando la ejecución del laudo violaría de una manera inaceptable el ordenamiento jurídico francés, tal violación tendría que afectar de forma manifiesta una norma esencial de la ley o un principio de fundamental importancia.³⁷

Esta posición es fuertemente elogiada por parte de la doctrina³⁸ y no está totalmente desprovista de razón. No es raro que los argumentos como la confianza en el arbitraje internacional y el respeto a la autonomía de las partes se eleven en su apoyo:

En realidad, la posición de la jurisprudencia [francesa] merece aprobación. El punto de partida debe ser la idea de que los tribunales nacionales no son los jueces del caso que llevó precisamente fuera de ellos por el acuerdo arbitral. [...] Con el acuerdo arbitral, las partes asumieron el riesgo de decisiones erróneas por el árbitro, riesgo que está por cierto incorporado en todos los sistemas judiciales.³⁹

Otros hacen referencia a “los objetivos de facilitar el comercio internacional, promover la cooperación internacional, o asegurar la justicia cosmopolita” hacer suya la opinión de que una actitud “internacionalista liberalista” debe ser privilegiada.⁴⁰

Sin embargo, este enfoque socava la verdadera utilidad del orden público, ya que conduce a un mero control ilusorio por parte los tribunales, limitado a la sola *aparencia* de conformidad del laudo con el orden público internacional. En realidad, como sostiene un autor, la verdadera diferencia entre “una deliberada ausencia de control y el control

³⁶ *Verhoeft v. Moreau*, Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 21 de Marzo 2011. Reportado en : *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2001, Issue 4, 2001, p. 805-810.

³⁷ *SA Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, Court of Appeal of Paris (1st Civil Chamber), 18 November 2004. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2005, Issue 3, 2005, p. 751-760.

³⁸ Cf. por instancia Alexis Mourre, ‘Note sous Cour de cassation (1^{ère} chambre civile)’, 4 juin 2008, *Journal de droit international (Clunet)*, n. 4, 2008, p. 1107; Luca G. Radicati Di Brozolo, ‘L’illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l’ordre public international (à propos de l’arrêt Thalès de la Cour d’appel de Paris)’, *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2005, Issue 3, 2005, p. 529-560; Yves Derains and Laurence Kiffer, ‘National Report from France (2013)’ in Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration (Kluwer Law Arbitration, 1984, Updated: 2013, Supplement n. 74)*, p. 1.

³⁹ Ibrahim Fadlallah, ‘L’ordre public dans les sentences arbitrales (Collected Courses of The Hague Academy of International Law’, 1994, vol. 249), p. 390.

⁴⁰ Robert Wai, *Op. cit.*, p. 225.

llevado a cabo de manera efectiva por parte de los tribunales franceses es más aparente que real.”⁴¹ Tal enfoque podría en efecto estar más cerca de lo esperado a una renuncia pura y simple, renuncia de cualquier tipo de control de la conformidad del laudo. Lo que es más, existe una fuerte evidencia para creer que las razones detrás de tal abstención deliberada no son las más nobles.⁴²

De hecho, la abstención deliberada de la función de supervisión de los tribunales de los laudos arbitrales, ha reforzado la idea de la justicia como un bien privado - algo hecho *por* los agentes privados *para* los agentes privados. Con la bendición de los tribunales estatales, los individuos se comportan casi de forma autónoma en el campo del derecho comercial. El resultado de tal tendencia sería la privatización de la creación de normas en el plano internacional.

Por lo tanto, la posición de los tribunales franceses es demasiado extrema. En nombre de la prohibición a la revisión del fondo del laudo por los tribunales, los jueces han renunciado a su misión de asegurar el respeto, por los árbitros, de las normas consideradas como esenciales por el Estado.⁴³ Para exigir que la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros no sea sólo “efectiva” y “concreta” contra el orden público, sino también “flagrante” se requiere que la vulneración de las nociones fundamentales del foro en materia de moralidad y justicia sea clara. Sin embargo, tales elementos vitales de cualquier ordenamiento jurídico merecen una mayor protección que aquella que se basa únicamente en la *apariencia* de conformidad.

Según lo propuesto por el autor, la exigencia de una violación “flagrante” debe dar paso a la de una violación “grave”, a fin de autorizar un análisis profundo del laudo que iría más allá de una simple mirada *prima facie*, centrada sólo en impresiones: “El adjetivo “flagrante” podría sustituirse por los adjetivos “grave” o “serio”, lo que evitaría la confusión entre la *gravedad* [de la violación] y la *evidencia*.”⁴⁴

Debe tenerse en cuenta que los tribunales franceses ya han demostrado que a veces están dispuestos a considerar de manera seria el orden público. En efecto, uno de los raros casos en que los jueces franceses descubrieron que había habido una violación del orden público sirve para mostrar cómo el trabajo de los tribunales puede contribuir a regular efectivamente el arbitraje internacional con el apoyo de los agentes privados.

⁴¹ Louis Christophe Delanoy, ‘Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation: trois constats, trois propositions’, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2007, Issue 2, 2007, p. 179.

⁴² Un autor hace referencia a estudios que demuestran que la motivación de “algunos Estados” para apoyar el arbitraje puede haber sido para obtener ventajas pecuniarias estrechas asociadas con la participación en el arbitraje, en lugar de considerar las implicaciones normativas de la decisión de promover el arbitraje. [...] [Prof. W. Michael] Reisman sostiene que una serie de jurisdicciones alojó esos controles [de los tribunales nacionales sobre los arbitrajes internacionales] no debido a una creencia genuina de que el arbitraje comercial internacional es el mejor sistema para la resolución de conflictos, sino más bien en un esfuerzo por atraer a los “negocios del arbitraje comercial internacional a sus estados”. Robert Wai, *op. cit.*, p. 257.

⁴³ Louis Christophe Delanoy, *Op. cit.*, p. 186.

⁴⁴ Christophe Seraglini, ‘Le contrôle de la sentence au regard de l’ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités’, *Gazette du Palais*, 21 mars 2009, n° 80, p. 11.

En el famoso caso de *Dutco*,⁴⁵ el laudo arbitral dictado bajo los auspicios de la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés) fue anulado por la Corte de Casación, por una desequilibrada designación de los árbitros en un caso con múltiples partes, ya que los dos acusados habían tenido a su coárbitro nombrado por la institución mientras que el reclamante había nombrado el suyo. El Tribunal sostuvo que “el principio de igualdad de las partes en la designación de árbitros es un asunto de orden público (*ordre public*), que podrá renunciarse solamente después de que una controversia ha surgido”, el cual no había sido el caso. En consecuencia, el laudo fue anulado.

La anulación por la Corte de Casación estableció “la piedra angular en el proceso de establecer reglas para un arbitraje multipartes”⁴⁶ llevando a varias instituciones a cambiar sus reglas conforme a lo dictado por la Corte.⁴⁷ De hecho, la misma ICC fue “forzada a reconsiderar sus prácticas”⁴⁸ lo cual resultó en la versión revisada de 1998 del Reglamento de Arbitraje de la ICC.

Dicho caso muestra claramente que las instituciones arbitrales- y más generalmente, los agentes privados- pueden y deberán adaptarse a las prácticas de los tribunales y no al revés.

Otros casos en los que, en nuestra opinión, pueden citarse otros ejemplos donde un estándar correcto de revisión fue presentado.⁴⁹ Sin embargo, tales decisiones constituyen una minoría y, por sus fechas, puede decirse que han sido descartadas.⁵⁰ En cualquier caso, la posición es que los tribunales franceses no deberían de limitarse a un análisis meramente formal de la presunta violación y, de acuerdo con esas decisiones, deben proceder a un profundo análisis de los hechos del caso, teniendo siempre en cuenta la noción de orden público internacional.⁵¹

Teniendo en cuenta estos conceptos, la siguiente sección se enfocará en la práctica de los tribunales brasileños y por lo tanto, analizará si las decisiones dictadas por ellos tienen el potencial de impulsar el uso del arbitraje internacional en Brasil.

⁴⁵ *Sociétés BKMI et Siemens v. société Dutco*, Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 7 January 1992. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1992, Issue 3, 1992, p. 470-472.

⁴⁶ Jean-Louis Delvolvé, ‘Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation’, *Arbitration International*, Volume 9, Issue 2, 1993, p. 196

⁴⁷ Jeff Waincymer, “Procedure and Evidence in International Arbitration” (Kluwer Law International, 2012), p. 271.

⁴⁸ Yves Derains and Eric A. Schwartz, *Guide to the ICC Rules of Arbitration* (2nd edition, Kluwer Law International, 2005), p. 176.

⁴⁹ Cour de Cassation (1st Civil Chamber), 6 January 1987. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1987, 1979, p. 469, note Ph. Leboulanger; *JDI* 1987, p. 638, note B. Goldman; and *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.*, Court of Appeal of Paris (1st Civil Chamber), 30 September 1993. Reported in: *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1994, Issue 2, 1994, p. 359-370.

⁵⁰ Ibrahim Fadlallah, *Op. cit.*, p. 389.

⁵¹ En lugar de Política Pública Transnacional.

III. JURISPRUDENCIA BRASILEÑA EN CONTRA EL CONTEXTO DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Los tribunales brasileños (¿todavía?) no están de acuerdo con el mismo punto de vista restrictivo de los franceses sobre el orden público, quizás para decepción de algunos. Ya se trate de una elección abierta y consiente o más bien, del estado de inmadurez de la jurisprudencia en el tema, lo cierto es que los tribunales brasileños aún son cuidadosos cuando se trata de la cuestión del orden público en el arbitraje internacional, hasta el punto de recurrir al *ordre public* cuando la decisión del Tribunal podría bien descansar en otros terrenos menos provocativos (por ejemplo, el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York).

En efecto, la práctica de la Suprema Corte de Justicia (STJ por sus siglas en portugués) sigue siendo bastante inconsciente. En primer lugar, algunas decisiones van bien en los detalles de la noción de orden público, citando académicos de gran prestigio y, para algunos, reconociendo implícitamente la existencia de un orden público internacional.⁵²

Un buen ejemplo es el caso *Thales Geosolutions v. FARCO*.⁵³ En este caso, por primera vez en la historia de la STJ, el Magistrado Ponente, abordó el tema del orden público en una extensión razonable. Intentando dibujar una imagen del concepto desde el punto de vista del derecho internacional privado, el Juez José Delgado citó el artículo 17 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño y doctrina nacional sobre el tema. Después de presentar algunas definiciones de orden público propuestas por renombrados autores, el Juez se refirió a “las dificultades encontradas por la doctrina para aclarar el significado de orden público.”⁵⁴ Luego afirmó, de nuevo basado en la literatura nacional:

Es aceptado que las siguientes leyes son leyes de orden público:

- a. Leyes Constitucionales;
- b. Leyes Administrativas;
- c. Leyes Procesales;
- d. Leyes Penales;
- e. Leyes relativas a la Organización del Poder Judicial;
- f. Leyes Fiscales;
- g. Leyes de Policía;
- h. Leyes sobre la Protección de las Personas que Carecen de Capacidad Jurídica;
- i. Leyes Relativas a la Organización de la Familia;
- j. Leyes Estableciendo Condiciones y Formalidades de Ciertos Actos, y

⁵² Arnoldo Wald, ‘Les récents progrès de la jurisprudence brésilienne en matière d’arbitrage commercial international’, ASA Bulletin, Kluwer Law International, Volume 24, Issue 2, 2006, p. 206-215.

⁵³ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802, Juez José Delgado, Corte Especial, juzgado el 17.08.2005, DJ con fecha de 19.09.2005.

⁵⁴ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802/2005, p. 10.

k. Leyes de Organización Económica (relativo a salarios, la moneda, y el régimen de los bienes).

[...] Debe tenerse en cuenta que el abuso de la ley (*fraus legis*) también se considera parte del orden público.⁵⁵

El Magistrado Ponente notó sin embargo que “en el presente caso, el alegato del demandado que no realizó el pago de las cantidades adeudadas al demandante referidas en el artículo 1092 del Código Civil de Brasil de 1916, no entra en el concepto de violación del orden público”.⁵⁶ Esta conclusión fue respaldada por el Juez Carlos Alberto Menezes Direito en su opinión concordante, donde notó que en este caso “no se puede establecer que hay una violación al orden público, la política pública o a la soberanía nacional, en la medida en que el laudo arbitral examinado, en realidad, recupera la deuda sin ofender a lo que la legislación brasileña proporciona.”⁵⁷

Recientemente, en el caso de *Keytrade vs Ferticitrus*,⁵⁸ la Magistrada Ponente Nancy Andrihgi escribió que, no es para la corte el análisis profundo de los méritos de la sentencia. El procedimiento de reconocimiento, tiene el único objetivo de evaluar si se cumplen los requisitos formales para conceder el *exequatur* a conceder, y en este punto específico no hubo violación del orden público (dado que el interés compuesto también fue aceptado por la legislación brasileña). Citando su opinión en el caso *SEC n. 2.410* (aún no publicada), sostuvo:

El orden público refleja los valores fundamentales de nuestra cultura jurídica, y todo lo que pudiera considerarse contraria a esta construcción moral no será refrendado por la STJ. [...] En el contexto de una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero, el análisis llevado a cabo sobre la presunta violación del orden público no está destinado a verificar la razonabilidad de la decisión a la luz de nuestro sistema jurídico, sino para examinar si está en conformidad con el conjunto de principios y normas que se consideran esenciales para la cohesión nacional.

Sin embargo, otras decisiones difícilmente mencionan el orden público, aunque se cita al artículo 39 fracción II de la Ley de Arbitraje brasileña para denegar el reconocimiento. Por ejemplo, la corte declaró, sin explicación alguna:

Esta discusión está centrada en la abstinencia de una declaración voluntaria, de forma escrita, del defensor aceptando la cláusula arbitral. Por lo tanto es ofensivo para la política pública ir en contra de un principio consagrado en nuestro orden legal, del cual se

⁵⁵ *Thales Geosolutions v. FARCO*, STJ, SEC n. 802/2005, p. 11.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Íbidem, p. 14.

⁵⁸ *Keytrade v. Ferticitrus*, SEC 4.024, Judge-Rapporteur Nancy Andrihgi, Special Court, judged on 07.08.2013, DJ dated 13.09.2013

requiere una aceptación expresa de las partes para someter la solución de controversias derivadas de relaciones jurídicas contractuales privadas al arbitraje.⁵⁹

En otra decisión, se estableció que:

En la ausencia de cualquier prueba en este archivo, de lo manifestado y declarado por el demandado con la intención de renunciar a los derechos al procedimiento ante la corte a en favor del arbitraje, la solicitud (por el reconocimiento) constituye una violación del Artículo 4, párrafo segundo, de la Ley n. 9.307/96, del principio de la autonomía de las partes y del orden público brasileño, sin embargo, haciendo imposible la homologación.⁶⁰

No obstante, estas decisiones son incompatibles con aquella el de *L'Aiglon v Têxtil União*,⁶¹ la primera dictada por la STJ después de volverse competente para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.⁶² En *L'Aiglon*, aunque no hubo evidencia en el expediente del acuerdo de las partes para las futuras disputas de arbitraje, el Tribunal sostuvo que “la participación del defendido en el arbitraje, presentando argumentos y declarando la intención expresa de nombrar a un árbitro, indica una inequívoca aceptación de la existencia de la cláusula arbitral.”

Desde el punto de vista de la STJ, era una obligación de la parte, derivada de la buena fe y los principios del debido proceso, impugnar la validez del convenio arbitral en la primera oportunidad que tuvo de presentar su defensa en el procedimiento arbitral. Ya que la parte que se resistió a dicho cumplimiento no lo había hecho, aceptó implícita y tácitamente la existencia de la cláusula de arbitraje.

Otras decisiones presentadas por la STJ, mencionan brevemente a la noción del orden público, pero la rechazan inmediatamente después, garantizando reconocimiento en función de que “todos los requisitos (para el reconocimiento) fueron debidamente cumplidos”.⁶³ Finalmente, algunas decisiones son completamente silenciosas con el tema,

⁵⁹ Ejemplo, *Plexus v. Santana*, STJ, SEC n. 967, Juez José Delgado, Corte Especial, juzgado el 15.01.2006, con fecha de 20.03.2006. También reportado en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXVII, 2012, p. 169-170

⁶⁰ *Indutech v. Algocentro*, STJ, SEC n. 978, Juez Hamilton Carvalhido, Corte Especial, juzgado el 17.12.2008, con fecha de 05.03.2009. También reportado en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXIV, 2008, p. 424-429.

⁶¹ *L'Aiglon v. Têxtil União*, STJ, SEC n. 856, Juez Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, juzgado el 18.05.2005, con fecha de 27.06.2005. También con reporte en Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXX, 2005, p. 437-439

⁶² En virtud de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, que entró en vigor el 31 de diciembre del 2004, la competencia para escuchar solicitudes para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras fue desplazado de la Suprema Corte Federal (“STF” por sus siglas en portugués) a la Suprema Corte de Justicia (“STJ”).

⁶³ Ejemplo, *ICT v. Odil Pereira*, STJ, SEC n. 1.210, Juez Fernando Gonçalves, Corte Especial, juzgado el 20.06.2007.

incluso si el argumento es plantado por la parte que se resiste al reconocimiento.⁶⁴ Por tanto, es claro que las decisiones del Tribunal son incompatibles no sólo con respecto al descubrimiento de una violación del orden público, sino también con respecto al análisis realizado a profundidad.

En resumen, en los casos que la STJ recurrió al orden público para rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo (curiosamente, todo lo concerniente a cuestiones de procedimiento⁶⁵), tales referencias eran superfluas, ya que el asunto no fue abordado con suficiente detalle.

Es también interesante observar que una distinción explícita entre del orden público nacional e internacional sigue desaparecida, así como una visión clara de lo que representa del orden público en el contexto específico del arbitraje internacional. En efecto,

La jurisprudencia de los tribunales no ha sido de gran ayuda, como se puede notar en una renuencia de los tribunales para definir el contenido del orden público nacional o trazar los contornos de la distinción entre del orden público interno y del orden público internacional brasileño. [...] En la ausencia de tal distinción y dada la ausencia de una definición de “orden público nacional” en virtud del artículo 39, II, de la Ley 9.307/1996, los jueces [brasileños] se conforman con enunciar que las partes autorizan tácita o implícitamente su consentimiento para arbitrar las violaciones al orden público.⁶⁶

Sin embargo, la STJ ha reiterado en varias ocasiones que, por regla general, los procedimientos de reconocimiento están sujetos a estrictos límites de examen.⁶⁷ Ahora es jurisprudencia reiterada que el “control judicial de un laudo arbitral extranjero se limita a los aspectos formales; el fondo del arbitraje no podrán revisarse”.⁶⁸ Del mismo modo, se ha sostenido que el simple descontento con el resultado del arbitraje no equivale a una violación al orden público o la soberanía nacional. En su opinión:

El simple juicio contrario a los intereses de una de las partes no constituye, *per se*, la violación de la soberanía nacional o el orden público. Además, debe tenerse en cuenta que la homologación de sentencias extranjeras comprende únicamente una “evaluación de los

⁶⁴ Ejemplo., *Litsa v. SV Engenharia e Inepar*, STJ, SEC n. 894, Juez Nancy Andrighi, Corte Especial, juzgado el 20.08.2008, con fecha de 09.10.2008.

⁶⁵ *Plexus v. Santana*, STF, SEC n. 6.753-7/2002, *Plexus v. Santana*, STJ, SEC n. 967/2006, *Oleaginosa v. Moinho Paulista*, STJ, SEC n. 866/2006, *Indutech v. Algocentro*, STJ, SEC n. 978/2009.

⁶⁶ Marina Mendes Costa, *Ofensa à ordem publica nacional decorrente de ausência de assinatura de cláusula compromissória – Comentários à SEC 978/STJ*, Revista de Arbitragem e Mediação, Year 7, Volume 24, January-March 2010, p. 234-235.

⁶⁷ Por ejemplo, *ATECS v. Rodrimar*, STJ, SEC n. 3.035, Juez Fernando Gonçalves, Corte Especial, juzgado el 19.08.2009, con fecha de 31.08.2009.

⁶⁸ *Tremond Alloys v. Metaltubos*, STJ, SEC n. 760, Juez Felix Fischer, Special Court, juzgado en 19.06.2006, DJJ dated 28.08.2006. También reportado en: Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume XXXVII, 2012, p. 175-176.

requisitos formales”,⁶⁹ a excepción de cualquier análisis sobre aspectos relacionados con el fondo de la sentencia.⁷⁰

Uno puede deducir a partir de este análisis, que por el momento, los tribunales brasileños son un poco reacios a liberalizar demasiado el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Incluso, si su práctica aún no tiene toda la técnica y si la lógica en que se basan sus decisiones no siempre es clara, en Brasil la defensa del orden público sigue jugando un papel clave en la protección de las nociones más fundamentales del foro en materia de moralidad y justicia.

Sin embargo, en su lucha por desarrollar una fuerte práctica arbitral (y también con el objetivo de atraer a los inversionistas extranjeros), Brasil puede, en algunos años seguir el mismo camino que Francia. De hecho, la STJ parece ser muy consciente de la importancia de su papel para el arbitraje internacional, y por lo tanto a la gobernanza económica - otro elemento que pudiera indicar en qué dirección tiene la intención de ir.

Un miembro de la STJ, ha afirmado que “el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, debe ser visto en su papel más relevante, el de propiciar la inversión, la creación de empleos e impulsar la economía.” Y agregó: “el arbitraje es una herramienta que facilita la realización de grandes negocios, en el que las empresas y los usuarios pueden contar con una solución rápida y eficiente”.⁷¹ Otro juez de la STJ, afirmó: “[e]l poder judicial es muy consciente de la importancia del arbitraje y de la necesidad de preservar y proteger este valioso instrumento con el fin de proporcionar justicia y evitar litigios innecesarios.”⁷² Estas declaraciones son una clara evidencia de la conciencia de los jueces de la responsabilidad que está en sus manos.

Dentro de la jurisprudencia de la propia STJ ha habido manifestaciones de esta preocupación. En el caso *L'Aiglon v Têxtil União*, el juez Gilson Dipp afirmó en su voto concurrente:

Señor Presidente, me gustaría hacer hincapié en que la expresión de la doctrina, de los profesionales y del poder judicial ha sido muy positiva en relación con el procedimiento adoptado por el Tribunal Superior de Justicia para la homologación de las decisiones extranjeras [...], reuniendo las expectativas que surgieron después de la Enmienda Constitucional n. 45/04. Yo creo que este Tribunal tiene, a partir de este momento y de esta

⁶⁹ En portugués, *juízo de delibação*. Del Latin *delibatioonis*, que significa “tocar ligeramente al”, “examinar”, “probar”. Los tribunales no pueden embarcarse en un análisis de los méritos de la decisión.

⁷⁰ *Western Bulk Carriers v. A. P. Oxidos*, SEC 4.439, Juez Teori Albino Zavascki, Corte Especial, juzgado el 24.11.2011, con fecha de 19.12.2011, p. 7

⁷¹ João Otávio de Noronha, discurso dado en el Seminario de Arbitraje Internacional, en la STJ en Brasilia el 3 Diciembre 2012. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107941>, (se accedió el 13 de Octubre de 2009).

⁷² Sidnei Beneti *apud* Alisson Ross, “In praise of Brazilian enforcement”, *Global Arbitration Review*, 3 de abril de 2012. Disponible en: <<http://www.newyorkconvention.org/news/in-praise-of-brazilian-enforcement>> (se accedió el 19 octubre 2013).

opinión del Sr. Juez Ponente, una gran responsabilidad en la actualización, modernización, [y] ventilar el asunto bajo esta perspectiva. Conuerdo con la opinión del Sr. Juez Ponente de conceder el reconocimiento del laudo arbitral extranjero.⁷³

Son claras las palabras de los miembros de la Corte Superior de Justicia de que su intención es fomentar el desarrollo del arbitraje internacional y permitir que los laudos extranjeros puedan circular fácilmente en el país. Cuándo y cómo esa intención en realidad se materializará todavía no es seguro, pero uno podría legítimamente deducir que de los elementos anteriores se desprende que la liberalización de los requisitos para el reconocimiento tiende a elevarse. En palabras de destacados profesionales “Las recientes sentencias de la STJ demuestran la contribución inequívoca de la Corte de Arbitraje en Brasil [...], que es clave para el progreso económico de Brasil y su reputación como “reina de la fiesta” del arbitraje internacional.”⁷⁴

Por último, es interesante señalar que la propuesta de una nueva ley de arbitraje brasileña (en realidad, una enmienda a la presente ley), elaborada por especialistas de renombre en el campo, se dio a conocer recientemente.⁷⁵ El proyecto de ley no representa un gran cambio, buscando más bien ratificar el último desarrollo de la jurisprudencia. Se confirma la posibilidad de que los árbitros emitan laudos parciales, reitera que los tribunales brasileños tienen competencia para dictar medidas provisionales y cautelares hasta que la Constitucionalidad del tribunal arbitral (que puede confirmar, modificar o revocar las medidas), y amplía el arbitraje de consumo a ciertos asuntos. El espinoso tema del orden público, sin embargo, fue dejado intacto.

En resumen, el texto corrobora la tendencia de los tribunales para fomentar la práctica del arbitraje en el país sin provocar una revolución - que, por cierto, no sería necesario en este momento. El satisfactorio marco legislativo, tiene el deber de promover el arbitraje sin demasiada liberalización del control judicial de los laudos extranjeros es ahora responsabilidad de los tribunales.

Después de examinar la práctica en Brasil, es momento de recurrir a lo que creemos que debe ser considerado por los jueces nacionales a la hora de evaluar si el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros sí violan el orden público del foro.

⁷³ Opinión Condordante del Juez Gilson Dipp in *LAiglon v. Têxtil União*, p. 18.

⁷⁴ Arnoldo Wald, Ana Gerdau de Borja and Maíra de Melo Vieira, “Brazil as “Belle of the Ball”: The Brazilian Courts Pro-Arbitration Stance” (2011-2012), *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de abril de 2013, n° 2, p. 392.

⁷⁵ Rover, “Leia os anteprojetos de arbitragem e de mediação”, *CONJUR* (published on 2 October 2013). Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-02/leia-anteprojetos-arbitragem-mediacao-comissao-senado>> (consultado el 2 de Febrero 2014).

IV. EL USO DE LOS JUECES NACIONALES EN EL TERRENO DEL ORDEN PÚBLICO

En palabras memorables de un renombrado profesor:

Continúa sirviendo a poderosos intereses económicos para mantener la ilusión de que los agentes privados están sujetos a límites correspondientes a un (aunque nebuloso) interés público. Sea como sea, por debajo de su suave superficie, esta ilusión se ve socavada cada vez más por el creciente empoderamiento de los actores económicos, que alcanzan “despegue normativo” ante el retroceso de la autoridad de los Estados.⁷⁶

De hecho, se puede invocar en apoyo de este fenómeno el hecho de que la regulación económica en vez de institucional empuja hacia una postura más liberal de los tribunales. Según un profesor, algunos Estados, esencialmente europeos, que constituyen los principales centros de arbitraje han participado en una “lucha feroz para atraer el arbitraje a su territorio”,⁷⁷ con todos los beneficios económicos que se derivan.⁷⁸ Naturalmente, en esta lucha, se les anima a adoptar una actitud muy liberal hacia el arbitraje:

De hecho, la especulada liberalización de las condiciones de circulación de los laudos arbitrales significa, en realidad, que todos los agentes económicos, independientemente de su condición con respecto a la Ley estatal, pueden obtener un acuerdo privado apto para el reconocimiento, con sujeción únicamente a la reserva de una “deslumbrante evidente ilegalidad”.⁷⁹

Otro profesor escribió que tal concepción restrictiva del orden público tiene como objetivo la liberalización de la revisión de los laudos,⁸⁰ “con el fin de satisfacer las necesidades del comercio internacional.” Según él, la noción de orden público *internacional*

⁷⁶ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2010), p. 15.

⁷⁷ Christophe Seraglini and Jérôme Ortscheidt, ‘Droit de l’arbitrage interne et international’ (Paris: Montchrestien, 2013), p. 895

⁷⁸ En efecto, el primer informe público en relación con cualquier asiento de arbitraje en todo el mundo en la ciudad de Toronto, Canadá, informó que en el 2012 Toronto debe alojar aproximadamente 425 arbitrajes, trayendo C \$ 256 millones a la economía de la ciudad y un creciente de C \$ 273,3 millones en 2013. Kimberley Stewart, CEO y fundador de una institución de arbitraje local, señaló que las noticias eran buenas, “no sólo para los sectores jurídico y financiero de Toronto, pero sus industrias hotelera, de restaurantes, transporte, venta al por menor, en aeropuertos y aerolíneas”. Véase: Charles River Associates, Arbitration in Toronto: An Economic Study, 6 september 2012.

⁷⁹ Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 406.

⁸⁰ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 475.

serviría para fomentar el desarrollo del arbitraje internacional: “son las necesidades del comercio internacional que imponen un límite en el contenido del orden público.”⁸¹

En resumen, debido a los efectos de la globalización económica, la comunidad internacional estaría siendo testigo de una “privatización de la producción normativa” que necesariamente conduce a la desregulación.⁸²

Sin embargo, hay que recordar que las elecciones ideológicas están ahí para hacerse. Tal vez demasiado conveniente para argumentar que las “fuerzas del mercado” imponen cualquier solución dada, mientras que en realidad los Estados son claramente libres de elegir el camino que quieran seguir. La forma de llevar a cabo esta elección está en manos de los jueces nacionales.

En efecto, no hay duda de que los jueces nacionales son los mayores guardianes del orden jurídico al que pertenecen: son, en efecto, los guardianes de la integridad tanto de su ordenamiento jurídico y del orden público (*ordre public*).⁸³ En consecuencia, el deber está sobre ellos para proteger su sistema legal en contra de posibles violaciones incorporadas en las decisiones extranjeras que buscan el reconocimiento. Los jueces, como parte de la rama judicial y por lo tanto como una extensión de la soberanía nacional, son los encargados de la aplicación de las normas del Estado.

De esto se desprende la responsabilidad de que, cuando se propone dar cumplimiento a una sentencia extranjera, un juez no puede permitir que ciegamente, la voluntad de las partes prevalezca sobre los intereses que su Estado considera como superiores a la autonomía de las partes y que constituyen un límite a esta autonomía.⁸⁴ En palabras de un profesor, “[d]espués de todo, existen jurisdicciones nacionales para proteger los intereses legítimos de la comunidad interesada, lo cual es la razón de ser, tanto del Estado y de la ley internacional de la jurisdicción.”⁸⁵

La defensa del orden público es precisamente una forma de proteger las políticas y normas obligatorias de violaciones cometidas por actos extranjeros, leyes o decisiones. “La excepción del orden público, es el reconocimiento del derecho del Estado y de sus tribunales para ejercer el máximo control sobre el proceso arbitral.”⁸⁶ Bien podrían hacer uso de ese derecho. En este contexto, y de conformidad con el Artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York,⁸⁷ es el orden público internacional del Estado en cuestión, el que deberá ser aplicado por el juez.

⁸¹ *Ibidem*, p. 476

⁸² Horatia Muir Watt, *Op. cit.* (2008), p. 395.

⁸³ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 7.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ Michael W. Reisman, *Op. cit.*, p. 850.

⁸⁶ International Law Association, ‘Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’ (London Conference, 2000), p. 2.

⁸⁷ Que hace referencia a “el orden público de ese país.” Énfasis añadido.

Por otra parte, al evaluar si el reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera infringirán las nociones más básicas del foro, la moralidad y justicia, el juez podrá examinar cuidadosamente las conclusiones de la decisión. El alcance de la revisión, de acuerdo con la noción de orden público internacional, será estrecha; el nivel de revisión, debe ser profundo. “La soberanía de los árbitros se detiene cuando el orden público está en juego. [...] [S]i el juez realmente quiere comprobar si el resultado del laudo es contrario al orden público, él o ella debe apoderarse de toda la controversia, es decir, evaluar tanto el hecho como la ley.”⁸⁸

En otras palabras, en esta etapa, la cognición llevada a cabo por el juez, se limitará en su extensión, es decir, en posición horizontal, ya que se centrará únicamente en los pocos elementos requeridos por la legislación del foro para conceder el reconocimiento a una decisión extranjera. En una perspectiva vertical, la valoración de estos requisitos no debe ser superficial o breve; deberá ser profunda y exhaustiva, la realización de un análisis profundo de las cuestiones en litigio.⁸⁹

En este sentido, como se sugiere anticipadamente por un doctrinario, el control por los tribunales estatales sobre los laudos arbitrales extranjeros, con el fin de determinar si su aplicación violaría el orden público del foro, debe ser *real*, pero *medido*: el contenido del orden público debe ser limitado; el nivel de violación debe ser alto; y la intensidad del control llevada a cabo por el juez debe ser significativa.⁹⁰

Tal posición es consistente con las Recomendaciones en la Aplicación del Orden Público como Causa de Negación del Reconocimiento o la Ejecución de Laudos Arbitrales de la Asociación de Derecho Internacional, las cuales establecen:

Recomendación 3 (c):

Cuando la violación de una norma de orden público del foro alegado por una parte no puede establecerse a partir de una mera revisión del laudo y sólo podría llegar a ser evidente después de un examen de los hechos del caso, el tribunal debe permitir llevar a cabo dicha reevaluación de los hechos.

Vale la pena señalar que el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de dicha Asociación ha ofrecido el siguiente comentario sobre la Recomendación antes citada:

La mayoría de la Comisión llegó a la conclusión de que el Tribunal, cuando la aplicación es resistida por motivos de leyes de policía, debe tener derecho a revisar la evidencia subyacente presentada al tribunal y, en casos excepcionales, las nuevas pruebas. Sin

⁸⁸ Jean-Baptiste Racine, *Op. cit.*, p. 565.

⁸⁹ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, ‘Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras’ (São Paulo: Atlas, 2008), p. 125.

⁹⁰ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 9 *et seq.*

embargo, el tribunal debe realizar una nueva valoración de los hechos sólo cuando hay un fuerte argumento *prima facie* de violación del orden público internacional.⁹¹

Por otra parte, es importante recordar que en este contexto, la noción del orden público transnacional no tiene utilidad para un Tribunal Estatal. En la medida en que el orden público transnacional consista en los “jurídicos reconocidos por todas las naciones civilizadas”, su núcleo también será parte del orden público internacional del foro.

Cuestiones comúnmente dichas forman parte del orden público transnacional, como el soborno y la corrupción, lo más probable es que también la legislación del foro esté en contra de ellas. Esto explica la afirmación hecha anteriormente de que sólo los árbitros internacionales y jueces internacionales están preocupados por el orden público transnacional.

En este sentido, un doctrinario ha escrito que “los Estados de ejecución no están obligados a considerar el orden público supranacional para decidir reconocer o ejecutar un laudo arbitral internacional”.⁹² Otro profesor y practicante ha afirmado que parecería inútil impedir a un Estado que defina, lo que se considera como parte de su orden público.⁹³ Resumió: “Le corresponde a cada Estado definir el contenido de su orden público, y es ese orden público el que opondrán al introducir un laudo arbitral extranjero.”⁹⁴ En palabras de otro autor:

No podemos restringir la excepción del orden público a un concepto transnacional. De hecho, es para cada Estado y sus jueces, en el contexto del control de los laudos extranjeros, para definir y poner en práctica su propio orden público internacional. [...] Si podemos pedir a un Estado hacer un uso moderado de la excepción de orden público, no podemos pedir a un Estado o sus jueces a asegurar la protección de sólo lo que es universalmente aceptado de lo que constituyen el orden público.⁹⁵

Esta es entonces la posición que se toma al enfrentarnos a tal situación, nada más natural para un juez que buscar sus propias normas internas aplicables en situaciones internacionales, a fin de conectar correctamente la denegación del reconocimiento o de permitir la ejecución.

⁹¹ Asociación de Derecho Internacional, *Op. cit.* (2002), p. 11.

⁹² James Fry, *Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy?* Chinese Journal of International Law, Volume 8, n. 1, 2009, p. 133.

⁹³ Pierre Mayer, *Recommandation de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales (Présentation)*, Revue de l'Arbitrage, Volume 2002, Issue 4, 2002, p. 1061

⁹⁴ Pierre Mayer, *Op. cit.* (2002), p. 1061

⁹⁵ Christophe Seraglini, *Op. cit.* (2009), p. 10. Énfasis añadido

Que un árbitro se refiere a la noción de orden público verdaderamente internacional es una cosa. Pero es difícil para un juez nacional seguirla. La misión del juez es controlar el laudo para verificar que su integración en el ordenamiento jurídico interno sea posible y aceptable. Es por tanto, lógico que este control se ejerza en cuanto a dicho ordenamiento jurídico.⁹⁶

De hecho, es difícil concebir que un juez nacional pueda ser impedido de verificar que la ejecución de un laudo vulnere o no orden público donde él o ella es el legítimo y genuino protector. Como se ha expuesto, de ninguna manera implica que la función del juez tiene límites.

Por lo tanto, se afirma que solamente teniendo en cuenta las declaraciones anteriores que el arbitraje internacional puede ser colocado correctamente dentro del esquema de la gobernanza económica mundial: un método de resolución de disputas, fundamentalmente basado en la autonomía de las partes y en gran medida auto-poietico, comúnmente utilizado en el comercio internacional, pero cuyas desviaciones y abusos eventuales pueden ser debidamente subsanadas por los Estados a través de —si no hay otra causal— el “último recurso” del orden público.

Un doctrinario que escribió en 2006, advirtió:

Hace unos años, podríamos haber sostenido que, después de todo, el laudo sería examinado por un juez nacional, ya sea a nivel de revisión o ejecución, y que las violaciones más importantes serían condenadas bajo la excepción del orden público, que es una excepción siempre invocada por las partes y presentes en los *lex arbitrii* de todo el mundo como en las convenciones internacionales. Esto pudo haber sido cierto antes, pero ya no es el caso. De hecho, los estudios han demostrado que los jueces son muy renuentes a utilizar la excepción del orden público y que entre todos los casos en los que una parte ha tratado de usarlo, muy pocos han tenido éxito.⁹⁷

Por consiguiente, invitamos a los tribunales, árbitros y especialistas por igual a reevaluar dichas declaraciones y reconocer que la posición de “hace unos años” era de hecho deseable. A medida que el “ángel guardián” de cualquier sistema jurídico, el orden público, debe mantener una importante herramienta en manos de los jueces nacionales, sin apartarse de para lo que fue diseñada originalmente, proteger el orden jurídico nacional de cualquier mal uso de la autonomía de las partes.

⁹⁶ Laurence Idot, Note - *Cour de cassation (1^{re} Chambre civile) 15 mars 1988*, Revue de l'Arbitrage, Volume 1990, Issue 1, 1990, p. 129

⁹⁷ Catherine Kessedjian, *Op. cit.*, p. 862.

V. CONCLUSIÓN

El orden público es una herramienta muy poderosa en manos de los jueces nacionales. Al conceder a los tribunales estatales con amplio margen de apreciación para determinar su contenido, el orden público puede ser utilizado para alinear la práctica judicial con los intereses del foro: leer libremente, la excepción contenida en el artículo V (2) (b) de la Convención de Nueva York permite la introducción en el ordenamiento jurídico del foro de laudos extranjeros que de otra manera no serían exigibles. Si se aplica estrictamente, el orden público puede minar la autonomía de las partes y frustrar los intereses de quienes recurran al arbitraje, precisamente para evitar los tribunales nacionales, que a veces pueden ser desconectados de la realidad del comercio internacional.

Sin embargo, esta herramienta tiene una tarea que cumplir, es decir, garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del lugar de ejecución. Si bien es cierto que los tribunales judiciales, incluso en su propio interés, deben asegurarse de que el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, sea eficiente; no es menos cierto que su mayor preocupación y la tarea más importante es respetar el ordenamiento jurídico que es su verdadera fuente de poder. En pocas palabras, los jueces nacionales son en última instancia, responsables ante los miembros de su sociedad, mientras que los árbitros deben prestar atención a los intereses de las partes en el arbitraje y a los comerciantes de la comunidad internacional.

Se deduce que es natural que los jueces nacionales invoquen el orden público internacional (nacional, por naturaleza, a pesar de la incongruencia terminológica aparente) cuando se niega reconocer un laudo arbitral extranjero, mientras que es legítimo que los árbitros, independientemente de cualquier ordenamiento jurídico nacional específico, dependan del orden público transnacional (o verdaderamente internacionales), precisamente para cumplir con su mandato y garantizar que los laudos que hacen sean exigibles en cualquier lugar.

En lo que respecta específicamente a la forma en que los tribunales brasileños han estado utilizando las políticas públicas para negar el reconocimiento y la ejecución, el análisis revela conclusiones interesantes. La Jurisprudencia brasileña, aún joven, pero que evoluciona rápidamente, ha demostrado que está dispuesta a adoptar una postura liberal, pero no ha logrado hasta el momento hacerlo. Los últimos avances muestran que el camino está pavimentado y que en un futuro próximo la situación puede cambiar.

En cualquier caso, lo que se espera de este tipo de tribunales es que, más importante que el cambio de enfoque, es que modifiquen la forma de ver el tema. En vista de la liberalización de la actividad económica privada internacional y del empoderamiento de los particulares, los tribunales nacionales tienen un papel fundamental en la gobernanza económica global de hoy. Teniendo en cuenta que las partes son cada vez más libres para contratar fuera de los tribunales nacionales, es a través del mecanismo del

orden público que estos tribunales pueden regular la actividad comercial internacional. Por lo tanto, es sobre el orden público que deben de concentrar sus esfuerzos.

En consecuencia, un enfoque muy liberal basado en el único aspecto de la conformidad del laudo extranjero con el orden público no hará más que ratificar la capacidad de las partes para permanecer inmunes a la regulación estatal. La norma que aquí se reclama es el que se considera la verdadera importancia del orden público y, cuando sea necesario, profundizar en los detalles de la concesión para garantizar que ninguna violación ocurra. No hace falta decir, que no es incompatible con el principio general de la no revisión del fondo de los laudos, que sigue siendo la base del control ejercido por los tribunales sobre laudos arbitrales extranjeros. Esto significa que el arbitraje internacional, el aumento de autonomía de las partes y un eficaz gobierno mundial pueden coexistir mejor. Según nuestra opinión, es donde se encuentra lo óptimo entre el derecho fundamental a la libertad y la necesidad de algún tipo de control.

RENUNCIA AL DERECHO A IMPUGNAR EL LAUDO ARBITRAL

David Khachvani*

Resumen. Generalmente se les da la oportunidad a las partes en los procedimientos de arbitraje internacional de solicitar la nulidad del laudo frente a los tribunales de la sede del arbitraje. Sin embargo, por diversas razones prácticas, las partes pueden pactar por renunciar a la revisión que se da en la acción de nulidad. Algunos Estados dan efecto a dichos acuerdo de las partes, comúnmente denominados Acuerdos de Exclusión, pero se establecen requisitos específicos de validez. Se ha argumentado que al dar efecto a los Acuerdos de Exclusión los Estados incumplen su obligación derivada de los derechos humanos a garantizar la observancia de las normas mínimas de equidad procesal. Empero, la jurisprudencia muestra que la responsabilidad del Estado se actualiza únicamente en la etapa en la que al laudo arbitral se le da efecto coercitivo. Los Estados que hacen efectiva la renuncia de la acción de nulidad aún conservan el control sobre la ejecución de los laudos. Por lo tanto, en la mayoría de los casos no incumplen su obligación de acuerdo con los derechos humanos.

Palabras Clave. Renunciar; exclusión; nulidad; anular; validez; equidad procesal; juicio justo, derechos humanos, normas imperativas; CEDH (Corte Europea de Derechos Humanos).

* Maestro en Derecho sobre Solución de Disputas Internacionales por la Université de Genève y el Graduate Institute of International and Development Studies (Becario Hans Wilsdorf).

‡ Traducción de Diego Santin Padilla

I. INTRODUCCIÓN

Un laudo arbitral ostenta la nacionalidad del Estado en donde es emitido (*Estado Sede*).¹ Esta misma característica es aplicable al laudo en casi todas partes del mundo.² A cambio de dar dicho efecto al arbitraje, los Estados Sede conservan la potestad de ejercer cierto grado de control sobre los procedimientos arbitrales. Más importante aún, se les da a las partes la posibilidad de buscar la nulidad (también llamada anulación o invalidación) del laudo arbitral en los tribunales del Estado Sede, en los rubros establecidos por la jurisprudencia. Las leyes

¹ Nigel Blackaby, Konstantine Partasides *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (Oxford University Press, 2009) 1.17.

² La Convención de Nueva York (1958) en su Artículo 1.1 establece que el laudo debe ser emitido en territorio del Estado extranjero en virtud de beneficiar el régimen de ejecución estipulado en la convención.

de arbitraje, en la mayoría de las jurisdicciones, permiten la nulidad sólo bajo algunas pocas causales.

La razón por la cual los Estados Sede no abandonan por completo dicho control, es inherente a su función de proteger el orden público abarcando los estándares mínimos de equidad procesal. El enfoque puede cambiar si las partes acuerdan renunciar a su derecho de interponer recursos de nulidad.

Las partes pueden estar interesadas en pactar Acuerdos de Exclusión por algunas razones prácticas. Pueden desear evitar la instancia adicional de revisión a nivel de nulidad, sabiendo que el laudo será de todas formas revisado en la etapa de cumplimiento.

Sin embargo, cabe destacar desde el principio, que hay numerosos inconvenientes prácticos asociados con pactar un Acuerdo de Exclusión. Es decir, si la reclamación se desechó indebidamente por el tribunal arbitral, el demandante se queda sin acción, sin que exista obviamente ninguna ejecución de la reclamación desestimada. Por otro lado, si el demandado pierde, corre el riesgo de estar en la posición de oponerse a la ejecución en múltiples jurisdicciones, sin la posibilidad de solicitar la anulación en el lugar de la decisión. Un Acuerdo de Exclusión por lo tanto puede ser descrito como beneficioso sólo para la parte ganadora. Sin embargo, en el momento de celebración del contrato, las partes no tienen conocimiento preciso de sus posibilidades de éxito en caso de cualquier futuro conflicto. Por lo tanto, aún pueden decidir renunciar de forma conjunta a su derecho a solicitar la nulidad del futuro laudo.

Algunos Estados dan efecto a tales Acuerdos de Exclusión. Los tribunales de dichos Estados se abstienen de dar curso a las solicitudes de nulidad en donde encuentran que las partes han pactado válidamente renuncian a la acción de nulidad. Es en este caso cuando se presentan consideraciones de orden público. Se puede decir, que al dar cumplimiento a un Acuerdo de Exclusión, el Estado abandona su deber inherente de supervisar el cumplimiento de las normas mínimas de equidad procesal. Se ha afirmado que constituye también una violación de la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos para garantizar un juicio justo.

En este artículo se analizará, primero el efecto e interpretación de los Acuerdos de Exclusión bajo las leyes arbitrales de Suiza, Suecia, Francia, Bélgica, Reino Unido y de los E.U.A. (I). Será a partir de entonces que se explore el posible conflicto entre un Acuerdo de Exclusión y el deber de los Estados de respetar las normas mínimas de equidad procesal (II).

II. EFECTO E INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE EXCLUSIÓN³

Las leyes de arbitraje y las reglas institucionales aumentan el efecto de la autonomía de las partes. Esta tendencia también se refleja en la aplicación e interpretación de los Acuerdos de Exclusión.

³ El artículo se centra en los Acuerdos de Exclusión en el arbitraje comercial internacional. El sistema de arbitraje del CIADI no será discutido por razones obvias. A saber, la anulación del laudo del CIADI se rige por el artículo 52 del Convenio del CIADI. Las partes en procedimientos ante el CIADI (Investor y Estado) no está de manera alguna facultadas para renunciar a las disposiciones obligatorias del tratado multilateral.

Esta primera parte del artículo considerará tres aspectos principales de los acuerdos de exclusión: en primer lugar, se resumirá el efecto dado a los acuerdos de exclusión por las legislaciones arbitrales de los Estados mencionados anteriormente (A), en segundo lugar, el enfoque se realizará sobre los requisitos de validez establecidos para tales Acuerdos de Exclusión bajo dichas leyes (B), en tercer lugar, se examinará el grado de control sobre los procedimientos arbitrales, efectuados por los Estados que reconocen la validez y efecto de los Acuerdos de Exclusión (C).

A. EFECTO DADO A LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN POR LEGISLACIONES ARBITRALES

Debido a la naturaleza emergente de los Acuerdos de Exclusión, en la práctica, la gran mayoría de los Estados todavía tienen que expresar su posición en relación a su validez y aplicabilidad. Sin embargo, hay diversas legislaciones que han dado cumplimiento a los Acuerdos de Exclusión. Suiza, Francia, Suecia y Bélgica son los más importantes representantes (los “*Estados que Reconocen*”). Por otro lado algunas jurisdicciones, como los E.U.A., se han negado a validar los Acuerdos de Exclusión (los “*Estados que no lo Reconocen*”).⁴

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Ley Modelo”) no se pronuncia sobre tal cuestión. Sin embargo, en la práctica, algunas jurisdicciones basadas en la Ley Modelo han permitido o negado permitir las renunciaciones a las causales de nulidad que figuran en sus leyes basadas en la Ley Modelo.

Es menester revisar los enfoques particulares respecto de los Acuerdos de Exclusión empleados bajo esas leyes arbitrales.

1. Estados que Reconocen

(i) Suiza

El texto del Artículo 192.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (el “PILA”) es el siguiente:

Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento comercial en Suiza, podrán, mediante una declaración expresa en el convenio arbitral o de un convenio escrito posterior, desistirse por completo del recurso de nulidad [...].

La disposición prevé un requisito importante, que ninguna de las partes en el procedimiento tenga residencia en Suiza. El Tribunal Federal Suizo interpreta dicha cuestión como requisito para dar cumplimiento a las consideraciones de orden público.⁵

⁴ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Kluwer Law International 2012) 334.

⁵ Spoorenberg, Bürgenmeier, “The Swiss Law Provision Allowing Foreign Parties to Waive Their Right to Seek

Las causales de nulidad se enlistan en el artículo 190.2. Estas causales se refieren a: (a) la incorrecta constitución del tribunal arbitral; (b) la falta de jurisdicción por parte del tribunal arbitral; (c) a toma de decisiones *ultra petita* o *infra petita* (d) la violación de la equidad entre las partes y/o su derecho a ser oídos, o (e) la violación al orden público. El legislador suizo no establece ninguna diferencia entre estas causales, frente a los Acuerdos de Exclusión y expresamente permite la renuncia voluntaria de la acción de nulidad con independencia de las causales en que pueda basarse la parte que intentase la nulidad.

También vale la pena señalar que la disposición dada de la PILA (*Private International Law Act*) permite la celebración del Acuerdo de Exclusión, tanto antes como después del nacimiento de la controversia.

El nivel de conocimiento de las partes sobre la posible necesidad de impugnación es probablemente más alto después de que surja la controversia, que en el momento de celebración del contrato. El legislador suizo, sin embargo, no establece ninguna diferencia entre estas dos fases, siempre y cuando el Acuerdo de Exclusión se estipule expresamente.

En la práctica, el Tribunal Federal Suizo ha rechazado numerosas solicitudes de anulación con base en el artículo 192.1 del PILA.⁶ El Tribunal Federal Suizo, por lo general emplea la interpretación literal de la ley. Siempre y cuando las partes no tengan residencia y el Acuerdo de Exclusión sea expreso, el tribunal no ha tenido problema para afirmar la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad.

(ii) Francia

El primer párrafo del artículo 1522 del Código de Procedimientos Civiles Francés (CPCF) estipula:

En virtud de un acuerdo específico, las partes podrán, en cualquier momento, renunciar expresamente a su derecho de intentar una acción de nulidad⁷

A diferencia de la disposición suiza, el artículo citado no establece un requisito de residencia o domicilio foráneo. De este modo, aún si una de las partes tiene su domicilio en Francia, el Acuerdo de Exclusión será válido. Incluso el artículo 1522 del CPCF permite celebrar los Acuerdos de Exclusión “en cualquier momento”. Del mismo modo que la PILA suiza, esto permite a las partes renunciar a la acción de nulidad previamente, así como de forma posterior a suscitada la controversia.

the Annulment of International Arbitration Awards is Compatible with the Fair Trial Guarantees’ (Abril 26, 2012) Mondaq, 2.

⁶ *Xz Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013); *Xz T*, Swiss Federal Tribunal, 4A_486, (2011), 3.1. disponible en: <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

⁷ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil y Daniela Pellarini de Shearman & Sterling LLP.

(iii) Suecia

La parte más importante de la Sección 51 de la Ley Arbitral Sueca (SFS) prevé lo siguiente:

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o lugar habitual de negocios en Suecia, las mismas podrán, en virtud de su relación comercial, mediante un acuerdo expreso de forma escrita, excluir o limitar la aplicación de las causas de nulidad de un laudo de la forma establecida en el artículo 34⁸

El texto del artículo 51 de la SFS limita la posibilidad de establecer un Acuerdo de Exclusión de forma restrictiva a las partes que tengan un domicilio o lugar habitual de negocios en el extranjero.

La disposición es clara respecto a la posibilidad de excluir alguna o todas las causales de nulidad bajo el artículo 34 de la SFS. En éste se prevé la exclusiva lista de causas de nulidad, mismas que son esencialmente similares a las enlistadas en la PILA suiza. El artículo 51 de la SFS no provee ninguna aclaración respecto de la posibilidad de celebrar un Acuerdo de Exclusión antes o después de que surja la controversia. Por lo tanto, es posible asumir que no hay limitación alguna en dicho rubro.

(iv) Bélgica

De acuerdo con el artículo 1718 del Código Judicial Belga:

Por medio de una declaración explícita en el acuerdo arbitral o por un acuerdo posterior, las partes podrán excluir cualquier posibilidad de anular un laudo arbitral, cuando ninguno de ellos tuviere su domicilio registrado, lugar principal de negocios o una sucursal regional en Bélgica.⁹

De forma muy similar a lo que ocurre en Suiza o Suecia, Bélgica permite los Acuerdos de Exclusión únicamente en el caso de que las partes tengan su principal asiento de sus negocios en el extranjero. El precepto también prevé la posibilidad de excluir todas las causales de nulidad antes o después del surgimiento de la controversia. Es también menester mencionar que Bélgica adoptó la Ley Modelo en 2013. Sin embargo, el legislador aún retuvo la mencionada previsión del Código Judicial. Por lo tanto, de modo distinto a otras legislaciones basadas en la Ley Modelo, en Bélgica el Acuerdo de Exclusión está permitido en la ley.

⁸ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por la “Stockholm Chamber of Commerce.”

⁹ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por el “Belgian Centre for Mediation and Arbitration”.

2. Estados que no lo Reconocen

Algunos Estados se han negado a dar efecto a los Acuerdos de Exclusión. Esto se ha dado más por la labor jurisprudencial que por virtud de actos legislativos.

(i) Estados Unidos

La Ley Federal de Arbitraje de los E.U.A. (la “LFA”) no se pronuncia sobre los Acuerdos de Exclusión. En casos previos, los tribunales estadounidenses han reconocido la renuncia al procedimiento de nulidad por acuerdo expreso.¹⁰ Por la misma razón, algunas decisiones permitieron a las partes acordar ampliaciones o una apelación completa a la parte sustantiva de la disputa en la etapa procesal de nulidad.¹¹ En contraste, en *Hoelt v. MVL Group* la Corte de Apelaciones de los E.U.A. sostuvo que la acción de nulidad prevista en la LFA no debe ser alterada por acuerdo de las partes.¹² Si la jurisprudencia de los tribunales inferiores ha sido contradictoria en los últimos años, la Corte Suprema de E.U.A. dio un paso hacia terminar con esta discrepancia. Decidió en el caso *Hall Street* que las causales de nulidad están obligatoriamente enlistadas y no pueden ser modificados por acuerdo de las partes.¹³ Desde entonces, los tribunales estadounidenses no dan efecto a ninguna modificación (por ejemplo, la exclusión o ampliación) de la acción de nulidad.

(ii) Inglaterra

La situación en Inglaterra es algo más compleja. El artículo 68 de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, estipula que los tribunales de apelación deben anular el laudo arbitral por motivos esencialmente similares a los establecidos por la PILA suiza (mencionados con anterioridad). Sin embargo, aparte de estas razones de anulación del laudo generalmente reconocidas, el artículo 69 prevé la apelación del laudo que conllevaría la nulidad, variación o remisión de éste con base en un error del tribunal arbitral en cuestión de derecho inglés. Los tribunales ingleses han permitido la renuncia por convenio a este derecho de apelar bajo el artículo 69¹⁴.

El Anexo I de la Ley de Arbitraje, la cual enumera exhaustivamente las disposiciones obligatorias de la ley (irrenunciables), al parecer incluye el artículo 68, pero no el artículo 69. Por lo tanto, las partes pueden renunciar a la apelación sólo por un error sustantivo en

¹⁰ *Aerojet Corporation v. AAA*, (1973) US 9th Circuit 478-F2d, 248; *Payne v. SS-Tropic Breeze*, (2008) US Court of 1st Circuit 423 F2d, 236.

¹¹ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012), 336.

¹² *Hoelt v. MVL Group* (2003) US 2nd Circuit 343-F3d, 60.

¹³ *Hall Street Associates LLC v. Mattel Inc.* (2008) US Supreme Court 128-1396.

¹⁴ *Shell Egypt West Manzala GMBH, Shell Egypt West Qantara GMBH v Dana Gas Egypt Limited*, Queens Bench Division Commercial Court 2097, (2009).

alguna cuestión de derecho inglés. Este enfoque se fundamenta en el texto del artículo 69, que inicia con las palabras: “salvo pacto en contrario de las partes”. Por el contrario, los tribunales ingleses revisarán obligatoriamente el cumplimiento de los motivos enlistados en el artículo 68, independientemente de cualquier acuerdo en contrario de las partes. Así, Inglaterra no permite el Acuerdo de Exclusión en las causales de anulación más comúnmente aceptadas. Por este motivo, se considerará como Estado que no lo Reconoce.

Cabe destacar que Singapur ha adoptado un enfoque similar. La revisión sustantiva bajo el artículo 49.1 de la Ley de Arbitraje puede ser excluida en virtud del acuerdo entre las partes, mientras que las causales no sustantivas de la apelación son consideradas como irrenunciables.¹⁵

3. Jurisdicciones basadas en la Ley Modelo.

El artículo 34 de la Ley Modelo enumera las causales de nulidad. La ley en sí no contiene ninguna disposición en cuanto a la posibilidad de excluir la aplicación del artículo 34. La práctica judicial desarrollada en las jurisdicciones más importantes que toman como base la Ley Modelo muestra la existencia de discrepancias al respecto.

En 1998, la Corte de Ontario (una provincia canadiense que ha adoptado la Ley Modelo) tuvo que hacer frente al reto del laudo arbitral dictado en Canadá entre una empresa de Hong-Kong y una empresa canadiense¹⁶. La cláusula de arbitraje contenía la renuncia a la posibilidad de recurrir a cualquier forma de apelación de un laudo. El tribunal destacó que el acuerdo de las partes debe tener plena vigencia, a menos que contradiga alguna de las disposiciones de la ley procesal del arbitraje. Después de analizar el texto del artículo 34 de la Ley de Arbitraje de Ontario, mismo que refleja el contenido del artículo 34 de la Ley Modelo, la corte llegó a la conclusión de que la disposición no era obligatoria y podría ser excluida por acuerdo de las partes. Mediante esta decisión, la corte permitió el Acuerdo de Exclusión sin tener disposición concreta en la ley. Algunos otros estados que toman como base la Ley Modelo, como Rusia¹⁷ y Túnez¹⁸ recientemente han seguido el criterio.

Los tribunales de otras jurisdicciones basadas en la Ley Modelo han llegado a una conclusión diametralmente opuesta al interpretar la misma disposición. En 2004, un tribunal de Nueva Zelanda concluyó que las partes no podían renunciar o limitar la acción de nulidad prevista en el artículo 34, ya que no había ninguna disposición legal que les

¹⁵ *Daimler South East Asia Pte Ltd v. Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd*, Singapore High Court 157 (2012).

¹⁶ *Noble China Inc. v Lei*, Ontario Court 42.3d (1998), 69.

¹⁷ Federal Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow District, Caso No. A40-124999/12-50-1261 (2013); Ver también Caso No. A40-124996/12-143-588 (2013) Citado en “Debevoise & Plimpton Arbitration Quarterly” (September 2013)15.

¹⁸ Chalhghoum, ‘The Judicial Annulment of the Arbitral Award in Light of Islamic Law’, *Kluwer Arbitration, International Journal of Arab Arbitration Volumen 4, Tomo 1, (2012), 10.*

permita hacerlo. El tribunal analizó cuidadosamente la redacción del artículo 34 y destacó que no permite modificaciones por acuerdo de las partes.¹⁹

En vista de que los Estados que han adoptado Ley Modelo asumen distintas interpretaciones del artículo 34, algunos de ellos deberán ser considerados Estados que Reconocen y otros más Estados que no Reconocen los Acuerdos de Exclusión

B. VALIDEZ Y FORMA DE LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN

Los Estados que Reconocen los acuerdos de Exclusión establecen requisitos de validez para los mismos. En primer lugar, la exigencia de ser expreso, será un tema a discutir (1), en segundo lugar, se examinará el enfoque de los Estados que Reconocen, frente a los Acuerdos de Exclusión contenidos en diversos reglamentos de arbitraje de instituciones (2).

1. Requisito de ser expreso

La mayoría de los Estados que Reconocen requieren que el Acuerdo de Exclusión se estipule de manera inequívoca. El Tribunal Federal Suizo se ha negado a dar efecto al Acuerdo Exclusión que simplemente indica que el laudo será definitivo.²⁰ El Tribunal sostuvo que los laudos arbitrales son definitivos en el sentido de que no son susceptibles de recurso en apelación en lo sustantivo. Por lo tanto, según el Tribunal Federal Suizo, la referencia a la definitividad no impide la revisión para la anulación.

Por el contrario, Tribunal Federal Suizo dio cumplimiento al Acuerdo de Exclusión previamente pactado en otro caso. El acuerdo era el siguiente:

Ninguna de las partes tendrá derecho a apelar el laudo ante algún tribunal de justicia.
Ninguna de las partes deberá llevar a consideración de cualquier tribunal de justicia cualquier disputa que surja de este acuerdo, a excepción de la ejecución del laudo arbitral.²¹

De acuerdo con el Tribunal Federal, las partes habían hecho un hincapié suficientemente claro sobre la exclusión de la participación del tribunal en cualquier procedimiento, incluyendo la acción de nulidad. El requisito similar de ser explícito ha sido adoptado por otros Estados que reconocen dichos pactos como Australia.²²

¹⁹ *Methanex Motomui v. Joseph Spellman*, (2004) NZ Court of Appeal 171/03.

²⁰ *X v. YAY - Holding BV*, Tribunal Federal Suizo, 4A_256/2009 (2010), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

²¹ *X v. Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

²² Ver: *Am Diagnostica Inc. v. Gradipore Ltd*, (1999) Supreme Court of NSW, at XXIVa Yearbook of Commercial Arbitration 574.

Como se señaló anteriormente, Inglaterra permite los Acuerdos de Exclusión sólo en la revisión sustantiva de los laudos arbitrales. Curiosamente, los tribunales ingleses no requieren el mismo nivel de explicitud para asumir la renuncia a dicha apelación. Los tribunales ingleses se abstienen de la revisión de errores del tribunal de arbitraje en materia de derecho sustantivo inglés, si las partes simplemente acuerdan que el laudo arbitral es definitivo²³. Tal enfoque es explicado por el significado común y corriente de la palabra “final”. Como ha subrayado el Tribunal Federal Suizo, la referencia a la definitividad conlleva que no haya recuso en cuanto al fondo. . Por lo tanto, la indicación de la naturaleza final del laudo, de hecho, prohíbe a los tribunales ingleses la supervisión de errores del tribunal arbitral sobre cuestiones de derecho inglés.

Sin embargo, en cuanto a la anulación por razones por causales procesales la regla es requerir que el Acuerdo de Exclusión sea expresado de manera concreta. Por lo tanto, el enfoque dominante de la mayoría de los Estados que Reconocen es adherirse únicamente a la indicación expresa de excluir el papel de supervisión de la corte de anulación.

2. Reglas Institucionales que Incorporan al Acuerdo de Exclusión

Algunas reglas institucionales incorporan Acuerdos de Exclusión. Las Reglas CCI 2012 son representativas de esto. Su Artículo 34.6 establece que:

Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.

Asimismo, el artículo 26.9 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) establece que:

[...] Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo [...]. Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada.²⁴

²³ *Sanghi Polyesters Ltd v. KCFC* (2001) 1 Reporte 480 de Loyd; *Lesotho Highland Development Authority v. Impreglio SpA* (2005) UKLH, 43.

²⁴ En la reciente propuesta de modificación de las Reglas de la LCIA esta disposición es ligeramente modificada. Por tanto, la modificación afecta el último párrafo del artículo 26.8 (actualmente, artículo 26.9), el cual ahora se dice lo siguiente: “mientras dicha renuncia no esté prohibida bajo la ley aplicable”. Se infiere que dicha redacción intenta abarcar las jurisdicciones, que ni restringen, ni expresamente admiten los Acuerdos de Exclusión. El texto de la modificación que se propone, está disponible en <<http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=336>>.

Otras reglas institucionales no tan importantes también incorporan disposiciones para efectos similares.²⁵

El texto de dichas disposiciones es suficientemente explícito y debe interpretarse como un Acuerdo de Exclusión. Sin embargo, los tribunales de la mayoría de Estados que Reconocen todavía tienen que evaluar si la mera referencia a tales reglamentos institucionales demuestra la clara intención de las partes a renunciar a su derecho a una acción de nulidad.

Sea ha reportado de que el Tribunal Federal Suizo recientemente se negó a considerar que la referencia al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como un Acuerdo de Exclusión válido.²⁶ Vale la pena señalar que la misma disposición estaba presente en el Reglamento anterior de la CCI de 1998. A través de los años, los tribunales de los principales Estados que Reconocen los Acuerdos de Exclusión, como Suiza o Francia, no han interpretado la mera referencia a al Reglamento de la CCI como una prueba válida de la intención de las partes para celebrar el Acuerdo de Exclusión.

Excepcionalmente, el *Arbitrazh* Federal Ruso ha concluido recientemente que la indicación a la definitividad del laudo en el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje Comercial (*International Commercial Arbitration Court "ICAC"*) es suficiente para demostrar la intención de las partes de excluir la acción de nulidad.²⁷ El texto del artículo 44 de las reglas de la CIAC establece lo siguiente: "Un laudo emitido por la CIAC deberá ser definitivo y vinculante desde su fecha de emisión". Sin embargo, el mencionado caso del *Arbitrazh* ruso no expresa la opinión final en la jurisprudencia de Rusa. La disposición de las normas de la CIAC, no ha sido interpretada de manera similar en muchas otras decisiones del *Arbitrazh*. La redacción de la disposición de las Reglas del CIAC es incluso menos dura que las disposiciones contenidas en los Reglamentos de la CCIoo de la LCIA. No se estipula claramente la renuncia a recurrir a los tribunales, sino simplemente incluye una indicación sobre la definitividad del laudo. De acuerdo con la mencionada opinión del Tribunal Federal Suizo, la definitividad es simplemente una característica habitual del laudo arbitral y de ninguna manera denota una intención de las partes de excluir la acción procesal de nulidad²⁸. En consecuencia, dicho enfoque desarrollado recientemente por los tribunales rusos es algo idiosincrásico y no debe ser favorecido.

Cabe concluir que, en su mayor parte, los Estados que Reconocen los Acuerdos de Exclusión son reacios a poner en práctica dichos acuerdos incorporados en las normas institucionales de arbitraje.

²⁵ Ver: CEPANI Rules, Article 24.2.

²⁶ Strik, 'Un número creciente de países que permiten los acuerdos de exclusión con respecto a la anulación garantiza un mayor escrutinio de las cláusulas de arbitraje', [2013] *Linklaters LLP*, 3.

²⁷ Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court of Moscow District, case No. A40-124999/12-50-1261 (Febrero 7, 2013).

²⁸ *X v. YAY- Holding BV*, Swiss Federal Tribunal, 4A_256/2009 (2010), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

Por otro lado, no es de extrañarse que los Estados que no los Reconocen, que conceden validez sólo a la renuncia a la revisión sustantiva, (como Inglaterra²⁹ y Singapur³⁰) consideren la mera referencia a esas reglas institucionales suficiente para abstenerse de controlar el laudo en cuestión de derecho. Esto se explica por los requisitos de validez significativamente más suaves que plantea para la renuncia en aquellas jurisdicciones en comparación con los criterios de explicitud legalmente consagrados en los Estados que reconocen a los Acuerdos de Exclusión.

C. GRADO DE CONTROL EFECTUADO POR LOS ESTADOS QUE RECONOCEN LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN

Los Estados que reconocen los Acuerdos de Exclusión conservan el control sobre las actuaciones arbitrales en dos aspectos. En primer lugar, los tribunales comprueban la existencia y la validez del Acuerdo de Exclusión, y en segundo, la revisión de los laudos arbitrales en fase de ejecución (en un caso poco probable donde una de las partes busca la ejecución del laudo en el territorio del Estado Sede³¹).

Como puede observarse, los tribunales de los Estados que reconocen los Acuerdos de Exclusión se han negado a dar cumplimiento a dichos acuerdos cuando son redactados sin claridad. Al decidir si desechan o nola solicitud de nulidad bajo las causales de existencia del Acuerdo de Exclusión, los tribunales tendrán que asegurarse de que tal acuerdo es celebrado válidamente. En esta etapa se emplearán el estándar de revisión completa en contraposición a un examen *prima facie* realizado por algunos tribunales en la fase primaria para la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje.³²

En ese sentido, como fue resuelto recientemente por el Tribunal Federal Suizo, el alcance *ratione personae* del Acuerdo de Exclusión también será fijado por el tribunal, cuando el laudo dictado afecta a terceros.³³ También, esto incidentalmente implica el control sobre el alcance del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esto no significa que el tribunal se niegue a dar efecto al Acuerdo de Exclusión. Más bien, el examen se lleva a cabo con el único propósito de determinar si el Acuerdo de Exclusión vincula a terceros.

²⁹ *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA & Others*, House of Lords 43, (2005).

³⁰ *Daimler South East Asia Pte Ltd v. Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd*, Singapore High Court 157 (2012).

³¹ La ejecución en el Estado Sede se vislumbra poco probable debido a que las partes en el arbitraje internacional suelen elegir una sede neutral, donde no se lleven a cabo negocios. Por lo tanto, es menos probable que los activos exigibles se encuentren en el Estado Sede.

³² *Foundation M. v. Banque X*, Swiss Federal Tribunal 122_III (1996), 139; Gaillard, Banifatemi, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators', en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Editado por Gaillard, Di Pietro) Cameron May, 257 (2008), 261.

³³ *A.Xa v. B.y*, Swiss Federal Tribunal 4A-631, (2011), disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

La segunda característica importante de control es que las leyes arbitrales de los Estados que Reconocen, introduzcan un régimen especial de ejecución de los laudos dictados en el procedimiento arbitral donde el Acuerdo de Exclusión ha estado presente. El artículo 192.2 de la PILA suiza establece que:

Si las partes han renunciado totalmente al recurso de nulidad contra los laudos y si los laudos serán ejecutados en Suiza, la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aplica por analogía.

Disposiciones similares están presentes en la ley de arbitraje francés y en la sueca.³⁴ A pesar de que el laudo es resuelto en el territorio del Estado que Reconoce, los tribunales lo tratan como laudo extranjero para efectos de su ejecución. Por lo tanto, el cumplimiento de las causales copiadas de la Convención de Nueva York serán examinadas antes de resolver respecto de la ejecutabilidad del laudo arbitral. Del mismo modo, en Bélgica, el laudo es en todo caso revisado bajo causales similares a las contenidas en la Convención de Nueva York, independientemente de si el laudo fue emitido en Bélgica o en el extranjero.³⁵ Esta característica hace que la existencia del Acuerdo de Exclusión sea irrelevante para propósitos de la ejecución.

Como consecuencia de ello, en todo Estado que Reconoce, los laudos alcanzarán poder coercitivo sólo después de ser examinados bajo causales similares a las previstas en la Convención de Nueva York. Como se discute abajo (Sección II.B) dicho control en la fase de ejecución puede desempeñar un papel importante para evitar la responsabilidad del Estado que Reconocen en términos de los estándares de equidad procesal equidad.

II. POSIBLE CONFLICTO CON LA EQUIDAD PROCESAL

Los Estados supervisan los procedimientos que se desarrollan en su territorio como parte de su deber de garantizar la equidad procesal. Se puede argumentar que en virtud de la aplicación de los acuerdos de exclusión y por lo tanto la renuncia a su papel de supervisión sobre el procedimiento arbitral, el Estado que Reconoce compromete el acceso a la justicia imparcial.

Esta segunda parte del artículo examinará, en primer lugar, las normas de equidad procesal aplicables en los procedimientos de arbitraje internacional (A), en segundo lugar, se analizará si el Estado puede ser considerado responsable por no garantizar el cumplimiento de las normas de equidad procesal en el procedimiento arbitral (B).

³⁴ Código Francés de Procedimientos Civiles, Artículo 1522; SFS, sección 51;

³⁵ Código Judicial de Bélgica Artículo 1719.1.

A. ESTÁNDARES DE EQUIDAD PROCESAL EN EL ARBITRAJE

La aplicación de las normas de equidad procesal en el arbitraje internacional se deriva de la Convención de Nueva York y de las legislaciones nacionales. Cuando la primera establece un estándar mínimo por debajo del cual la ejecución del laudo podría ser denegada, las segundas prevén los requisitos impuestos como tema de regulación doméstica. Está fuera del ámbito de este artículo realizar un análisis comparativo de los enfoques adoptados por las distintas jurisdicciones. Bastaría con mencionar, en general, la siguiente lista no exhaustiva de los principios de equidad procesal:

Igualdad de armas - Denota la igualdad de trato de las partes por el tribunal arbitral. Ambas partes deben gozar de una igual oportunidad para presentar su caso y el tribunal no tomará decisiones en forma parcial.

Derecho a ser oído - Estrechamente vinculada al principio anterior, se trata de una garantía esencial para que las partes presenten su caso. El tribunal tiene la obligación de dar oportunidad a las partes de formular observaciones sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento por un tercero o por el propio tribunal. Un ejemplo de la grave violación del derecho a ser oído sería la falta negligente del tribunal de notificar a una parte sobre la fecha o el lugar de las actuaciones programadas.

Independencia e Imparcialidad - Protege a las partes frente al tribunal que es parcial y/o carece de independencia.³⁶ La consecuencia más evidente de la norma es el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa.

Ausencia de Resoluciones Ultra/Infra Petita- en virtud de este principio, el tribunal no está autorizado a decidir sobre reclamaciones no planteadas por cualquiera de las partes o de dejar cualquiera de los agravios resolver.

Dichos principios de equidad procesal a menudo implican garantías procesales obligatorias, que existen independientemente del acuerdo de las partes.³⁷

B. POSIBILIDAD DE INVOCAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Al celebrar un Acuerdo de Exclusión, las partes no renuncian a la aplicación de los principios de equidad procesal. Dichos acuerdos simplemente excluyen el control del Estado Sede sobre el cumplimiento de dichas normas. Se plantea la cuestión de si los Estados que Reconocen, incumplen su deber de garantizar la equidad procesal, dando cumplimiento a los Acuerdos de Exclusión. Con el fin de responder a esta pregunta, primero debe ser examinado en qué medida, en todo caso, es el Estado el responsable de garantizar las

³⁶ *IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration*, Council of the International Bar Association (22 May 2004).

³⁷ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Kluwer Law International 2012) 318.

normas de equidad procesal dentro del procedimiento arbitral (1), y posteriormente, se debe discutir si los Estados que Reconocen, de hecho, cumplen con dicho deber (2).

1. Obligación del estado de garantizar la equidad procesal en el arbitraje

Los Estados tienen numerosas obligaciones en cuanto a derechos humanos relacionadas con el acceso a la justicia. El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos del sistema (“CEDH”), establece la práctica más completa en este sentido. El Artículo 6.1 del CEDH establece que en la determinación de “los derechos y obligaciones de carácter civil”, toda persona tiene derecho a un juicio justo en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. En general, un Estado firmante del CEDH es responsable de garantizar el cumplimiento de esta norma en sus tribunales nacionales. También es cierto que la conducta del tribunal arbitral no es atribuible al Estado.³⁸ Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (la “Comisión”) ha señalado que:

Debe tenerse en cuenta el marco legislativo, con el fin de determinar si los tribunales nacionales conservan cierto grado de control de los procedimientos de arbitraje y si el control se ejerce adecuadamente en el caso concreto.³⁹

La Corte Europea de Derechos Humanos (la “Corte de Estrasburgo”) llegó a la misma conclusión en el caso *Suovaniemi*.⁴⁰ El solicitante (Sr. Suovaniemi) argumentó que Finlandia violó el artículo 6.1 del CEDH, al negarse a anular el laudo arbitral dictado por un tribunal supuestamente parcial. Finlandia respondió que las irregularidades del procedimiento en los juicios arbitrales no podrían haber comprometido la responsabilidad del Estado Sede. La Corte de Estrasburgo rechazó este razonamiento y destacó que los Estados, antes de dar el poder coercitivo al laudo arbitral, tienen que asegurarse de que el laudo arbitral se produjo como resultado de procedimientos que se ajusten a las normas imperativas del procedimiento⁴¹.

Dichas normas imperativas han sido identificadas caso por caso por la Corte de Estrasburgo. Sin embargo, la jurisprudencia de la CEDH está dirigida al público en general. Por el contrario, los usuarios más prominentes de arbitraje internacional son las corporaciones comerciales. Cuando en un acuerdo entre empresarios existe una renuncia expresa al derecho a solicitar la nulidad del posible laudo arbitral, lo más probable es que las partes han previsto bien todas las posibles consecuencias.⁴² Por lo tanto, lo que es

³⁸ Kuijer, *Applicability of Article 6 ECHR at The Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of Requirements of Article 6 ECHR*, [2004] Wolf Legal Publishers, 29.

³⁹ *Nordstrom-Janzon v. The Netherlands* European Commission of Human Rights, (Application No 28101), 95.

⁴⁰ *Suovaniemi v. Finland*, (1999) ECHR 31737/96.

⁴¹ Landrove, ‘European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration’ [2006] 84.

⁴² Ver: Thomas Schultz, ‘Human rights: a speed bump for arbitral procedures? An Exploration of Safeguards

norma imperativa para el público en general, puede considerarse perfectamente renunciable para hombres de negocios informados. En cualquier caso, este factor no suprime la obligación del Estado de vigilar el cumplimiento de los procedimientos arbitrales con las normas mínimas de equidad procesal. Simplemente llama a establecer un umbral inferior para accionar ese derecho.

Por lo tanto, antes de dar el efecto coercitivo al laudo arbitral, los Estados tienen que garantizar que el laudo se ha obtenido a través de un proceso llevado a cabo en cumplimiento de las normas básicas de equidad procesal.⁴³

2. Cumplimiento del deber de garantizar la equidad procesal

Se podría argumentar que, al dar cumplimiento a los acuerdos de exclusión y por lo tanto negar la verificación del cumplimiento de las normas de procedimiento imperativas, el Estado que Reconoce, viola el artículo 6 del CEDH. Esto sería cierto si los Estados que Reconocen no retuvieran un instrumento muy importante de control. Es decir, como se mencionó anteriormente (Sección I.C), la legislación de los Estados que Reconocen equiparan el laudo dictado en el procedimiento, donde existe un Acuerdo de Exclusión, a un laudo extranjero. Por lo tanto, antes de que se ejecute en el territorio de dicho Estado, el laudo se someterá al control de las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la Convención de Nueva York. La Convención de Nueva York, abarca esas normas mínimas de equidad procesal que deben ser observadas por el Estado en el marco de sus obligaciones de derechos humanos.

El Tribunal Federal Suizo recientemente tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 192.1 de la PILA con las normas del CEDH⁴⁴. El Tribunal subrayó que efectivamente es necesario para garantizar el cumplimiento de las normas imperativas del CEDH antes de dar efecto coercitivo al laudo arbitral. Sin embargo, según el Tribunal, la PILA todavía proporciona el suficiente grado de control sobre el proceso, asegurando que el laudo generado en dichos procedimientos se revisará con los parámetros de la Convención de Nueva York antes de ser ejecutado. Por lo tanto, el Tribunal Federal Suizo rechazó la alegación de incompatibilidad con el artículo 6 del CEDH.

Por lo tanto, el control retenido sobre los laudos arbitrales en fase de ejecución por parte de los Estados que Reconocen, ha sido considerado como factor esencial para evitar la responsabilidad internacional por la violación del derecho fundamental a la equidad procesal. Sin embargo, hay casos en que la ejecución de la sentencia no está en juego. Como se ha descrito anteriormente, si las pretensiones de la demandante son desestimadas

in the acceleration of Justice,' [2006] IALR 9(1), 8-23.

⁴³ David Harris, Michael O'Boyle, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, Second Edition 2009), 203.

⁴⁴ *X v. Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013), 2.2. disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

por el tribunal arbitral, en violación a los principios fundamentales de equidad procesal (por ejemplo, la realización de la audiencia sin enviar la notificación al demandante, la participación en actos de corrupción, etc) la única opción para el demandante es impugnar la decisión en los tribunales del Estado Sede bajo un procedimiento de anulación. En caso de que las partes hayan suscrito el Acuerdo de Exclusión se hace imposible para los demandantes defenderse con eficacia de graves violaciones de sus derechos a un juicio justo. Obviamente, no habrá ninguna acción de ejecución disponible para las reclamaciones desestimadas. El laudo va a adquirir el efecto de cosa juzgada y la demandante se verán obligados a abandonar sus pretensiones, sin tener oportunidad de presentar adecuadamente su caso. Esta difícil situación crea el riesgo de que los Estados que Reconocen esten en violación de su deber de garantizar el nivel mínimo de equidad procesal. En todos los demás casos, los Estados que Reconocen permanecen en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos, al retener los medios esenciales de control sobre la ejecución de laudos arbitrales.

III. CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones pueden ser obtenidas del resumen del presente artículo.

1. Numerosas jurisdicciones clave en materia de arbitraje reconocen y dan efecto a los Acuerdos de Exclusión;
2. Dichos Estados que Reconocen, aún conservan un grado de control sobre los procedimientos arbitrales al menos en dos aspectos:
 - (a) Los tribunales revisan la existencia y validez de los Acuerdos de Exclusión;
 - (b) El laudo producto de dichos procedimientos tiene el trato de laudo extranjero y debe ser revisado a la luz de la Convención de Nueva York antes de darle un efecto coercitivo.
3. Generalmente, los Estados pueden incurrir en responsabilidad en materia de derechos humanos si dan efecto coercitivo a un laudo arbitral resultado de un procedimiento inequitativo - i.e. los procedimientos en violación a los estándares y principios de equidad procesal;
4. Debido al grado de control sobre la ejecución de laudos arbitrales que es retenida por Estados que Reconocen, éstos generalmente cumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos, así como sus posibles consideraciones de orden público.
5. No obstante, en el remoto caso de que el tribunal arbitral desechara los agravios en violación a los principios fundamentales de equidad procesal, el Estado que Reconoce deja dicha inconformidad sin una acción adecuada. En este punto, la responsabilidad internacional del Estado de garantizar el derecho a un juicio justo, puede ser invocada.

RESEÑAS DE CASOS



BG GROUP VS. ARGENTINA ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Carlos H. Reyes Díaz*

Resumen. La Suprema Corte de Estados Unidos resolvió el pasado 5 de marzo de 2014, en última instancia, la controversia entre Argentina y la empresa gasera *BG Group* de nacionalidad inglesa, originalmente planteada en un arbitraje de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (“UNCITRAL”, por sus siglas en inglés). La decisión de la Suprema Corte estadounidense arroja, entre otras, algunas enseñanzas para el tratamiento del consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión.

Palabras clave. Arbitraje de inversiones, consentimiento al arbitraje, interpretación de tratados, reconocimiento de laudos, UNCITRAL.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Profesor en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Co-editor en Jefe de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones comenzó a tener auge en la década de los setenta y ochenta, aunque su apogeo se manifestó de forma más clara en la década de los noventa y, al día de hoy, es uno de los mecanismos más utilizados dentro del gran universo de mecanismos de solución de controversias.¹ Recientemente, el pasado 5 de marzo, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió (con voto concurrente en parte y con otro disidente) sobre la validez del laudo de arbitraje de UNCITRAL en el caso de una empresa gasera londinense con operaciones en Argentina.

El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la controversia en sus diferentes etapas y continuar con el debate existente respecto de la validez y eficacia de los arbitrajes

¹ Ver: UNCTAD. *Recent developments in investor-State dispute Settlement (ISDS)*, April, 2014. En: <www.unctad.org/diae> en el que se menciona un número de 274 casos resueltos hasta esta fecha, derivados de un total aproximado de 568 tratados. Por su parte, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, en su más reciente informe de 2014, con datos hasta el 31 de diciembre de 2013, registra 459 casos presentados ante el Organismo. Cfr. <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>. Consultado el 12 de abril de 2014.

de inversión y su permanente conflicto con las jurisdicciones nacionales, con especial atención en América Latina.

II. ANTECEDENTES

A. ORIGEN DE LA CONTROVERSI

La crisis argentina, una de las de mayor impacto en su historia, fue también una crisis que inauguró el Siglo XXI y que, todavía hoy, no deja de mostrar sus efectos. En los años de 2001 y 2002, como resultado de esta crisis, el gobierno argentino promulgó algunas leyes internas para dar respuesta y buscar alternativas que mitigaran el desastre económico y financiero que se avecinaba y que, al final, no pudo evitarse. El contenido de estas leyes (en lo que respecta a este trabajo, al menos) afectó los derechos de inversión de empresas extranjeras, entre ellas *BG Group* (Metrogas, su filial argentina), en virtud de que se cambiaron las reglas para el cálculo de las tarifas del gas de dólares a pesos argentinas, con una paridad cambiaria injusta, ya que se estableció a razón de un peso argentino por un dólar estadounidense, cuando la paridad a ese momento era de tres pesos argentinos por cada dólar. Esto conllevó mucha pérdida económica para la empresa londinense.

A esta situación debe de agregarse que el Presidente argentino decretó (2002) la suspensión por un período de 180 días, de la ejecución de decisiones de sus tribunales que resultaran de demandas de daño como consecuencia de las decisiones económicas del gobierno.

Un efecto adicional a lo anterior, fue que el gobierno argentino estableció un “proceso de renegociación” de los contratos de servicios públicos, con la finalidad de dar alivio al impacto negativo de las medidas económicas implementadas, pero impidió participar en este proceso a las empresas que hubieran iniciado procedimientos litigiosos ante tribunales locales o ante arbitraje, situación en la que estaba ya *BG Group*, que había invocado el Artículo 8 (solicitud de arbitraje) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre el Reino Unido y Argentina desde 1990 (“TBI”), y que fue la causa que discriminó a la reclamante para acogerse al proceso de renegociación antes referido.

El impedimento de acudir a las instancias nacionales para combatir las medidas adoptadas por Argentina, orilló a *BG Group* a iniciar un procedimiento arbitral conforme al artículo 8 del TBI ante instancias de UNCITRAL.²

² Debe recordarse que Argentina no es suscriptor del Convenio de Washington, por el que se constituye el arbitraje del CIADI, del Banco Mundial.

B. RECLAMACIONES DE *BG GROUP*

La empresa del Reino Unido reclamó que las medidas del gobierno argentino (legales y administrativas-regulatorias) violaban las disposiciones del TBI, hicieron caso omiso de la obligación de Argentina de brindar un trato conforme al derecho internacional, así como expropiar *de facto* sus derechos como inversionista, garantizados por el propio TBI.

En particular, *BG Group* argumentó que Argentina violó el trato justo y equitativo que estaba obligado a brindarle, así como las expectativas legítimas que razonablemente esperaba obtener de su inversión, lo que conllevó a una falta de protección y de seguridad plenas de sus derechos, así como la erosión de sus derechos de inversión constituía, por sí misma, una expropiación indirecta o *de facto* sobre su inversión.

El impedimento establecido en las medidas argentinas para agotar las instancias nacionales, pues sus procedimientos estaban suspendidos por 18 meses, dejó sin opciones a *BG Group*, que encontró en el arbitraje de inversiones su única alternativa para remediar el daño causado por las medidas nacionales argentinas.

C. ARGUMENTOS DE ARGENTINA

La defensa de Argentina se basó en negar las reclamaciones de la inversionista, pero desconoció la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de esta controversia en particular.

Para Argentina, *BG Group* debió agotar las instancias nacionales antes de iniciar el arbitraje. La decisión de la empresa londinense no involucraba a Argentina en el proceso, en virtud de que el gobierno nunca aceptó someterse al arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

III. DECISIÓN ARBITRAL

A. AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA NACIONAL

El tribunal arbitral emitió su laudo en 2007. De manera resumida, el tribunal resolvió de la siguiente manera:

- a) Admitió jurisdicción para conocer de la controversia; y
- b) Decidió que *BG Group* era un inversionista conforme al TBI y que sus intereses podían considerarse como inversiones, igualmente con el mismo fundamento en el TBI.

En opinión del tribunal arbitral, el argumento de Argentina para agotar las instancias nacionales previo a solicitar el arbitraje, cuando existía la prohibición de acudir a los tribunales argentinos por un período de 18 meses, era en sí mismo un absurdo, como también obligar a *BG Group* a hacerlo hubiera sido una decisión irracional.

Para el tribunal arbitral, Argentina no incurrió en expropiación indirecta de los derechos de inversión de la reclamante; sin embargo, Argentina le había negado trato justo y equitativo, razón suficiente para condenar a Argentina al pago de 185 millones de dólares a *BG Group*, por daños y perjuicios.

IV. TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES

A. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. CORTES FEDERALES

Las cortes federales estadounidenses tuvieron conocimiento en 2008 de la controversia, en virtud de que la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, dispone que las partes en un procedimiento arbitral pueden acudir a la jurisdicción de cualquier Estado signatario de la Convención para hacer efectivo el laudo válidamente emitido por un tribunal arbitral, como lo dispone también la *Federal Arbitration Act* estadounidense. El artículo 1, párrafo 1 de la Convención de Nueva York, dispone:

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicara también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

BG Group buscaba confirmar lo resuelto en arbitraje, en tanto que Argentina buscaba dejar sin efecto lo resuelto por el arbitraje por las mismas razones anteriormente formuladas.

La Corte de Distrito de Columbia negó la reclamación de Argentina y confirmó el laudo arbitral, pero la Corte de Apelaciones de Circuito de Columbia revocó lo resuelto por la Corte de Distrito.

La Corte de Apelaciones resolvió que la interpretación y aplicación del artículo 8 del TBI era un asunto que le correspondía haberlo resuelto a los tribunales locales argentinos *de novo*, y no era un asunto que debiera haberse resuelto por los tribunales arbitrales “por deferencia”. Para la Corte de Apelaciones, *BG Group* debió agotar la instancia nacional

y esperar a que pasaran los 18 meses para iniciar el arbitraje; es decir, las circunstancias especiales de la situación argentina no eran excluyentes para que se cumpliera con el requerimiento de agotar la instancia local.

B. SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS. OPINIÓN DE LA MAYORÍA

La Corte Suprema de los Estados Unidos asumió jurisdicción para definir aspectos muy precisos de la controversia, no sin antes tomar en cuenta que el fondo de la misma le corresponde al tribunal arbitral.

La pregunta consistía en: ¿Debe la Corte analizar lo resuelto por el tribunal arbitral como una cuestión *de novo*, o debe aplicar el principio de deferencia respecto del propio tribunal?

Para responderlo, la Corte identifica al TBI con las relaciones contractuales privadas (algo que, por sí mismo resulta controversial desde la perspectiva del derecho de los tratados, pero que por tratarse de una cuestión incidental, no forma parte de este análisis), argumentando que si la controversia se tratara de un contrato, el fondo de la misma le correspondería resolverlo al tribunal arbitral, situación que no cambia en el fondo si se tratara de un tratado internacional.

Como consecuencia de este primer análisis, la Corte se pregunta si las partes están obligadas por una cláusula arbitral, o si esta cláusula se encuentra inmersa en el propio TBI. Para reforzar su argumento, la Corte se remitió a casos previos en los que se había resuelto que le corresponde a la propia Corte resolver si las partes habían decidido o no someterse al arbitraje, cuando ello no se desprendiera de manera clara y sin lugar a dudas del acuerdo arbitral. Tratándose de una cuestión de forma y no de fondo, el asunto debe ser resuelto por la Corte y nunca por el propio tribunal arbitral.

Este es, precisamente el fondo de la controversia. Para la Corte, el artículo 8 del TBI dispone que sólo el fondo de la controversia es materia del arbitraje, no el sometimiento al arbitraje, por tratarse de una disposición procesal.

Aunque la Corte estaba de acuerdo en que el consentimiento al arbitraje es una decisión soberana del Estado, es igualmente cierto que este consentimiento puede darse desde la suscripción del TBI. Pero, para efectos prácticos de este caso, la interpretación debe de ser en el sentido de que las partes, con independencia de su soberanía, intentaron darle autoridad plena al tribunal arbitral para resolver sobre las disposiciones contenidas en el contrato que da origen al arbitraje, es decir, en el TBI.

De acuerdo con la opinión de la Corte, el tribunal arbitral resolvió tres cuestiones importantes:

- a) La disposición contenida en el artículo 8 del TBI, no puede constituirse como un impedimento absoluto para acudir al arbitraje;

- b) Argentina, por medio de ciertas leyes, obstaculizó acudir ante los tribunales nacionales a aquellos afectados en sus derechos comerciales o de inversión por las medidas de emergencia que intentaban evitar interferencias judiciales; y
- c) Por lo anterior, sería absurdo e irracional interpretar el artículo 8 del TBI bajo la óptica de que exigiera al solicitante inversionista acudir a los procedimientos locales antes de solicitar un arbitraje.

Si esto fuera así, se podría entender que Argentina podría incluso prohibir el arbitraje promulgando leyes que impidieran acudir a los tribunales locales bajo ciertas circunstancias o prohibiendo que los inversionistas extranjeros utilizaran sus sistemas jurisdiccionales locales.

Para Argentina, ninguna circunstancia era suficiente para que los inversionistas pudieran renunciar a acudir a los tribunales nacionales, antes de iniciar un arbitraje, porque es un requisito que dispone el artículo 8 del TBI.

C. OPINIÓN PARCIALMENTE CONCURRENTE

La Juez (*Justice*) Sotomayor elaboró un voto concurrente sólo en parte con la decisión formal de la Corte. De acuerdo con ella, el arbitraje es un asunto de “consentimiento”, que debe de ser expresado de manera que no exista duda de ello.

Para la Juez Sotomayor, el TBI no es un acuerdo expreso al arbitraje previamente determinado por las partes, sino una oferta abierta al arbitraje que hace el Estado receptor con un ente aún no determinado previamente. La razón de esto consiste en que las partes no pudieron dar, utilizando un mecanismo silencioso o tácito, un sometimiento al arbitraje en el TBI, porque ello implicaría que el propio Tratado estaría jerárquicamente subordinado a la decisión de un tribunal local que determina este sometimiento.

Concuera con la opinión mayoritaria, sin embargo, difiere en que la precondition de acudir a los tribunales locales antes de iniciar el arbitraje es una cuestión que debe de ser interpretada por el árbitro (como deferencia) y no por un tribunal local (*de novo*).

D. OPINIÓN DISIDENTE

Dos Jueces (*Roberts* y *Kennedy*) presentaron su voto disidente, con base en los siguientes argumentos:

Para ellos, la mayoría se equivoca por iniciar su debate equiparando la relación que da origen a la controversia como un contrato entre particulares, cuando se trata de un tra-

tado celebrado entre “naciones soberanas”: Reino Unido y Argentina. Ningún particular participó en la firma de este Tratado, suscrito desde 1990.

El TBI, por sí mismo no puede considerarse como un acuerdo de arbitraje por la simple razón de que no hubo inversionistas involucrados en la suscripción de este acuerdo. Al no existir un acuerdo expreso para acudir al arbitraje, *BG Group* debió acudir a los tribunales locales después de esperar los 18 meses que disponía la medida argentina para que el tribunal local decidiera y en caso de que persistieran las circunstancias de la reclamación.

El artículo 8 del TBI constituye una oferta unilateral al arbitraje, la que podría ser aceptada por el inversionista siempre que cumpla con los requisitos establecidos en este mismo ordenamiento. No interpretarlo así, significaría que Argentina hubiera formalizado un acuerdo de arbitraje con todos los potenciales inversionistas del Reino Unido, además de *BG Group*.

Esta sería una interpretación errónea del artículo 8 del TBI, porque sería tanto como suponer que una Nación soberana está sujeta permanentemente a la voluntad de los particulares que intenten demandarla ante tribunales internacionales que pueden ubicarse en cualquier parte del mundo.

El sometimiento al arbitraje, de acuerdo con este voto disidente, puede darse si se toma cualquiera de las rutas establecidas en el artículo 8 del TBI, que incorpora un procedimiento de solución de controversias más complejo que una simple cláusula de sometimiento al arbitraje. De acuerdo con este artículo, para acceder al arbitraje se debió esperar: a) a que transcurrieran los 18 meses desde que fue presentada la controversia ante los tribunales del Estado receptor de la inversión y el tribunal no hubiera decidido de forma definitiva; o b) una vez emitida la decisión del dicho tribunal, que las partes siguieran en disputa. En cualquiera de ambos casos, la vía nacional es inexcusable. Hay una tercera vía que no requiere acudir a los tribunales nacionales, pero exige el acuerdo expreso al arbitraje, tanto por el Estado como por el inversionista, circunstancia que no corresponde a este caso en particular.

El arbitraje, en su opinión, es un procedimiento por el que se revisan las políticas públicas de los Estados y las decisiones arbitrales pueden anular los actos de autoridad derivados de una ley, de un acto administrativo y de una decisión judicial, lo que no puede tomarse a la ligera.

Por otra parte, el voto disidente se pronuncia porque el requisito de acudir a la jurisdicción nacional no es una mera formalidad, sino un tema de importancia fundamental que debe de ser interpretado por un tribunal local, de *novvo*. Si no fuera de este modo, las partes en un arbitraje someterían a decisión del tribunal arbitral si ellos están sujetos al arbitraje o no, lo cual nunca sucede. Si a esto se agrega que los árbitros no pueden considerarse expertos para resolver una controversia mejor que como lo harían los jueces nacionales, refuerza el argumento.

V. ANÁLISIS CRÍTICO

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, tanto en su opinión mayoritaria, como en los votos concurrente y disidente sentó criterios que contribuyen al debate de diversos temas controversiales en el mundo del arbitraje de inversión. Por una parte, el consentimiento al arbitraje como una cuestión que le corresponde a los tribunales nacionales decidirla de *novo*, pero sin perder la precedencia que se le debe al tribunal arbitral para decidir el fondo de la controversia.

El debate de fondo es si los Estados, al suscribir un tratado de libre comercio o uno bilateral de inversión (TBI), consienten por ese mismo acto en el sometimiento al arbitraje, o si se requiere de un acto posterior para formalizar este sometimiento. La opinión mayoritaria admite este sometimiento desde el mismo momento de la suscripción del tratado, pero la opinión disidente cuenta con un argumento que ha sido apoyado largamente por muchos Estados. La formalización de este consentimiento tendría que ser lo más clara posible, como lo exige el arbitraje desde su mismo origen, la inclusión de una cláusula arbitral en un tratado no puede considerarse como letra muerta dentro del texto jurídico, sino una intención manifiesta de los suscriptores para someter sus conflictos a una instancia independiente de los tribunales y cortes nacionales. El debate sobre este tema no concluye con este análisis, sino por el contrario, aviva las posturas encontradas sobre el tema.

Otro aspecto relevante de la Corte fue el análisis y conclusión que hizo sobre la imposibilidad de *iure* y de *facto* de que un gobierno pueda obstaculizar el acceso y el camino al arbitraje mediante la promulgación de ordenamientos jurídicos y decisiones administrativas nacionales. Concluir lo contrario sería tanto como revertir el espíritu del arbitraje como mecanismo alternativo al procedimiento estatal para la solución de controversias.

La Corte se pronunció para determinar cierto límite sobre la arbitrabilidad de un litigio. La Corte resolvió que el sometimiento al arbitraje no puede ser una cuestión arbitrable (el fondo de la controversia es arbitrable y esto es un hecho incontrovertible) porque es una contradicción en sí misma. No debe confundirse esto con la facultad del propio tribunal para decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), lo que tampoco está a debate.

Lo que sí destaca de la argumentación es el hecho de que si hay sometimiento o no al arbitraje, es algo que no puede ser competencia arbitral, porque sería absurdo que un tribunal del que se controvierte su válida existencia, tuviera en sus manos esta decisión. En este tema es diferente discutir sobre jurisdicción que sobre competencia. El árbitro puede decidir su competencia en una controversia sólo cuando el arbitraje ha iniciado formalmente, por todo ello fue que la Corte asume que son los tribunales locales los únicos indicados para resolver sobre este tema (de *novo*) y el tribunal arbitral tendrá que resolver el fondo de la controversia (precedencia).

La opinión disidente de la Corte, respecto de un tema accesorio a este anterior, va en el mismo sentido de la opinión general de Estados Unidos en cuanto al arbitraje. Para los disidentes, los árbitros no están lo suficientemente calificados (como expertos) para depositar en sus manos una decisión en la que está involucrado un Estado soberano, al menos no tan calificados como pueden estar los jueces.

VI. CONCLUSIÓN

Esta decisión, además de resolver en cuanto a la validez de sus decisiones, plantea serias interrogantes respecto a la conveniencia del arbitraje como alternativa de protección contra actos violatorios de los gobiernos. Primero, hay poco que decir en cuanto a la rapidez del arbitraje. Trece años después de las primeras afectaciones a *BG Group*, se dicta un fallo a su favor. ¿Justicia pronta y expedita? Está en duda, por lo menos. Si a esto se le agrega que falta que Argentina cumpla con el fallo, peor todavía.

Haciendo a un lado lo anterior, la decisión mayoritaria de la Corte fortalece sin duda los derechos de inversión y le da un golpe duro a la libertad soberana del Estado para reaccionar política y jurídicamente ante una crisis (económica, en este caso). Los derechos de inversión, amparados por un TBI o por un tratado de libre comercio, siguen siendo la vía más adecuada para atraer la confianza de inversionistas extranjeros a otros países, aunque no son una garantía contra violaciones de sus derechos, ni tampoco constituyen pólizas de seguro contra sus inversiones.

El respaldo que ha dado la Suprema Corte estadounidense al arbitraje de inversiones es, al mismo tiempo, una manera de fortalecer la jurisdicción nacional y da muestras de una justicia menos local ante problemas globales. Una controversia entre un inversionista inglés y un Estado soberano, que se resuelve en los tribunales de tres instancias de un tercer Estado, es una muestra muy clara de los efectos de la globalización jurídica.

La argumentación que hace la Corte no debe de entenderse como una forma de cesión de soberanía jurisdiccional hacia un tribunal extranjero, sino que es precisamente con la intervención del tribunal local que puede fortalecerse la administración de justicia, la objetividad, la independencia y la protección de valores jurídicos, económicos y financieros.

El consentimiento al arbitraje ha encontrado, como resultado de esta decisión, nuevas vías para definir sus límites, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas inmersas en los TBIs.

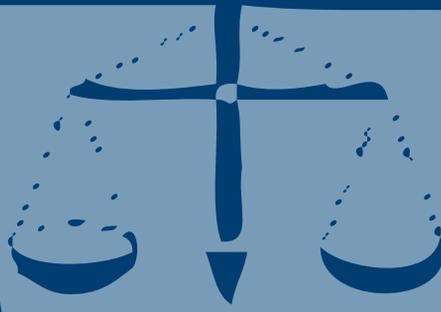
Los tratados internacionales no son contratos, como en un principio intentó explicar la Corte, y en esta desafortunada comparación puede caerse en la tentación de criticar la labor entera de la Corte, lo que sería un error. La comparación tenía como finalidad destacar la manifestación del consentimiento en un negocio jurídico, pero nunca buscaba equiparar ambas relaciones jurídicas en un mismo nivel jerárquico.

Lo que es indudable, después del análisis de esta decisión, es que el debate sobre el acceso al arbitraje y la eficacia de sus decisiones, son temas que seguirán debatiéndose en estos y en otros foros. Por ahora, esta decisión debe de tomarse como un elemento más que contribuye al debate sobre el arbitraje, el trato justo y equitativo de los inversionistas y de las inversiones y, de manera general, del mecanismo global de solución de controversias.



U.N.A.M.

FACULTAD DE DERECHO



- LEX -

