



Entrevista a Susana Czar de Zalduendo

Las organizaciones internacionales: entre derechos privados y necesidades públicas

Susana Czar de Zalduendo, docente de la Maestría en Relaciones Internacionales Europa-América Latina de UniBo BA en temas de derecho internacional y Mercosur, ha respondido a una serie de preguntas que surgieron en el Comité Directivo de Puente@Europa a partir de algunos artículos de esta sección.

Puente@Europa (P@E): Existe actualmente inquietud acerca de la gravitación que las instituciones internacionales pueden tener frente a los problemas que surgen en las relaciones internacionales. ¿Considera Ud. que estas instituciones cumplen un papel positivo en la resolución de dichos problemas?

Permítanme primero recordar que lo que llamamos genéricamente “instituciones internacionales” muestran, desde el punto de vista de su fundamento normativo, una indudable juventud, porque recién con la Carta de las Naciones Unidas se establecen y se las reconoce como sujetos del derecho internacional. Por otra parte, esas instituciones exhiben una variedad de identidades que también hunde sus raíces en la Carta, porque en ella aparecen mencionados no sólo los “organismos especializados” que constituyen la familia de las Naciones Unidas, sino también las “entidades regiona-

les” habilitadas por el art. 52.1 de la Carta, y hasta las “organizaciones no gubernamentales” previstas en el art. 71 del mismo instrumento internacional.

Ahora, en cuanto a la capacidad de actuación positiva de las instituciones internacionales, no puede sino hacerse una evaluación caso por caso, midiendo su desempeño conforme a la eficacia de sus resultados *vis à vis* la finalidad para la que fueron creadas.

P@E: En el ámbito de los conflictos comerciales, ¿estima que la Organización Mundial de Comercio (OMC), a través del sistema para la resolución controversias, así como de otros mecanismos similares, está cumpliendo los objetivos de su establecimiento? ¿Solucionan efectivamente las controversias?

Considero que el Entendimiento que estableció en 1994 el nuevo sistema de solución de diferencias de la OMC constituye el más

exitoso de los acuerdos firmados al culminar la Ronda de Uruguay del GATT¹; muchos de los mecanismos de solución de controversias en acuerdos comerciales posteriores, incluido el del Mercosur, han seguido sus pautas. El sistema fue utilizado ampliamente tanto por países desarrollados como en desarrollo (hasta junio de 2008 se registraba un total de 376 reclamaciones²); implantó una modalidad de decisión -el llamado consenso negativo- que impide “frenar” el procedimiento; y afianzó el carácter *rule-oriented* del régimen.

¿Si resuelve las controversias? Debe señalarse que casi una quinta parte de los casos concluyen con soluciones convenidas entre los litigantes, pero cuando los órganos correspondientes emiten las decisiones finales, su cumplimiento registra un nivel razonable de observancia, “tal vez en porcentajes superiores a los de la propia Corte Internacional de Justicia” sostiene un experto de la talla de John Jackson³.

Parece evidente que las sanciones por incumplir las resoluciones del OSD, consistentes en suspender concesiones comerciales que beneficiaban a la parte incumplidora, son determinantes a la hora de garantizar la eficacia del sistema. Lo que sin embargo plantea, también, es cómo un régimen internacional cuyo objetivo es liberalizar el comercio, gana efectividad impidiéndolo.

Parece evidente que las sanciones por incumplir las resoluciones del OSD (Órgano de Solución de Diferencias), consistentes en suspender concesiones comerciales que beneficiaban a la parte incumplidora, son determinantes a la hora de garantizar la eficacia del sistema. Lo que sin embargo plantea, también, es cómo un régimen internacional, cuyo objetivo es liberalizar el comercio, gana efectividad impidiéndolo.

Pero por otro lado, en este aspecto de las sanciones comerciales es donde se evidencian las asimetrías de los países

miembros, ya que un pequeño mercado, en volumen de comercio o en diversidad de producciones, no podrá aplicar medidas comerciales que impacten seriamente en una economía grande incumplidora.

P@E: ¿Qué otros inconvenientes o limitaciones señalaría en los sistemas para resolver conflictos comerciales?

Algo que surge de la “fragmentación” de las instituciones a las que se refería Cesare Romano en un número anterior de

*Puente@Europa*⁴: si dos o más foros internacionales tienen competencias coincidentes y jurisdicción igualmente obligatoria, pueden producirse litigios sucesivos sobre el mismo problema y entre las mismas partes en los que, ante resultados opuestos, se generaría una complicación de cumplimiento imposible. ¿Cuál fallo observa el país perdidioso? Su elección por uno u otro lo hará incurrir, indefectiblemente, en responsabilidad internacional.

La posibilidad no es teórica, ya que tuvimos en el Mercosur un caso ilustrativo de ella. Brasil accionó contra Argentina en el marco del sistema de solución de controversias subregional, porque este último país aplicaba derechos *antidumping* a las importaciones de pollos brasileños. Los árbitros del Mercosur consideraron que las medidas *antidumping* no fueron empleadas con desviación de poder para restringir el comercio, lo que hubiera sido violatorio de la libre circulación de bienes en el Mercosur, y, en abril del 2001, fallaron a favor de Argentina sin recomendar el levantamiento de las medidas.

En noviembre del mismo año, Brasil inició consultas conforme al sistema de la OMC por los derechos *antidumping* que seguían siendo aplicados, y hubo un Informe Preliminar del panel OMC contrario a la posición argentina, que, por su parte, trató de hacer valer el pronunciamiento previo en el Mercosur, recurriendo a principios como el de buena fe y el *estoppel* (conducta anterior de Brasil respecto de los laudos Mercosur). Hubo respuesta brasileña invocando su derecho a accionar el sistema OMC, alegando que el previo recurso al sistema Mercosur no implicaba renunciar al multilateral y que existían algunas diferencias entre el objeto de ambos reclamos. El procedimiento se discontinuó porque Argentina, unilateralmente, eliminó las medidas *antidumping* antes de que el Órgano de Solución de Diferencias adoptara el Informe.



P@E: Este número trata también cuestiones relativas a las inversiones extranjeras y sus regímenes jurídicos. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial, es el centro que administra las disputas en este ámbito. ¿Qué reflexiones le merece el desempeño de esta institución?

Nacido de un tratado internacional, el Convenio de Washington vigente desde 1966, el CIADI administra un sistema que rige para 134 países signatarios y atiende las disputas entre inversores y los estados huéspedes de sus inversiones que se sometan a él. Operan dos procedimientos, uno de conciliación, muy poco utilizado, y uno de arbitraje. En realidad, el CIADI oficia como secretaría de estos mecanismos, porque son las propias partes en conflicto las que intervienen activamente en la designación de los conciliadores y árbitros. De resultados de lo cual, los “terceros” que actúan y cuyas decisiones -en el caso de arbitrajes- son de cumplimiento obligatorio, varían de un caso a otro, lo que incide bastante en que haya fallos divergentes sobre temas similares.

Aquí se presenta otra situación de “fragmentación” de las instituciones, pero no ya entre varias de ellas sino al interior del sistema CIADI. Lo que sucede es que el procedimiento es *rule-oriented*, es decir, basado en derecho, y los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) aplicables, si bien son semejantes, no son idénticos. Por otra parte, como sabemos, la función jurisdiccional de “pronunciar el derecho” (*juris dictio*) es independiente e imparcial (así debe ser), de modo que cada tribunal que se forma puede tener criterios propios. Sin embargo, y como señala Cesare Romano en el trabajo citado, aunque las decisiones diferentes pueden ser un problema, la realidad es que los jueces internacionales se esfuerzan en evitar enfrentamientos, se apoyan en casos anteriores similares y tratan de no desviarse de sus

propios precedentes.

De todas maneras, los laudos divergentes son una realidad en el CIADI. Muestra de ello es que de la multiplicidad de demandas contra Argentina originadas a partir de la crisis de 2001/2002, en los pocos casos ya concluidos, se ha reconocido el “estado de necesidad” en favor del estado en algunos de ellos y en otros no.

P@E: ¿Existen datos sobre los casos que se ventilan en el CIADI?

Una estadística actualizada es difícil de presentar, ya que el sistema es muy “dinámico” y diariamente se modifican los números. Pero se puede decir que, desde su creación hasta noviembre 2008, entre los conflictos objeto de arbitraje había 143 casos concluidos y 115 pendientes. Los casos sometidos a conciliación no pasan de 9 entre los concluidos y 7 entre los pendientes.

De los casos pendientes, 35 son contra la República Argentina. En realidad, las demandas contra el país fruto de la crisis fueron 36, de las que 7 ya han sido laudadas. Se suman casos posteriores, algunos de tenedores de títulos.

La multiplicación de controversias ha significado una sobrecarga de trabajo inmensa para el CIADI. En agosto de 2005, el entonces secretario general de la institución, Roberto Dañino -un destacado abogado peruano muy allegado a la integración latinoamericana- manifestó que en 40 años de operación se habían concluido 94 casos; y que en 10 años se pasó de 5 casos pendientes, con reclamos por 15 millones de dólares, a 95 inconclusos por un monto de 25.000 millones. No es de extrañar, entonces, que en la propia secretaría general se hayan propuesto algunas modificaciones al sistema, todavía no implementadas⁵.

Entre las propuestas de ese documento se destaca el énfasis puesto en la recomendación de utilizar más el mecanismo de conciliación, poco usado como hemos visto. Se

señala que la posibilidad de que los conciliadores hagan varias propuestas alternativas facilitaría a las partes a arribar a una solución acordada, más amigable, que mejoraría el clima de la relación entre el estado y el inversor extranjero.

P@E: ¿Qué grado de cumplimiento se registra de las decisiones finales en el CIADI?

Acá no hay, como en la OMC, la posibilidad de forzar cumplimientos mediante sanciones comerciales. Al adherir al CIADI los países asumen el compromiso de observar los laudos y ejecutar en sus territorios las obligaciones pecuniarias que se impongan (según reza el art. 54 del Convenio de Washington), de modo que habitualmente se honra ese compromiso. Sin embargo, analizando el resultado de los casi 150 casos concluidos en la historia del organismo, uno puede ver que hay un 45% de ellos que termina por acuerdo de partes (transacción), o renuncia del accionante (desistimiento). No falta quien opine que la mayoría de las demandas se inician para forzar a los estados a conceder una satisfacción negociada y, así, apurar la solución o hacerla menos onerosa.

Ante la notoriedad que en los medios de prensa ha logrado el CIADI en los últimos años, se ha extendido en la opinión pública de los países demandados cierto disgusto con la institución y amenazas de retirarse del sistema. Eso siempre es posible denunciando el Convenio de Washington pero, obviamente, los efectos serán para el futuro y la denuncia no influirá en los casos ya interpuestos. También se puede excluir de la jurisdicción del CIADI algunas controversias (art. 25 del Convenio) mediante notificación, nuevamente con efecto futuro, que es lo que acaba de hacer Ecuador, en diciembre de 2007, con relación a inversiones del sector de recursos naturales (petróleo, gas y minería).

Yo considero que el problema no radica

Es cierto que debe crearse un clima propicio para las inversiones, pero personalmente creo que un buen TBI es una variable más que considera el inversionista en su ecuación económico-financiera; también evalúa otras como el tamaño del mercado, el costo de insumos y mano de obra, la disponibilidad de energía, las facilidades de infraestructura, etc.

Con su énfasis en la protección, los TBI se han transformado en una especie de *bill of rights*; esta carta de los derechos del inversor debe armonizarse con las obligaciones que tienen los estados frente a los bienes públicos, la salud, el medioambiente y la promoción del desarrollo interno.

en el CIADI sino en los TBI y su alcance, que se ha ampliado recientemente, en particular en los capítulos sobre inversiones incluidos en algunos tratados de libre comercio (TLC).

P@E: ¿Qué podría decirnos sobre los tratados bilaterales de inversiones (TBI) y los tratados de libre comercio (TLC)?

Mucho, pero mejor intercambiando opiniones en un seminario de varios días, porque caben análisis históricos, económicos, legales y sobre el arte de la negociación internacional. Haciendo un brevísimo recuento histórico hay que mencionar que la Carta de La Habana -que hubo de dar nacimiento a la institución dedicada al comercio entre los organismos nacidos de Bretton Woods- preveía acordar reglas sobre las inversiones extranjeras bajo la premisa de armonizar los derechos privados y los movimientos de capital con el desarrollo de las economías internas. Como todos saben, esa Carta no entró nunca en vigencia y en las décadas de los años '50 y '60 se empezaron a firmar los primeros acuerdos de fomento y protección de inversiones, entre países desarrollados (exportadores de capital) y en desarrollo (receptores). La suscripción de esos tratados no era masiva.

Corresponde señalar que el tema de las inversiones ha permanecido fuera del ámbito de las reglas multilaterales, si bien se lo trata parcialmente en varios acuerdos de la Ronda Uruguay (el de servicios -GATS⁶-, el de medidas sobre inversiones relacionadas con el comercio -TRIMS, por sus siglas en inglés-, y el de subvenciones y derechos compensatorios -ASCD⁷-). Ya nacida la OMC y a partir de la nueva Ronda de Negociaciones, los principales exportadores de capital introdujeron el tema del trato a las inversiones externas en la reunión Ministerial de Singapur (1999) pero siendo una cuestión muy discutida fue eliminada de la agenda, después de la Ministerial de Cancún (2003). También fracasó, en 1998, y a pesar de varios años de negociación, el proyecto

de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) sobre un *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), de modo que el tratamiento y la protección de las inversiones quedó en el ámbito bilateral específico (los TBI) y en el plurilateral de algunos acuerdos comerciales (los TLC).

En el enfoque económico ha habido una importante evolución de los *issues* principales que se manejaban en los años '60 y '70 en los países en desarrollo. Las reglas no preveían proteger la inversión antes de su "radicación" (término ahora en desuso); las preocupaciones se focalizaban en los montos remitidos por reembolsos de capital, regalías y utilidades así como en lograr la reinversión de éstas últimas en la empresa receptora; y se vigilaba el uso del crédito interno por empresas mayoritariamente extranjeras que podían financiarse externamente. Estas medidas, resistidas por los inversores, se fueron sustituyendo con las reglas protectoras establecidas en los TBI, bajo la premisa de que su vigencia atrae los capitales necesarios para el desarrollo.

Es cierto que debe crearse un clima propicio para las inversiones, pero personalmente creo que un buen TBI es una variable más que considera el inversionista en su ecuación económico-financiera; también evalúa otras como el tamaño del mercado, el costo de insumos y mano de obra, la disponibilidad de energía, las facilidades de infraestructura, etc. En todo caso el efecto principal del TBI es jurídico, afianzando la seguridad jurídica para el inversor y su inversión.

P@E: ¿En qué reglas se ejemplifican los cambios a los que Ud. se refiere? ¿Realmente los TBI y TLC tienen actualmente disposiciones más exigentes para los países receptores de inversiones?

Puede afirmarse eso, con la novedad de que también los han celebrado países en desarrollo entre sí y con un crecimiento exponencial en la década de los '90. Actualmente hay más de 2000 acuerdos vigentes de "promo-

ción y protección de inversiones" y algunas de las características presentes en muchos de ellos son:

1) incluir definiciones amplias de "inversión", no limitándose a la inversión extranjera directa, sino abarcando también las llamadas inversiones en cartera o de portafolio que, en ausencia de requisitos de permanencia, pueden ser capitales volátiles (golondrina) y no verdaderos aportes de capital;

2) establecer algunos estándares de tratamiento propio de la inversión, como el "trato justo y equitativo" que se deriva de los principios sobre responsabilidad internacional del estado (algunos juristas sostienen que carece de fundamento en el derecho internacional consuetudinario); y los relacionados con otras inversiones, como el "trato nacional" y el de "nación más favorecida", pudiendo generar este último una extensión involuntaria de preferencias a otros países con los que no se las ha negociado;

3) disponer que esos estándares rigen en la fase de pre-establecimiento, lo que equivale a instaurar el libre acceso de todas las inversiones, y que debe jugar conjuntamente con la exclusión de sectores, si la hubiere;

4) adoptar el concepto de "expropiación indirecta" conforme al cual puede reclamarse compensación no por una confiscación de la inversión, sino por medidas del estado que deprimen parcialmente su valor (antes se consideraban riesgos de la inversión);

5) prohibir los llamados "requisitos de desempeño" que podría imponer el estado, como las exigencias de contenido local en las producciones o la obligación de equilibrar importaciones con exportaciones; de hecho esas prohibiciones constituyen una profundización de las reguladas en el TRIMS en el ámbito de la OMC.

P@E: Pareciera que varias de esas características están siendo cuestionadas...

Así es, y hay un sector importante de la doctrina que está oponiendo la legitimidad de algunas cláusulas de estos tratados con el “derecho a legislar” de los estados. Resulta que la amplitud y profundidad de las obligaciones internacionales sobre comercio e inversiones, parece incidir de manera negativa en la soberanía de los países. Con su énfasis en la protección, los TBIs se han transformado en una especie de *bill of rights*; esta carta de los derechos del inversor debe armonizarse con las obligaciones que tienen los estados frente a los bienes públicos, la salud, el medioambiente y la promoción del desarrollo interno.

Parece que, como en el caso de la crisis financiera actual, se ha llegado a un punto de inflexión. Debe propiciarse la inversión productiva y garantizarse la seguridad jurídica de la inversión y el inversor, pero equilibrando esas acciones con la protección del bienestar social; como proponía la Carta de La Habana en 1948, nunca incorporada al derecho internacional convencional.

Notas

¹ Siglas en inglés correspondientes a Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

² Según documento oficial de la OMC, WT/DS/OV/33.

³ John Jackson, *The World Trading System*, Cambridge-Mass., MIT Press, 2000, p. 117.

⁴ Cesare Romano, “El lado oscuro de la luna: fragmentación de las instituciones que aplican normas jurídicas internacionales”, en *Puente@Europa*, Año V, n. 2, junio de 2007, p. 28.

⁵ Ver ICSID, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, Discussion Paper, 22 de octubre, 2004.

⁶ Siglas en inglés correspondientes a Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

⁷ Siglas en inglés correspondientes a Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

