

Acuerdo bilateral de inversiones entre China y Costa Rica:

breve puesta en perspectiva

Nicolás Boeglin (*)

El pasado 27 de octubre, en avanzadas horas de la noche, se aprobó en primer debate por parte de la Asamblea Legislativa de Costa Rica el “*Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones*” entre Costa Rica y China, suscrito en Beijing el 24 de octubre del 2007 (ver [nota](#) de CRHoy): el resultado de la votación fue de 36 votos a favor de los 45 diputados presentes. Se trata de un instrumento bilateral de inversión muy similar a los que ha suscrito (y posteriormente ratificado) Costa Rica con otros Estados desde los años 90: en la actualidad se contabilizan 14 instrumentos vigentes de este tipo (ver [listado](#)), en particular con Alemania, Canadá, Corea del Sur, España, Francia, Países Bajos, República Checa y Suiza. Notemos que el primer acuerdo de esta naturaleza suscrito por Costa Rica fue el firmado con Francia en marzo de 1984, y ratificado tan solo en setiembre de 1997 (ver [texto](#) de Ley 7691).

El texto integral del acuerdo bilateral de inversiones entre China y Costa Rica - Expediente Legislativo 17.246 - puede ser consultado en este [enlace](#). Notemos que fueron varias bancadas de la oposición y el mismo Poder Ejecutivo los que acordaron inscribirlo en la “agenda de vía rápida” al iniciar el mes de junio del 2015 (ver [nota](#) de CRHoy del 2 de junio del 2015).

Cabe recordar que en febrero del 2010, los equipos negociadores de Costa Rica y de China concluyeron exitosamente sus rondas de negociaciones con miras a la adopción de otro instrumento: el tratado de libre comercio - o TLC- (ver [nota](#) de prensa) entre ambos Estados, el cual fue aprobado de manera un tanto expedita por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en mayo del 2011, por 32 votos a favor y 13 en contra (ver [nota](#) de prensa). El texto de dicho acuerdo (250 páginas incluyendo listas y anexos varios) está disponible en el dictamen afirmativo del [acta](#) de la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso de Costa Rica del 7 de octubre del 2010. A diferencia del TLC con China, el acuerdo bilateral de inversiones pareciera haber conocido un cronograma legislativo más extendido en el tiempo; de manera un tanto paradójica, cuenta al parecer con mayor apoyo que el TLC con China, que había sumado en su contra integrantes de varias fracciones parlamentarias.

TBI y libre comercio

Los acuerdos bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones son más conocidos en la literatura especializada como TBI o ABI, AII o también APPRI (expresión usada sobre todo en publicaciones en España – ver al respecto [artículo](#) sobre práctica convencional española –); así como por sus siglas en inglés: se usa, según el autor anglofono, la expresión BIT o FIPA o FIPPA. Son convenios bilaterales que parten de una misma base o modelo de acuerdo, pero cuyo contenido definitivo (sobre todo con relación a la formulación de ciertas cláusulas), resulta de una negociación entre ambos Estados. Fueron firmados a partir de los años 90, y su cifra supera hoy los 3200 acuerdos. Una interesante “*mise à jour*” solicitada por el Parlamento Europeo en el 2012 a los Estados Miembros de la Unión Europea con relación a Estados no miembros ofrece una idea de la práctica convencional en esta precisa materia (ver [listado](#)). En el 2012, China firmó su TBI número 100, según se indica en este [estudio](#) sobre la práctica de China con relación a los TBI publicado en el 2013 (p. 35). Esta inusual proliferación de tratados se debe al denominado “Consenso de Washington” de los años 90, liderado por el Banco Mundial, que impulso estos peculiares instrumentos como una herramienta jurídica necesaria para permitir a la inversión extranjera acompañar los procesos de liberalización de la economía, reforma del Estado, desregulación y privatización de empresas estatales, que caracterizaron dicho consenso. Un dogma (que a la fecha se ha mantenido incólume en muchos sectores) consistió en considerar en aquellos años que la inversión extranjera era garantía de crecimiento económico y de desarrollo: los indicadores sociales en buena parte de América Latina 15 años después evidencian que algunos bemoles se debieron de imponer. En un detallado [análisis](#) sobre la inversión española en Bolivia y Venezuela, se indica que: “*la agenda del Consenso de Washington era una agenda única que en ningún momento fue adaptada a las circunstancias de cada país, por otro lado, las reformas que promovió – la liberalización del comercio, del mercado de capitales y del sector financiero – expusieron a los países a un mayor riesgo y cosecharon sonoros fracasos en no pocos de ellos, al contribuir a aumentar en ellos la desigualdad y la pobreza*” (p. 22). Un dogma asociado al anterior (y que se mantiene también muy presente en algunos sectores) es que sin TBI no hay inversión extranjera: este dogma hace a un lado algunas realidades difíciles de obviar, como por ejemplo el hecho que Brasil, 5ª economía mundial, no ha ratificado ninguno de estos tratados.

TBI y demandas internacionales

Resulta oportuno recalcar que uno de los primeros TBI suscritos por Costa Rica fue con Alemania: acordado en setiembre de 1994 y aprobado el 5 de noviembre de 1997 en la ley 7695 (ver [texto](#)), este acuerdo ha dado pie para una demanda interpuesta en el 2008 por parte de una pareja de empresarios alemanes contra Costa Rica por 8, 5 millones de US\$ ante el Centro Internacional de Disputas entre Inversionista y Estados (más conocido como CIADI): se trata de un mecanismo arbitral creado mediante la Convención de Washington de 1965 para resolver disputas entre un inversionista extranjero y un Estado. El

caso se resolvió en el 2012 con un fallo del CIADI condenando a Costa Rica a pagar 4 millones de US\$ (ver [fallo arbitral](#) del caso *Marion & Reinhard Unglaube* ARB 09/20).

Otro de los primeros TBI suscritos por Costa Rica también ha sido utilizado para demandar recientemente a Costa Rica: se trata del convenio con España, suscrito en julio de 1997 y aprobado el 13 de abril de 1999 (ver [texto](#) en la ley 7869). Este tratado ha dado lugar a una demanda por 262 millones de US\$ contra Costa Rica interpuesta por la empresa *Supervisión y Control S.A.*, subsidiaria de la empresa RITEVE en febrero del 2012 (ver [ficha técnica](#) de la demanda, caso ARB 12/4): el caso se encuentra pendiente de resolución, con recientes acontecimientos, un tanto inusuales, que han pasado un tanto desapercibidos en Costa Rica y con unas afirmaciones iniciales de las autoridades – al momento de anunciar la reconducción por 10 años más de la concesión de RITEVE – dignas de mencionar (**Nota 1**).

Uno de los primeros TBI suscritos por Costa Rica con Estados del hemisferio americano fue con Canadá: firmado en marzo del año 1998 fue aprobado por el Poder Legislativo el 30 de abril de 1999 (ver [texto](#) de la ley 7870). Este tratado fue utilizado en el 2005 por la empresa minera canadiense *Vanessa Venture* para demandar a Costa Rica por 276 millones de US\$ con relación al proyecto minero ubicado en Las Crucitas (ver [nota](#) de La Nación del 9 de agosto del 2005 y [otra](#) del Tico Times); y nuevamente en 2014 por la minera canadiense *Infinito Gold* para reclamar a Costa Rica una indemnización por 94 millones de US\$ ante el CIADI por el mismo proyecto minero. Sobre los últimos acontecimientos relacionados con esta demanda, remitimos a nuestra modesta [nota](#) publicada en el sitio jurídico Ius360 en setiembre del 2015.

El tratado bilateral de inversiones con Suiza (firmado en agosto del 2000 y aprobado el 12 de febrero del año 2002 – ver [texto](#) de la ley 8218) ha dado lugar a una demanda contra Costa Rica en el 2013 ante el CIADI de un grupo de accionistas suizos denominado *Cervin Investment S.A.* que controla mayoritariamente a la empresa Gaz Z por 30 millones de US\$ (ver [ficha técnica](#) de la demanda, caso ARB 13/2): este caso se encuentra pendiente de resolución, al igual que los dos anteriores.

Paralelamente a los TBI aprobados de manera un tanto intempestiva a finales de los años 90, otro tipo de acuerdos posteriores también permiten demandas de inversionistas extranjeros contra el Estado receptor de la inversión: se trata de los denominados tratados de libre comercio (TLC). En el caso de Centroamérica, es el caso del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (más conocido como CAFTA-DR) aprobado en Costa Rica mediante referéndum el 7 de octubre del 2007. Actualmente, a los casos anteriormente señalados inscritos ante el CIADI, se registran dos casos contra Costa Rica presentados por dos consorcios norteamericanos, sobre la base del TLC: el caso presentado en el 2013 *Spence International Investments et al.* (ICSID Case No. UNCT/13/2), en el que se exige un monto de 49 millones de US\$ (ver [solicitud](#) de

arbitraje del 10 de junio del 2013): ello debido a limitaciones para desarrollar un proyecto en las playas de Santa Cruz, Guanacaste. Para detalles de tipo procesal, remitimos a la [ficha técnica](#) de este caso del mismo CIADI. También se registra el siguiente caso, por un proyecto frenado en Playa Esterillos, en el que se reclama un monto de 70 millones de US\$: *David Aven, Samuel Aven, Carolyn Park, Eric Park, Jeffrey Shioleno, Giacomo Buscemi, David Janney and Roger Raguso v. Costa Rica*. Remitimos al lector al documento enviado por la Ministra de COMEX el 24 de febrero del 2014 en respuesta a la solicitud de arbitraje (ver [texto](#)) y a los últimos desarrollos de setiembre del 2015 registrados en la [ficha técnica](#) de este caso.

Como se puede apreciar con esta breve reseña, TBI y CIADI son parte de un mismo esquema: en este artículo sobre la (triste) experiencia de Argentina, que acumuló en el CIADI 52 demandas (luego de suscribir más de 50 TBI a inicios de los años 2000, ver [listado](#)), leemos que “*el CIADI es parte de un sistema que se complementa con los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos profusamente en los últimos 25 años y en los que se otorga el consentimiento a los inversionistas para que, en caso de controversias, puedan acudir directamente al arbitraje*” (**Nota 2**). Además de la experiencia de Argentina, se puede recordar que un Estado como Ecuador acumula 14 demandas registradas en el CIADI (ver [listado](#), de las cuales 2 pendientes de resolución), mientras Perú suma 15 casos ante el CIADI (ver [listado](#), de los cuáles 3 pendientes de resolución), al tiempo que Venezuela cuenta con 39 demandas en el CIADI (ver [listado](#), de las cuáles 26 pendientes de resolución).

Algunos Estados europeos están también experimentando los efectos de otros instrumentos legales en materia de inversión que permiten la presentación de demandas por parte de inversionistas: por ejemplo España, a raíz de un recorte en las subvenciones estatales para proyectos de producción de energía eólica y solar, se ha visto inundada de demandas, que la colocan detrás de Venezuela (26) y (a la hora de redactar esta nota) arriba de Argentina (20) en cuanto a número de casos registrados ante el CIADI (ver [nota](#) de El País del mes de junio del 2015). Según las cifras oficiales del sitio del CIADI, en América Latina, continúan luego de Venezuela (26 demandas) y Argentina (20 demandas), Costa Rica (con 5), Ecuador, Panamá y Perú (con tres demandas cada uno), Bolivia, El Salvador, Guatemala, México y Uruguay (con una cada uno). El detalle preciso de las 22 demandas pendientes de resolución contra España puede consultarse en este [enlace](#) oficial del CIADI (las que inician con la sigla ARB/14 y ARB/15 son las más recientes). Al realizar la consulta, un investigador español se sorprenderá tal vez del carácter exiguo y limitado de la información proporcionada por el CIADI en su sitio oficial: ello le ayudará a entender mejor las críticas sobre la poca transparencia del CIADI hechas desde hace muchos años en América Latina y en otras partes del mundo, y que han llevado a Estados como por ejemplo Brasil, Cuba, India, y México a mantener una prudente distancia: ninguno de estos Estados ha ratificado la convención de 1965 que establece el CIADI.

Finalmente cabe señalar el paulatino cambio de posición operado por China con relación a la cláusula CIADI en los TBI (ver [estudio](#) antes citado de Julian Ku), en aras de contar con estándares de protección cada vez más similares a los de los demás Estados exportadores de inversión extranjera. Dicha evolución se puede apreciar comparando, por ejemplo, la redacción del Artículo 9 del TBI China-Uruguay de 1993 (ver [texto](#)) con la del artículo con el mismo numeral del TBI entre China y Costa Rica del 2007 (ver [texto](#)) y la del Artículo 9 del TBI China Colombia del 2008 suscrito en Lima (ver [texto](#)).

La primera demanda de una empresa china en el CIADI se registró en el 2007 contra Perú (Caso TzaYapShum v. Perú, Caso No. [ARB/07/6](#)) en el que se condenó a Perú a pagar más de un millón de US\$ en el 2011 (ver [texto](#) del laudo). Esta decisión fue apelada por Perú y un Comité Ad Hoc del CIADI rechazó la solicitud peruana en febrero del 2015 (ver [texto](#)), precisando que: “*La República del Perú sufragará el 80 % de todos los costos del procedimiento en que se hubiera incurrido en relación con el procedimiento de Anulación, y el Sr. TzaYapShum sufragará el 20 % de dichos costos*” (punto 210). Notemos que el ciudadano TzaYapShum tenía la nacionalidad china en calidad de residente de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, por lo que, desde un inicio, Perú cuestionó el hecho que pudiera ampararse a los términos del TBI suscrito con China Popular en 1994: este argumento fue rechazado por el CIADI (ver puntos 52- 66 del [laudo](#) sobre competencia).

Desde esta larga demanda contra Perú interpuesta en el 2007, se contabilizan cuatro más interpuestas por empresas chinas: dos contra Tanzania, una contra Bélgica y otra contra Yemen respectivamente (ver [listado](#)). Por su parte, China contabiliza tan solo dos demandas ante el CIADI en su contra: la primera interpuesta en mayo del 2011 (con base en el TBI de China con Israel y de China con Malasia), a la cual desistió meses después el inversionista (ver [ficha técnica](#)); y la segunda recientemente interpuesta por una empresa surcoreana (ver [ficha técnica](#)) en noviembre del 2014 sobre la base del TBI entre China y Corea del Sur del 2007 por un monto de 14 millones de US\$ (ver [reporte](#) de prensa). A modo de comparación, Costa Rica (que ratificó la convención que crea el CIADI de 1965 el mismo año que China en 1993) acumula 10 demandas (ver [listado](#)), de las cuáles únicamente una fue objeto de un desistimiento por parte del inversionista (caso *Quadrant Pacific Growth Fund et al. v. Costa Rica*, Caso ARB(AF)/08/1): el TBI con Canadá sirvió de base para tres demandas, el TBI con Alemania a dos, el CAFTAD-DR a dos, el TBI con España a una así como el TBI con Suiza. La primera demanda (caso Hacienda Santa Elena) se planteó en 1996 con base en la Convención que crea el CIADI: recordemos que en aquella oportunidad, Costa Rica fue condenada por el CIADI en febrero del 2000 a pagar 16 millones de US\$ a unos inversionistas norteamericanos (que reclamaban 41 millones de US\$) por la expropiación de una finca cuyo valor cuando se adquirió en 1970 fue de unos 395.000 dólares (ver [texto](#) del fallo arbitral del 17 de febrero del 2000, punto 16).

De algunos casos de interés para un Estado receptor

La demanda interpuesta en el 2010 ante el CIADI por la transnacional Philip Morris por 25 millones de US\$ contra Uruguay (a raíz de la adopción de una legislación para proteger a los uruguayos de los efectos del fumado) evidencia hasta donde se puede llegar usando algunos TBI con cláusulas más favorables que otros para el inversionista. La decisión preliminar del CIADI del 2013 en la que se declara competente (ver [texto](#)), pese a los argumentos presentados por el Uruguay (ver puntos 31 a 54 de la sentencia), evidencia las ventajas ofrecidas por el TBI entre Uruguay y Suiza escogido por esta transnacional (lo cual debería de llamar la atención sobre el tipo de cláusulas insertas en los TBI con Suiza). Notemos que además de Uruguay, Philip Morris entabló una demanda contra Australia en el 2011 sobre la base el TBI vigente entre Australia y Hong Kong con relación a la legislación adoptada sobre empacado de cigarrillos (ver [texto](#) de la demanda). En febrero del 2015 se dictaminó la última ordenanza (ver [texto](#)) de este caso.

El hecho que el TBI con los Países Bajos haya sido denunciado por Venezuela en mayo del 2008 (ver [nota](#) de El Universal), por Sudáfrica en el 2012 (ver [nota](#)) y por Indonesia (denuncia efectiva a partir del 1ero de julio del 2015 (ver [nota](#))) constituye a su vez otro indicador que deberían invitar a un ejercicio similar para los TBI suscritos con los Países Bajos: una publicación especializada del 2012 sobre los TBI de los Países Bajos (ver [artículo](#) titulado “*The Netherlands: A Gateway to ‘Treaty Shopping’ for Investment Protection*”) refiere, entre otros aspectos, al hecho que los Países Bajos son usados por muchas transnacionales para constituirse formalmente ahí y al hecho que los habilidosos negociadores holandeses han obtenido la inclusión de cláusulas sumamente favorables para sus inversionistas. Un poco más cerca de nosotros, merece mención el hecho que de las tres demandas actualmente pendientes contra Panamá ante el CIADI, una de ellas fue interpuesta en abril del 2015 por la corporación costarricense Álvarez y Marín (ver [ficha técnica](#)) con base en el CAFTA-DR y... el TBI entre Panamá y los Países Bajos.

Por otra parte, el retiro unas semanas después de presentada, de la demanda interpuesta ante el CIADI por la petrolera Harken contra Costa Rica en septiembre del 2003 por 57.000 millones de US\$ (ver [nota](#) de La Nación) evidencia cuán desventajoso puede resultar para un inversionista extranjero molesto (y ventajoso para un Estado ...) el no contar con ningún TBI o TLC vigente que garantice un consentimiento previo del Estado a un arbitraje ante el CIADI u otra instancia. La posición de las máximas autoridades de Costa Rica en aquel momento fue categórica: “*Costa Rica tiene el soberano derecho de que las diferencias, si a alguno le asiste la razón para un reclamo, sean resueltas por las autoridades administrativas o judiciales de Costa Rica*” afirmó su Presidente, quién no se dejó impresionar en lo más mínimo por la cantidad de dígitos de la suma exigida ante el CIADI (ver [nota](#) de La Nación del 30 de setiembre del 2003). Años después, se presentó una acción ante los tribunales de Costa Rica por parte de la misma empresa por un monto mucho menor (13 millones de US\$ según indica esta [nota](#) de prensa), la cual fue

finalmente desestimada en el 2014 (ver [texto](#) sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo).

La valentía de las máximas autoridades de un Estado no necesariamente logra permear a los mandos de menor nivel. En un [artículo](#) publicado en La Nación en el 2010 titulado “*Minería, arbitraje y amenazas*” referíamos a un extraño episodio (no investigado a la fecha, salvo error de nuestra parte) relacionado con el proyecto minero Crucitas en el que una demanda ante el CIADI interpuesta contra Costa Rica en julio del 2005 por 276 millones de US\$ por la empresa minera (y anunciada como un “respaldo” o “[back up](#)” al momento de formalizarla) fue retirada dos meses antes de que la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente (SETENA) aprobará el Estudio de Impacto Ambiental (diciembre del 2005): nadie ha considerado oportuno conocer el detalle de las “negociaciones” sobre las que la empresa se mostraba “*reasonably optimistic*” y a las que refería en su carta del 3 de octubre del 2005 remitida a la Secretaría del CIADI (ver [documentos](#)). A 10 años de suscritos estos documentos, se desconoce la identidad de quiénes en nombre del Estado costarricense “negociaron” durante la administración del Presidente Abel Pacheco (2002-2006) con la empresa canadiense Vanessa Venture.

Desarrollos recientes en aras de limitar el alcance de los TBI

Ante los cuestionamientos cada vez más contundentes relativos al funcionamiento tan peculiar del arbitraje de inversiones extranjeras, su carácter poco transparente, el “respaldo” que obtienen las empresas al presentar una multimillonaria demanda ante el CIADI, la inclinación de los árbitros a favorecer casi siempre al inversionista extranjero, con contadas excepciones (**Nota 3**) y la hostilidad creciente de varios Estados en América Latina, tal como detallado en este artículo del año 2015 (**Nota 4**), algunos académicos han propuesto mecanismos que permitan reconciliar al CIADI con América Latina (**Nota 5**). Desde la perspectiva de los derechos humanos, un reciente informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Promoción de un Orden Internacional Democrático y Equitativo (ver [texto](#) en español del [documento A/70/285](#) del 5 de agosto del 2015) indica que: “*La solución de controversias entre inversores y Estados es un mecanismo bastante reciente y arbitrario; es una forma privatizada de solucionar controversias que acompaña a muchos acuerdos internacionales de inversión. En lugar de litigar ante los tribunales locales o invocar la protección diplomática, los inversores recurren a tres árbitros que, en procedimientos confidenciales, deciden si sus derechos y la inversión han sido violados por un Estado. Los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados pueden entender en demandas de los inversores contra los Estados, pero no pueden hacerlo respecto de las demandas de los Estados contra los inversores, por ejemplo, cuando estos últimos violan leyes y reglamentos nacionales, contaminan el medio ambiente y el suministro de agua, introducen la utilización de organismos modificados genéticamente potencialmente peligrosos, etc. Un defecto de nacimiento de una solución de controversia entre inversores y Estados es su calidad de “caballo de Troya”: se introdujo en los acuerdos*

internacionales de inversión sin revelar plenamente su aplicación potencialmente invasiva” (punto 21, p. 11).

Por su parte, un análisis presentado en el marco de un seminario auspiciado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia en el 2013, titulado “*Improving the international investment law and policy regime: Options for the future*”, concluye por su parte en la imperiosa necesidad de establecer un “*International Investment Steering Group*” (ver la sección de *Concluding Remarks* del informe disponible [aquí](#), pp. 61-62).

En otras latitudes, Estados receptores de inversión extranjera como Indonesia, Sudáfrica o la misma Australia han decidido poner fin unilateralmente a una gran cantidad de TBI (ver por ejemplo [nota](#) de prensa del 2014). En el caso de Argentina, autores de este país han enfatizado la urgente necesidad de renegociar los TBI vigentes. Leemos en las reflexiones finales de este [artículo](#) que: “*El impacto que han tenido los “encorsetamientos jurídicos” que generan los TBI frente a la necesaria modificación de políticas públicas o normas de orden público hace necesario que el Estado renegocie los TBI, a la vez que se estudie con cautela y responsabilidad la posibilidad de excluir a ciertos sectores estratégicos para el desarrollo y la seguridad nacional del Estado, especialmente aquellos que no cuentan con un criterio de reciprocidad hacia inversores en el Estado contraparte*” (p.125). Con respecto a la reciprocidad mencionada por este último autor, un reciente informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) sobre la inversión de América Latina en China refiere a las fuertes limitaciones para la inversión extranjera en China en sectores considerados estratégicos o altamente sensibles (ver [informe](#), pp. 29-30).

Cabe mencionar que en el caso de Colombia (uno de los pocos Estados de la región latinoamericana que no ha sido objeto de ninguna demanda ante el CIADI), una nota preparada por la Embajada de Estados Unidos en Bogotá de mayo del 2011 (y destinada a las empresas norteamericanas interesadas en invertir en Colombia) reconocía la dificultad que presentaba para el inversionista extranjero la legislación colombiana (al restringir la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional), pero informaba que la suscripción de numerosos TBI por parte de Colombia podría cambiar la situación (**Nota 6**).

Implicaciones para Costa Rica de un nuevo TBI

En el caso de Costa Rica se había insistido por parte de varios sectores hace unos años sobre la urgente necesidad para Costa Rica de renegociar algunas cláusulas del CAFTA-DR, así como las contenidas en algunos TBI, y buscar salvaguardas que protejan adecuadamente al Estado de este tipo de demandas (en algunos casos claramente abusivas). En materia de concesión de obra pública, resulta evidente que el Estado costarricense todavía está “aprendiendo”, tal y como lo declaró la Contralora General de la República en el 2011 (ver [nota](#) de prensa): el aprendizaje pareciera arduo según se desprende de recientes declaraciones del mismo ente fiscalizador. No obstante, en este como en otros

ámbitos, el concesionario extranjero beneficia con un TBI de una ventaja sobre los concesionarios de nacionalidad costarricense y ya son tres las demandas que enfrenta Costa Rica por parte de concesionarios molestos con algunas acciones del aparato estatal. Más generalmente, y sin mayores pretensiones, remitimos al lector a esta [nota](#) del Semanario Universidad que señala los desafíos y los riesgos – a nuestro modesto parecer siempre actuales - que conlleva para Costa Rica el seguir suscribiendo acuerdos tan favorables para el inversionista extranjero sin restricciones de ningún tipo. Los tratados de libre comercio y los TBI no son normas pétreas y pueden ser renegociados si así lo disponen las partes: en materia de TBI, su renegociación constituye una práctica bastante consolidada en los últimos años. El año pasado, la misma Comunidad de Estados de América Latina y del Caribe (CELAC) externó su profundo malestar con relación al actual mecanismo arbitral en materia de inversiones, llamando a establecer un mecanismo regional alternativo para la región: lo hizo en la Declaración Final de su II Cumbre celebrada en Cuba – suscrita por sus 33 integrantes, incluyendo a los delegados de Costa Rica - en enero del 2014 (ver [texto completo](#)) al declarar que : *“Subrayamos la importancia de que nuestros países fortalezcan su preparación en materia de atención a controversias internacionales, y consideramos que se debe evaluar la posibilidad de que nuestra región se dote de mecanismos apropiados para la solución de controversias con inversionistas extranjeros. Manifestamos nuestra solidaridad con los países de la América Latina y el Caribe que están siendo afectados por reclamaciones que ponen en riesgo el desarrollo de sus pueblos, y solicitamos a las empresas y grupos transnacionales que mantengan una conducta responsable y consistente con las políticas públicas adoptadas por los Estados receptores de la inversión”* (punto 43 de la Declaración de La Habana).

Resulta oportuno precisar que, de las diversas críticas que se hacen al arbitraje internacional en materia de inversión, se incluye el elevado costo que debe sufragar el Estado para su defensa: en la actualidad, el monto promedio para cubrir únicamente los gastos en honorarios de abogados para la defensa de un Estado demandado, (y ello, independientemente del resultado final) ronda los 8 millones de US\$, según lo indicado por un especialista costarricense en materia de arbitraje de inversión (ver [nota](#) en CRHoy). En el largo caso PacificRim que enfrenta El Salvador en el CIADI (demanda inicialmente planteada por 314 millones de US\$ por una empresa minera canadiense, ahora en manos de una empresa australiana), se leyó recientemente que el monto en honorarios de abogados supera los 12 millones de US\$ (ver [nota](#) de prensa titulada “Arbitraje con Pacific Rim ha costado al Estado \$12.6 millones”. Un muy completo [informe](#) del 2012 de una ONG lleva al respecto un evocador título de *“Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje “*. Este informe detalla de una manera bastante bien documentada cuál es el destino final de gran parte de estas cuantiosas sumas de dinero que significa una demanda ante el CIADI.

Las inversiones de China en América Latina

A finales del mes de mayo del 2015, se leyó en Costa Rica (ver [nota](#) de La Nación del 27/05/2015) que:” *El consejero económico y comercial de la Embajada de China, Liu Xiaofeng, explicó que el atraso en el aval a ese proyecto por el Congreso, genera desconfianza en los empresarios asiáticos con interés en venir al país. “Con este documento, los inversionistas chinos tendrían fuerte confianza para invertir sus dineros aquí, instalar empresas o fábricas”, dijo Liu.*”No obstante, y sin ánimo de desmerecer lo apuntado por el diplomático de China que cita el artículo, cabe señalar que recientemente, se anunció por parte de China un amplio plan de inversiones en Brasil (ver [nota](#) de El País): Brasil, al igual que Canadá – hasta noviembre del 2013 -, o que Cuba, México, República Dominicana, no ha ratificado (ni tan siquiera firmado en el caso brasileño) la convención de 1965 que establece el CIADI. Brasil tampoco ha ratificado ninguno de los numerosos TBI que ha suscrito en recientes años con Estados europeos y latinoamericanos (ver [listado](#)). A diferencia de lo oído en Costa Rica por parte de algunas hacendosas autoridades (un tanto urgidas)entre diciembre del 2013 - ver [nota](#) de La Nación -y marzo del 2014 con relación a la empresa brasileña OAS a cargo de la ampliación de la ruta San José/San Ramón, las empresas brasileñas no tienen cómo interponer una demanda internacional ante el CIADI u otros centros de arbitraje de inversión contra Estados: Brasil se ha mostrado inflexible en relación al arbitraje de inversión y como consecuencia, las empresas brasileñas no tienen acceso al CIADI. En años recientes, lo que Brasil ha hecho es idear un tipo de acuerdo sobre inversión – denominado ACFI en portugués, CFIA en español – que cuenta con un mecanismo de resolución de controversias conjunto y culmina, en caso de desacuerdo persistente, en un clásico arbitraje inter-estatal, es decir, de Estado a Estado (**Nota 7**). Uno de los últimos acuerdos de este tipo suscrito en África fue en abril del 2015 con Mozambique (ver [nota](#) de sitio oficial en Brasil). Los artículos 18 y 19 del CFIA suscrito por Brasil y México en junio del 2015 (ver [texto](#)) permiten dar una idea del sistema de resolución de controversias acordado, el cual ignoratotalmente al CIADI.

De igual manera, las crecientes inversiones de China en Venezuela, en Bolivia y en Ecuador (Estados que han denunciado la convención de 1965 que establece el CIADI en el 2007, 2009 y 2012 respectivamente y que han puesto fin o renegociado un sinnúmero de TBI conteniendo cláusulas consideradas abusivas) evidencian que, al menos en América Latina, algunas empresas chinas tienen una política que difiere de la referida por el agregado comercial de la Embajada de China en San José citado por La Nación a finales de mayo del 2015. Notemos que la “vía rápida” acordada con la oposición por parte del Ejecutivo para aprobar este acuerdo bilateral se dio unos pocos días después de publicadas estas declaraciones del diplomático chino.

Además de Brasil, Venezuela, Ecuador y Bolivia, otro Estado de la región como Argentina merece mención: en el artículo precitado de la académica Magdalena Bas Villizio leemos que “*si bien Argentina se mantiene dentro del régimen, lo hace con restricciones que no implican el abandono del mismo*”. Argentina suscribió con China un TBI en el año de

1992, cuya cláusula 8 descarta al CIADI como mecanismo de solución de controversias Estado- inversionista (ver [texto](#)), a diferencia de los subsiguientes TBI que suscribiría años después con otros Estados. Es probable que fueran los negociadores chinos los que exigieran el no incluir ninguna cláusula CIADI en este TBI. En los últimos tiempos, Argentina está buscando mecanismos para evitar ser demandada ante el CIADI, incluyendo la renegociación de los más de 50 TBI que suscribió (ver [nota](#) de prensa). El distanciamiento de Argentina con el CIADI es un hecho notorio, y no se ha oído de ninguna reducción de las inversiones de China a Argentina por esta razón, muy por el contrario.

Cabe finalmente indicar que dos de los grandes proyectos de China en Costa Rica, el proyecto de refinería conjunto con la empresa estatal Refinería Costarricense de Petróleo (RECOPE) (a cargo, por parte de China, de la empresa SORESCO - ver [nota](#) de prensa - por un monto superior a los 1.500 millones de US\$), y el proyecto de ampliación de la Ruta 32 (a cargo de la empresa CHEC – ver [nota](#) de prensa - , por un monto de 485 millones de US\$) mantienen ambos muy atentos a varios entes fiscalizadores de Costa Rica: ello debido principalmente a la premura con la que se acordaron los contratos y los términos de referencia de ambos proyectos así como a fuertes cuestionamientos surgidos sobre su factibilidad. En un [informe](#) de septiembre del 2013, la Contraloría General de la República de Costa Rica (CGR), luego de analizar extensamente el proyecto de refinería acordado entre las dos empresas estatales RECOPE (Costa Rica) y SORESCO(China), ordenó a RECOPE *“Abstenerse de utilizar el estudio de factibilidad realizado por la empresa HQCEC y cualquier otro estudio que se haya basado en los resultados de éste, para sustentar acciones relacionadas con la ejecución del referido proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Moín y adoptar las medidas pertinentes de frente a lo indicado en el presente oficio”* (p.21). Meses antes, la Fiscalía General de la Republica allanó la sede de SORESCO y de dos entidades públicas costarricenses (ver [nota](#) de La Nación del 2 de julio del 2013). Con relación a la ampliación de la Ruta 32 a cargo de la empresa CHEC de China, la CGR advirtió en diciembre del 2013 que *“... al igual que cualquier procedimiento ordinario o de excepción en materia de contratación administrativa, la Administración contratante tiene el deber de verificar que el contratista reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica o financiera para la celebración del contrato (artículo 125 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa)”* (ver p. 2 de [informe](#) de la CGR de marzo del 2014).

A modo de conclusión

Lo brevemente aquí expuesto no pretende más que ofrecer algunas reflexiones sobre la práctica que en otras latitudes del continente y del planeta se están desarrollando con relación a limitar sustancialmente el alcance de los TBI y del CIADI. Los elevados niveles de la inversión de China en América Latina evidencian que hay manera de atraer inversión china (y en general extranjera, como lo demuestra Brasil) sin someterse a riesgosas

cláusulas para un Estado en materia de arbitraje de inversión como las contenidas en un TBI convencional.

Sobre este preciso punto, vale la pena recordar que este acuerdo bilateral fue negociado y suscrito en el año 2007 durante la administración del Presidente Oscar Arias Sánchez (2006-2010): los proyectos fuertemente cuestionados en Costa Rica en los que están involucradas concesionarias chinas – por el momento impedidas de demandar a Costa Rica en el exterior a título de “back- up”- encuentran su origen en actos jurídicos y en acuerdos suscritos en ese preciso período. Como se recordará, dicha administración también se caracterizó por abrir la economía costarricense a la globalización sin ningún tipo de salvaguarda y por intentar hacer a un lado la legislación ambiental vigente en Costa Rica so pretexto que no se podía frenar a la inversión extranjera (**Nota 8**): ambas características explican en gran parte varias de las cinco demandas pendientes de resolución que ahora enfrenta Costa Rica en el CIADI.

--Notas--

Nota 1: En una conferencia de prensa, (ver nota de Diario Extra, del 16/06/2012) el viceministro del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (MOPT) de Costa Rica, Rodrigo Rivera, «*explicó que para el Estado era más barato permitirle a Riteve quedarse operando 10 años más y de esta manera asegurarse no tener que pagar los \$280 millones si perdía el arbitraje*». Costa Rica revalidó la concesión por 10 años más a Riteve en el 2012, pero la demanda se mantuvo ante el CIADI. Se lee en la [ficha](#) de este caso que el pasado 20 de julio del 2015, sucedió algo un tanto inédito en los archivos del CIADI: “*The Claimant files a proposal for disqualification of arbitrators Claus von Wobeser, Joseph P. Klock Jr. and Eduardo Silva Romero. The proceeding is suspended in accordance with ICSID Arbitration Rule 9(6)*”.

Nota 2: Véase **SOMMER Chr.**, “*El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?*”, Revista Cordobesa de Derecho Internacional Público (ReCorDIP), Volumen 1, (2011). Texto del artículo disponible [aquí](#).

Nota 3: Una de ellas es la decisión del CIADI de enero del 2013 a favor de Venezuela ante una demanda interpuesta por la minera canadiense Vanessa Venture. Sobre este caso, remitimos al lector a nuestra breve nota: **BOEGLIN N.**, “*CIADI, decisión favorable a Venezuela y dudas en Costa Rica*”, CRhoy, 28/01/2013, disponible [aquí](#).

Nota 4: Véase **BAS VILIZZIO M.**, “*Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur*”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Número 5, (2015), pp. 233-253. Texto disponible [aquí](#).

Nota 5: Véase por ejemplo **FACHS GOMEZ K.**, “*Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI*”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Colombia), Vol. 40 (2010), pp. 439-494. Texto integral disponible [aquí](#).

Nota 6: En la nota antes referida se lee textualmente que: “*Since Colombia has become party to FTAs and multilateral and bilateral investment treaties, the number of international investment arbitration cases between investors and State entities will increase. These arbitration processes may help to change Colombian case law because FTAs, BITs and multilateral investment treaties empower arbitration tribunals to decide cases related to breach of treaty standards of investment protection*”. Sobre la dificultad de demandar a Colombia ante el CIADI, se lee en un artículo publicado en Colombia en el año 2006 que: “*En Colombia, el Decreto 2080 de 2000, por medio del cual se expidió el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, permite acudir al arbitraje internacional para la solución de este tipo de controversias, siempre que las partes en el conflicto así lo hubieran pactado. Nuestra legislación interna no hace alusión expresa al arbitraje CIADI; en consecuencia, existe libertad para escoger el foro a través del cual se solucionarán las controversias. Por su parte, la recientemente expedida Ley 963, por medio de la cual se establece un régimen de estabilidad jurídica para inversionistas, dispone que en los contratos de estabilidad jurídica que celebre el Estado para promover nuevas inversiones podrá incluirse una cláusula compromisoria por medio de la cual se solucionen las diferencias que surjan entre las partes; pero en tal caso se solucionarán mediante arbitraje nacional regido de manera exclusiva por las leyes colombianas. De tal forma, las controversias surgidas por estos contratos típicos de inversión celebrados entre el Estado colombiano y un inversionista, no podrán ser dirimidas frente al CIADI*”: véase **MEDINA CASAS H.M.**, “*La jurisdicción del CIADI: una evolución en el arreglo de controversias internacionales*”, in **ABELLO GALVIS R.** (Ed.) Derecho Internacional Contemporáneo: Lo Público, Lo Privado, Los Derechos Humanos: liber amicorum en homenaje a Germán Cavellier”, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2006, pp. 707-727, p. 718. Texto integral del artículo disponible [aquí](#)

Nota 7: En un reciente [informe](#) del SELA sobre los países de América Latina y las economías BRICS, se señala que: “*En 2015, el Ministerio para las Relaciones Exteriores en conjunto con el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio y el Ministro de Finanzas, apoyados por una de las asociaciones de empresarios más grandes, CNI (Confederação Nacional da Indústria) y FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), diseñaron un nuevo modelo de acuerdo de inversión: El Acuerdo sobre Cooperación y Facilitación de las Inversiones (CFIA). Este acuerdo, ya firmado con Mozambique, Angola, México y Malawi, tiene en su núcleo atenuar los riesgos y la prevención de las discusiones por inversión por medio de un sistema de resolución de conflictos conformado por una fase de negociación con la participación de Puntos Focales*

o un Defensor del Pueblo. Un Defensor del Pueblo consiste en una persona que apoye a los inversionistas en la solución de problemas de inversiones y de mejorar el ambiente de los negocios estableciendo un canal de negociación entre los inversionistas y el estado para alcanzar una solución pacífica la cual satisfaga los intereses de ambas partes. En este sistema los inversionistas negocian en primera instancia con sus países de origen para convencerles de promocionar sus concesiones y negociar con el país anfitrión” (p. 79).

Nota 8: En una entrevista a Rolando Mendoza, miembro de la Comisión Plenaria de la Secretaría Técnica Nacional para el Ambiente (SETENA) al Semanario Universidad a mediados del 2009, se lee que *“Entonces en nombre de la inversión extranjera ha habido presiones para que aceleremos los análisis, para que en esa “competitividad” saquemos proyectos con cierta premura, y con esto corremos el riesgo de que no se hagan los análisis debidamente, y por estas presiones creo que ahí pudimos haber tenido debilidades”*. Ver artículo titulado *“Setena es una entidad vulnerable ante presiones políticas. Representante de CONARE confirma presencia constante del Ministro Jorge Woodridge en órgano que toma decisiones en SETENA”*, Semanario Universidad, Julio del 2009. Texto del artículo disponible [aquí](#).

(*) Profesor de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica