

<b>BREVE ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES INTERNACIONALES: UN RÉGIMEN EN CONSTANTE EVOLUCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>FLUJO DE INVERSIONES Y GLOBALIZACIÓN</b> .....	<b>2</b>
<b>LA LEGALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN INTERNACIONAL</b> .....	<b>4</b>
<b>EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS</b> .....	<b>5</b>
<b>CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES</b> .....	<b>6</b>
<b>EL RÉGIMEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO</b> .....	<b>6</b>
<b>EL RÉGIMEN DE INVERSIÓN INTERNACIONAL A PARTIR DE 2019: UNA POSDATA</b> .....	<b>7</b>

## **Breve Análisis Del Régimen De Inversiones Internacionales: Un Régimen En Constante Evolución**

*Extracto del artículo “Breve Análisis del Régimen de Inversiones Internacionales: Un régimen en Constante Evolución”. El artículo completo puede descargarse al final de este documento.*

*José E. Álvarez  
Herbert and Rose Rubin Professor of International Law  
NYU Law School*

### **Introducción**

Las reglas que gobiernan los flujos globales de capital destinados a constituir un negocio con presencia en una nación extranjera (generalmente con fines de lucro) son relativamente nuevas. Por ejemplo, cuando los faraones egipcios extraían estaño lejos de sus costas para forjar bronce o cuando los fenicios invertían en el antiguo Israel no existía una ley global que rigiese las inversiones transfronterizas. Tampoco existían reglas globales claras que regulasen las inversiones realizadas por la Compañía Holandesa de las Indias Orientales cuando Hugo Grocio se esforzó por permitir que la compañía (y su país) navegaran sin obstáculos en alta mar. Incluso, durante la época de la expansión colonial en los siglos XVIII y XIX tampoco parecía necesario recurrir a la

costumbre internacional (como fuente de normas generales) para gobernar o proteger las inversiones extranjeras en los territorios coloniales (esto es, la “periferia”), especialmente mientras las potencias coloniales pudieron confiar en las capitulaciones imperiales para este propósito.

Esta monografía se refiere a las normas que hoy gobiernan uno de los principales motores de la globalización económica, a saber, el flujo transnacional de capital generado por una entidad residente en un país con el propósito de establecer un interés de largo plazo en una empresa ubicada en otro país. Este “interés duradero” distingue a una inversión extranjera directa (IED) del capital extranjero invertido únicamente de forma pasiva por los inversores.

### **Flujo de inversiones y globalización**

¿Por qué los flujos de capitales entre naciones destinados a establecer una empresa son considerados el principal motor de la globalización? Existen dos razones: una cuantitativa y la otra cualitativa. A pesar de que el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre venta de bienes ha recibido la mayor parte de la atención de los académicos, actualmente la cantidad de comercio de bienes asociado con flujos de IED exceden vastamente la cantidad de dólares involucrados en la venta de bienes (importación y exportación) no vinculada a IED.

La cantidad de capital asociada con IED supera la vinculada al régimen de la OMC para el comercio de bienes, ya sea que nos enfoquemos en los flujos de IED hacia las economías receptoras (equivalente a la suma del capital –o equity– y los préstamos o ganancias de reinversión proporcionadas por los inversionistas a sus filiales extranjeras) o en el stock de IED (que es el valor total de los activos de propiedad extranjera en un momento dado).

Las IED definen la era actual de la globalización por una razón cualitativa más significativa. No importa únicamente la cantidad de capital que cruza las fronteras, sino los efectos que genera la inversión de ese capital en un Estado anfitrión. Las IED no tienen el mismo impacto que el comercio de bienes. En comparación con la importación de un bien producido en el extranjero, la presencia permanente de una empresa controlada por el extranjero genera mayores consecuencias sociológicas, económicas y culturales para el Estado de origen de la empresa y, en particular, para el Estado anfitrión en el que se encuentra establecida. Estos efectos pueden ser positivos o negativos o, probablemente, de los tipos simultáneamente, pero son difíciles de ignorar. Esta realidad se refleja en el uso coloquial del término “globalización económica”. Lo que la mayoría de nosotros asociamos con este término es la presencia física de establecimientos comerciales idénticos a nivel mundial (como la presencia global de Wal-Mart), o el hecho de que los servicios públicos o sectores asociados con el patrimonio nacional (como el

petróleo o la minería), tras haber sido privatizados, son explotados a menudo por enormes (y muy poderosas) ETNs (empresas transnacionales). La globalización económica está también asociada con el hecho de que la mayoría de los países, resultado de procesos de manufactura integrados globalmente, tienen interdependencia económica y, por lo tanto, se ven inmersos en ciclos internacionales de auge y crisis, de los cuales pocos pueden escapar. En pocas palabras, ya sea de forma positiva o negativa, generalmente las IED afectan de forma mucho más directa a las personas y a sus comunidades que la importación de bienes producidos en el extranjero.

Las IED son un motor especialmente potente de la globalización en los países menos desarrollados (PMDs). Estos estados reciben más de un tercio de todos los flujos de inversión mundiales.

Incluso en lugares con una tradición de fuerte apoyo al flujo libre de capitales como Estados Unidos y Europa, el grado de desarrollo de empresas controladas por extranjeros dentro del territorio del país atrae una considerable atención pública (especialmente cuando están vinculadas a sectores “sensibles”). Hasta los ciudadanos de las naciones ricas consideran que la decisión de admitir o no a empresas extranjeras y, eventualmente, cuál es el trato que debe dárseles en el país son temas que cada nación debe tener derecho a decidir individualmente, del mismo modo en que regula la admisión y cómo tratar a cualquier extranjero que pretende ingresar al país.

Una serie de teorías críticas sobre las IED tienen origen en la visión de estos flujos internacionales de capital como una amenaza a la “soberanía”. Varias de estas ideas continúan repercutiendo en cómo es percibida la legitimidad de las normas internacionales hoy en día. La mayoría de los gobiernos continúan teniendo una relación de amor-odio con el capital extranjero a pesar de que aceptan que, en principio, lo necesitan para prosperar.

Las inquietudes sobre las IED citadas con mayor frecuencia se relacionan con la economía, la política y la seguridad nacional.

Las preocupaciones económicas incluyen los temores de que las empresas extranjeras empleen pocos nacionales o tengan sus empleados en el extranjero, compren activos valiosos o bienes inmuebles a precios de liquidación, eliminen a las empresas locales, monopolicen ciertos sectores, importen más insumos producidos en el extranjero (incrementando así el déficit comercial del Estado anfitrión) o transfieran tecnología nacional valiosa a sus empresas filial extranjera.

Por su parte, las preocupaciones políticas derivan de la desconfianza de que las empresas extranjeras influyan indebidamente (o corrompan) a los políticos o se inmiscuyan en los asuntos nacionales, violen las leyes locales o las normas culturales, no respeten el medioambiente o socaven a ciertos grupos locales.

Finalmente, las preocupaciones vinculadas con la seguridad nacional se originan en el temor de que las empresas extranjeras controlen y comprometan el acceso a la tecnología necesaria para la defensa nacional. Particularmente, existe un fuerte recelo de que las empresas extranjeras o controladas por gobiernos extranjeros o fondos de capitales soberanos funcionen como una “quinta columna” desleal o subversiva dentro del tejido social de un país. Es decir, existe el temor de que estas empresas promuevan los objetivos de sus Estados y no simplemente los dictados del mercado.

Por estas razones, la reforma de las reglas sobre IED son a menudo el primer objetivo de los nuevos gobiernos. Nótese que ello es así a pesar de que la mayoría de las economías nacionales han estado abiertas a las IED (en la mayoría de sus formas) durante décadas.

### **La legalización de la inversión internacional**

Al igual que muchos otros regímenes internacionales, este movimiento hacia la legalización ha avanzado en tres dimensiones: niveles crecientes de obligación, precisión y delegación. Más que nunca, la IED está sujeta a un gran número de normas legales obligatorias que consisten en leyes nacionales y precedentes administrativos, derecho internacional consuetudinario, tratados, principios generales de ley y leyes o formas de regulación generadas institucionalmente. Si bien estas reglas no son necesariamente coherentes o consistentes, con el tiempo se están tornando cada vez más precisas.

El régimen legal de inversión internacional tiene características distintivas. Por ejemplo, a diferencia del régimen que rige el comercio de bienes, carece de un único tratado multilateral definitivo o de una única institución de alcance global. No existe un equivalente al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”) para la inversión, o una única institución global (comparable a la OMC) encargada de la gobernanza de los flujos de IED. Esto no se debe a que la comunidad internacional no ha tratado de negociar normas multilaterales vinculantes para la IED. De hecho, se lo ha intentado al menos desde 1948, cuando, por medio de la Carta de La Habana, el esfuerzo por crear una organización internacional del comercio que abarque tanto el comercio y la inversión fracasó y originó sólo al GATT. Desde entonces, otros intentos de negociar un tratado multilateral de inversión han fracasado.

El régimen de inversión internacional ampliamente entendido incluye: tratados bilaterales de inversión (“TBI”); Acuerdos de libre comercio (“TLC”, como el Capítulo 11 del TLCAN); el Tratado sobre la Carta de la Energía; el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (“MIC”), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (“ADPIC”) de la OMC; una serie de resoluciones relevantes de la Asamblea General y otros esfuerzos de soft law (por

ejemplo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales); el Código de Liberalización de los Movimientos de Capital de la OCDE; el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (“CIADI”) (y otros mecanismos de arbitraje, como CNUDMI); y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (“OMGI”) y otros mecanismos de seguro de riesgo político, como la Corporación de Inversión Privada en el Exterior de los Estados Unidos (“OPIC” por sus siglas en inglés).

### **El contenido de los tratados internacionales de inversión**

Estos tratados varían en términos de los derechos específicamente reconocidos, por lo general incluyen las siguientes garantías en nombre de los inversores extranjeros: “trato nacional” (“TN” o “NT” por su siglas en inglés) y “de la nación más favorecida” (“NMF” o “MFN” por su sigla en inglés); otras garantías contra el trato “arbitrario” y/o “discriminatorio”; las disposiciones que garantizan el “trato justo y equitativo” (“TJE” o “FET” por su sigla en inglés), la “protección y seguridad plenas”, una indemnización rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación; y derechos para transferir ganancias al exterior. Nótese que, si bien algunas de estas garantías prevén derechos relativos contra la discriminación, algunas protecciones de los inversionistas anticipan garantías mínimas absolutas, a saber, los derechos a un “trato justo y equitativo”, “protección y seguridad plenas”, compensación en caso de expropiación, y el derecho sin restricciones a repatriar los beneficios derivados del funcionamiento de su empresa.

### **Solución de controversias entre inversores y Estados**

Los árbitros que en el contexto de disputas entre inversores y estados aplican los TBIs y TLCs también deben ser conscientes de otro conjunto de diferencias con el derecho comercial internacional: los remedios procedimentales previstos en caso de incumplimiento de los tratados inversión son totalmente diferentes a los que se aplican en el marco de la OMC. El régimen del comercio internacional contiene su propio mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las partes contratantes del GATT pueden presentar quejas entre sí. Estas quejas entre estados son consideradas por los paneles del GATT y, si son apeladas, por el Órgano de Apelación de la OMC, la cual es una especie de corte permanente de comercio internacional. Estas quejas, en caso de prosperar, tienen la finalidad de eliminar aquellas medidas inconsistentes con el GATT. Si un Estado retira la medida ofensiva o interrumpe la práctica que se considera que viola el GATT, se entiende terminada la queja y no se autoriza ningún otro remedio en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC. Sólo si un Estado se niega a eliminar una medida inconsistente con el GATT, el régimen autoriza la emisión de una orden que le permite al Estado perjudicado por la medida elevar el nivel de sus derechos aduaneros con respecto al estado infractor. En tal caso, los árbitros de la OMC

son quienes determinan qué productos pueden ser sujetos a represalias, así como también cuál es el nivel de retaliación apropiado.

El esquema de remediación de la OMC es de naturaleza prospectiva. Es más comparable a las contramedidas permitidas en respuesta a un incumplimiento previo del tratado bajo los Artículos de Responsabilidad del Estado.

### **Críticas contemporáneas del régimen de inversiones**

Las críticas contemporáneas del régimen de inversión son semejantes a las que enfrentan los otros regímenes jurídicos internacionales u organizaciones internacionales. Tal como sucede en el marco de otros procesos institucionalizados que tiene por finalidad implementar las reglas del derecho internacional, los déficits de legitimidad del régimen de inversión pueden caracterizarse como verticales, horizontales, ideológicos y legales.

(1) Críticas verticales. Se cuestiona que el régimen de inversión, como estos otros regímenes, constituye una forma ilegítima de regulación de los Estados de arriba hacia abajo.

(2) Críticas horizontales. Desde este punto de vista, el régimen de protección de inversiones viola el principio de igualdad soberana.

(3) Crítica ideológica. Desde este punto de vista, el régimen de inversión –tanto su substancia como sus procedimientos de interpretación y cumplimiento– están sesgados estructuralmente a favor de la ideología del libre mercado y las privatizaciones; es decir, con muchos de los elementos asociados al “Consenso de Washington”.

(4) Críticas vinculadas al Estado de derecho. Para los académicos como Gus Van Harten, el arbitraje internacional, utilizado durante mucho tiempo para resolver disputas comerciales puramente privadas (es decir incumplimientos de contratos entre dos partes privadas), es básicamente un mecanismo inapropiado para decidir cuestiones de peso vinculados a la política pública.

### **El régimen y el derecho internacional público**

Este ensayo pone su énfasis en el examen de las dimensiones estructurales del régimen y cómo éste se relaciona con el derecho público internacional general.

El régimen de inversión debería ser de interés para los abogados vinculados con el derecho público internacional. Es una criatura de los tratados y está profundamente entrelazado con otras fuentes tradicionales de derecho internacional, particularmente la costumbre. El régimen fue alimentado y establecido durante y en parte como una reacción al proceso de descolonización que ha estructurado gran parte del derecho internacional público contemporáneo y sus instituciones, incluidas las del sistema de las

Naciones Unidas. Sus garantías sustantivas reaccionan a los desgastados debates Norte-Sur –especialmente aquellos que rodean el intento de establecer el Nuevo Orden Económico Internacional– con los que todos los estudiantes de derecho internacional público están familiarizados y que, como todos sabemos, continúan desafiándonos hoy en varias formas. Además, los procedimientos de ejecución del régimen están inspirados en los tribunales internacionales prototípicos, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque van un paso más allá. En consecuencia, este trabajo es un intento de comprender la evolución de la naturaleza ideológica, política y jurídica del régimen de inversión internacional, y las lecciones que puede tener para otros regímenes de tratados y sus sistemas de solución de disputas.

### **El régimen de inversión internacional a partir de 2019: una posdata**

Las críticas verticales, horizontales, ideológicas y del estado de derecho enumeradas anteriormente no han disminuido. Al 2019, tanto los estados desarrollados que lideraron la creación de los modelos de TBIs que fueron ampliamente ratificados tras el final de la Guerra Fría como los estados en vías de desarrollo que se unieron a estos tratados están teniendo dudas sobre sus méritos. Hoy en día ha disminuido drásticamente el número de TBIs recién concluidos. Además, varios países a lo largo y a lo ancho del planeta están terminando sus acuerdos internacionales de protección de inversiones y muchos otros están comprometidos con la renegociación de tales tratados. Al mismo tiempo, la mayoría de los estados siguen siendo parte de los TBIs más antiguos, algunos de los cuales se parecen al TBI Modelo de Estados Unidos de 1987 –discutido anteriormente– y algunos estados aún están firmando tratados de protección de inversiones que se parecen a ese modelo, aunque solo sea para hacer una declaración al mundo de que siguen acogiendo con satisfacción la inversión extranjera.

Son obvios y sutiles los cambios que se han dado desde aquellos días en los que Estados Unidos y otros estados “exportadores de capital” intentaron utilizar los TBIs principalmente para proteger a sus propios inversionistas extranjeros buscando la receta para el desarrollo económico del Consenso de Washington. Por una parte, el modelo estadounidense de 2012 continúa protegiendo a los inversores extranjeros al incluir las garantías de trato nacional y de la nación más favorecida y las exigencias de pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva y de permitir transferencias de capital gratuitas; también este modelo continúa prohibiendo un número de “requisitos de desempeño”. En cambio, el último TBI Modelo de EE. UU. ya no incluye una “cláusula paraguas” que exija el cumplimiento de todas las obligaciones prometidas por un estado anfitrión, prohibiciones de tratamiento “arbitrario” y “discriminatorio”, o el derecho a un “remedio efectivo” en los tribunales locales.

El rango de opciones para el futuro del régimen de inversiones internacional incluye las tres opciones distintas previstas en el Capítulo 14 del USMCA, la insistencia de la Unión

Europea de que sus acuerdos internacionales de inversión contemporáneos contemplen tribunales internacionales de inversión en lugar de paneles arbitrales ad hoc , y abandonar completamente tanto los derechos sustantivos tradicionales como los procedimientos obligatorios previstos en los TBI, tal como reflejan, por ejemplo, los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Brasil. Lo que hace que la protección del capital en todo el mundo sea aún más una mezcla de diferentes derechos y remedios procedimentales es el hecho de que casi todos los reclamos de inversores que actualmente se presentan son quejas presentadas con sustento en los TBIs más tradicionales, tal como el TBI Modelo de Estados Unidos de 1987 (discutido arriba) y no en acuerdos de protección soberana como el TBI Modelo de 2012 de Estados Unidos o el USMCA.

Lo que esto significa es que aquellos que intentan entender el régimen de inversión internacional contemporáneo no tienen más remedio que aprender sobre los acuerdos internacionales de inversión del pasado, así como los del presente y el futuro.