

¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos*

Víctor Saco**
Pamela Torres***

RESUMEN

Este artículo discute la relación entre acuerdos internacionales de inversión y la atracción a la inversión extranjera por parte de un Estado, pues se ha considerado a los primeros como un requisito de la última. Para aportar a este debate, se propone que con un marco regulatorio interno similar al de las reglas esenciales contenidas en los acuerdos internacionales de inversión un Estado podría prescindir de la ratificación de estos. Si bien esta solución es útil para los Estados que denuncian estos acuerdos, también serviría para prevenir conflictos con inversionistas extranjeros en los Estados que no lo han hecho.

Palabras clave: Inversiones, tratados de inversión, CIADI, solución de diferencias inversionista-Estado.

How to live without International Investment Agreements? Following International Investment Law to build internal law attractive to investment and that prevent Investor-State conflicts

ABSTRACT

This article develops the following idea: A change in the internal regulatory framework related to foreign investors in a State can be useful to prevent conflicts and Investor-State Dispute

* Este artículo toma como base la exposición *The international legal framework of foreign investors protection and its use to reform internal administrative architecture to attract, regulate and predict conflicts related to international investment or how to live without International Investment Agreements?*, presentada por Víctor Saco en la Second African Conference on International Economic Law. Se agradece a Emmanuel Layrea y a Franziska Zucker por sus comentarios al borrador de una versión inédita previa a este artículo.

** Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Profesor a tiempo completo. Abogado. Magíster en Derecho internacional y Europeo por la Universidad Católica de Lovaina. Correo electrónico: victor.saco@pucp.edu.pe

*** Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Bachiller en Derecho. Pamela Torres se encargó de la traducción del borrador del texto en inglés y de la recopilación de información para actualizar el artículo



Settlement. Also it can serve to States that have terminated its international agreements to remain attractive to Foreign Direct Investment at the legal level. The change of the internal regulation may follow the basic standards of International Investment Agreements in order to achieve this goal.

Keywords: Investment, ICSID, ISDS.

1. Introducci3n

A inicios de la d3cada de 2010, varios Estados, especialmente sudamericanos denunciaron sus tratados de inversi3n y el Convenio de Washington que regula la competencia del CIADI (el centro de arbitraje entre inversionistas y Estados m3s utilizado); otros Estados dejaron de incorporar en sus tratados de inversi3n cl3usulas que recogieran el arbitraje internacional. Estos cambios llevaron a discutir la idea de mediados de los 1990 cuando se proponía, en el marco del Consenso de Washington, que los acuerdos internacionales de inversi3n (AII) eran necesarios para atraer inversi3n y generar desarrollo dentro de un Estado.

Estas denuncias no solo se produjeron en países en vías de desarrollo como Bolivia Ecuador o Venezuela, sino tambi3n en Sud3frica, Australia e incluso la Uni3n Europea. En estos dos últimos casos, el rechazo no fue a reconocer derechos internacionales a los inversionistas pero sí al recurso al arbitraje internacional. En el caso de la Uni3n Europea, en el marco de las negociaciones del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP, parte de la poblaci3n e instituciones europeas mostr3 un fuerte rechazo a reconocerles a los inversionistas extranjeros el recurso a al arbitraje internacional.

La doctrina ha demostrado que la denuncia de tratados de inversi3n no tiene como resultado que los inversionistas extranjeros únicamente se sometan al derecho nacional, que es el fin políticamente pretendido por los Estados que denuncian los tratados: «controlar» la inversi3n en su territorio y evitar las «sorpresas» que pueden generar los laudos internacionales que protegen a los inversionistas extranjeros (Polanco, 2013, p. 599). La denuncia de los AII no evita que los inversionistas extranjeros ya no est3n protegidos por el derecho internacional, esto se debe principalmente a las cl3usulas de supervivencia de los tratados que permiten la aplicaci3n de sus normas a la inversi3n presente al momento de terminarse el tratado por varios ańos. Igualmente, sería posible la aplicaci3n de la cl3usula de la naci3n m3s favorecida en estos periodos de supervivencia.

Este artícolo desarrolla la hip3tesis de que el mismo nivel de protecci3n a los inversionistas extranjeros puede ser logrado mediante reformas de normativa internas, lo cual podría llevar a los inversionistas a no necesitar iniciar procesos arbitrales contra

los Estados receptores de su inversión. Esta idea puede ser útil para Estados que denunciaron varios de sus tratados o para aquellos que mantienen acuerdos internacionales de inversión, como un mecanismo de prevención de conflictos.

A nivel político, estas reformas serán útiles para los Estados que pretendan atraer inversión extranjera, con miras a implementar proyectos que no se pueden alcanzar con los inversionistas nacionales o el capital estatal. Esta decisión política es importante, pues la implementación de las reformas internas requerirá no solo de reformas legales (principalmente de derecho administrativo), pero también de políticas públicas, que deben seguir estándares internacionales. Para alcanzar estos estándares será siempre importante una revisión de los acuerdos internacionales de inversión de otros Estados y sus cláusulas comunes. En otras palabras se está implementando derecho internacional de las inversiones sin tratados.

Esta reforma interna pretende ofrecer a los inversionistas extranjeros lo que ellos esperarían en un Estado con acuerdos internacionales en vigor, o lo más cercano a esta situación; de lograrse este estándar de protección se podría concluir que los acuerdos internacionales de inversión no serían necesarios para atraer inversión. Para probar estas ideas, se usará como ejemplos a países ricos en recursos naturales que buscan atraer inversionistas extranjeros para extraer los mencionados recursos.

Este artículo tiene la siguiente estructura: en la segunda parte se discute la necesidad de contar con para atraer inversión. En la tercera parte se analiza el marco acuerdos internacionales de inversión jurídico internacional en materia de protección a las inversiones que serviría para guiar la reforma del derecho interno. Finalmente, en la cuarta parte se presenta una estrategia basada en derecho interno y políticas para su implementación por autoridades internas.

2. Atracción de inversiones y acuerdos internacionales de inversión

Los países, pero también sus empresas y trabajadores, requieren y necesitan de la inversión extranjera, ya que esta genera flujos de capital que podrían ayudar a desarrollar proyectos de inversión que no pueden iniciarse debido a la falta de recursos económicos por parte del país anfitrión. La inversión extranjera directa no solo proporciona capital, sino que también transfiere tecnología, desarrolla habilidades en los trabajadores, proporciona nuevos conocimientos, fomenta la competencia, entre otros beneficios. Estas son algunas de las razones por las cuales los países están interesados en atraer inversionistas extranjeros para invertir en sus territorios¹.

¹ Para hacerlo, los Estados implementan una agencia que tiene como misión atraer inversiones extranjeras, como por ejemplo el Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica.

La atracci3n de inversiones es una avenida de dos v́as; requiere del inter3s de ambas partes, de los inversionistas que quieren invertir y obtener rendimientos de su inversi3n, y del pa3s receptor quiere los beneficios de la inversi3n de aquellos. El que los Estados sean econ3mica y pol3ticamente distintos, genera que para atraer la inversi3n a sus territorios, algunos Estados deben tomar medidas que otros Estados no necesitan adoptar. As3, un Estado con una situaci3n pol3tica inestable puede ser 3nicamente atractivo para determinados inversionistas que quieran correr el riesgo de invertir en ellos; si el Estado quiere ser atractivo a m3s inversionistas, es posible que les ofrezca garant3as internacionales como el recurso a un tribunal internacional (en lugar de la justicia interna).

En general, los pa3ses que tienen una «mala» reputaci3n internacional necesitan dar m3s garant3as a los inversores. Este ser3 el caso, en pa3ses acusados de no respetar los derechos de los inversores o pol3ticamente inestables, por ejemplo. Por el contrario, los pa3ses que no tienen estos problemas, pero que tampoco son atractivos para los inversores, no necesitan garantizarlos, sino alentar a los inversionistas a venir a sus Estados. Este ser3 el caso de pa3ses que representan un mercado peque1o o que no tienen muchos recursos naturales explotables, por ejemplo. Esto desde el punto de vista jur3dico, desde el punto de vista econ3mico, los Estados tambi3n implementan medidas como reducciones de impuestos o condiciones especiales en los contratos de concesi3n.

Por el contrario, algunos pa3ses ya son atractivos para los inversores, sin la necesidad de prometerles beneficios adicionales que ya ofrecen a sus empresas nacionales. Esto puede deberse a que tienen un gran mercado, recursos naturales, infraestructura, estabilidad pol3tica, estado de derecho efectivo y otros componentes que permiten a los inversionistas ver sus ingresos futuros con menos incertidumbre. Es el caso de Brasil, que no ha ratificado acuerdos internacionales de inversi3n; sin embargo, es un pa3s muy atractivo para los inversionistas (Brillo, 2014, p. 172).

Existen varias escalas de «atracci3n» entre los dos extremos de Estados antes mencionados².

En resumen, no todos los Estados son similares y no tienen las mismas condiciones que ofrecer, e incluso si pudieran ofrecer las mismas condiciones, es posible que no lo hagan. Lo que los Estados ofrecer3n depender3 de las decisiones pol3ticas a nivel interno. Adem3s, para decidir qu3 ofrecer a un inversionista, es necesario conocer sus necesidades. No todos los inversores son iguales; sus necesidades depender3n predominantemente del tipo de negocio que desarrollen, si buscan realizar

² Véase por ejemplo el Ranking Doing Business (Banco Mundial, 2017).

una inversión de búsqueda de mercado o una inversión basada en recursos. En el primer caso, la compañía quiere invertir en el país anfitrión principalmente para vender sus productos, debido al tamaño del mercado; en el segundo caso, la presencia de recursos naturales, su extracción y posterior exportación, es lo que le interesa al inversor. De tal modo, las inversiones basadas en recursos formarán la base del análisis en este capítulo³.

Incluso, si la inversión extranjera directa puede ser beneficiosa para un Estado y sus agentes económicos, como cualquier otra actividad económica, también puede tener un impacto negativo en los bienes comunes como la competencia, el medio ambiente, los derechos humanos y laborales⁴. La ley nacional juega un papel importante para regular estos bienes comunes; la ley nacional refleja las necesidades y el consenso de los ciudadanos: qué es importante para ellos y en qué medida ya qué precio quieren cambiarlo por otros bienes.

Usualmente, el nivel nacional es donde los ciudadanos toman la decisión de otorgar algunos beneficios a los inversionistas internacionales para atraerlos al país. En ocasiones, estos beneficios no se otorgan a los nacionales y también pueden representar una carga para ellos; es decir, el acceso de los inversores extranjeros al arbitraje internacional y el pago de la compensación utilizando los impuestos en caso de una indemnización contra el Estado, pero las cargas se aceptan porque pueden equilibrarse con los beneficios de la inversión extranjera. Pero cuando este equilibrio deja de existir, el Estado puede tratar de cambiar la situación, repensar sus estrategias para obtener beneficios en su relación con los inversores. Esta es la situación que estudiamos aquí.

Por lo general, los beneficios que los Estados ofrecen a los inversores extranjeros son derechos contenidos y protegidos en los acuerdos internacionales de inversiones. Entre estos derechos está el acceso al inversor a un tribunal internacional. Algunos países han cancelado o no renovado sus tratados de inversión (por ejemplo, Sudáfrica), otros se han retirado del CIADI (Bolivia, Ecuador, Venezuela), que proporciona un tribunal internacional, y otros están planeando hacerlo (Argentina del CIADI y Australia de cualquier mecanismo internacional de disputas entre inversionistas y Estados). Este retiro de varios Estados de los acuerdos internacionales de inversiones y el Convenio del CIADI es una invitación a pensar sobre el papel de estos acuerdos para atraer inversiones y si no es posible alcanzar el mismo atractivo con las leyes nacionales. Vamos a explorar esta respuesta, pero centrándonos en un tipo de inversores, aquellos

³ Sobre la base de las ideas de Dunning sobre los distintos tipos de empresas que buscan invertir en el extranjero, donde destacan aquellas que buscan recursos naturales, mercados o cadenas de valor (Dunning, 2008).

⁴ Estas situaciones no solo se presentan en el marco del derecho internacional de las inversiones, también se presentan en comercio internacional y en el derecho internacional económico en general (Cottier, Pauwelyn y Bürgi, 2005).

que trabajan con recursos naturales y los países que tienen estos recursos. Pero primero es importante evaluar la relación entre los AII y la IED, a fin de determinar si es posible lograr los mismos efectos sin ellos, utilizando la ley interna.

La relación entre los acuerdos internacionales de inversiones y la promoción de la inversión extranjera directa se ha discutido en múltiples documentos. La conclusión de la mayoría de ellos es que no existe una relación directa entre los dos, firmar un acuerdo internacional de inversiones no constituye una garantía de que el país recibirá más la inversión extranjera directa (aunque los estos tratados si son considerados por los inversores, pero en relación con otras disposiciones de los tratados (UNCTAD, 2009). Pero los acuerdos internacionales de inversiones siguen siendo un instrumento importante, ya sea porque representan el primer paso hacia una integración económica más profunda, es decir, un Acuerdo de Comercio Preferencial, o porque representan algunas de las demandas de los inversores en los llamados países desarrollados (Alvarez, 2012).

3. El marco jurídico internacional para los inversionistas extranjeros

Las reglas contenidas en los acuerdos internacionales de inversión son un indicador importante para la negociación de acuerdos entre el Estado anfitrión y los inversionistas, más aún si el Estado negociador no cuenta con tratados de este tipo; porque representan lo que los inversores quieren del país de acogida.

Las cláusulas comunes de estos acuerdos —tomando como ejemplo el Tratado Bilateral de Inversión de Sudáfrica y Suiza— son: trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato de nación más favorecida, trato nacional (artículo 3), indemnización por pérdidas (artículo 4), expropiación (artículo 5), repatriación de inversiones y devoluciones (artículo 6), la solución de controversias puede someterse a arbitraje internacional si así lo desean los inversionistas.

Los derechos antes mencionados, pueden encontrarse también en el modelo BIT de Estados Unidos de América de 2012 (TBI, 2012) y en la mayoría de los Capítulos de Inversión en los acuerdos de libre comercio que agregan a estos derechos: la prohibición de los Requisitos de Desempeño (artículo 8), la Alta Dirección y las Juntas de Directores (artículo 9), Publicación de Leyes y Decisiones Respecto Inversión (artículo 10), Transparencia (artículo 11). Estos derechos son importantes para los inversores; han cabildeado en sus países o han sido consultados por sus Estados para tenerlos en estos acuerdos.

En este punto es preciso indicar que existe una diferencia entre los tratados bilaterales de inversión como el que existe entre Sudáfrica y Suiza y los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio. En general la diferencia radica en la redacción de

los textos, siendo la de los primeros mucho más amplia que la de los tratados de libre comercio. Esto también se evidencia en el número de páginas, los tratados bilaterales de inversión no pasan de la decena de páginas, mientras que los otros acuerdos duplican o triplican este número contando el texto del acuerdo y los anexos que buscan limitar los conceptos amplios de los derechos que protegen a los inversionistas.

4. Logrando el mismo efecto de los AII con la legislación nacional

¿Es posible proteger los derechos internacionales de los inversionistas mencionados en los acuerdos internacionales de inversión también con derecho interno? La respuesta es afirmativa.

El argumento principal es que el derecho interno ya es utilizado para alcanzar el cumplimiento de las normas de los acuerdos internacionales de inversión. Normalmente, para prevenir la violación del derecho internacional, todos los derechos incluidos en los acuerdos internacionales de inversión pueden implicar una modificación del derecho interno o administrativo, como en cualquier disciplina del derecho internacional. Lo anterior, en base al principio generalmente reconocido de que no se puede alegar el derecho interno como excusa para el incumplimiento del derecho internacional.

Incluso si no fuera necesario cambiar la legislación interna, dado que el derecho interno ya recogería las normas de los acuerdos internacionales de inversión, el Estado tendría en cuenta la aplicación de la legislación nacional para no violar estos tratados. En otras palabras, el cumplimiento de un acuerdo internacional de inversión implica también el respeto de la ley interna. Incluso, se puede decir que la ley interna tiene mayor legitimidad frente a los ciudadanos, legitimidad que puede carecer en este plano subjetivo el derecho internacional de las inversiones. Como se ha indicado anteriormente, es a nivel nacional que el Estado decide qué beneficios otorgan a los inversores.

Como ejemplo, hay una presencia de estándares de acuerdos internacionales de inversión en la legislación nacional, es posible analizar las dos disposiciones de estos tratados que son las más controvertidas y reivindicadas ante los tribunales internacionales: la expropiación indirecta y el Trato Justo y Equitativo, para demostrar que estos estándares pueden ser (o ya están) reflejados en la ley nacional:

4.1. Expropiación indirecta

Siguiendo el modelo BIT 2012 de los Estados Unidos de América, la expropiación indirecta consiste en una serie de acciones que interfieren con un derecho de propiedad o un interés sobre la propiedad sin una transferencia formal del título de la propiedad o de una confiscación total.

Al igual que en el caso de la expropiaci3n «directa», el Estado no se ha comprometido a no expropiar, sino a aplicar ese derecho bajo ciertas condiciones. De esta forma, la expropiaci3n puede ser legal si se realiza (1) para un prop3sito p3blico, (2) de manera no discriminatoria, (3) con el pago de una compensaci3n pronta, adecuada y efectiva; y (4) de acuerdo con el debido proceso legal y respetando el Est3ndar Ḿnimo de Tratamiento⁵.

La expropiaci3n indirecta a menudo se genera mediante regulaci3n, por ejemplo, una ley que su implementaci3n produce en la inversi3n un efecto similar a la expropiaci3n (por ejemplo, la ley hace que los costos de producci3n aumenten en una cantidad que hace que la inversi3n ya no sea un negocio o la inversi3n ya no permite vender o producir). Por ejemplo, en el caso *Tza Yap Shum contra Per3*, la expropiaci3n se gener3 al afectarle al inversionista su capacidad de utilizar el sistema financiero, pues el centro de su inversi3n consistía en poder usar dinero a trav3s de los bancos locales para negociar con productos pesqueros (Saco, 2016).

No obstante que esta figura parece limitar el poder de regulaci3n del Estado, ello no implica que este pierda su poder de regular, sobre todo en materias de inter3s p3blico. Usualmente, el Estado retiene un amplio espacio de polític3s en la regulaci3n de las polític3s p3blicas; casi todos los tratados de inversi3n recogen que la inversi3n extranjera es admitida de acuerdo con las leyes y regulaciones del Estado receptor⁶, lo que significa que cuando un inversionista ingresa al país receptor, debe respetar la ley de este, pero esta cl3usula no cubre los cambios en la regulaci3n despu3s de la entrada de la inversi3n (Dolzer, 2002; Dolzer y Schreuer, 2008; Alvarez, 2011). Para este 3ltimo caso, la mayoría de los acuerdos internacionales de inversi3n modernos (los acuerdos de libre comercio), en sus capítulos sobre la inversi3n de afirman que:

Salvo en circunstancias excepcionales, las medidas reglamentarias no discriminatorias de una Parte que se diseñan y aplican para proteger los objetivos legítimos de bienestar p3blico, como la salud p3blica, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas (TBI, 2012)⁷.

En paralelo a esta regulaci3n internacional, la expropiaci3n tambi3n est3 regulada en el derecho interno. Es posible incluso afirmar que la regulaci3n interna de la expropiaci3n es previa a aquella de los acuerdos internacionales de inversi3n; por ejemplo, en el caso peruano, el primer tratado de inversi3n data de 1991, cuando la figura de la expropiaci3n ya estaba regulada internamente. Casi todas las legislaciones nacionales ya protegen el derecho de propiedad y cubren los procedimientos de expropiaci3n;

⁵ Artícuo 6 y Anexo B del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de Am3rica.

⁶ Por ejemplo, artícuo 2 del Acuerdo entre el Consejo Federal Suizo y el Gobierno de la Rep3blica de Sud3frica sobre Promoci3n y Protecci3n recíproca de Inversiones.

⁷ Anexo B del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de Am3rica.

el derecho de propiedad también está reconocido y protegido por los tratados internacionales de derechos humanos y sus tribunales⁸. Lo mismo se aplica al principio de no discriminación, derecho regulado en los tratados de inversión, que previamente existía en regulación nacional y en tratados de derechos humanos.

Por ejemplo, la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, en su artículo 25, protege el derecho de propiedad, y si se compara con los requisitos de una expropiación «directa» «legal» del modelo BIT 2012 de los Estados Unidos, ambos coinciden en tres de los cuatro requisitos. Si bien la Constitución sudafricana no menciona el debido proceso, cuarto elemento del modelo estadounidense, este derecho está cubierto por otros artículos del texto constitucional.

Tal vez el criterio que diferencia a la regulación internacional de la nacional es el criterio para calcular la compensación. En países como el Perú, a los inversionistas nacionales les toca un justiprecio en base al mandato constitucional: mientras que los inversionistas extranjeros serán compensados en base al valor de mercado de su inversión (Dolzer y Schreuer 2008; Guzmán, 1998); aunque en este último caso es importante tomar en cuenta que el tratado se aplicará si Estado e inversionista no pueden negociar la «indemnización» de forma diferente⁹.

Respecto a la expropiación «indirecta» o actos del Estado cuyo efecto sobre la inversión pueden ser equivalentes a los de una expropiación «indirecta», su regulación expresa no siempre aparece en los textos constitucionales o legales. En el caso peruano, por ejemplo, la construcción argumentativa de la figura de la expropiación indirecta se realizó mediante jurisprudencia constitucional y administrativa (Cabrera, 2015). Igualmente, la protección frente a una expropiación «indirecta», «ilegal» o que no cumple con los criterios del tratado para todo tipo de expropiación, puede lograrse internamente aplicando los conceptos de derecho a la propiedad y otros derechos civiles.

Si bien se puede lograr proteger a inversionistas nacionales y extranjeros frente a la expropiación indirecta (Higa y Saco, 2013, p. 231), será importante tener en cuenta que, en caso de aplicación del tratado, si el derecho de propiedad se ve afectado por una regulación que apunta a proteger «objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente», estaremos ante un supuesto de excepción en el marco de los tratados de libre comercio. Es decir, a pesar de que el inversionista puede considerar que fue expropiado indirectamente y que su inversión

⁸ Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y artículo 14 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).

⁹ Este debate proviene desde la regulación del derecho consuetudinario respecto a la compensación frente a la expropiación, donde se produjo una tensión entre la llamada Regla Hull (indemnización pronta, adecuada y efectiva), frente a la regla lograda por los países en desarrollo en la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada «Soberanía permanente sobre los recursos naturales»).

ha sufrido una afectación similar a la de una expropiación «directa», esta no será compensada por mandato del tratado, al derivarse la acción estatal de una norma destinada a proteger intereses públicos.

En este punto, es importante diferenciar entre los efectos de la aplicación del tratado a nivel internacional, de la aplicación del derecho interno (incluyendo el contenido del tratado considerado como derecho interno). Esto se evidencia en el hecho de que si un inversionista nacional reclama un hecho que pueda considerarse una expropiación indirecta, aplicando normas de derechos constitucionales el inversionista aún tendrá la oportunidad de solicitar una sentencia que busque un «equilibrio» entre su derecho de propiedad y otros derechos que protegen intereses públicos (mientras que en el plano internacional, de aplicarse un tratado de libre comercio, esa posibilidad estaría negada por la cláusula antes mencionada).

4.2. Trato justo y equitativo

En el caso del Tratamiento Justo y Equitativo, este es un estándar que no está completamente definido, la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión clásicos lo han definido de manera amplia o no definido en absoluto, esto le deja a la jurisprudencia y doctrina (Mann, 2006; Paparinskis, 2007; López, 2005) describir sus componentes principales: protección de expectativas legítimas del inversor, no discriminación, procedimiento justo, transparencia y proporcionalidad (Kläger, 2011). Esta es la razón detrás de la definición estricta de nuevos tratados, principalmente los de libre comercio, que incluyen un artículo similar al modelo estadounidense BIT 2012:

[Trato justo y equitativo] incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo¹⁰.

En este caso, también es posible regular el estándar usando la legislación nacional, es más, la obligación de no negar la justicia está presente en casi todas las constituciones de los Estados del mundo. Incluso en los casos de definición amplia de los tratados bilaterales de inversión, donde solo se menciona que el Estado receptor se compromete a otorgar un tratado justo y equitativo, las interpretaciones que los tribunales del CIADI han realizado del concepto (Kläger, 2011) se condicen con las nociones de buena fe, abuso de derecho, actos propios, entre otros principios presentes en los ordenamientos jurídicos internos.

A manera de conclusión, desde un punto de vista legal, se puede concluir que no es necesario tener un Acuerdo Internacional de Inversión para proteger la inversión extranjera en el país de acogida. La mayoría de los países que han denunciado los

¹⁰ Artículo 5 del Modelo de Tratado Bilateral de Estados Unidos de América.

acuerdos internacionales de inversión y el Convenio de Washington (CIADI) en los últimos años tienen estas normas en sus sistemas jurídicos, es decir, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Sudáfrica y Australia. El problema parece ser más político ¿los inversionistas ser arriesgarían a invertir en un Estado que ha dado una clara señal de no querer otorgarles derechos a nivel internacional? La respuesta depende de cuan estable sea política y económicamente determinado Estado, un caso claro puede ser el de Bolivia.

Bolivia comenzó a denunciar sus 21 tratados internacionales de inversión, principalmente por las demandas que sufrió ante el CIADI y porque fue la vía que recomendó su Tribunal Constitucional (2006) para compatibilizar el derecho internacional con la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009¹¹. Además, el gobierno boliviano denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Björn, 2014; Valverde, 2018).

No obstante la denuncia de tratados de inversión, la economía boliviana a partir de 2006, creció en más de 5% (Mercado, Leitón y Chacón, 2005 p. 168). Ello parece probar que el atractivo para la inversión extranjera directa no aumenta solo por tener una regulación nacional acorde con las normas de los acuerdos internacionales de inversión¹². La ley no es el único componente para atraer inversión extranjera, ayuda pero no es definitiva (como los estudios mencionados también han probado)¹³. En consecuencia, es necesario pensar políticamente y la política influye en la economía.

5. Estrategia para ser atractivo aprovechando la inversión extranjera directa para el desarrollo de los países ricos en recursos naturales

Una estrategia para ser atractivo para las inversiones debe tener en cuenta que la ley no es definitiva. Sería importante complementar las leyes con las políticas que están de acuerdo con las leyes internas y el trabajo de los funcionarios públicos involucrados en la implementación de estas normas debe estar de acuerdo con las normas y respetar los principios básicos como la transparencia o el debido proceso. Esto representa una mejora del poder judicial y administrativo.

¹¹ Al respecto, el viceministro de Comercio Exterior e Integración, indicó lo siguiente: «La primera denuncia de un Tratado Bilateral de Inversión se la hizo en 2006. A partir de esa fecha se empezaron a denunciar de manera sistemática todos los acuerdos cuyas fechas venían venciendo», y continuó, «Entonces comenzamos a ver coincidencias de fechas y empezamos a denunciar los primeros TBI [...] Posteriormente, para cumplir con lo que decía la Constitución Política del Estado, se hizo una denuncia colectiva el 6 Mayo de 2013 de los otros que restaban. Es decir, 8 de los acuerdos que tiene Bolivia fueron denunciados en las fechas que vencían, y los otros 13 fueron denunciados de manera colectiva». En efecto, dentro de ese grupo se encontrarían los TBI con Bélgica y Luxemburgo, Ecuador, Perú, Chile, Francia, Rumania, Alemania, Argentina, China, Dinamarca y Gran Bretaña. Entre los que fueron denunciados en sus fechas de vencimiento están los TBI con Países Bajos (2009) y Estados Unidos (2011). (Orellana, 2014; Saco y Torres, 2018).

¹² En el caso de Bolivia es también importante tomar en cuenta los acuerdos que logró su gobierno con el de la República Popular China, con la que se atrajo inversión en proyectos con capital mixto boliviano-chino.

¹³ Debe tenerse en cuenta que la referencia es a la regulación y no a la solución de controversias.

Igualmente, es importante que el Estado tenga un plan de desarrollo y un acuerdo social sobre el uso de los recursos. Esto reducirá los conflictos sociales y dará informaci3n a los inversores sobre los precios de invertir en el pa3s, por ejemplo, cuáles son los recursos naturales que pueden explotar, cuáles son los límites de contaminaci3n que pueden producir, entre otros. Esto requiere estabilidad en el pa3s de acogida y la participaci3n democrática de la poblaci3n. La estabilidad social y la democracia incluyen normas, pero para su impulso requieren de pol3ticas p3blicas que involucren distintos actores p3blicos y privados (ONG y empresas).

Una vez que el Estado sabe lo que quiere, o en t3rminos de Sun Tzu, si se conoce a sí mismo, el siguiente paso para no temer los resultados de una batalla es conocer al oponente, en este caso el socio del desarrollo: el inversionista. Es importante estar al tanto de lo que es importante para un inversionista extranjero que quiere invertir en recursos naturales en el pa3s de acogida. Para hacerlo, es importante tener en cuenta c3mo funciona financieramente una inversi3n en la b3squeda de recursos naturales. Por lo general, este tipo de inversi3n, gasta una gran cantidad de recursos en los primeros momentos y luego recuperar estos gastos y comenzar a recoger ganancias despu3s de cierto tiempo. Así que los momentos más sensibles para este tipo de negocio son justo despu3s de haber realizado inversi3n en infraestructura para explotar el recurso, previamente a la explotaci3n del recurso.

Una vez que se conocen las voluntades de los actores, es hora de implementar la estrategia de atracci3n. La estrategia debe implementarse en dos frentes: la ley interna y fortalecer las instituciones locales.

a. Ley Nacional para Implementar

Si un pa3s no cuenta con tratados de inversi3n (o los ha denunciado) y no es lo suficientemente atractivo para las inversiones extranjeras, una estrategia puede consistir en adoptar los estándares internacionales y transformarlos en leyes nacionales. Tomando como ejemplo los componentes del estándar de Tratamiento Justo y Equitativo, la mayoría de sus componentes ya existen en la mayoría de los sistemas nacionales de derecho interno, por ejemplo, la regla de no discriminaci3n y el procedimiento justo son derechos humanos reconocidos en la mayoría de las Constituciones; la proporcionalidad también es una prueba que usan la mayoría de los tribunales constitucionales para equilibrar los derechos en un conflicto. La transparencia merece una menci3n especial, porque está relacionada con las expectativas legítimas del inversor¹⁴.

¹⁴ Las expectativas legítimas son el núcleo del estándar de Trato Justo y Equitativo, al menos en los tratados clásicos, como se ve, el modelo TBI de EE. UU. Tiene un enfoque restringido, como se indica, citando el caso *Saluka*, (Kinneer, 2009, p. 226).

Lograr la transparencia requiere no solo leyes, sino también políticas. Los procesos de toma de decisiones, incluso si tienen que ser transparentes según la ley, no cumplirán este requisito si existe corrupción y no es investigada y perseguida por los organismos oficiales. Los procedimientos que no tienen fechas límite especiales o que no siguen estos plazos no pueden considerarse transparentes, esto también se aplica a procesos que no tienen en cuenta la opinión de las partes interesadas afectadas por las decisiones. Las políticas transparentes y los procesos de toma de decisiones, es decir, el cambio de legislaciones o concesiones son respetuosos de las expectativas legítimas de los inversores ya que tienen qué esperar cuando invierten en un país y pueden anticipar cambios en la regulación y las políticas relacionadas con sus negocios. Lograr la transparencia también dependerá del pleno disfrute de los derechos humanos en el país de acogida, especialmente el derecho a la libertad de expresión y otros derechos políticos.

Por ejemplo, en el caso de una empresa extranjera que ha invertido en una mina de oro. Sería importante para el inversionista poder seguir los debates en el parlamento sobre los cambios en la legislación ambiental que permitirán a la empresa adecuar sus formas de explotar el mineral a las nuevas leyes (Saco, 2016). Lo mismo ocurrirá en el caso de las normas sobre Responsabilidad Social Corporativa. Por otro lado, será útil que el Estado demuestre transparencia, de esta forma se puede evitar un reclamo de un inversionista alegando una expropiación indirecta (por la pérdida de beneficios por implementar nuevas regulaciones) o una falta de transparencia (elementos descubiertos por tribunales al analizar la norma de Trato Justo y Equitativo de los tratados clásicos).

Finalmente, como puede apreciarse, estos estándares también son beneficiosos para mejorar la democracia en un Estado, porque están relacionados con los derechos humanos que son aplicables a todos los ciudadanos independientemente si realizan negocios o inversiones; el respeto del Estado de Derecho, especialmente relacionado con los derechos humanos como propiedad, juicio justo, no discriminación; y el respeto a la transparencia mejorará claramente las democracias en cualquier Estado. Pero para lograr el cumplimiento de estos estándares no solo es necesaria una ley, sino también instituciones para la aplicación de estas reglas y políticas.

b. Hacer cumplir la Ley con instituciones confiables

Las instituciones son importantes en los procesos democráticos. Para construir instituciones fuertes, es necesario invertir en ellas, reclutar y desarrollar continuamente las capacidades de los funcionarios del gobierno. También es importante generar fuertes vínculos de coordinación entre las instituciones y especialmente tener mecanismos para mantener el contacto con los actores involucrados en los procedimientos que

implementan (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 30 de agosto de 2000, párr. 105).

El empoderamiento del Poder Judicial será un factor clave para generar contrapesos y controlar la implementación de las leyes. Su independencia y eficacia crearán confianza en los inversionistas. Como la empresa necesita soluciones rápidas y confiables, también es posible dar competencia a los tribunales de arbitraje para resolver disputas sobre asuntos económicos, como ya sucede en países como Brasil que no tienen ningún Acuerdo Internacional de Inversión ratificado.

Para lograr una buena reputación de los tribunales internos lleva tiempo, que puede acortarse por nuevos tribunales, especializados en asuntos económicos, estos tribunales pueden formar parte de la judicatura o, como se mencionó, los tribunales de arbitraje conformados en virtud de una ley nacional¹⁵.

En esta última opción, la lista de árbitros puede estar abierta a árbitros internacionales reconocidos. El recurso a un tribunal de arbitraje regional como Ecuador ha propuesto en Unasur puede ser una opción (Fiezzoni, 2012), pero estratégicamente, desde el punto de vista de no depender del derecho internacional, no es diferente de un tribunal internacional como el CIADI.

6. Observaciones finales y conclusiones

Es posible afirmar que las mismas reglas contenidas en los acuerdos internacionales de inversión pueden implementarse utilizando la legislación nacional. Pero es importante tener en cuenta que la legislación nacional no puede reemplazar el impacto que tienen los tratados de inversión en la forma en que otros Estados y los inversores extranjeros se relacionan con el Estado anfitrión. Es posible que otros Estados necesiten tiempo para apoyarse en las reformas nacionales, además porque si un Estado termina sus tratados de inversión, esto puede generar desconfianza en otros Estados e inversionistas. También tomará un tiempo antes que los inversionistas puedan confirmar si las reformas internas funcionan y estos se atrevan a invertir.

La estrategia propuesta básicamente se reanuda con normas transparentes y su cumplimiento. Esto genera previsibilidad, que es importante para los inversores, especialmente en inversiones a largo plazo como las de «búsqueda de recursos».

Para concluir, este artículo se ha basado principalmente en reformas legales para demostrar que la misma protección jurídica de los acuerdos internacionales de

¹⁵ Países como Perú y Chile cuentan con una ley de arbitraje y disposiciones constitucionales que permiten que el Estado, en su *ius gestionis*, pueda acordar solucionar disputas con particulares mediante la vía del arbitraje.

inversión puede lograrse mediante la normativa nacional, pero también es importante explorar cómo utilizar incentivos aplicables a todos los inversionistas —incluida la inversión extranjera directa—, incentivos relacionados con las metas que el Estado desea lograr para generar desarrollo, al final del día: Si el dinero es nacional o no, no importará si el objetivo se ha logrado y se genera una mejor calidad de vida para los ciudadanos de un Estado.

Referencias

- Alvarez, J. (2011). *Review: The Public International Law Regime Governing International Investment*. Nueva York: Social Science Research Network. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2156965>
- Banco Mundial (2017). *Doing Business 2018: Reformando para la creación de empleos*. Recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/>
- Björn, A. (2014). The regulation of Foreign Direct Investment in Bolivia: Some Current Challenges. En A. Bjorklund (Ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy* (609-620). Nueva York: Oxford University Press.
- Brillo, R. (2014). Living without Investment Treaties. The Brazilian approach to investment policy making and dispute settlement. En L. Boulle (Ed.), *International Economic Law and African Development* (pp. 172-182). Ciudad del Cabo: Siber Ink.
- Cabrera E.J. (2015). *Hacia una uniformización del trato que recibe el inversionista nacional frente al inversionista extranjero en los casos de expropiaciones indirectas: una aproximación desde el derecho internacional de las inversiones* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (30 de agosto de 2000). *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*. Recuperado de <https://www.italaw.com/cases/671>
- Cottier, T., Pauwelyn, J. y Bürgi, E. (Eds.). (2005). *Human rights and international trade, International economic*. Nueva York: Oxford University Press.
- Dolzer, R. (2002). Indirect Expropriations: New Developments? *NYU Environmental Law Journal* 11(1), 64-93.
- Dolzer, R. y Schreuer C. (2008) *Principles of international investment law*. Nueva York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199211753.001.1>
- Dunning, J.H. y Lundan, S.M. (2008). *Multinational Enterprises And The Global Economy*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Fiezzoni, S.K. (2012). *UNASUR Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador's Proposal*. Recuperado de <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/>
- Guzmán, A. (1998). Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, 15(38), 639-688.

- Higa, C. y Saco, V. (2013). Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. *Derecho PUCP*, 71, 231-256.
- Kinnear, M. (2009). The Continuing Development of the Fair and Equitable Treatment Standard. En A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinsky, *Investment Treaty Law: Current Issues III. Remedies in international investment law. Emerging Jurisprudence of International Investment Law* (pp. 207-238). Londres: Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado.
- Kläger, R. (2011). «Fair and Equitable Treatment» in *International Investment Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511974915>
- López, S. (2005). La aplicación de la cláusula más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MTD. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1), 79-88.
- Mann, H. (2006). Is Fair and Equitable Fair, Equitable, Just, or Under Law? *Proceedings of the Annual Meeting*, 100(1), 74-77.
- Mercado, A., Leitón, G.M. y Chacón, M.F. (2005). El crecimiento económico en Bolivia (1952-2003). *Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico*, 5(1). Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2074-47062005000300002
- OEA - Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)
- Orellana, A. (2014). Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión. *América Latina en movimiento*. On line. Recuperado de <https://www.alainet.org/es/active/75150>
- OUA - Organización de la Unidad Africana. (1981). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)*. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf?view=1>
- Paparinskis, M. (2007). The international minimum standard and fair and equitable treatment. En F. Ortino (Ed.), *Investment treaty law current issues II: nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law*. Londres: British Institute of International and Comparative Law.
- Polanco, R. (2013). Denuncia de Tratados de inversiones: causas y consecuencias ('Denunciation of Investment Treaties: Causes and Consequences'). En J.M. Álvarez, H.H. Zárata y M. Grando (Eds.), *Estado y Futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina* (pp. 599-626). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/282008246_Denuncia_de_Tratados_de_Inversiones_Causas_y_Consecuencias_Denunciation_of_Investment_Treaties_Causes_and_Consequences
- Saco, V. (2016). El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo. En A. Tanzi, A. Asteriti, Polanco, R. y Turrini, P. (Eds.), *Derecho Internacional de la Inversiones en América Latina* (pp. 654-670). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. https://doi.org/10.1163/9789004311473_024

- Saco, V. y Torres, P. (2018, en preparación). Disputas sobre inversión extranjera en explotación de recursos naturales, los casos de Perú y Bolivia. Cuestiones respecto a la prevención e disputas inversionista-Estado.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (2006). *Sentencia Constitucional 0031/2006*, Expediente N° 2005-13011-27-DRI. https://www.italaw.com/documents/TribunalConstitucionaldeBolivia_0031_2006.pdf.
- UNASUR – Unión de Naciones Suramericanas. (2012). *Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador's Proposal*. Recuperado de <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/>
- UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development (2009). *The role of international investment agreements in attracting foreign direct investment to developing countries*. Nueva York: UNCTAD. Recuperado de http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf
- USTR - United State Trade Representative. (2012). *Model Bilateral Investment Treaty*. Recuperado de <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>
- Valverde, M. (2018). Bolivia se margina del CIADI. *Bridges*, 9(1). Recuperado de <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/bolivia-se-margina-del-ciadi>

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2018
Fecha de aprobación: 22 de junio de 2018