



Normas internacionales sobre inversiones: ¿qué seguridad jurídica?

por Martín Molinuevo

Introducción: un popurrí de acuerdos

Hubo unos cuantos festejos el día que el entonces comisario de Comercio Exterior de la Unión Europea, Peter Mandelson, en un último intento desesperado por sumar cierto consenso con los países en desarrollo y llevarse algo más que mucho sueño de una semana de largas discusiones, sorprendió a propios y extraños retirando la demanda de normas sobre inversiones extranjeras de la mesa de negociaciones de la Ronda Doha.

Si estas viejas noticias han sido una bendición o un castigo para la comunidad internacional en general sigue sujeto a una discusión con alta carga ideológica. Lo que es seguro es que la falta de un acuerdo amplio no ayuda a poner claridad y orden en el marco de las normas internacionales de inversiones extranjeras.

El actual marco internacional sobre inversiones extranjeras se compone por una maraña de más de 2.600 tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras (TBI) que involucra hoy a más de 170 países. A esta vasta red se le suman cerca de cien tratados bilaterales, plurilaterales y regionales sobre libre comercio (TLC) que incluyen normas sobre inversiones extranjeras¹.

América Latina no ha sido ciertamente ajena a esta tendencia. Argentina y Chile contribuyen con más de 50 TBI cada uno, mientras que Perú, Uruguay, Bolivia, México y Paraguay aportan cada uno entre 20 y 30 acuerdos.² A esto deben sumársele los más de 40 TLC y uniones aduaneras celebrados por los países de la región entre ellos y con países terceros que incluyen también normas sustanciales en materia de inversiones³.

Como si este par de miles de acuerdos no bastara, el marco se completa con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS, o, más comúnmente, GATS, según sus siglas en inglés) cuya cobertura de la “presencia comercial” abarca las inversiones extranjeras en materia de servicios en los 153 miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Esta red de normas internacionales superpuestas trae aparejada una serie de consecuencias jurídicas. En primer lugar, más cantidad de normas tenderán normalmente a crear mayores garantías y derechos para las inversiones extranjeras, fomentando así el flujo internacional de capitales, con su consiguiente aumento en el producto, el empleo y la productividad de los países receptores de inversiones -el objetivo primordial del sistema. Sin embargo, tal desorden jurídico puede también producir consecuencias negativas en la medida en que una misma situación puede estar cubierta por dos o más normas no necesariamente idénticas, y que, por ende, generan diversas relaciones de derechos y obligaciones.

A su vez, tanto los acuerdos bilaterales como los plurilaterales, como el GATS, establecen mecanismos de solución de diferencias. Esto conlleva el riesgo de que la misma situación, regida por acuerdos, pueda ser objeto de diferentes controversias en foros diversos, exacerbando a su vez los conflictos que emanan de las diversas capas supuestas de normas internacionales. Estos posibles conflictos jurídicos afectan al sistema internacional en tanto que reducen la seguridad jurídica que pretende alimentarse mediante el establecimiento de reglas internacionales.

Normas internacionales sobre inversiones en servicios: (casi) todos para el mismo lado, pero por caminos diferentes

Los acuerdos sobre inversiones fueron ideados y promovidos originalmente como un medio para fomentar las inversiones en países en desarrollo a través del otorgamiento de mayores garantías de seguridad jurídica para los inversores de países exportadores de capital⁴. A este fin, los acuerdos de inversiones incluyen comúnmente normas de trato de las inversiones extranjeras, tales como nación más favorecida (NMF), trato nacional (TN) y trato justo y equitativo (TJE), garantías contra la expropiación y de libre transferencia de fondos, así como acceso a arbitraje internacional entre el inversor extranjero y el estado receptor. Además, algunos acuerdos incluyen obligaciones de apertura a las inversiones extranjeras⁵.

El GATS surgió con el fin de extender el alcance de las normas multilaterales sobre comercio de bienes a las transacciones internacionales en materia de servicios. Heredero de la tradición del GATT, las principales obligaciones del GATS versan sobre nación más favorecida, transparencia en la regulación doméstica, acceso a mercados, y trato nacional. Las disposiciones del acuerdo de servicios pueden dar lugar a una diferencia bajo las reglas de la OMC.

Cada una de aquellas disposiciones de los acuerdos sobre inversiones se vinculan con normas del GATS. A fines de determinar los posibles conflictos derivados de la superposición de estas normas debe pues observarse en detalle el alcance y las obligaciones contenidas en ellas.

El actual marco internacional sobre inversiones extranjeras se compone por una maraña de más de 2.600 tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras que involucra hoy a más de 170 países. A esta vasta red se le suman cerca de cien tratados bilaterales, plurilaterales y regionales sobre libre comercio que incluyen normas sobre inversiones extranjeras.

Alcance y objeto de los acuerdos

De acuerdo con su artículo I, el GATS se aplica a las medidas adoptadas por los miembros que afecten al comercio de servicios. El Órgano de Apelación ha destacado el amplio alcance del acuerdo observando que la cobertura del GATS no se limita a aquellas medidas tomadas directamente en relación al comercio de servicios, sino a cualquier medida que tenga un efecto sobre el comercio de servicios en cualquiera de sus modos de provisión⁶.

La “presencia comercial”, uno de los modos de provisión de servicios cubiertos por el GATS -el llamado Modo 3- comprende, según el artículo XVIII, todo tipo de establecimiento comercial o profesional, en forma de persona jurídica dentro del territorio de un miembro con el fin de suministrar un servicio. En otros términos, el establecimiento de una empresa proveedora de servicios en el territorio otro país miembro de la OMC resulta un modo de provisión de servicios y cae, por ende, bajo la órbita de las reglas del GATS.

La superposición de las normas establecidas en el GATS y las reglas sobre promoción y protección de las inversiones extranjeras establecidas en los acuerdos de inversiones resulta evidente en tanto estos acuerdos se aplican a las inversiones extranjeras en compañías de servicios⁷.

En rigor, los TBI y

TLC tienden a cubrir, además de la inversión extranjera directa en el área de servicios, las inversiones en el área de producción de bienes y las inversiones de cartera, por lo que resultaría difícil encontrar un aspecto de la presencia comercial que no se encuentre cubierto a su vez por estos acuerdos⁸.

Obligaciones de nación más favorecida y trato nacional

Tanto los diversos acuerdos sobre inversiones cuanto el GATS incluyen normalmente la obligación de otorgar a los inversores extranjeros un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales (TN) o de cualquier otro país (NMF). Si bien estos principios son tradicionalmente un elemento clave del derecho internacional económico, y su esencia es bien comprendida, el alcance y la obligación precisa que implica cada uno queda aún sujeto a interpretación.

La redacción de estos principios no resulta uniforme ni aún entre acuerdos de inversiones, difiriendo incluso entre los diversos acuerdos concluidos por un mismo país. En particular, se destacan dos ‘modelos’ de acuerdos: los TBI ‘europeos’ suelen

limitar el alcance de estas normas al trato otorgado a la inversión una vez establecida en el territorio del país receptor; los TBI promovidos por Estados Unidos, Canadá y, más recientemente, Finlandia y Japón, así como la mayoría de los TLC con normas sobre inversiones, extienden la obligación de TN y NMF a la llamada fase de pre-establecimiento, garantizando a los inversores extranjeros iguales condiciones de entrada y establecimiento que los nacionales, o cualquier otro inversor.⁹

De esta forma, un país que ha concluido TBI con Estados Unidos y/o Canadá deberá permitir el acceso de inversores de estos países, pero, de acuerdo con la letra de los TBI de países europeos, podría limitar el acceso de los inversores de estos últimos. Sin embargo, esta facultad puede verse limitada bajo la óptica del GATS, en tanto los derechos de acceso y establecimiento de los inversores extranjeros conforman una primera área de contacto entre el GATS y los acuerdos de inversión. Las normas del GATS abarcan también las condiciones de acceso y establecimiento, de modo que, allí donde el país haya tomado compromisos específicos en el marco de la OMC, deberá permitir la entrada y el establecimiento de los inversores extranjeros. Más aún, dado el alcance incondicional del principio de NMF en el GATS, los países miembros de la OMC que hayan concluido TBI con normas sobre pre-establecimiento deberán extender estos beneficios a todos los inversores de otros países miembros¹⁰.

Los conflictos entre estos acuerdos se extienden aún a las áreas donde las principales obligaciones parecen coincidir. Esto es así a pesar de que la esencia de las obligaciones de trato ha sido reconocida en

similares términos tanto en casos de inversión como en el marco de solución de controversias en la OMC¹¹. Sin embargo, el diablo está en los detalles: sin bien los principios de nación más favorecida o trato



nacional son conceptualmente idénticos en el ámbito multilateral como en los acuerdos bilaterales, cuestiones de interpretación en cada caso pueden dar lugar a importantes contradicciones.

Por ejemplo, mientras en el marco de la OMC el Órgano de Apelación ha rechazado enfáticamente la utilización de un examen de intención y efectos (*aims and effects test*) como parámetro de análisis de trato nacional¹², paneles arbitrales en casos de arbitraje inversor-estado han recurrido a este enfoque bajo la obligación de trato nacional bajo el TLCAN¹³. Así, una norma que bajo el GATS puede ser considerada legítima y no discriminatoria, podría ser considerada discriminatoria y violatoria del trato nacional bajo un acuerdo de inversiones, a pesar de aplicarse en la misma situación y de tener la norma el mismo objeto y fin.

También la diversa redacción de las normas de TN y NMF puede dar lugar a estos conflictos. El GATS requiere que el trato nacional abarque a “proveedores de servicios similares”. Los acuerdos de inversión comúnmente requieren, en cambio, que se otorgue el mismo trato a los inversores extranjeros y nacionales “en circunstancias similares” o “situaciones similares”. La mayoría de TBI, en rigor, no establece ningún parámetro comparativo de este tipo. El estándar de comparación es un elemento clave de las obligaciones de trato, ya que determina qué sujetos o circunstancias sirven para establecer el nivel de trato que debe otorgarse: cuanto más amplio sea ese espectro, más beneficioso será el trato, y mayor el contenido de liberalización de la obligación de TN. Por este motivo, interpretaciones divergentes de estos estándares pueden otorgar un contenido muy disímil a estas obligaciones. Así, por ejemplo, mientras los términos «circunstancias similares» han sido interpretados en forma semejante al concepto de “servicios y proveedores de servicios similares” del GATS¹⁴, a la frase “situaciones similares”, utilizada en algunos TBI más antiguos de los Estados Unidos, se le ha dado en interpretaciones arbitrales un alcance mucho mayor, permitiendo comparar inversiones en sectores de la economía

tan diversos como explotación de gas natural y floricultura -un alcance improbable para las normas multilaterales¹⁵.

Trato justo y equitativo y obligaciones sobre regulación doméstica

Otro principio típico a los acuerdos sobre inversiones es la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros. Este principio apunta a complementar las obligaciones de NMF y TN estableciendo un piso mínimo de “buen” trato que se debe otorgar a los inversores del otro país, independientemente las condiciones que reciban los demás inversores. Esta obligación, propia de derecho internacional de las inversiones, no encuentra un equivalente directo dentro de las normas de los acuerdos de la OMC.

La ausencia de una norma expresa sobre TJE en el GATS no implica necesariamente que el acuerdo multilateral nada tenga que decir sobre aspectos cubiertos por este principio. Si bien el alcance y contenido sustancial de este principio permanece sujeto, en casos de arbitraje internacional en la materia, se ha establecido que el principio de trato justo y equitativo incluye obligaciones relativas a la transparencia en el accionar gubernamental; equidad en los procedimientos jurisdiccionales y debido proceso legal; y mantenimiento de conducta no-discriminatoria regida por la buena fe¹⁶.

Cada uno de estos principios y obligaciones encuentran su correlato en las disposiciones del GATS. Así, con respecto a la transparencia en la reglamentación de las inversiones, el Artículo III del GATS establece obligaciones de publicación de todas las medidas generales relativas al comercio -y a las inversiones- en materia de servicios en aquellos sectores donde se hayan tomado compromisos específicos; además, el artículo ordena que se informe al Consejo de Comercio de Servicios de la OMC de la introducción de nuevas leyes o reglamentos -o la modificación de las existentes- que afecten sustancialmente a estos servicios.

Por su parte, el artículo VI:1 del GATS sobre regulación interna requiere que los

miembros de la OMC garanticen que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera “razonable, objetiva e imparcial”. Dada la ausencia de jurisprudencia en este campo, no existe a la fecha una interpretación precisa del alcance de esta obligación, pero un artículo análogo del GATT ha sido interpretado de forma tal de aplicarse a situación de conducta arbitraria, ausencia de buena fe, falta de equidad en los procedimientos jurisdiccionales y mantenimiento de conducta no-discriminatoria regida por la buena fe -todas situaciones que a primera vista son cubiertas por el principio de trato justo y equitativo en los acuerdos de inversión¹⁷.

Las normas del GATS sobre regulación interna también establecen la obligación de cada Miembro de la OMC de asegurar el acceso a la justicia para los proveedores de servicios extranjeros. Así como en la obligación de trato justo y equitativo, la garantía de debido proceso legal se encuentra implícita en tal precepto.

No obstante las coincidencias en espíritu de estos principios, tendientes en todos los casos a fomentar la inversión extranjera y garantizar seguridad jurídica a los proveedores de servicios, la superposición de estas normas puede generar conflictos en los derechos y obligaciones de los estados involucrados. Así, los países pueden limitar el alcance de las obligaciones establecidas en los artículos III y VI del GATS omitiendo incluir determinados sectores de servicios de sus listas de compromisos, asegurándose así, por ejemplo, mayor libertad en caso de necesitar introducir un nuevo marco regulatorio. En cambio, las obligaciones de trato justo y equitativo en acuerdos de inversión son siempre generales y cubren todos los sectores.

Por otro lado, los amplios términos utilizados en estas disposiciones (“trato justo y equitativo”, “razonable, objetiva e imparcial”) dan lugar a interpretaciones diversas al momento de aplicar tales principios generales en el caso individual, dando por ende lugar a que una misma situación genere diversos derechos y obligaciones

[...] las obligaciones asumidas por los estados en el marco de los acuerdos bilaterales exceden, en muchos casos, los compromisos asumidos multilateralmente, por lo que es posible preguntarse si efectivamente tales disposiciones fueron asumidas como obligaciones o como meras declaraciones.

Esta maraña de normas sobre inversiones internacionales, parecidas pero diferentes, cumple pues sólo parcialmente su propósito de brindar mayores garantías a los inversores. A la capacidad reguladora del estado, por otro lado, le pende una espada de Damocles sobre toda medida que pueda afectar negativamente los intereses privados, aún en materias que han sido resguardadas en los acuerdos de servicios, pero no de inversiones, o viceversa.

para las partes -aún en forma contradictoria- dependiendo del acuerdo a través del cual se la mire.

Aún más, divergencias sobre el alcance del principio de trato justo y equitativo han existido y continúan existiendo aún dentro del sólo marco de los acuerdos de inversiones, a pesar de que el lenguaje utilizado por estos acuerdos tiende a ser sustancialmente idéntico.

En particular, se ha discutido si el principio de TJE contenía principios superiores al del derecho internacional consuetudinario, o era sólo una suerte de introducción de este estándar en los tratados. Luego de una extensa controversia en las decisiones arbitrales bajo el capítulo XI, los países miembros del NAFTA pusieron fin a la discusión emitiendo una aclaración interpretativa del artículo, dejando en claro que la obligación de TJE no requiere un trato más favorable que el requerido tradicionalmente por el derecho internacional. Sin embargo, esta interpretación más restrictiva está circunscripta al NAFTA, y el mismo principio puede tener un alcance superior en otros acuerdos, como ya ha experimentado Argentina en el caso Siemens¹⁸.

Excepciones generales

Finalmente, el hecho de que los acuerdos de inversiones normalmente no incluyan excepciones a sus disposiciones exacerba las posibilidades de inconsistencias entre los derechos y obligaciones que surgen de la superposición de normas entre acuerdos de inversiones y el GATS.

El artículo XIV del GATS permite que los miembros tomen o mantengan medidas que supongan un incumplimiento de sus obligaciones en el marco del acuerdo,

incluidos la prescripción de la nación más favorecida o los compromisos específicos. La norma abarca, entre otras, las medidas necesarias para proteger la moral pública y el orden público; proteger la salud de las personas y del medio ambiente; y asegurar la conformidad con leyes y reglamentos.

Los TBI normalmente no presentan una norma como ésta que permita a los firmantes apartarse de sus obligaciones para proteger otros fines legítimos de política. Así, una vez más, una medida tomada para proteger el medio ambiente que pueda tener efectos discriminatorios -por ser más onerosa para inversores extranjeros que para los nacionales- estaría conforme a derecho bajo las regulaciones del GATS, pero podría ser contraria a las obligaciones establecidas en los acuerdos de inversiones.

Conclusión: ¡vaya paradoja!

¿A quién afecta entonces este popurrí de normas que regulan en forma parecida, pero no idéntica, una misma situación?

Por un lado, los gobiernos se encuentran frente a una red de acuerdos bilaterales que otorgan cada uno individualmente la posibilidad de atacar medidas gubernamentales en tribunales arbitrales internacionales. Estas normas, sin embargo, no siempre son idénticas y muchos de los principios que establecen sólo son declaraciones generales cuyo alcance específico queda sujeto a la interpretación en cada caso. Más aún, las libertades que el estado se hubiere reservado en un acuerdo pueden estar cernidas por los términos más estrictos de otro acuerdo. Así, la capacidad reguladora del estado en materia económica queda cubierta por un manto de sospecha en cuanto afecta los intereses de inversores extranjeros.

Podría decirse entonces que los derechos de los inversores extranjeros se encuentran resguardados por las normas más estrictas de los acuerdos de inversiones. Sin embargo, es cierto también que las obligaciones asumidas por los estados en el marco de los acuerdos bilaterales exceden, en muchos casos, los compromisos asumidos multilateralmente, por lo que es posible preguntarse si efectivamente tales disposiciones fueron asumidas como obligaciones o como meras declaraciones. Frente a los acuerdos firmados con países europeos, por ejemplo, ¿realmente existe el trato nacional pleno en la etapa post-establecimiento? Los acuerdos firmados con los Estados Unidos o Canadá, por otro lado, otorgan excepciones al principio de nación más favorecida que no se encuentran a nivel multilateral -a pesar de que los acuerdos bilaterales sean posteriores.

La necesidad de interpretar armónicamente estos principios reflejados en acuerdos diversos sugiere que todas estas normas se influyen mutuamente en forma incierta. Esta maraña de normas sobre inversiones internacionales, parecidas pero diferentes, cumple pues sólo parcialmente su propósito de brindar mayores garantías a los inversores. A la capacidad reguladora del estado, por otro lado, le pende una espada de Damocles sobre toda medida que pueda afectar negativamente los intereses privados, aún en materias que han sido resguardadas en los acuerdos de servicios, pero no de inversiones, o viceversa.

La estabilidad y predictibilidad de las normas que regulan el comercio y las inversiones internacionales se ve así afectada por la multiplicidad y variedad de los acuerdos que se aplican en un mismo marco. Paradójicamente, la seguridad jurídica se reduce por la cantidad de acuerdos que la fomentan.



Notas

¹ UNCTAD, “Recent developments in international investment agreements”, en *IIA Monitor*, n. 2, 2008, pp. 2, 8-9.

² Un detalle de los acuerdos firmados por estos países puede encontrarse en los sitios web del CIADI (<http://icsid.worldbank.org>) y la CNUCED (www.unctad.org/jia).

³ El Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos (http://www.sice.oas.org/agreements_e.asp) brinda un detalle de estos acuerdos.

⁴ Jeswald W. Salacuse, “Towards a Global Treaty on Foreign Investment: the Search for a Grand Bargain”, en Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, pp. 59-60. Ver también Dolzer, Rudolf y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 10-12.

⁵ OECD, “Relationships between International Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, n. 1, 2004, p. 4.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, DS 27 (1996), DS 158 (1999) para. 220.

⁷ Rolf Adlung y Martín Molinuevo, “Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (BIT-)Smoke?”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n. 2, 2008, pp. 369-370.

⁸ Pierre Sauv e, “Qs and As on Trade, Investment and the WTO”, en *Journal of World Trade*, vol. 31, n. 8, 1997, pp. 63-65. UNCTAD, “Scope and Definition”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas,

1999, pp. 18-23.

⁹ UNCTAD, “Admission and Establishment”, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999, pp. 22-28.

¹⁰ R. Adlung y M. Molinuevo, *op. cit.*, pp. 379-381.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, para. 7.302, e, inter alia, *Feldman v. México*, Caso ICSID No. ARB(AF)/99/1 (NAFTA) (16 de diciembre, 2002), para. 181.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, para. 241.

¹³ *S.D. Myers, Inc. vs. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Primer Laudo Parcial (13 de noviembre, 2000), para. 252-255.

¹⁴ En la visión de Estados Unidos, los términos “circunstancias similares” utilizados en sus TBI y los capítulos de inversiones de los TLC son idénticos en alcance a la noción de similaridad en el GATS. Ver declaración de los Estados Unidos en WTO, *Report of the Meeting held on 19 March 2002*, Doc. OMC S/C/M/59, para. 29.

¹⁵ Ver *Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Laudo Final (1 Julio 2004), paras. 168, 173 y 176-178.

¹⁶ Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n. 3, 2005, pp. 373-374.

¹⁷ R. Adlung y M. Molinuevo, *op. cit.*, pp. 386.

¹⁸ Ver *Siemens A.G. vs. Argentine Republic*, Caso ICSID No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero, 2007), para. 292-299.