



El tratamiento a la inversión extranjera y la necesidad de un re-diseño institucional

Leonardo E. Stanley
Setiembre de 2009

Los últimos 20 años han sido testigos de un notable crecimiento en los flujos de inversión extranjera directa (IED), con la particularidad de que los fondos ahora no sólo arriban al mundo desarrollado sino que también comienzan a beneficiar a un importante número de países en desarrollo. Así, la tasa de crecimiento anual que evidencian estos flujos estará por encima de los valores observados en materia de comercio. De esta forma, la inversión directa recobrará, con creces, el protagonismo que tuviera en tiempos de la primera globalización.

Pero, sorpresivamente, y pese a la importancia creciente que evidencia la IED, resulta casi inexistente cualquier tipo de institucionalidad en la materia que evidencie un carácter multilateral. Las únicas excepciones a lo anterior se asocian con los acuerdos surgidos en el marco de la Ronda Uruguay (el Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (TRIMS) y el Acuerdo general sobre el comercio de servicios (GATS)).

Así las cosas, y frente al renovado protagonismo que adquieren los flujos de inversiones en la década del 90, se termina por consolidar un esquema institucional de carácter *sui generis*, asentado en una serie de acuerdos de carácter bilateral (los tratados bilaterales de inversión o TBIs). La proliferación de este tipo de acuerdos fue mayúscula. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), al año 2008 se acumulaba un total de 2.676 TBIs¹. Pero el tratamiento especial también surge en el ámbito sectorial, por caso, el acuerdo de protección a la inversión firmado por una serie de países del este europeo, destinado a garantizar la IED en el sector energético (el denominado *Capítulo de Energía*). Con posterioridad, el tópico comienza a verse incluido como un capítulo particular en los nuevos Tratados de Libre Comercio (TLCs), donde destaca el Capítulo 11 firmado por Canadá, EE.UU. y México en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA). Todo lo anterior ha terminado por

¹ Véase <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2310&lang=1>.



generar un complejo entramado institucional, que comúnmente se presenta bajo el rótulo de Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs), donde cualquier modificación resulta compleja.

A grandes rasgos, estos acuerdos se estructuran alrededor de dos pilares básicos: la protección de las inversiones y la consagración de un sistema de arbitraje para resolver controversias. Lo primero delimita el marco jurídico al que deben atenerse las partes, lo segundo define el ámbito donde se debaten las contravenciones surgidas a dicho marco.

Instituciones y políticas públicas: el costo de lo firmado

Si bien los primeros tratados mostraban como principal objetivo ampliar la protección otorgada a los inversores, con los firmados en la década del noventa se profundizan otros objetivos, en particular, la búsqueda de una mayor apertura y liberalización en la normativa que regula la IED. Así, estos nuevos acuerdos terminan imponiendo mayores restricciones a los países receptores.

Los beneficios hacia los inversores se verán reforzados al comenzar a divulgarse los nuevos TLCs, cuyos capítulos de inversión avanzan aún más, tanto en lo que respecta a la protección otorgada como en sus exigencias de una mayor liberalización.

De esta forma, si uno considera lo estipulado en muchas de las cláusulas que acompañan a los tratados firmados por EE.UU. recientemente (tanto en lo que respecta a lo acordado en los TLCs como en lo pautado en los TBIs, modelo 1994), rápidamente se observa que éstas terminan modelando un esquema regulatorio altamente restrictivo para la contraparte (vgr.: país en desarrollo). Estos tratados prohíben al país huésped introducir cualquier tipo de requerimientos de desempeño – ampliando lo originalmente estipulado en el marco del acuerdo TRIMS. También estos acuerdos avanzan en sus exigencias con respecto a la liberalización del sector servicios, como puede ser el caso de las compras públicas así como también las vigentes sobre el sector financiero. Las mayores exigencias también surgen en materia de propiedad intelectual, avanzando por sobre lo estipulado en el Acuerdo sobre los aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual en el Comercio (ADPIC ó



TRIPS), lo cual ha llevado a catalogar a estos tratados con el nombre de TRIPS-plus. También afectan las decisiones soberanas en materia de políticas de empleo, al impedir al país huésped la introducción de cualquier tipo de restricción en materia de contratación de personal. Independientemente de estas restricciones, que en mayor o menor medida podrían vincularse con la política industrial, este tipo de acuerdo también ha avanzado en imponer fuertes límites en otras áreas. Así, temerosos de verse envueltos en costosas disputas legales, numerosos gobiernos terminan por no introducir cambios en materia laboral o ambiental.

En definitiva, al momento de analizar en detalle, se constata que estos acuerdos inducen al país huésped a una mayor apertura de su mercado interno a favor de los inversores extranjeros, al tiempo que le imponen una mínima interferencia con las operaciones de las empresas transnacionales.

Nuevas instituciones: el tratamiento preferencial genera conflictos

Como era de esperar, todo lo anterior ha abierto las puertas al conflicto. Pero a diferencia de lo que se observa en el ámbito comercial, donde las disputas continúan siendo dirimidas entre estados soberanos, aquí los inversores pueden demandar al país huésped de manera directa ante un tribunal arbitral. Lo anterior ha llevado al Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), a cobrar gran notoriedad: actualmente hay unas 127 causas pendientes de resolución, según la información disponible en la página web del CIADI².

Con casi un medio centenar de causas ante estos tribunales, la Argentina se convertirá en un actor principal del esquema arbitral. La mayoría de los pleitos fueron originados por inversores extranjeros con participación en empresas prestadoras de servicios públicos, quienes demandaron al país ante la prohibición de ajustar tarifas en dólares que impuso la salida del régimen de convertibilidad. Pero, ante las garantías otorgadas, también se iniciaron otras demandas que bien podrían calificar como de calidad dudosa. Debe destacarse, asimismo, el hecho de que entre las últimas demandas iniciadas contra la Argentina se observan 3 que han surgido de diversos grupos de tenedores de bonos que no adhirieron al canje propuesto por

² Véase :

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home.



el gobierno (*holdouts*), cuya validación puede tener importantes consecuencias en el ámbito de la (endeble) arquitectura financiera internacional.

Con posterioridad, el esquema comienza a ser utilizado por un grupo de inversores extranjeros con intereses en Bolivia, Ecuador y Venezuela. Aunque, a fuerza de verdad, debe reconocerse el escaso interés que mostró el esquema entre los inversores extranjeros allí establecidos, pese a los profundos cambios institucionales introducidos en los últimos años por cada uno de esos países. Ello resalta la menor relevancia que adquieren las normas y los contratos cuando la disputa involucra activos estratégicos (vgr.: recursos energéticos).

En otros casos, la aprehensión a verse enfrentados con los inversores termina por relegar el reclamo de las comunidades locales en materia ambiental, laboral o cultural, temor que puede observarse en la conducta de numerosos países de la región. Pese a todo, algunos reclamos comienzan a hacerse oír, en particular en aquellos países que han firmado acuerdos de libre comercio con EE.UU. y que comienzan a sentir el peso de las mayores obligaciones impuestas por estos acuerdos, al tiempo que las promesas de mejoras en el comercio continúan dilatándose o no resultan tan halagüeñas. A nivel sectorial, la minería se está convirtiendo en uno de los sectores más problemáticos entre los países de las regiones andina y centroamericana.

Algunos aspectos que sirven para enmarcar el debate actual

Los “excesos” que acompañan al esquema descrito terminarán por afectar a un grupo importante de países, tanto en desarrollo como desarrollados (e.g.: TLCAN). Pero, pese a lo generalizado del esquema, las disputas solo afectaron a un grupo de países en desarrollo, pero no a todos.

Dicha “no generalización” obedeció a una serie de causas.

Entre los países del sudeste asiático el esquema CIADI prácticamente no resultó utilizado. En algunos casos, ello surge como consecuencia de una menor apertura al capital extranjero y/o una menor liberalización de la IED. Así, a diferencia de lo observado en Latinoamérica, numerosos países del sudeste asiático



continuaron aplicando numerosas trabas burocráticas a la IED entrante, incluida la necesidad de registro previo, al tiempo que la entrada se hallaba permitida a un conjunto de sectores autorizados. Ello explica la casi inexistencia de pleitos que muestran estos países en la actualidad.

Pero lo anterior no explica la ausencia de pleitos en aquellos casos nacionales en los que la IED sí resultó relevante. La escasa conflictividad que evidencian estos países podría vincularse con la mayor relevancia del sector manufacturero como destino de la IED, tanto como con el mayor protagonismo que tuvieron los inversores intra-zona. Aunque hay varios países que podrían calificar en este grupo, sin lugar a dudas China resulta el caso más destacado.

Este país se convertirá en uno de los destinos más buscados por los inversores extranjeros, en particular, con posterioridad al año 1992. A partir de dicho año, la IED entrante batió récord tras récord, lo que permitió a China convertirse en uno de los principales destinos – sobrepasando a EE.UU. en el primer lugar en el año 2002. Sin embargo, y pese a mantener más de 120 acuerdos en vigencia, China no presenta ninguna demanda frente a los tribunales internacionales. Ello es así porque las garantías formalmente otorgadas en los acuerdos terminaron siendo nulas. En particular, los inversores extranjeros sólo tenían permitido acudir a los tribunales de arbitraje para discutir el monto de compensación, monto que surgiría de un tribunal local que fallase en caso de expropiación. Como resulta esperable, ningún inversor llegó a dicha instancia. Sólo recientemente China reconoce la jurisdicción del CIADI y permite que los inversores recurran a estos tribunales para ventilar sus pleitos. No debe sorprender que entre los aspectos que incidieron para que China cambiara su actitud a comienzos del milenio se encuentran el rol que este país adquiere como exportador de capitales y el grado de desarrollo que adquirió su economía.

Si se sigue con el análisis al interior del grupo BRICs (acrónimo por el colectivo que conforman Brasil, Rusia, India y China), se ve que tampoco Rusia se caracterizó por ampliar las garantías a los inversores extranjeros. Aunque, en este caso, la falta de causas abiertas obedece más a la escasa participación que mostraron los inversores extranjeros al momento de lanzarse el proceso de privatización. Pero, pese a todo, las escasas causas surgidas, por caso, las iniciadas



por un grupo de inversores extranjeros con participación en la fallida petrolera *Yukos*, han sido desestimadas por las autoridades rusas.

La India mostró mayor gradualismo en su apertura, lo cual minimizó el espacio para las disputas. Pese a ello, ese país firmó un número importante de tratados (más de 50) que, como resulta esperable, terminaron por restringir su espacio de política. En función de lo anterior, y luego de verse envuelta en una serie de demandas internacionales, la India comenzó un proceso de renegociación de sus antiguos tratados con vistas a recuperar su autonomía en el manejo de la cosa pública. En este sentido, el acuerdo firmado con Singapur en julio del 2005 resulta relevante. En primer lugar, el citado acuerdo introduce significativas excepciones a la cláusula de expropiación, la mayoría de las cuales se vinculan con el reconocimiento de tópicos ambientales y de seguridad. El acuerdo también reconoce la posibilidad de otorgar un tratamiento especial en materia de seguridad sanitaria (humana, animal o vegetal), tanto como la introducción de medidas tendientes a la defensa del patrimonio artístico, histórico y arqueológico, así como aquellas destinadas al mantenimiento del orden público. Un último aspecto, y sin duda, uno de los más novedosos, se vincula con la ausencia del esquema de arbitraje inversor privado-Estado, lo cual limita la posibilidad de extraterritorialidad jurídica. Asimismo, debe destacarse que este país todavía no ha dado su adhesión al esquema CIADI, actitud que también mantiene Brasil.

Este último país ha observado una conducta mucho más cautelosa en materia institucional, pese a la importante transformación en el modelo económico que evidenció en la pasada década. Así, pese a haber firmado 14 tratados bilaterales de inversión, el Congreso nunca terminó por ratificarlos. Ante la persistencia de tal actitud, en diciembre del 2003 el poder ejecutivo decide retirar los citados acuerdos del Congreso. Tampoco ha ratificado la Convención, ni devenido miembro del CIADI. Lo que es más, a diferencia de muchos países en desarrollo, Brasil ha mantenido diversas excepciones al trato nacional, así como tampoco ha aceptado incluir la denominada cláusula Hull en los convenios que ha firmado³. Todo lo anterior ha llevado a que Brasil fuera catalogado por muchos como ofreciendo estándares legales que se hallan por debajo de lo habitual.

³ Dicha cláusula establece una compensación “pronta, adecuada y efectiva” en caso de expropiación.



Los ejemplos previos destacan cómo un grupo de países emergentes ha podido diferenciarse y utilizar su poder de negociación para obtener mayores concesiones de los inversores extranjeros. Ciertamente, su comportamiento también les permitió disminuir los riesgos de verse envueltos en costosas disputas legales. No debe olvidarse que, una gran mayoría de países del sudeste asiático limitó el acceso a los tribunales del CIADI, sea de manera directa (desconociendo este tribunal) o bien indirecta (priorizando otras alternativas como, por ejemplo, la vía diplomática o la justicia local). Así, el mayor ejemplo que puede extraerse de estos países es que en su gran mayoría no descuidaron sus prioridades de desarrollo al momento de firmar estos acuerdos.

Conclusiones

Desde la salida de la posguerra, la relación entre inversores extranjeros y países huéspedes ha mostrado una naturaleza cíclica. Esto refleja la imposibilidad de alcanzar algún tipo de consenso entre países exportadores e importadores de capital. Como consecuencia de ello, la búsqueda de cualquier acuerdo a nivel multilateral resultó infructuosa, ya sea en el ámbito reducido de la OCDE - cuya iniciativa de acuerdo fracasara a mediados de los 90s-, ya sea en el marco de la Ronda Doha de la OMC. Así las cosas, lo anterior terminó por generalizar un esquema contractual con marcado sesgo pro-inversor, principalmente utilizado para introducir mayores exigencias.

Ante esta situación, y como consecuencia del avance (de los reclamos de los inversores) por sobre el derecho soberano de los pueblos, se ha lanzado un debate acerca de la legitimidad de este tipo de esquema. Hasta el momento, han sido los países en desarrollo los que soportaron los mayores costos en materia de autonomía de políticas. Lo anterior ha influido para que un grupo de países (originalmente Bolivia, y recientemente Ecuador) se haya decidido a abandonar el esquema y reclamar un "nuevo orden" en la materia. Lo que todavía no se sabe es si estos reclamos expresan un discurso del pasado, que refleja la relación tortuosa que ha mostrado América Latina a lo largo de la historia, o bien, representan la voz del mañana, lo que convertiría al reclamo de estos países en la "punta de la lanza" de un movimiento que puede sólo crecer a futuro.

Históricamente, las crisis no sólo han generado fuertes cambios en materia económica sino que también terminaron induciendo profundos replanteos institucionales. Ello también se observa en estos días. Actualmente existe un amplio



consenso en pos de modificar las instituciones multilaterales, fundamentalmente aquellas ligadas a las finanzas internacionales. Pero, a excepción de unos pocos, no parece existir mayor interés por avanzar hacia una nueva institucionalización en lo que hace al tratamiento a la inversión extranjera.

Sin embargo, existen esperanzas en que ello cambie en un futuro próximo. En el mejor escenario, ello implicaría la irrupción de un marco multilateral, aunque esto parece imposible de alcanzar en el corto plazo. Sí podría esperarse un cambio en el ámbito regional, a partir de una mayor coordinación de políticas en la materia, tanto como a partir de la generación de una alternativa institucional al esquema actual. Sin duda, ello beneficiaría a un grupo de países que bien podrían calificar como “desencantados” del esquema en vigencia y que, ante la situación actual, están optando por retirarse del mismo. Para aquellos que nunca estuvieron, como es el caso del Brasil, la posibilidad de plantear una vía alternativa puede ayudar a frenar la creciente presión que viene siendo ejercida por diversos sectores internos para que el país adhiera al esquema bilateral vigente sin más. En definitiva, lo que se pretende es un nuevo marco normativo que reconozca una relación más equilibrada entre las partes. Ello no tendría por qué desincentivar la llegada de inversores, aunque tampoco debería permitir la irrupción de conductas antojadizas por parte de los gobiernos.