

Dr. Xavier Fernández Pons
Profesor Titular de Derecho Internacional Público – U. de Barcelona
E-mail: xavierfernandez@ub.edu

REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS



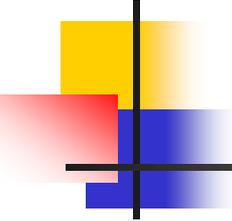
ESQUEMA

1. Inversiones extranjeras: noción y regulación
2. Evolución de la regulación internacional de las inversiones extranjeras
3. Tratados bilaterales sobre inversiones extranjeras (TBIs)
4. Tratados comerciales regionales con previsiones sobre inversiones extranjeras
5. Tratados multilaterales de vocación universal sobre inversiones extranjeras



1. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: NOCIÓN Y REGULACIÓN

- Las inversiones extranjeras son un ámbito clave de las relaciones económicas internacionales
- La globalización de los mercados se caracteriza, particularmente, por un gran aumento de las inversiones extranjeras, ligado a la expansión de las empresas transnacionales y a la llamada “deslocalización”
- Noción de inversión extranjera:
 - Haber (activo económico) del que es titular, en un Estado, una persona (jurídica o física) “extranjera”
 - El haber puede consistir en: empresas (filiales o sucursales) de capital extranjero, acciones, bienes inmuebles, depósitos bancarios, bonos del Estado, concesiones administrativas...
- Distinción entre:
 - Inversión extranjera directa (IED)
 - Inversión extranjera de cartera o “portfolio”



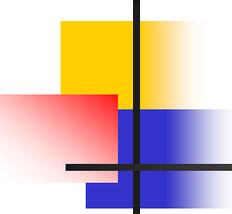
1. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: NOCIÓN Y REGULACIÓN

- **Normas de Derecho interno de los Estados:**

- Principalmente, la legislación interna del Estado receptor (general y específica sobre inversiones extranjeras) regula las condiciones de acceso, permanencia y retirada de la inversión extranjera
- Ejemplo español: Ley 18/1992 por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España; Real Decreto 664/1999 y otras normas de desarrollo

- **Normas de Derecho internacional público:**

- Tratados internacionales: bilaterales, regionales y multilaterales de vocación universal (ausencia de un gran acuerdo multilateral a nivel mundial que se ocupe con carácter general de las inversiones extranjeras; sólo "sectoriales")
- Costumbres internacionales (por ejemplo, en materia de compensación por posibles expropiaciones)



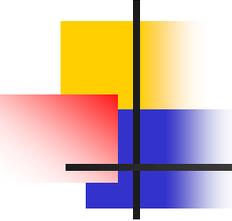
2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

- Es un régimen muy influido por relaciones políticas y económicas internacionales. Cabe plantear la distinción entre cuatro etapas, con un vaivén entre períodos más “foreign investor friendly” y períodos más “host State friendly”:
- **Primera etapa - Desde siglo XIX hasta 1960**
 - Países más desarrollados tratan de impulsar un régimen internacional muy favorable al inversor extranjero. En el siglo XIX se empezaron a celebrar numerosos tratados de “amistad, comercio y navegación” de carácter bilateral, incluyendo temas sobre inversiones extranjeras
 - También se consolidan costumbres internacionales en materia de expropiación o nacionalización de inversiones extranjeras, requiriendo que se dé una compensación adecuada, pronta y efectiva (fórmula que sintetizó Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos (1933-1944))
 - El inversionista extranjero con problemas con el Estado receptor solía ser asistido por su Estado de origen, a través de la llamada figura de la “protección diplomática”. Algunos países latinoamericanos tratan de impedirlo sirviéndose de la llamada “Cláusula Calvo”, ideada por el jurista y diplomático argentino Carlos Calvo (1824-1906)



2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

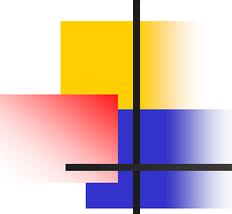
- **Segunda etapa - Décadas de 1960, 1970 y 1980**
 - Los países en desarrollo (PED) se suelen mostrar menos favorables a las inversiones extranjeras, reivindicando un mayor papel del Estado receptor para regularlas en función de sus propios intereses y prioridades nacionales
 - Desde la Asamblea General de la ONU, se impulsan resoluciones (jurídicamente no vinculantes) para fortalecer la posición de los Estados receptores frente al inversor extranjero
 - Res. 1803 (XVII) de 1962, sobre "Soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales"
 - Res. 3281 (XXIX) de 1974, sobre "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados"
 - Ejemplo: art. 2.a): "[...] Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera"
 - Se impulsan cambios en compensación por expropiación (meramente "apropiada"), que la costumbre internacional tiende a incorporar y se insiste en la necesidad de resolver controversias en tribunales internos del Estado receptor



2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

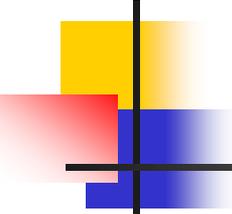
■ Tercera etapa – Años 90 y primeros 2000

- Impulso de políticas neoliberales, favorecedora de la apertura a las inversiones extranjeras y de dar una elevada protección a las mismas, siendo una etapa muy “foreign investor friendly”
- Se celebran numerosos tratados bilaterales sobre inversiones (TBIs) que incluyen facilidades, incentivos y garantías para el inversor extranjero (“concurso de belleza” entre PED para atraer al capital extranjero)
- En materia de expropiación, se suele adoptar la “fórmula Cordell Hull” (Díez de Velasco: “retorno al pasado”)
- En solución de controversias, se prefiere el arbitraje internacional (inversor extranjero contra Estado receptor), complementado con un posible ulterior recurso a la “protección diplomática” del Estado de origen



2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

- **¿Cuarta etapa? Desde, aproximadamente, la crisis de 2008 estamos en una “encrucijada” (cruce de diversas tendencias opuestas)**
 - Muchos TBIs celebrados en los años noventa y primeros 2000 siguen en vigor y se mantienen, en buena parte, las características de dicha etapa
 - Pero, en algunos países, se han venido dando cambios de tendencia, evidenciando una revalorización de la soberanía del Estado y de sus prioridades de política nacional en la regulación de las inversiones extranjeras
 - La pandemia por COVID-19 ha contribuido a incrementar el papel de los Estados en la gestión de la economía y de las inversiones extranjeras
 - Incluso la UE promueve actualmente un mayor control y limitación de ciertas inversiones extranjeras originarias de terceros países, particularmente en algunos sectores estratégicos (industria de armamento, robótica, inteligencia artificial, energía...)
 - La agresión de Rusia a Ucrania a partir del 24 de febrero de 2022 y las sanciones económicas desplegadas evidencian crecientes tensiones a escala internacional, que erosionan el modelo de la globalización neoliberal...



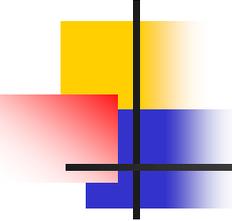
3. TRATADOS BILATERALES SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS (TBIs-BITs)

- **Contenidos habituales de los TBIs:**

- Definición de las inversiones extranjeras cubiertas
 - Son usuales definiciones amplias, que cubren IED y de cartera (*portfolio*)
- Acceso de las inversiones extranjeras
 - Muchos se remiten a lo que dispongan las legislaciones internas
 - Algunos, principalmente los celebrados por Estados Unidos, incluyen obligaciones de acceso (salvo, en su caso, en algunos sectores estratégicos)
- Trato interno "post-establecimiento": trato NMF, trato nacional, trato "justo y equitativo" e incentivos
- Posibles expropiaciones: suele incluirse la "fórmula Cordell Hull"
 - Son usuales previsiones sobre posibles expropiaciones indirectas o medidas equivalentes a una expropiación
- Liberalización de "transferencias"
 - "Repatriación" de beneficios y de liquidación de inversiones
- Solución de controversias: usual previsión de un arbitraje internacional entre el inversor extranjero y el Estado receptor

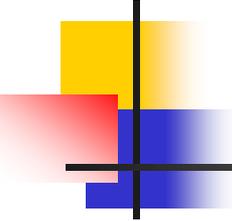
4. TRATADOS COMERCIALES REGIONALES CON PREVISIONES SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

- Desde los años noventa también se ha asistido a un creciente protagonismo de tratados comerciales regionales, particularmente de tratados de libre comercio (TLCs), en la regulación de las inversiones extranjeras
- Los TLCs tradicionalmente se centran en la eliminación de aranceles aduaneros y de cuotas al comercio de mercancías entre las partes. Pero, progresivamente, los TLCs y otros acuerdos comerciales regionales han venido incluyendo otros contenidos, entre los que suele destacar un capítulo dedicado específicamente a la promoción y protección de las inversiones extranjeras
 - El NAFTA-TLCAN, firmado en 1992 y en vigor desde 1994 (reemplazado desde julio de 2020 por el USMCA/T-MEC o "NAFTA 2.0"), puede considerarse como uno de los tratados comerciales regionales pioneros en esta tendencia y su modelo ha venido inspirando numerosos TLCs y las más recientes negociaciones sobre acuerdos comerciales "mega-regionales"
 - Ejemplo práctico: Asunto Metalclad c. México, CIADI, Laudo 30 de agosto de 2000
 - <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>



5. TRATADOS MULTILATERALES DE VOCACIÓN UNIVERSAL SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

- Ausencia, como se ha avanzado, de un acuerdo internacional de vocación universal que se ocupe con carácter general de las inversiones extranjeras
- Intentos fallidos:
 - Carta de La Habana de 1948, fortalecía la posición del Estado soberano receptor de la inversión extranjera
 - OCDE: Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), de inspiración muy neoliberal, se empieza a negociar en 1995 y es descartado en 1998
 - OMC: Declaración de Doha de 2001, inicialmente se incluye el tema “inversiones y comercio” en la Ronda, luego descartado



5. TRATADOS MULTILATERALES DE VOCACIÓN UNIVERSAL SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

- Tratados multilaterales que se ocupan, parcialmente, de ciertos aspectos relativos a las inversiones extranjeras
 - OMC:
 - AGCS-GATS cubre, parcialmente, inversiones en servicios (la llamada "presencia comercial")
 - Acuerdo MIC (Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio): aspecto muy específico, prohíbe a los Estados, con carácter general, obligar al inversor a adquirir "suministros" en el Estado receptor...
 - Banco Mundial:
 - Convenio de Washington de 1965, crea el CIADI-ICSID (Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones)
 - Convenio de Seúl de 1985, crea la AMGI-MIGA (Agencia u Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones)