

Manual de la APEC sobre obligaciones en los tratados internacionales de inversiones



**Asia-Pacific
Economic Cooperation**

APEC Committee on Trade
and Investment (CTI)

APEC No.:
219-CT-03.5

ISBN No.:
978-981-14-3960-5

The original language of the official document APEC Handbook on Obligations in International Investment Treaties, APEC No.: 219-CT-03.5, is English. It has been translated into Spanish by Facundo Pérez-Aznar in October 2024, and is reproduced with the permission of the APEC Secretariat. APEC does not assume responsibility for any errors contained herein.

El idioma original del documento oficial Manual de la APEC sobre obligaciones en los tratados internacionales de inversiones, Número APEC: 219-CT-03.5, es el inglés. Ha sido traducido al español por Facundo Pérez-Aznar en octubre de 2024 y se reproduce con autorización de la Secretaría de APEC. APEC no asume responsabilidad por los errores contenidos en este documento.

Este manual ha sido preparado por el profesor N. Jansen Calamita, del Centre for International Law de la Universidad Nacional de Singapur (Singapore). Ha sido financiado por el Gobierno de Australia a través del Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio. Las opiniones expresadas en este manual son únicamente del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del Gobierno de Australia.

La información contenida en este manual se proporciona únicamente con fines educativos y no constituye, ni pretende constituir, asesoramiento jurídico. Este manual contiene información general y puede no reflejar los avances o la información jurídica actuales. Este manual no representa las opiniones, la interpretación jurídica ni la posición jurídica de ningún gobierno.

Los lectores de este manual no deben actuar o abstenerse de actuar sobre la base de la información incluida en este manual sin buscar el asesoramiento jurídico adecuado sobre los hechos y circunstancias particulares en cuestión.

Este manual ha sido traducido del inglés por el Dr. Facundo Pérez-Aznar.

El traductor asume toda la responsabilidad por la exactitud de la traducción. APEC no asume ninguna responsabilidad por la traducción o su uso. En caso de cualquier controversia, las partes deben tener en cuenta que APEC considera que el texto en idioma inglés es la versión final y verdadera.

Las opiniones expresadas en este manual, o el contenido de las decisiones arbitrales mencionadas, no necesariamente reflejan las opiniones del traductor.

Contenido

Mensajes clave	02
Introducción	03
La importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de inversiones	04
I. La inversión extranjera y su papel en la economía	06
II. Tratados internacionales de inversiones y reclamos de inversionistas extranjeros	08
III. Inversionistas protegidos por los tratados de inversiones	17
IV. Obligaciones en virtud de los tratados de inversiones	22
1. La obligación de no discriminación	24
2. La obligación de “trato justo y equitativo”	27
3. La obligación de proporcionar “protección y seguridad plenas”	37
4. La protección contra la expropiación ilegal	39
5. La obligación de “cumplir los compromisos”	44
6. La obligación de permitir la libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones	46
Conclusión	49
Lista de verificación para la toma de decisiones	50

Mensajes clave

- * La inversión extranjera puede ser una fuente importante de crecimiento económico, ya que aporta capital, tecnología y conocimientos técnicos adicionales.
- * Para fomentar y proteger la inversión extranjera, los gobiernos celebran tratados internacionales de inversiones que prohíben las medidas injustas, discriminatorias o expropiatorias contra los inversionistas extranjeros.
- * Si alguna parte del gobierno (a nivel central, regional o local) viola alguna obligación contenida en un acuerdo de inversiones, un inversionista extranjero puede reclamar al estado receptor de la inversión a través un arbitraje internacional.
- * Los reclamos ante tribunales arbitrales de inversiones son costosos de defender y pueden dar lugar a grandes indemnizaciones monetarias contra el estado receptor de la inversión.
- * Al ejercer funciones gubernamentales, es posible que no se tenga forma de saber que un inversionista extranjero protegido se verá afectado por una decisión o acto del estado.
- * Es importante familiarizarse con los tratados internacionales de inversiones del estado y actuar siempre teniendo en cuenta esos tratados.
- * Puede consultarse la “Lista de verificación para la toma de decisiones” en este Manual para obtener orientación.



Debe tenerse en cuenta que este Manual no sustituye el asesoramiento jurídico especializado. Si se tiene alguna pregunta o inquietud sobre cómo se aplican las obligaciones descritas en este Manual al trabajo diario o en las interacciones con un inversionista individual, debe buscarse asesoramiento legal especializado lo antes posible.

Introducción

Este Manual ofrece una visión general de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de inversiones y los riesgos que enfrenta un gobierno en caso de que sus funcionarios violen dichas obligaciones. Adopta un enfoque práctico, abordando conceptos clave mediante un formato de preguntas y respuestas y proporcionando ejemplos. También incluye una “Lista de verificación para la toma de decisiones” para ayudar a dar significado a estos conceptos en el trabajo diario del gobierno. Este documento tiene como objetivo proporcionar información a los funcionarios gubernamentales en todos los niveles y en todas las ramas (ejecutivo, legislativo, judicial), la cual les ayudará a evitar violar las obligaciones internacionales aplicables a las inversiones extranjeras que potencialmente pueden desencadenar una controversia internacional de inversiones.

Debe tenerse en cuenta que este Manual no sustituye el asesoramiento legal especializado. En cambio, se pretende que el contenido permita a los funcionarios entender mejor los tipos de obligaciones a los que pueden estar sujetos y cuándo buscar asesoramiento legal especializado en casos específicos. Debe tenerse en cuenta que el momento de cualquier solicitud de asesoramiento legal especializado depende de las circunstancias de cada caso y del nivel de experiencia de quienes actúan en la toma de decisiones. Sin embargo, siempre es preferible buscar asesoramiento jurídico antes de que un asunto esté tan avanzado que se haya producido un daño irreparable a los intereses del gobierno o a los derechos de las personas afectadas.



La importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de inversiones

La inversión extranjera se puede encontrar en prácticamente todos los sectores de la economía y los inversionistas extranjeros interactúan directa e indirectamente con funcionarios de todos los niveles y ramas del gobierno.

Todas las economías de la APEC han asumido compromisos vinculantes en materia de tratados de inversiones. Estos tratados se aplican generalmente a la conducta de todas las entidades gubernamentales, independientemente del nivel de gobierno (central, regional, local) y de la rama gubernamental (ejecutiva, legislativa y judicial).



Las violaciones a un tratado de inversiones son un asunto grave. Si una entidad gubernamental toma una medida contraria a las obligaciones contenidas en un tratado de inversiones, esa acción puede generar una responsabilidad costosa para el gobierno. Esto podría requerir potencialmente el pago de millones de dólares en compensación, dañar la reputación del estado como un buen lugar para invertir y limitar la capacidad del estado para atraer inversión extranjera en el futuro.

Para garantizar que las acciones gubernamentales sean coherentes con las obligaciones en virtud de los tratados de inversiones, es esencial que los funcionarios gubernamentales de todos los niveles y ramas del gobierno:

- * conozcan las obligaciones del gobierno en virtud de los tratados de inversiones;
- * comprendan cómo se relacionan las obligaciones de los tratados con la formulación y la implementación de políticas nacionales; y
- * garanticen que haya comunicación y consulta oportuna dentro del gobierno respecto de la aplicación de estas obligaciones a las decisiones vinculadas con los inversionistas y las inversiones.



I

La inversión extranjera y su
papel en la economía

I

¿QUÉ ES LA INVERSIÓN EXTRANJERA?

En términos generales, la inversión extranjera implica que una persona o entidad legal de una economía realice una inversión en otra economía que involucre una transferencia de fondos o capital a la economía en la que se realiza la inversión.

¿POR QUÉ LAS ECONOMÍAS RECEPTORAS TRATAN DE ATRAER INVERSIONES EXTRANJERAS?

La inversión extranjera puede ser una fuente de crecimiento y desarrollo económico. En determinadas circunstancias, la inversión extranjera puede implicar no sólo la introducción de capital en la economía receptora de la inversión, sino también nueva tecnología, mejores prácticas comerciales y conocimientos técnicos. La inversión extranjera puede servir para fortalecer el potencial exportador, crear empleo local, estimular la competencia en la economía nacional y promover la modernización.

¿CÓMO DECIDEN LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS DÓNDE INVERTIR?

Hay muchos factores diferentes que afectan en dónde deciden invertir los inversionistas extranjeros. Si bien los factores comerciales tienden a ser los más importantes, es probable que los inversionistas extranjeros también consideren otros factores, como la facilidad para hacer negocios, la infraestructura disponible y el sistema legal de la economía en la que se realiza la inversión.

¿CUÁNTA INVERSIÓN EXTRANJERA HAY EN LA APEC?

Se estima que los flujos de inversión extranjera directa (IED) en las economías de la APEC en 2018 ascendieron a USD 838 mil millones y los flujos de salida a USD 521 mil millones. Durante el mismo período, los niveles estimados de los flujos de IED entrantes y salientes en las economías de la APEC ascendieron a USD 17.000 mil millones cada uno.¹

II

Tratados internacionales de inversiones y reclamos de inversionistas extranjeros

II

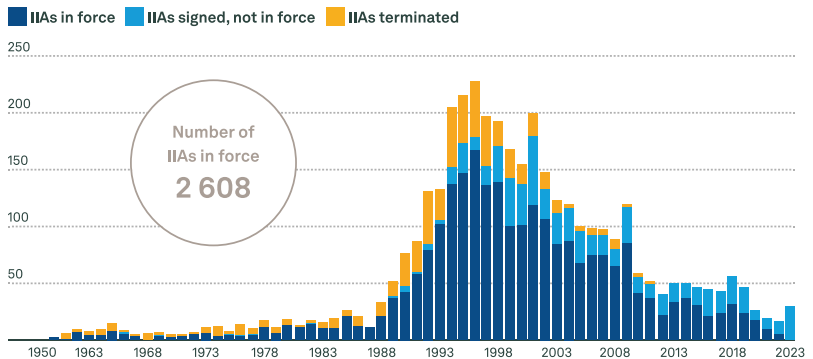
¿QUÉ SON LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES?

Un tratado internacional de inversiones es un tratado celebrado entre economías (normalmente dos, a veces más) con el objeto de promover y proteger la inversión extranjera. Estos suelen adoptar la forma de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) o, cada vez más, capítulos sobre inversiones que se encuentran en los Tratados de Libre Comercio (TLC).

Los tratados de inversiones hacen dos cosas:

1. Crean obligaciones para el gobierno de la economía en la que se realiza una inversión (la “**economía receptora de la inversión**”) de tratar a los inversionistas extranjeros de acuerdo con estándares particulares que se establecen en el tratado.
2. **Casi siempre** otorgan a los inversionistas extranjeros el derecho a presentar reclamos compensatorios contra la economía receptora de la inversión por la violación de los estándares de trato contenidos en el tratado.

Actualmente hay más de 2.500 tratados de inversiones en vigor en todo el mundo. Todas las economías de la APEC han firmado al menos un tratado de inversiones.



Source: UNCTAD, IIA Navigator database, accessed 25 March 2024.

Note: The UNCTAD IIA Navigator is updated continuously as new IIA-related information becomes available.

Abbreviations: IIA = international investment agreement.

Fuente: UNCTAD, World Investment Report 2024.

¿POR QUÉ LAS ECONOMÍAS CELEBRAN TRATADOS DE INVERSIONES?

El objetivo de los tratados de inversiones es doble: (1) ayudar a establecer un clima de inversiones que atraiga la inversión extranjera y fomente su establecimiento en la economía receptora y (2) proteger a los inversionistas extranjeros en los mercados extranjeros.

¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DE LA ECONOMÍA RECEPTORA EN VIRTUD DE UN TRATADO DE INVERSIONES?

Cada tratado de inversiones es diferente, pero existen similitudes entre casi todos ellos. En general, las obligaciones sustantivas de la economía receptora de la inversión incluyen:

1. Requisito de “no discriminación”
2. Requisito de trato “justo y equitativo”
3. Requisito de brindar “protección y seguridad plenas”
4. Prohibición contra la expropiación ilegal
5. La obligación de “observar los compromisos”
6. Garantía de libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones

A continuación se ofrecen ejemplos de lo que exigen estas obligaciones y cómo pueden aplicarse en el funcionamiento cotidiano del gobierno (**Sección IV - Obligaciones en virtud de los tratados de inversiones**).

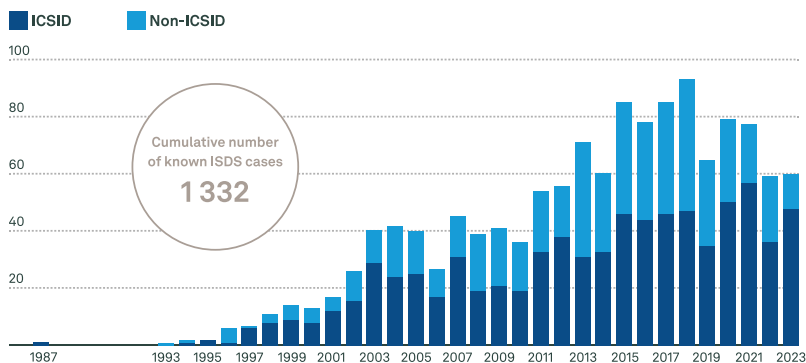


¿QUÉ SUCEDE SI HAY UNA CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSIONISTAS EXTRANJERO Y LA ECONOMÍA RECEPTORA SOBRE LAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DE UN TRATADO DE INVERSIONES?

Los tratados de inversiones casi siempre contienen un mecanismo obligatorio para la solución de controversias entre inversionistas extranjeros protegidos y la economía receptora de la inversión. Si el inversionista considera que la economía receptora no lo ha tratado de conformidad con el tratado, puede presentar un reclamo por daños monetarios contra la economía receptora utilizando el mecanismo de resolución de controversias del tratado. Esto generalmente implica recurrir a un tribunal arbitral independiente.

¿SON POCO COMUNES LOS RECLAMOS DE INVERSIONISTAS EN VIRTUD DE TRATADOS DE INVERSIONES?

Los reclamos de inversionistas extranjeros en virtud de tratados de inversiones son cada vez más comunes. A fines de 2023, había un total de más de 1.330 reclamos presentados por inversionistas en virtud de tratados de inversiones contra aproximadamente 120 economías receptoras de inversiones en todo el mundo.

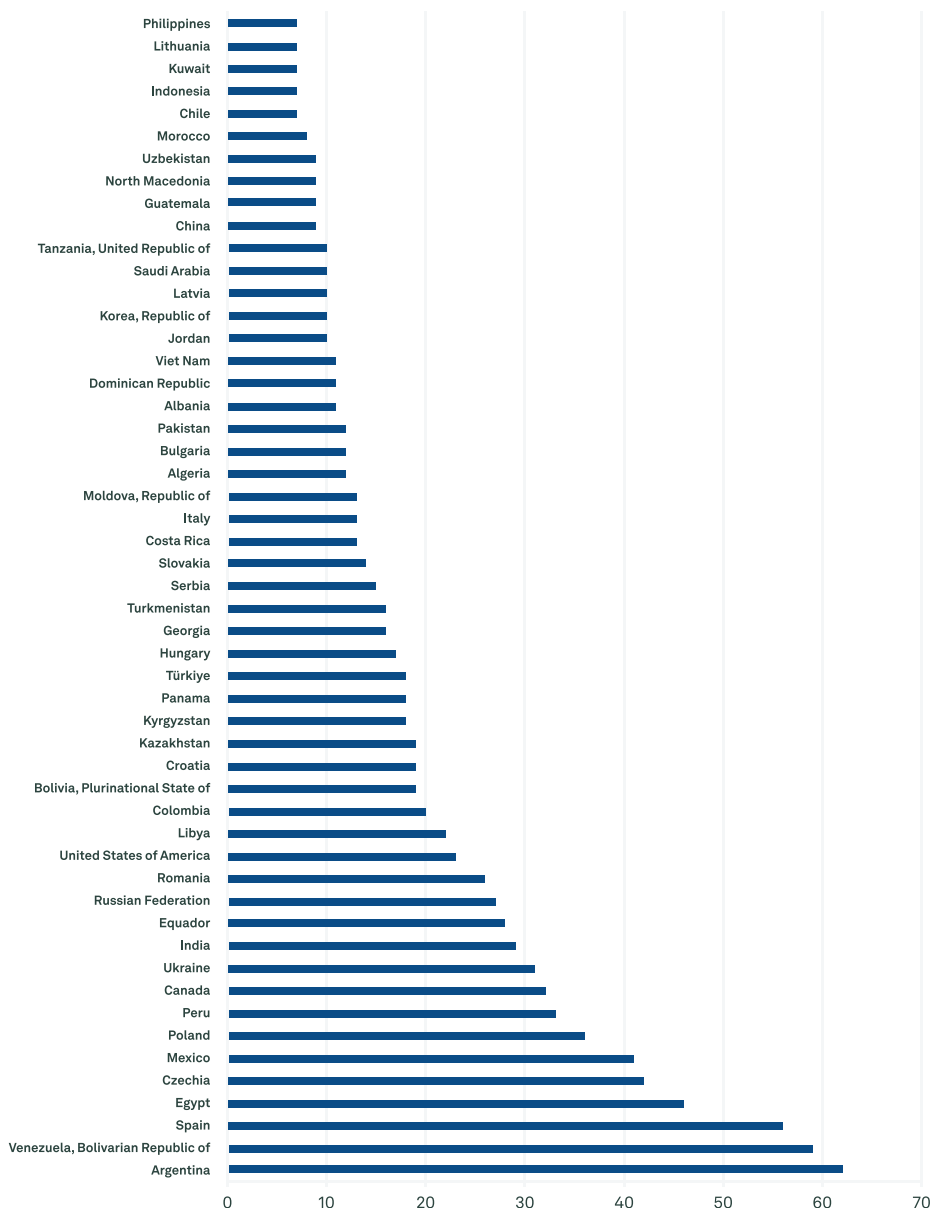


Source: UNCTAD, ISDS Navigator database, accessed 25 March 2024.

Note: Information has been compiled from public sources, including specialized reporting services. UNCTAD statistics do not cover investor-State cases that are based exclusively on investment contracts (State contracts) or national investment laws, or cases in which a party has signalled its intention to submit a claim to ISDS but has not commenced the arbitration. Annual and cumulative case numbers are continually adjusted as a result of verification processes and may not match exactly case numbers reported in previous years.

Fuente: UNCTAD, World Investment Report 2024.

Varias economías receptoras de inversiones se han enfrentado a múltiples, incluso docenas, de reclamos.



¿A CUÁNTO ASCIENDE LA INDEMNIZACIÓN QUE SE PUEDE ORDENAR PAGAR A UNA ECONOMÍA RECEPTORA EN UN ARBITRAJE BAJO UN TRATADO DE INVERSIONES?

Los reclamos presentados por inversionistas en virtud de tratados de inversiones suelen ser muy elevados. El monto medio de un reclamo de un inversionista extranjero es de aproximadamente USD 143,4 millones y no son infrecuentes los reclamos por montos mucho mayores.²

Aunque los inversionistas extranjeros a menudo no recuperan el monto total que reclaman, los laudos contra las economías receptoras pueden ser grandes, especialmente en relación con el tamaño de la economía. El laudo más grande hasta la fecha se dictó en 2014 por USD 50 mil millones contra Rusia (Russia) por la expropiación de la compañía petrolera Yukos.³ En 2019, se dictó un laudo de más de USD 8 mil millones contra Venezuela.⁴

¿CUÁNTO LE CUESTA A LA ECONOMÍA RECEPTORA DE LA INVERSIÓN DEFENDERSE EN UN ARBITRAJE BAJO UN TRATADO DE INVERSIONES?

El arbitraje de controversias en virtud de tratados de inversiones es costoso. Se estima que el costo promedio de defender un arbitraje bajo un tratado de inversiones es de USD 5 millones.⁵ Además de los costos financieros, defender un reclamo bajo un tratado de inversiones requiere un gasto significativo de tiempo y recursos humanos por parte de la economía receptora de la inversión. El arbitraje bajo un tratado de inversiones promedio demora de 4 a 5 años en resolverse.⁶

¿QUÉ PARTES DEL GOBIERNO PUEDEN VIOLAR LAS OBLIGACIONES DE UN TRATADO DE INVERSIONES?

Todas. Los tratados de inversiones se aplican a las acciones del gobierno en todos los niveles, ya sea central, regional o local. Además, los tratados de inversiones se aplican a todos los poderes del gobierno. El ejecutivo, el legislativo e incluso el judicial pueden tomar medidas que pueden dar lugar a la violación de las obligaciones del tratado de inversiones de la economía receptora de la inversión.

EJEMPLO: LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO CENTRAL POR LAS ACCIONES DE LOS FUNCIONARIOS DEL GOBIERNO LOCAL

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. v. Argentina

(2000)

Un inversionista francés presentó un reclamo contra Argentina por violación del tratado de inversiones entre Francia y Argentina. Parte del reclamo del inversionista se refería a las acciones adoptadas por funcionarios de la provincia argentina de Tucumán. En su defensa, Argentina argumentó que, de acuerdo con su constitución, no era responsable por los actos de los funcionarios de la provincia.

Lección:

Las acciones de una subdivisión política de un estado federal son atribuibles al gobierno central. La estructura constitucional de un país no puede alterar estas obligaciones. En consecuencia, Argentina fue declarada responsable de los actos de los funcionarios de la provincia de Tucumán.



¿PUEDE LA ECONOMÍA RECEPTORA SER RESPONSABLE DE LAS ACCIONES DE LAS EMPRESAS ESTATALES?

Sí. Si bien una economía normalmente no será responsable de las acciones de las empresas estatales, esta conclusión puede cambiar si las acciones de las empresas estatales están controladas o dirigidas por funcionarios del gobierno.

EJEMPLO: CONTROL O DIRECCIÓN DE LAS ACCIONES DE UNA EMPRESA ESTATAL

UAB E Energija c. Letonia ⁽²⁰¹⁷⁾

El gobierno de Letonia creó dos empresas estatales con la responsabilidad de proporcionar calefacción a los residentes de Rēzekne, Letonia. En relación con esta responsabilidad, las empresas estatales celebraron un acuerdo de 30 años con un inversionista extranjero para proporcionar servicios de calefacción. Tras el deterioro de las relaciones entre el inversionista y las empresas estatales, el inversionista presentó un reclamo contra Letonia en virtud del tratado de inversiones pertinente.

Lección:

Aunque los Estados no suelen ser responsables de las acciones de las empresas estatales, en este caso Letonia sí lo era porque había pruebas de que las decisiones clave de las empresas estatales con respecto al inversionista (como la decisión de demandar al inversionista por incumplimiento de contrato en los tribunales letones) se habían tomado siguiendo instrucciones del gobierno letón o bajo su control.

Además, las acciones de organizaciones (como compañías, empresas estatales, etc.) que ejercen la autoridad que les ha confiado el gobierno también pueden dar lugar a reclamos en virtud de tratados de inversiones.

EJEMPLO: EMPRESAS ESTATALES QUE EJERCEN AUTORIDAD GUBERNAMENTAL

Flemingo DutyFree c. Polonia ⁽²⁰¹⁶⁾

La Empresa Estatal Aeroportuaria Polaca (PPL) era una entidad jurídica que se había creado para desarrollar y operar aeropuertos en Polonia, y cuyas acciones eran propiedad exclusiva del Tesoro Público polaco. El gobierno de Polonia describió a la PPL como una empresa estatal independiente, que operaba sin interferencia ni influencia en sus políticas comerciales, mientras que el inversionista caracterizó a la PPL como una entidad que operaba bajo el control y la supervisión del Ministerio de Transporte.

Lección:

Aunque la PPL no era oficialmente un órgano del gobierno polaco, si nos fijamos en las funciones y los papeles que desempeñaba, se puede ver que era un órgano estatal de facto. Las responsabilidades de la PPL en la gestión de un gran aeropuerto no eran las típicas de una empresa privada y la propia Polonia había dicho en varios contextos que la PPL estaba desempeñando una función “estratégica” para el Estado. También era relevante que la PPL fuera propiedad del Tesoro Público polaco y que estuviera obligada a obtener la aprobación del gobierno para diversas transacciones, incluidos los contratos de arrendamiento de aeropuertos.

III

Inversionistas protegidos
por los tratados de
inversiones

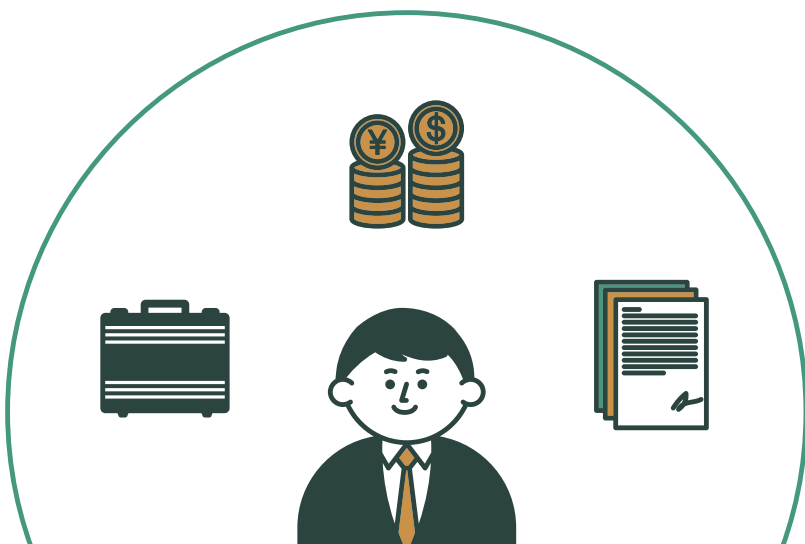
III

INTRODUCCIÓN

Para ayudar a evitar controversias en materia de inversiones, es importante estar familiarizado con las obligaciones contenidas en los tratados de inversiones. Si bien no se espera que todos los funcionarios gubernamentales se conviertan en expertos en el derecho de los tratados de inversiones, es importante que se familiaricen con las obligaciones de su economía, comprendan cómo se relacionan con sus deberes, y se aseguren de comunicarse rápidamente con los asesores gubernamentales pertinentes sobre cualquier pregunta o inquietud con respecto a la aplicación de estas obligaciones a los inversionistas y las inversiones.

¿QUÉ INVERSIONISTAS ESTÁN PROTEGIDOS POR LOS TRATADOS DE INVERSIONES?

Los tratados de inversiones protegen a los inversionistas extranjeros que están invirtiendo o ya han invertido en la economía receptora de la inversión. En algunos casos, un tratado de inversiones también puede proteger a un inversionista que está tratando de invertir en la economía receptora.



¿QUIÉN CALIFICA COMO INVERSIONISTA PROTEGIDO?

Los inversionistas protegidos incluyen personas físicas y entidades legales, como corporaciones. Los inversores corporativos pueden adoptar casi cualquier forma, como corporaciones, compañías fiduciarias, sociedades anónimas, empresas unipersonales, empresas conjuntas, asociaciones u otras organizaciones similares. **Los inversionistas pueden ser de propiedad pública o privada y pueden incluir empresas estatales.**

EJEMPLO: UNA EMPRESA ESTATAL EXTRANJERA PUEDE ESTAR PROTEGIDA POR UN TRATADO DE INVERSIONES

Beijing Urban Construction Group c. Yemen ⁽²⁰¹⁷⁾

Beijing Urban Construction Group (BUCG), una empresa estatal china, se comprometió a construir una terminal aeroportuaria en Yemen. Posteriormente, BUCG denunció que su inversión había sido expropiada. En respuesta, Yemen argumentó que BUCG no estaba protegida por el tratado de inversiones pertinente porque estaba financiada con fondos públicos y era propiedad exclusiva del gobierno chino.

Lección:

Las empresas estatales están protegidas por los tratados de inversiones a menos que el tratado diga específicamente lo contrario. Solo cuando la empresa estatal simplemente actúa como agente del gobierno se le negará la protección en virtud de un tratado de inversiones.

¿LOS TRATADOS DE INVERSIONES PROTEGEN A LOS INVERSIONISTAS NACIONALES?

Los tratados de inversiones sólo cubren a los inversionistas extranjeros de las economías que los han suscripto (por ejemplo, un tratado entre Perú (Peru) y Estados Unidos (United States) protegería a los inversionistas estadounidenses en Perú (Peru) y a los inversionistas peruanos en Estados Unidos (United States). Sin embargo, cabe señalar que, **aunque los tratados de inversiones no protegen directamente a los inversionistas nacionales, éstos pueden ser propiedad (total o parcialmente) de accionistas extranjeros que a su vez están protegidos por un tratado de inversiones.** En consecuencia, el maltrato al inversionista nacional puede acabar dando lugar a un reclamo de los accionistas extranjeros.

EJEMPLO: LOS ACCIONISTAS EXTRANJEROS DE UNA EMPRESA NACIONAL ESTÁN PROTEGIDOS

Genin et al. c. Estonia ⁽²⁰⁰¹⁾

Los demandantes, ciudadanos estadounidenses, eran los principales accionistas del EIB, una institución financiera constituida en Estonia. Tras una serie de medidas del gobierno estonio que afectaron la rentabilidad del EIB, los demandantes alegaron que Estonia había violado el tratado de inversiones entre Estados Unidos (United States) y Estonia.

Lección:

Como accionistas de una empresa estonia (EIB), los demandantes estadounidenses poseían una inversión protegida en Estonia y podían presentar un reclamo por los daños causados a EIB.



En circunstancias normales, es poco probable que un funcionario del gobierno sepa en el momento de adoptar una decisión si está tratando con un inversionista extranjero protegido o no. Un funcionario del gobierno que revise una solicitud para un permiso (al igual que un ministro que revise una propuesta de licitación de importancia nacional) normalmente no tendrá acceso a información sobre la nacionalidad de los accionistas de un solicitante. **En consecuencia, para asegurarse de que están cumpliendo con las obligaciones de un tratado de inversiones, los funcionarios del gobierno deben tratar esas obligaciones como si fueran debidas a cada inversionista con el que se encuentren.**

EJEMPLO: INCLUSO LOS ACCIONISTAS EXTRANJEROS MINORITARIOS EN EMPRESAS NACIONALES ESTÁN PROTEGIDOS

CMS Gas Transmission Co. c. Argentina ⁽²⁰⁰³⁾

La demandante CMS, una empresa con sede en los Estados Unidos (United States), poseía el 29 por ciento de TGN, una empresa de gas natural constituida en Argentina. Tras una serie de acciones del gobierno argentino que afectaron la rentabilidad de TGN, CMS alegó que Argentina había violado su tratado de inversiones con los Estados Unidos (United States). Argentina argumentó que CMS, como accionista minoritario, no podía presentar un reclamo por daños resultantes de su participación en TGN.

Lección:

No importaba que CMS fuera accionista minoritario de TGN. Como accionista, incluso minoritario, CMS tenía derecho a reclamar protección en virtud del tratado de inversiones entre Argentina y los Estados Unidos (United States).

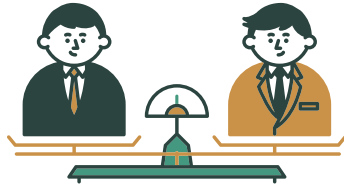
IV

Obligaciones en virtud de los tratados de inversiones

IV

¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE INVERSIONES?

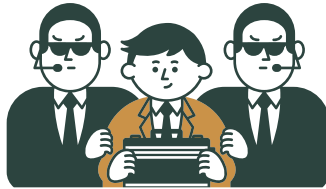
Cada tratado de inversiones establece las obligaciones específicas que cada gobierno tiene con los inversionistas protegidos. Sin embargo, hay una serie de obligaciones que son en gran medida comunes a todos los tratados de inversiones. Estas obligaciones se analizan en esta sección:



(1) NO DISCRIMINACIÓN



(2) TRATO JUSTO Y EQUITATIVO



(3) PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS



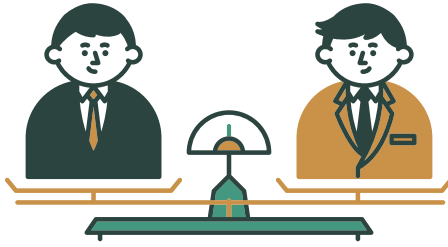
(4) PROHIBICIÓN DE EXPROPIACIONES ILEGALES



(5) CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS



(6) LIBRE TRANSFERENCIA DE FONDOS RELACIONADOS CON LAS INVERSIONES



(1) LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

Los tratados de inversiones generalmente contienen obligaciones de no discriminación con respecto al trato a las inversiones y los inversionistas protegidos. Hay dos obligaciones de no discriminación: “trato nacional” y “trato de nación más favorecida”.

TRATO NACIONAL

La obligación de trato nacional requiere que la economía receptora dé a las inversiones y a los inversionistas protegidos un **trato que no sea menos favorable que el que concede a las inversiones y a los inversionistas nacionales en circunstancias similares**.

EJEMPLO: DISCRIMINACIÓN EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Clayton et al. c. Canadá ⁽²⁰¹⁵⁾

Un proyecto para operar una cantera y una terminal marítima en la provincia canadiense de Nueva Escocia fue rechazado por el gobierno como resultado de un proceso de evaluación ambiental. Los inversionistas extranjeros argumentaron que el proyecto había sido sometido a un estándar de revisión más estricto que el utilizado en la revisión de proyectos similares por inversionistas canadienses (es decir, proyectos que involucraban canteras y terminales marítimas en zonas ecológicamente sensibles).

Lección:

Es probable que un trato menos favorable a un inversionista extranjero en circunstancias similares a las de un inversionista nacional viole el estándar de “trato nacional”. En este caso, el tribunal concluyó que hubo una violación de las disposiciones de no discriminación del tratado. En otros tres casos, se había otorgado un trato más favorable a los inversionistas nacionales y Canadá no pudo demostrar que hubiera alguna justificación para el trato diferente y menos favorable otorgado a los inversionistas extranjeros.

EJEMPLO: DISCRIMINACIÓN CONTRA INVERSORES EXTRANJEROS A TRAVÉS DE LEYES TRIBUTARIAS

Corn Products International c. México (2008)

México adoptó un impuesto del 20 por ciento sobre cualquier bebida que utilizara un endulzante que no fuera elaborado a partir de azúcar de caña. El inversionista extranjero produjo un endulzante elaborado a partir de maíz: jarabe de maíz con alto contenido de fructosa (JMAF). El inversionista alegó que, como resultado del impuesto, los embotelladores de refrescos que eran sus clientes cambiaron el JMAF por endulzante de caña de azúcar, eliminando así su mercado.

Lección:

No es necesario que exista un motivo discriminatorio para que una medida gubernamental viole el estándar de “trato nacional”. En este caso, no importaba que el gobierno mexicano no haya tenido la intención de discriminar al inversionista extranjero. Más bien, era suficiente que el inversionista demostrara que los efectos adversos del impuesto los sentían exclusivamente los productores de JMAF, todos ellos de propiedad extranjera, en beneficio de los productores de azúcar de caña, la mayoría de los cuales eran de propiedad mexicana.

TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La obligación de no discriminación también exige que la economía receptora dé a las inversiones y a los inversionistas protegidos un **trato no menos favorable que el que concede a las inversiones y a los inversionistas de cualquier tercer Estado en circunstancias similares.**

EJEMPLO: TRATO MENOS FAVORABLE A UN INVERSIONISTA DE UN ESTADO EN COMPARACIÓN CON LOS INVERSIONISTAS DE OTRO ESTADO

Bayindir Insaat Turizm c. Pakistán (2009)

Un inversionista turco celebró un contrato para la construcción de una autopista con un organismo del gobierno paquistaní. En la controversia que surgió, el inversionista alegó que Pakistán lo había tratado menos favorablemente que a otros inversionistas extranjeros. El inversionista, que se había retrasado en el cumplimiento del contrato, alegó que había sido el único contratista expulsado de Pakistán por demoras, aunque otros contratistas extranjeros estaban mucho más retrasados en la finalización de sus trabajos en virtud de contratos gubernamentales.

Lección:

La cláusula de “nación más favorecida” obligaba a Pakistán a tratar al inversionista no menos favorablemente que a otros inversionistas extranjeros con respecto a la forma en que Pakistán ejercía sus derechos en virtud de contratos gubernamentales. Sin embargo, en los hechos de este caso particular, el inversionista no pudo demostrar que de hecho había sido tratado de manera diferente a otros inversionistas extranjeros en situaciones similares.



(2) LA OBLIGACIÓN DE “TRATO JUSTO Y EQUITATIVO”

El estándar de “trato justo y equitativo” establece un nivel mínimo de trato que se debe dar a los inversionistas protegidos y sus inversiones. Las violaciones del estándar de trato justo y equitativo son el tipo más común de violación de tratados cometida por los gobiernos. Lo que constituye un “trato justo y equitativo” se determina analizando todas las circunstancias de un caso particular. Sin embargo, no todos los tratados son iguales, por lo que la forma en que se interpreta y aplica el trato justo y equitativo puede depender de la redacción exacta del tratado. Dicho esto, es posible identificar una serie de circunstancias que se han tenido en cuenta al determinar si ha habido un trato justo y equitativo. Estas incluyen:

- A. si ha habido un cambio fundamental en la ley de la economía receptora que sea contrario a las expectativas legítimas del inversionista;
- B. si la economía receptora ha actuado en contra de declaraciones específicas hechas al inversionista en las que este se basó para tomar la decisión de invertir;
- C. si se le ha negado al inversionista el “debido proceso”;
- D. si ha habido una falta de transparencia en los procedimientos o acciones legales de la economía receptora;
- E. si ha habido acoso, coerción, abuso de poder o conducta de mala fe por parte de la economía receptora; y
- F. si las acciones de la economía receptora pueden calificarse de arbitrarias, desproporcionadas o incoherentes.

Los ejemplos que siguen ilustran cómo pueden surgir estas circunstancias en situaciones reales.

NOTA

En consecuencia, si bien los ejemplos que siguen ilustran la forma en que se ha aplicado el estándar de trato justo y equitativo en diferentes casos, no sustituyen al asesoramiento legal especializado.

A. Cambio fundamental en la ley contrario a las expectativas legítimas

(es decir, si ha habido un cambio fundamental en la ley de la economía receptora que sea contrario a las expectativas legítimas del inversionista);

EJEMPLO: CAMBIOS RADICALES EN EL MARCO LEGAL EN EL QUE SE DESENVUELVE LA INVERSIÓN

Murphy Exploration & Production Co. c. Ecuador ⁽²⁰¹⁷⁾

En respuesta a un gran aumento del precio del petróleo crudo, el gobierno ecuatoriano impuso un impuesto extraordinario sobre las ganancias del sector petrolero. Inicialmente impuso un impuesto extraordinario del 50 por ciento, que luego se elevó al 99 por ciento. El inversionista estadounidense poseía acciones de una empresa ecuatoriana que había celebrado un contrato con el gobierno de Ecuador para la exploración y explotación de hidrocarburos. El inversionista alegó que el impuesto extraordinario constituía una violación de su derecho a un trato justo y equitativo.

Lección:

El tribunal sostuvo que el impuesto del 50 por ciento no violaba el estándar de trato justo y equitativo, ya que no “cambiaba fundamentalmente” el equilibrio de derechos acordado con Ecuador en el contrato de servicios. No era razonable que el inversionista no esperara una respuesta del gobierno al fuerte aumento de los precios del petróleo. Sin embargo, cuando el impuesto se elevó a la tasa del 99 por ciento, el tribunal determinó que Ecuador había violado el estándar de trato justo y equitativo, al violar las expectativas legítimas

del demandante. Según el tribunal, “este desarrollo no sólo cambió fundamentalmente la naturaleza del [contrato], sino que se produjo en el contexto de un entorno de inversión cada vez más hostil y coercitivo”.

EJEMPLO: TERMINACIÓN ANTICIPADA DE UN PLAN DE INCENTIVOS

Micula c. Rumania ⁽²⁰¹³⁾

Los inversionistas establecieron una serie de empresas de procesamiento de alimentos y otras empresas manufactureras en la región noroeste de Rumania. Como incentivo para la inversión, Rumania proporcionó a los inversionistas subsidios preferenciales, así como exenciones de derechos de aduana (por ejemplo, para la importación de alimentos crudos) y exenciones de impuestos al valor agregado e impuestos sobre las ganancias. Durante un período de varios años después de la inversión, Rumania eliminó estos beneficios como parte de su preparación para unirse a la Unión Europea. Esto causó daño económico a los inversionistas que habían realizado inversiones bajo el plan de desarrollo.

Lección:

Un inversionista no puede esperar razonablemente que la ley vigente en el momento en que se realiza la inversión permanezca inalterada durante la vida de la inversión. Sin embargo, si la economía receptora ha tomado medidas que crean una expectativa legítima de que la ley no cambiará, entonces el inversionista puede tener motivos para reclamar si la economía receptora actúa posteriormente de manera diferente.

En este caso, se determinó que Rumania había creado una expectativa legítima de que los incentivos estarían disponibles sustancialmente en la misma forma en que se ofrecieron inicialmente (por un período de diez años). En primer lugar, el propósito y la estructura de la legislación, que se había comunicado a los inversionistas, era atraer inversiones creando una expectativa de que los beneficios estarían vigentes sustancialmente en la misma forma durante un período de diez años. En segundo lugar, los beneficios de la legislación solo estaban disponibles para los inversionistas que habían calificado mediante la solicitud a través de un proceso administrativo y que cumplían ciertos requisitos.

B. Revocación de declaraciones específicas por parte del gobierno

(es decir, si el gobierno receptor va en contra de declaraciones específicas al inversionista en las que este se basó para tomar la decisión de invertir).

EJEMPLO: EL GOBIERNO ACTÚA EN CONTRA DE DECLARACIONES ESPECÍFICAS EN LAS QUE SE BASÓ EL INVERSIONISTA

Crystallex International Corp. c. Venezuela ⁽²⁰¹⁷⁾

El inversionista, Crystallex, celebró un contrato para explotar depósitos mineros de oro ubicados dentro de la reserva forestal nacional de Imataca en Venezuela. Después de la celebración del contrato en 2002, Crystallex solicitó los permisos necesarios para comenzar las operaciones y en mayo de 2007 recibió una carta del Ministerio de Medio Ambiente en la que se le aseguraba que la autorización se otorgaría después de que la empresa depositara una fianza de seguridad. Crystallex depositó la fianza como se le exigía, pero, no obstante, en abril de 2008 el Ministerio de Medio Ambiente denegó el permiso ambiental, basándose en lo que dijo eran preocupaciones sobre el impacto del proyecto en el medio ambiente y los pueblos indígenas de la reserva de Imataca.

Lección:

Cuando el gobierno actúa en contra de declaraciones específicas hechas a un inversionista, esto puede dar lugar a reclamaciones. En este caso, la carta de mayo de 2007 del Ministerio en la que se aseguraba la autorización para comenzar las operaciones creó expectativas legítimas en las que Crystallex se basó y actuó. Al actuar de una manera diferente a la que le había manifestado al inversionista, Venezuela frustró esas expectativas legítimas y, por lo tanto, violó el tratado. Finalmente, Venezuela fue condenada a pagar 1.200 millones de dólares más intereses al inversionista.

C. Ausencia de debido proceso

(es decir, si se le ha negado el debido proceso al inversionista);

Dan Cake (Portugal) S.A. c. Hungary ⁽²⁰¹⁶⁾

El inversionista invirtió en una empresa de fabricación de galletas en Hungría, “Danesita”, que se convirtió en objeto de un procedimiento de liquidación en los tribunales húngaros. Durante estos procedimientos, Danesita solicitó la Corte Metropolitana de Budapest que convocara una “audiencia de acuerdo” de los acreedores de Danesita, que el inversionista esperaba que permitiera reorganizar a Danesita en lugar de liquidarla.

En relación con su solicitud, Danesita presentó los documentos requeridos por la Ley de Quiebras de Hungría. Sin embargo, el tribunal rechazó la solicitud y, en su lugar, ordenó a Danesita que presentara documentos complementarios, enumerando siete requisitos adicionales que debían cumplirse dentro de los 15 días antes de que pudiera convocarse una audiencia de acuerdo. Danesita no cumplió con la orden y posteriormente fue liquidada en una venta pública.

Lección:

Al revisar los requisitos individuales impuestos por la corte, el tribunal concluyó que “van en contra del sentido común”, “parecen casi imposibles de satisfacer en un plazo de 15 días”, demuestran “una falta de comprensión por parte de la corte” de los hechos subyacentes clave y son “más que sorprendentes”. Sobre esta base, el tribunal concluyó que las acciones de la corte fueron una denegación de justicia y una violación del tratado pertinente.

EJEMPLO: LA NECESIDAD DE CUMPLIR CON LOS PLAZOS ESTABLECIDOS POR LA LEY

Cervin Investissements SA c. Costa Rica ⁽²⁰¹⁷⁾

El inversionista presentó una impugnación administrativa contra una decisión sobre tarifas emitida por el regulador del gobierno receptor. Según la ley costarricense, el regulador debería haber decidido la impugnación en un plazo de ocho días. El regulador tardó dos años y cuatro meses en emitir una decisión.

Lección:

Si bien no se puede reclamar en virtud de un tratado de inversiones por todos los incumplimientos del procedimiento administrativo, en este caso la magnitud de la demora resultó en una violación del deber de trato justo y equitativo.

EJEMPLO: LA NECESIDAD DE SEGUIR LOS PROCEDIMIENTOS ADECUADOS PARA LA TOMA DE DECISIONES

Clayton et al. c. Canadá ⁽²⁰¹⁵⁾

Un proyecto para operar una cantera y una terminal marítima fue rechazado por el gobierno luego de un proceso de evaluación ambiental.

Lección:

El incumplimiento de los procedimientos adecuados al tomar decisiones puede llevar a una violación de los compromisos del tratado de inversiones. En este caso, la forma en que se llevó a cabo el proceso de revisión constituyó una violación de las obligaciones de Canadá para con el inversionista. En particular, el panel de evaluación ambiental había adoptado, sin notificar al inversionista, un “enfoque sin precedentes” para la revisión del proyecto al revisarlo de acuerdo con un criterio que no se había identificado previamente ni se encontraba en los términos de referencia del panel. Además, otros aspectos del proceso de revisión fueron defectuosos, incluido el hecho de que a los inversionistas no se les dio una oportunidad justa de presentar su caso y el panel se negó a considerar medidas de mitigación para abordar los impactos nocivos.

D. Ausencia de transparencia

(es decir, si ha habido una ausencia de transparencia en los procedimientos legales o en las acciones de la economía receptora);

Técnicas Medioambientales S.A. c. México ⁽²⁰⁰³⁾

El inversionista tenía una licencia de duración ilimitada para la operación de un relleno sanitario. Después de una serie de cambios en las regulaciones, la licencia ilimitada del inversionista fue reemplazada por una licencia de duración limitada. El inversionista se quejó de que el proceso mediante el cual se habían producido los cambios carecía de transparencia..

Lección:

Un inversionista tiene derecho a esperar que el gobierno actúe de manera transparente y libre de ambigüedad. Cuando el gobierno actúa sin transparencia o de una manera que es ambigua o inconsistente, puede violar la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo.



EJEMPLO: LA NECESIDAD DE QUE LA LEY SEA CLARA SOBRE LA AUTORIDAD DE TOMA DE DECISIONES DEL GOBIERNO

Metalclad Corp. c. México ⁽²⁰⁰⁰⁾

El gobierno federal de México emitió permisos de construcción y operación para el proyecto de relleno sanitario del inversionista. El gobierno mexicano le aseguró al inversionista que tenía todos los permisos que necesitaba y comenzó la construcción. Posteriormente, el gobierno local (municipal) le ordenó al inversionista que cerrara sus operaciones con el argumento de que necesitaba un permiso de construcción adicional. El permiso le fue denegado.

Lección:

La falta de claridad en la ley de la economía receptora puede dar lugar a reclamos por violación del tratado de inversiones. En este caso, la ley mexicana no aclaró si el gobierno local tenía la autoridad para exigir el permiso de construcción adicional o si tenía la autoridad para denegar el permiso al inversionista. Por lo tanto, México no aseguró un marco transparente y predecible para la planificación comercial y la inversión del inversionista. En consecuencia, México violó su obligación de brindar un trato justo y equitativo.

E. Acoso, coerción, abuso de poder o mala fe

(es decir, si ha habido acoso, coerción, abuso de poder o conducta de mala fe por parte de la economía receptora);

EJEMPLO: LA NECESIDAD DE APLICAR LA LEY PARA EL PROPÓSITO PREVISTO

Deutsche Bank AG c. Sri Lanka ⁽²⁰¹²⁾

Ceylon Petroleum Corporation (CPC), una empresa estatal de Sri Lanka, celebró contratos de cobertura con varios bancos internacionales en un esfuerzo por gestionar sus riesgos cambiarios y de precios en las importaciones de petróleo. Tras una caída de los precios mundiales del petróleo en 2008, CPC se vio obligada a pagar a los bancos millones de dólares en virtud de los contratos de cobertura.

Tras una protesta pública sobre los contratos de cobertura y otros acuerdos similares celebrados por CPC, el Banco Central de Sri Lanka inició una investigación sobre el acuerdo de cobertura con el Deutsche Bank y, en última instancia, emitió una orden de “suspensión de pagos”, que prohibía futuros pagos en virtud del acuerdo.

Lección:

El poder gubernamental debe utilizarse para el propósito que le otorga la ley y no debe ejercerse como pretexto para otros motivos. En este caso, se determinó que la investigación realizada por el Banco Central se realizó con motivos impropios y de mala fe, lo que sirvió como pretexto para que se dictara una orden de suspensión de pagos. Además, la investigación careció de transparencia y debido proceso, ya que el informe final se elaboró en el transcurso de apenas 24 horas y contenía hallazgos a los que el reclamante no tuvo la oportunidad de responder.

F. Arbitrariedad y falta de proporcionalidad

(es decir, si las acciones de la economía receptora pueden ser etiquetadas como arbitrarias, desproporcionadas o inconsistentes).

EJEMPLO: FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES DEL GOBIERNO

Occidental Petroleum Corp. c. Ecuador ⁽²⁰¹²⁾

Occidental Petroleum había celebrado un contrato de concesión con el gobierno de Ecuador para la exploración y producción de petróleo. Occidental realizó una transferencia parcial de sus derechos bajo la concesión a otra compañía sin notificar al gobierno. Hacer esta transferencia fue una violación del contrato de concesión. En respuesta, el gobierno rescindió la concesión.

Lección:

El gobierno no debe actuar de una manera que pueda caracterizarse como desproporcionada. En este caso, la sanción impuesta al inversionista (rescisión de la concesión, por un valor de muchos cientos de millones de dólares) fue desproporcionada en relación con la mala conducta del inversionista (no proporcionar notificación). De manera similar, la sanción fue desproporcionada con respecto a la

eficacia de cualquier “mensaje de disuasión” que Ecuador pretendía enviar a la comunidad más amplia de empresas de petróleo y gas de la economía. Como resultado, Ecuador violó su obligación de brindar un trato justo y equitativo.

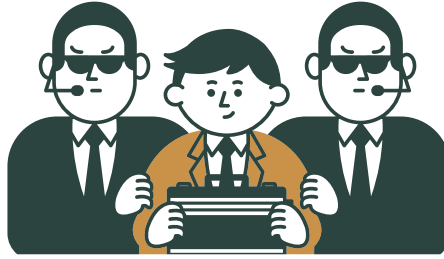
EJEMPLO: ARBITRARIEDAD EN LA TOMA DE DECISIONES GUBERNAMENTALES

Micula c. Romania ⁽²⁰¹³⁾

En el marco de sus preparativos para unirse a la Unión Europea, Rumania puso fin a un programa en virtud del cual había ofrecido incentivos a los inversionistas a cambio de invertir en la región noroccidental de Rumania y asumir ciertas otras obligaciones y deberes.

Lección:

La decisión de dejar en vigor los deberes y obligaciones impuestos en virtud del marco de incentivos, al tiempo que se eliminaban prácticamente todos los beneficios para los inversionistas, fue irrazonable y violó la obligación de brindarles un trato justo y equitativo.



(3) LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR “PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS”

La obligación de proporcionar protección y seguridad plenas generalmente requiere que la economía receptora **ejerza vigilancia y debida diligencia con respecto a la protección física de las inversiones y los inversionistas**, teniendo en cuenta las circunstancias y los recursos de la economía receptora.

EJEMPLO: LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE EJERCER DEBIDA DILIGENCIA

Ampal-American Israel Corp. c. Egypt ⁽²⁰¹⁷⁾

Entre febrero de 2011 y abril de 2012, un gasoducto en Egipto, en el que se basaba la inversión de los demandantes, sufrió 13 ataques por parte de ciertas organizaciones terroristas. Los daños al gasoducto interrumpieron el flujo de gas y causaron pérdidas económicas al inversionista.

Lección:

La debida diligencia requerida de la economía receptora significa tomar medidas razonables en respuesta a las advertencias. En este caso, la situación de seguridad en el momento de los ataques era difícil debido a los acontecimientos políticos en curso en Egipto y la región, y como resultado, los grupos militantes armados se aprovecharon de la inestabilidad política. Sin embargo, aunque Egipto no pudo haber evitado los primeros ataques al oleoducto –de los cuales no fue advertido–, esos ataques “debieron haber sido vistos como una advertencia al Estado egipcio de que podrían llevarse a cabo más

ataques si no se tomaban e implementaban medidas de seguridad”. Sin embargo, Egipto no tomó “ninguna medida concreta” para proteger el gasoducto de más ataques y, en consecuencia, violó su obligación.

EJEMPLO: EL GOBIERNO NO EJERCIÓ LA “DEBIDA DILIGENCIA” PARA BRINDAR AL INVERSIONISTA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS

Copper Mesa Mining Corp. c. Ecuador ⁽²⁰¹⁶⁾

El inversionista, Copper Mesa, enfrentó una gran oposición por parte de la población local a su operación de una concesión minera. Los manifestantes impusieron un bloqueo físico, que interfirió con la capacidad del inversionista para llevar a cabo sus actividades, incluida la finalización de un estudio de impacto ambiental requerido. En respuesta, el gobierno de Ecuador emitió una resolución administrativa, prohibiendo el acceso al sitio a cualquier persona, incluido el inversionista.

Lección:

La garantía de “protección y seguridad plenas” requiere que la economía receptora ejerza una diligencia razonable. En este caso, Ecuador no había hecho ningún esfuerzo para ayudar al inversionista a acceder al sitio para llevar a cabo las actividades requeridas para su estudio de impacto ambiental. Por el contrario, al emitir una resolución que prohibía el acceso al sitio a cualquier persona, incluido el inversionista, Ecuador había dado “fuerza jurídica al efecto fáctico del bloqueo físico anti minero” de la concesión. Al hacerlo, Ecuador hizo imposible, tanto legal como físicamente, que Copper Mesa completara el estudio de impacto ambiental, lo que resultó en la pérdida de su inversión.



(4) LA PROTECCIÓN CONTRA LA EXPROPIACIÓN ILEGAL

Los gobiernos receptores tienen derecho a expropiar (es decir, tomar posesión de) la propiedad de los inversionistas extranjeros, pero solo cuando la expropiación es:

- A. con un fin público;
- B. realizada de conformidad con el debido proceso;
- C. no discriminatoria; y
- D. acompañada por el pago de una compensación, generalmente una compensación “a valor de mercado”.

Una expropiación que no cumpla con estas condiciones violará las obligaciones de la economía receptora de la inversión bajo el derecho internacional.

Es importante entender que “expropiación” puede referirse a dos tipos de situaciones:

UNA EXPROPIACIÓN “DIRECTA”

La situación en la que la propiedad de una inversión protegida se transfiere legalmente del inversionista al gobierno o a las entidades por las que es responsable.

EJEMPLO: EXPROPIACIÓN DIRECTA DE UNA INVERSIÓN MEDIANTE UN DECRETO GUBERNAMENTAL

Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela ⁽²⁰¹⁶⁾

El gobierno venezolano adoptó un decreto que transfería formalmente la propiedad y el control de todas las propiedades y derechos de las empresas mineras de oro privadas al Estado venezolano. Como consecuencia de ello, los derechos del inversionista a explotar minas de oro fueron expropiados directamente.

Lección:

Cada economía receptora tiene derecho a expropiar una inversión, pero debe hacerlo de conformidad con los criterios establecidos en el tratado de inversiones pertinente. En este caso, si bien la expropiación se había realizado debidamente para un fin público, de manera compatible con el debido proceso y sin discriminación, Venezuela no cumplió con el requisito de que se pagara al inversionista el valor justo de mercado de su inversión. En cambio, el decreto de expropiación del gobierno estableció un límite al monto de la compensación disponible para los inversionistas, lo que dio como resultado el pago de una compensación inferior al valor de mercado. Como consecuencia, Venezuela no cumplió con los requisitos para una expropiación legal.

UNA EXPROPIACIÓN “INDIRECTA”

Situación en la que, aunque la propiedad legal no se ha transferido del inversionista al gobierno, el gobierno ha tomado medidas que tienen el efecto de privar al inversionista del uso y disfrute económico de la inversión.

EJEMPLO: EXPROPIACIÓN INDIRECTA RESULTANTE DE UNA SERIE DE MEDIDAS GUBERNAMENTALES

RosInvestCo UK Ltd. c. Rusia ⁽²⁰¹⁰⁾

El inversionista poseía acciones de Yukos Oil Company, una empresa constituida en Rusia (Russia). Tras la realización de una inspección fiscal por parte de la Inspección Fiscal rusa, que identificó solo errores menores en las declaraciones de impuestos de la empresa, el gobierno ruso realizó una segunda inspección de Yukos solo ocho meses después. En esta nueva inspección, que abarcó el mismo período que la primera, la Inspección Fiscal afirmó haber descubierto nuevos hechos que, según dijo, demostraban que Yukos había cometido un fraude fiscal de aproximadamente USD 24 mil millones. Se ordenó a Yukos pagar esta cantidad además de una tasa de ejecución del 7 por ciento sobre el monto total de la deuda.

Tras un intento infructuoso de impugnar las conclusiones de la Inspección Fiscal, Yukos intentó negociar un acuerdo, que el gobierno rechazó. Posteriormente, el gobierno inició un procedimiento de quiebra contra Yukos. A través del proceso de quiebra, Yukos se vio obligada a vender sus principales activos en una subasta gubernamental, con lo que esos activos quedaron efectivamente bajo el control del gobierno ruso.

Lección:

Al tomar estas medidas en conjunto, el tribunal concluyó que las acciones del gobierno ruso eliminaron el valor de Yukos y constituyeron una expropiación indirecta. Aunque Yukos parecía haber participado en alguna actividad fiscal cuestionable, la respuesta de Rusia (Russia) mostraba que “el objetivo principal de la Federación Rusa no era recaudar impuestos sino más bien llevar a la quiebra a Yukos y apropiarse de sus valiosos activos”. En particular, el tribunal concluyó que la imposición por parte de la Inspección Fiscal de un cargo retroactivo del IVA era desproporcionada y Yukos no podía

haberlo esperado. Además, el procedimiento de quiebra de Yukos, que resultó en la subasta de los activos de Yukos, se llevó a cabo “en circunstancias cuestionables”. Por último, hubo pruebas de que los funcionarios de Yukos fueron intimidados y acosados durante el período.

EJEMPLO: EXPROPIACIÓN INDIRECTA COMO RESULTADO DE LA RESCISIÓN INDEBIDA DE UN CONTRATO

Ampal-American Israel Corp. c. Egipto ⁽²⁰¹⁷⁾

Los inversionistas poseían acciones de East Mediterranean Gas Company SAE (EMG), una empresa egipcia que firmó un contrato en 2005 con las autoridades egipcias para transportar gas desde Egipto a Israel. En 2012, el contrato se rescindió con el argumento de que EMG no había pagado una factura de 37 millones de dólares. Los inversionistas se quejaron de que la rescisión del contrato era una respuesta desproporcionada y tenía el efecto de expropiar su inversión en EMG.

Lección:

La rescisión del contrato, que era el principal activo de EMG, fue indebida y equivalió a una expropiación indirecta. El contrato no sólo no permitía la rescisión por falta de pago de una factura, sino que la rescisión era un “acto desproporcionado”, dado que el importe de la factura impaga era de una pequeña cantidad en comparación con el valor económico potencial de la ejecución del contrato a lo largo de su vigencia (miles de millones de dólares).

NOTA

No toda acción gubernamental que dé lugar a una pérdida de valor o beneficio equivale a una expropiación, incluso si esa pérdida es sustancial. El gobierno no es garante de la rentabilidad de una inversión. Dicho esto, dependiendo de las circunstancias, cuando una acción gubernamental o una serie de acciones han dañado gravemente el valor de una inversión, pueden surgir dudas. En tales circunstancias, es importante buscar asesoramiento jurídico especializado.





(5) LA OBLIGACIÓN DE “CUMPLIR LOS COMPROMISOS”

Muchos tratados de inversiones garantizan que la economía receptora “cumplirá los compromisos” que ha asumido con respecto a una inversión. Estas cláusulas se denominan a veces “cláusulas paraguas” porque en varios casos se han interpretado como si pusieran los compromisos contractuales de la economía receptora con el inversionista bajo la protección del tratado. Lo que esto significa, en la práctica, es que, en algunos casos, cuando el gobierno viola sus compromisos contractuales con respecto a una inversión, la violación de esos compromisos contractuales también puede equivaler a la violación de una cláusula paraguas incluida en un tratado de inversiones.

Sin embargo, debe señalarse que la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas por parte de los tribunales arbitrales ha variado significativamente de un caso a otro, a menudo dependiendo de la redacción precisa del tratado. Como resultado, la capacidad de hacer generalizaciones es limitada. En situaciones que implican la posible violación de los compromisos contractuales con respecto a una inversión, es importante buscar asesoramiento jurídico especializado.

EJEMPLO: CÓMO LA VIOLACIÓN DE LOS COMPROMISOS CONTRACTUALES DEL GOBIERNO TAMBIÉN PUEDE VIOLAR LAS OBLIGACIONES DEL GOBIERNO EN VIRTUD DE UN TRATADO

Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay ⁽²⁰¹⁰⁾

Société Générale de Surveillance (SGS) celebró un contrato con el gobierno de Paraguay para proporcionar servicios de inspección aduanera. Tras un desacuerdo entre SGS y el gobierno paraguayo, el gobierno se negó a pagar las facturas pendientes por los servicios prestados. SGS presentó un reclamo contra Paraguay, alegando que la negativa de Paraguay a pagar las facturas pendientes violaba el contrato y que esto también equivalía a una violación de la cláusula paraguas contenida en el tratado de inversiones aplicable.

Lección:

El tribunal arbitral interpretó que la cláusula paraguas contenida en el tratado aplicable cubría los compromisos contenidos en el contrato del gobierno con SGS. En consecuencia, la violación por parte del gobierno de sus obligaciones en virtud del contrato (negarse a pagar las facturas) también constituía una violación de sus obligaciones en virtud del tratado de inversiones.



(6) LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR LA LIBRE TRANSFERENCIA DE FONDOS RELACIONADOS CON LAS INVERSIONES

La mayoría de los tratados de inversiones contienen una obligación general de que los inversionistas protegidos puedan realizar transferencias dentro y fuera de la economía receptora relacionadas con una inversión o en conexión con una inversión.

Los flujos de fondos a los que generalmente se aplica la garantía de libre transferencia incluyen (pero no se limitan a):

- A. utilidades, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes de inversiones;
- B. fondos necesarios para financiar una inversión;
- C. ingresos provenientes de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión;
- D. pagos en virtud de un contrato, honorarios de administración y regalías;
- E. pagos de préstamos;
- F. salarios y otras remuneraciones recibidas por los nacionales de la economía de origen de la inversión y que hayan obtenido los permisos de trabajo necesarios en relación con una inversión.

EJEMPLO: VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LIBRE TRANSFERENCIA EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE MONEDA EXTRANJERA

Valores Mundiales S.L. c. Venezuela ⁽²⁰¹⁷⁾

Los inversionistas eran propietarios de dos empresas subsidiarias constituidas en Venezuela que producían y vendían harina de maíz y trigo. En 2008, Venezuela impidió que una de las filiales transfiriera los fondos de inversión a los inversionistas.

Lección:

Según la legislación venezolana, los inversionistas que deseaban adquirir divisas debían actualizar primero su registro administrativo de inversión extranjera ante la autoridad venezolana pertinente, la SIEX. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los inversionistas, la SIEX nunca accedió a su solicitud de actualización y rechazó las solicitudes sin justificación. Como resultado, se determinó que Venezuela había violado su obligación de permitir la libre transferencia de fondos relacionados con una inversión.

EJEMPLO: LA IMPOSICIÓN DE CONTROLES CAMBIARIOS

Von Pezold et al. c. Zimbabue ⁽²⁰¹⁵⁾

Tras la imposición de controles cambiarios, Zimbabue se negó a liberar las divisas que los inversionistas necesitaban para reembolsar los préstamos denominados en moneda extranjera relacionados con su inversión. Además, Zimbabue obligó a los inversionistas a cambiar parte de las ganancias que habían obtenido en dólares estadounidenses por dólares zimbabuenses. Como consecuencia, los inversionistas no pudieron transferir sus rendimientos de la inversión fuera de Zimbabue.

Lección:

Estas acciones constituyeron una violación de la obligación de Zimbabue de permitir la libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones en virtud del tratado de inversiones pertinente.

NOTA

Es importante señalar que la garantía de la libre transferencia de fondos no es absoluta. Algunos tratados contienen excepciones que permiten la imposición de “medidas prudenciales” que limitan la libre transferencia con el fin de mantener la seguridad, la solidez y la integridad de las instituciones financieras, el sistema financiero y los mercados de capital. Los tratados también pueden permitir “salvaguardias temporales”, como controles de capital y restricciones cambiarias, adoptadas por la economía receptora para proteger las reservas monetarias y la moneda de la economía receptora. Sin asesoramiento jurídico especializado no será posible determinar si dichas excepciones se aplican en un caso determinado.

Conclusión

Este Manual ha proporcionado una breve descripción general de las principales obligaciones contenidas en los tratados internacionales de inversiones y los riesgos que enfrentan las economías receptoras de inversiones en caso de que sus funcionarios violen esas obligaciones. Su objetivo es proporcionar información a los funcionarios gubernamentales de todos los niveles (central, regional, local) y de todos los poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) que les ayude a evitar incumplir obligaciones internacionales en materia de inversiones y desencadenar potencialmente una controversia internacional en materia de inversiones.

Como se ha dicho a lo largo de todo el Manual, este no sustituye al asesoramiento jurídico especializado en casos específicos. En cambio, se pretende que su contenido permita a los funcionarios comprender mejor los tipos de obligaciones a los que pueden estar sujetos y cuándo buscar asesoramiento jurídico especializado en la administración pública. Cabe señalar que el momento de cualquier solicitud de asesoramiento jurídico especializado depende de las circunstancias de cada caso y del nivel de experiencia de cada responsable en la toma de decisiones. Sin embargo, siempre es preferible buscar asesoramiento jurídico antes de que un asunto esté tan avanzado que ya se haya producido un daño irreparable a los intereses del gobierno o a los derechos de las personas afectadas.



Lista de verificación para la toma de decisiones

Esta “Lista de verificación para la toma de decisiones” está diseñada para proporcionar un recurso que pueda utilizarse rápidamente para recordar cómo se aplican los conceptos de este Manual en el trabajo diario del gobierno. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Lista de verificación no sustituye la lectura y la comprensión del Manual y que este no sustituye el asesoramiento jurídico especializado que se requiere en casos individuales.



1. ¿ESTOY AUTORIZADO LEGALMENTE PARA LA ACCIÓN QUE PIENSO TOMAR? ¿ESTOY ACTUANDO DENTRO DE LA AUTORIDAD QUE ME OTORGA LA LEY?

Para actuar legalmente, el funcionario y su Ministerio o Departamento deben tener la autoridad legal para hacer lo que se pretende. Si no la tienen, sus acciones pueden considerarse ilegales y violatorias de las obligaciones del tratado de inversiones, como el estándar de trato justo y equitativo. Por lo tanto, los funcionarios deben conocer la fuente de su autoridad para tomar medidas que probablemente afecten a los inversionistas o sus inversiones.

2. ¿ESTOY EJERCIENDO MI AUTORIDAD LEGAL PARA EL PROPÓSITO QUE ME FUE OTORGADA?

Además de tener la autoridad legal para actuar, es importante que el funcionario y su Ministerio o Departamento utilicen esa autoridad para un propósito legítimo. Si se utiliza la autoridad para lograr un propósito para el cual no fue otorgada, la acción puede ser considerada un abuso de poder y una violación de las garantías del tratado de inversiones.

3. AL EJERCER MI AUTORIDAD LEGAL, ¿HE TENIDO EN CUENTA TODA LA INFORMACIÓN RELEVANTE Y EXCLUIDO CONSIDERACIONES IRRELEVANTES?

Además de ejercer la autoridad para el propósito para el cual fue otorgada, también es importante que no se haya:

- A. ejercido la autoridad basándose en factores irrelevantes; o
- B. omitido tener en cuenta factores que se tiene el deber de considerar.

Hacer cualquiera de estas dos cosas puede crear un riesgo de reclamos en virtud del tratado de inversiones.

4. ¿PUEDO DEMOSTRAR QUE TENGO RAZONES CORRECTAS PARA MI DECISIÓN O ACCIÓN?

La creación de un registro de las razones de una decisión puede ser requerida por la ley bajo la cual se está actuando. Incluso si no lo es, la creación de un registro escrito puede alentar una toma de decisiones cuidadosa. Un registro de la decisión puede ayudar a demostrar en un momento posterior que se consideraron las cuestiones relevantes y se siguieron los procedimientos apropiados. Un registro eficaz de las razones puede incluir:

- A. una declaración de cualquier constatación material de hechos;
- B. una indicación de cómo se han considerado todos los asuntos pertinentes (y de que no se ha tenido en cuenta ningún asunto irrelevante);
- C. un registro de cualquier comunicación entre el funcionario, su Ministerio o Departamento y la entidad o entidades que son objeto de la decisión;
- D. una indicación de cómo se han considerado, abordado y tenido en cuenta adecuadamente los puntos de vista de esa entidad o esas entidades en la decisión.

5. ¿HE ESCUCHADO Y CONSIDERADO EL PUNTO DE VISTA DE LAS PERSONAS QUE SE PODRÍAN VER AFECTADAS POR LA DECISIÓN? ¿SE LES HA DADO UNA OPORTUNIDAD JUSTA DE EXPRESAR SUS POSICIONES?

La consulta puede ser requerida por la ley bajo la cual el funcionario y su Ministerio o Departamento están actuando, o puede decidirse caso por caso. En cualquier caso, es importante que la consulta sea genuina y que se dé una consideración genuina a la información recibida.

Además, al realizar una consulta también es importante que las personas consultadas tengan suficiente información para permitirles proporcionar respuestas apropiadas y que haya suficiente tiempo para que respondan.

6. ¿HE TOMADO UNA DECISIÓN PREMATURA O HE DADO LA IMPRESIÓN DE QUE LA HE TOMADO? SI ESTOY SIGUIENDO UNA POLÍTICA GENERAL, ¿HE CONSIDERADO SI SE PERMITEN O JUSTIFICAN EXCEPCIONES?

El encargado de tomar decisiones debe abordar sus decisiones con una mente abierta. Las decisiones deben basarse en lo que exige la ley bajo la cual actúa. Además, el encargado de tomar decisiones debe tener en cuenta los hechos y las circunstancias del asunto que tiene ante sí, sin prejuzgar su decisión.

7. ¿TENGO YO O ALGUNA PERSONA INVOLUCRADA EN LA TOMA DE DECISIONES ALGÚN CONFLICTO DE INTERESES QUE PUEDA LLEVAR A ALGUIEN A SUPONER QUE EXISTE PARCIALIDAD?

Si el encargado de tomar decisiones tiene un conflicto de intereses (o parece que tiene un conflicto de intereses), habrá preocupaciones de que el proceso de toma de decisiones no haya sido genuino, porque no se actuó con una mente abierta y/o la decisión se tomó por razones distintas a las expuestas. Esto puede dar lugar a reclamaciones en virtud de tratados de inversiones.

8. ¿HE HECHO CREER A ALGUIEN QUE ACTUARÍA DE UNA MANERA DIFERENTE A LA QUE AHORA TENGO INTENCIÓN DE ACTUAR?

Puede existir una “expectativa legítima” cuando un responsable de la toma de decisiones hace una promesa o declaración expresa o implícita (por ejemplo, a partir de una práctica anterior) de que un inversionista o una categoría de inversionista recibirán un beneficio particular o seguirán recibiendo un beneficio particular (o que no varíe sustancialmente). Cuando se ha creado una expectativa legítima, actuar de una manera diferente puede dar lugar a una reclamación de que se ha producido una violación del tratado de inversiones.

9. ¿ESTOY ACTUANDO DE UNA MANERA QUE PODRÍA SER CONSIDERADA “ARBITRARIA” O “DESPROPORCIONADA”?

Además de actuar dentro de los límites su autoridad legal y utilizar un proceso justo para llegar a una decisión, los encargados de tomar decisiones no deben ejercer sus poderes y deberes de manera arbitraria o desproporcionada. En términos generales, los tribunales no cuestionarán las decisiones tomadas por funcionarios gubernamentales; sin embargo, cuando el objeto de la decisión carece de proporción con los efectos de la medida adoptada, puede haber motivos para una reclamación y una determinación de violación del tratado. De manera similar, puede haber una violación del tratado cuando la decisión adoptada es considerada arbitraria por el tribunal, es decir, que va más allá del rango de respuestas abiertas a un decisor razonable o que carece de cualquier justificación relevante.

10. ¿MI DECISIÓN DA LUGAR A UN TRATO MENOS FAVORABLE ENTRE PERSONAS O ENTIDADES EN CIRCUNSTANCIAS SIMILARES?

Los tratados de inversiones prohíben la discriminación por motivos de nacionalidad. Cuando una decisión da lugar a que una persona o entidad reciba un trato menos favorable que otra persona o entidad en circunstancias similares, puede surgir una reclamación si resulta que esas personas o entidades (o sus accionistas) tienen nacionalidades diferentes. La obligación de no discriminar no sólo prohíbe la discriminación directa e intencional, sino que puede dar lugar a reclamaciones sobre decisiones que tienen un impacto discriminatorio (aunque no se pretenda que lo tengan).

11. ¿EXISTE UN CONTRATO ENTRE EL INVERSIONISTA Y EL GOBIERNO? ¿MI DECISIÓN TIENE UN EFECTO SOBRE ESE CONTRATO O SOBRE LO QUE EL INVERSIONISTA PUEDE HACER EN VIRTUD DEL MISMO?

En algunos casos, cuando el gobierno viola sus compromisos contractuales con respecto a una inversión, la violación de esos compromisos también puede equivaler a una violación de sus obligaciones en virtud de un tratado de inversiones. El incumplimiento o la rescisión de un contrato es un asunto grave, independientemente de que un tratado de inversiones sea aplicable o no, y en tales situaciones es importante buscar asesoramiento jurídico especializado.



-
1. Véase: http://statistics.apec.org/index.php/key_indicator/index.
 2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures” (Nov. 2017), 5.
 3. *Hulley Enterprises Ltd. c. Federación de Rusia*, Caso CPA núm. AA 226, Laudo final (18 de julio de 2014); *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación de Rusia*, Caso CPA núm. AA 228, Laudo final (18 de julio de 2014); *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación de Rusia*, Caso CPA núm. AA 227, Laudo final (18 de julio de 2014).
 4. *ConocoPhillips Pretozuata B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB/07/30, Laudo (8 de marzo de 2019).
 5. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados), “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS) – Costo y duración”, Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.153 (31 de agosto de 2018), 9 y siguientes.
 6. *Id.*

APEC Project: CTI 04 2017S

© 2024 APEC Secretariat

Asia-Pacific Economic Cooperation Secretariat
35 Heng Mui Keng Terrace
Singapur (Singapore) 119616
www.apec.org

CIL

CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW
National University of Singapore

**Australian
Aid** 