

Naturaleza, Evolución y Contexto del Derecho Internacional de Inversiones

III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión
Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM
2 y 3 de septiembre de 2010
Dr. Herfried Wöss ©

 **WÖSS & PARTNERS, S.C.**
ABOGADOS

El Derecho Internacional de Inversiones

- Crecimiento significativo de inversiones extranjeras de 1870 a 1914
- Estancamiento en los años 20 por la crisis mundial
- Originalmente basado en el derecho nacional
- Las primeras reglas internacionales se desarrollaron en el área de telecomunicaciones y transporte
- Efectos negativos de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial
- Conflicto Norte-Sur hasta los años 70

El Derecho Internacional de Inversiones

- Cuadruplicación de las inversiones entre 1990 y 2000 debido a innovaciones económicas y la reducción del costo de transporte
- El 80 por ciento de esa inversión se concentra en una docena de estados principalmente en Asia
- En 2005 la inversión extranjera directa llegó a 916 mil millones Dólares de los EUA
- La inversión extranjera directa actualmente rebasa el valor del comercio internacional

El Derecho Internacional de Inversiones

- Hasta principios de los años 90 existía un número limitado de reglas del derecho internacional público y un número reducido de tratados bilaterales de inversión
- Crecimiento de disputas a partir de los años 90
- Actualmente el derecho internacional de inversiones consiste de capas de derecho general internacional público, estándares generales del derecho internacional económico y reglas particulares



El Derecho Internacional de Inversiones

- A lo anterior se agregan aspectos del derecho del país receptor tales como:
 - la definición de la inversión,
 - reglas domésticas sobre la jurisdicción de tribunales internacionales
 - reglas domésticas sobre la nacionalidad
- Se mezclan elementos del derecho público y privado, en particular en cuanto a los contratos entre el inversionista y el país receptor
- Se revisa el derecho doméstico bajo la lupa del derecho convencional internacional y del derecho internacional público

La Naturaleza de la Inversión Extranjera: Un Riesgo a Largo Plazo

- Inversiones sustanciales al inicio de un proyecto
- Recuperación de la inversión y ganancias después de un largo plazo de 30 años o más
- Plan de negocios y expectativas legítimas
- Riesgos comerciales a cargo del inversionista:
 - cambios en el mercado
 - nuevos competidores
 - cambios de precios



La Naturaleza de la Inversión Extranjera: Un Riesgo a Largo Plazo

- Riesgos políticos
 - expropiación
 - intervenciones en el tipo de cambio
- Cambio de poder a favor del país anfitrión una vez hecha la inversión
- Principio fundamental: buena fe
 - relación legal estable con el país anfitrión
 - efecto legal de declaraciones unilaterales del país receptor
 - violación del país receptor de su propia legislación

La Naturaleza de la Inversión Extranjera: Un Riesgo a Largo Plazo

- Tratados y su interpretación de acuerdo con las reglas del derecho internacional público
- Principios generales de derecho de acuerdo con el artículo 38(1) letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en caso de lagunae
- Importancia del principio de buena fe como principio general de derecho:
 - declaraciones unilaterales por parte de gobiernos
 - non venire contra factum proprium (“estoppel”)
- Estabilidad de la relación entre el inversionista y el Estado

Soberanía del País Anfitrión y las Reglas de Inversiones Extranjeras

- Bajo las normas del derecho internacional consuetudinario, no existe obligación alguna de admitir la inversión extranjera
- El Estado tiene la libertad de excluir y regular las inversiones extranjeras
- Una vez admitida la inversión extranjera, se aplica el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en ausencia de un tratado
- Afectación del derecho administrativo del país receptor en áreas como el medio ambiente, salud y propiedad

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Primer Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y Francia en 1796: protección de la propiedad extranjera
- Siglo XIX: Protección de la propiedad de extranjeros bajo el derecho del país receptor, sin existir un estándar autónomo (p.ej. Tratado entre Suiza y los Estados Unidos en 1850)
- Carlos Calvo, Argentina, 1868: Reducción de la protección a la propiedad de extranjeros si se reduce la protección a los propios ciudadanos; litigio ante tribunales domésticos, renuncia a la protección diplomática

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Convención Drago-Porter en 1907: Prohibición del uso de fuerza para cobrar deudas
- Doctrina predominante en 1910: estándar de trato mínimo a extranjeros
- Revolución en Rusia en 1917: expropiación sin compensación de empresas rusas y extranjeras
- Arbitraje Lena Goldfields 1930: Reclamo por pago de indemnización de inversionista extranjero basado en enriquecimiento ilícito

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Nacionalización por parte de México del sector agrario y petrolero en 1938: Fórmula Hull, se permite la expropiación siempre y cuando se de una indemnización pronta, adecuada y efectiva
- Conflictos entre países desarrollados y en desarrollo
- Estándar internacional: El extranjero (no solamente su propiedad) se encuentra protegido en contra de medidas exorbitantes
 - derecho penal
 - derechos procesales
 - derecho civil

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Caso Neer 1926: Obligación de México de investigar la muerte de un ciudadano estadounidense (Comisión Mixta de Reclamos):
 - “The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Desarrollo de un estándar mínimo internacional de protección de extranjeros en contra de medidas inaceptables por el país receptor, no solamente de inversión extranjera a pesar de la Doctrina Calvo y la Revolución Rusa
- Entre 1945 y 1990: Conflicto entre los países en desarrollo recientemente independientes y los países exportadores de capital en el foro de las Naciones Unidas
- El tema era la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y la descolonización económica

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- En 1962 se otorgó la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas resolviendo sobre el pago de una “compensación apropiada” en caso de expropiación lo que no corresponde a la fórmula Hull ni a la doctrina de Calvo. Además, se confirmó que los contratos de inversión extranjera deben cumplirse de buena fe



DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Nuevo Orden Económico Internacional (años 70):
 - Boicot de los países productores de petróleo
 - Espíritu de independencia económica en Latinoamérica
 - Varias Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas
 - Aparente sustitución de las reglas del derecho internacional público sobre la expropiación de la propiedad de extranjeros por el derecho interno de un Estado



DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Resolución UN GA No. 3281, 12 de diciembre de 1972: Charter of Economic Rights and Duties of States: “Each State has the right: ... (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measure, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and ...

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- ... mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.”
- La discusión sobre el Nuevo Orden Económico Internacional llevó como consecuencia una inseguridad sobre las reglas internacionales consuetudinarias sobre inversiones extranjeras hasta 1990
- Posteriormente, la situación se cambió por las siguientes razones:
 - Colapso de la Unión Soviética
 - Crisis financieras en Latinoamérica, celebración de tratados bilaterales de inversión
 - Cesación de reclamos por la “Soberanía Permanente” en la Asamblea General de las Naciones Unidas

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Washington Consensus: Buen gobierno y reconocimiento de la importancia de instituciones, del estado de derecho y un grado apropiado de estabilidad y previsibilidad de políticas gubernamentales (liberalismo económico)
- Revisión de posición de instituciones financieras internacionales
- Énfasis en el sector privado en el proceso del desarrollo que se refleja en una actitud positiva a la inversión extranjera privada
- Lineamientos del Banco Mundial sobre el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas de 1992: beneficios para la economía mundial

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Nuevo clima de relaciones económicas: Los países importadores de capital otorgan más protección a inversiones que la establecida en el derecho internacional consuetudinario
- La fórmula Hull se incorporó en cientos de tratados bilaterales de inversión, así como en tratados multilaterales como el Tratado de la Carta de Energía (“Energy Charter Treaty”) en 1994 o el TLCAN
- Sin embargo, hay que notar la interpretación autónoma de la Comisión del TLCAN sobre el significado del estándar “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” al igualarlo al derecho internacional consuetudinario

DI Consuetudinario: La emergencia de un Estándar Mínimo

- Renacimiento del caso Neer de 1926 y debate sobre su aplicación en el contexto de reglas contemporáneas de inversión extranjera
- Efecto de 3,000 tratados bilaterales de inversión en el derecho consuetudinario, en particular, en lo que se refiere al derecho internacional de expropiación y de indemnización



Tratados: Evolución y Objetivo

- Primer tratado entre los Estados Unidos y Francia en 1778
- En el siglo XIX se celebraron tratados entre los Estados Unidos y sus aliados Europeos, y posteriormente con países Latinoamericanos, con disposiciones sobre la indemnización en caso de expropiación
- A partir de 1919 los Estados Unidos negociaron una serie de Tratados sobre Amistad, Comercio y Navegación
- Tales tratados se centraron en temas de comercio incluyendo el derecho de establecimiento de empresas
- Desde 1945 tales tratados contenían más reglas sobre inversión

Tratados: Evolución y Objetivo

- De 1966 a 1982 gobernaba la renuencia de los países en desarrollo de celebrar ese tipo de tratados tradicionales
- En 1959 Alemania y Pakistán celebraron el primer tratado bilateral de inversiones que entró en vigor en 1962. La razón atrás fue la pérdida de propiedad como consecuencia de los pagos de reparación por haber iniciado la Primera Guerra Mundial en violación del derecho internacional público. Alemania quiso proteger sus inversiones en el extranjero.
- Los tratados alemanes tenían las siguientes características:
 - No había solución de controversias entre el inversor y el estado, sino la sumisión de disputas ante la Corte Internacional de Justicia o arbitraje ad hoc entre estados

Tratados: Evolución y Objetivo

- Un banquero alemán, Hermann Josef Abs, propuso en 1957 la Carta Magna de la Protección de la Propiedad Extranjera en forma de un tratado global incluyendo estándares específicos de protección y la constitución de un tribunal arbitral permanente con facultades de imponer sanciones también para no-miembros de tal tratado
- Posteriormente, propuso una versión menos ambiciosa en forma de un tratado multilateral junto con el Sir Hartley Shawcross lo que se llamaba el Abs-Shawcross Draft

Tratados: Evolución y Objetivo

- Tal proyecto junto con otro proyecto Suizo trajo consigo en 1962 la preparación de un proyecto de una convención multilateral de protección de bienes extranjeros de la OCDE
- El segundo proyecto fue presentado en 1967 pero no fue exitoso por la gran diferencia entre los países exportadores e importadores de capital
- Finalmente, tal esfuerzo se redujo a un modelo para la celebración de tratados bilaterales de inversión, que es de mucha importancia
- Tampoco tuvieron éxito esfuerzos en las Naciones Unidas de crear reglas sobre inversiones extranjeras

Tratados: Evolución y Objetivo

- El Abogado General del Banco Mundial, Aron Broches, reconoció que debido a la diferencia de posiciones, lo más idóneo era concebir reglas para la solución imparcial de disputas sin buscar acuerdos sobre temas de los estándares sustantivos (“procedimiento antes de reglas sustantivas”)
- Lo anterior resultó en la firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington, el 18 de marzo de 1965 y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) para entrar en vigor en 1966

Tratados: Evolución y Objetivo

- De acuerdo con Dolzer/Schreuer, lo anterior ha sido el “paso más audaz e innovativo” en la historia moderna de cooperación internacional relativo al rol y la protección de inversiones extranjeras, debido a lo siguiente:
 - demanda por individuos y empresas extranjeras en contra de Estados
 - restricción severa de la inmunidad del Estado
 - aplicación del derecho internacional público entre el Estado y el inversionista
 - exclusión en principio del agotamiento de recursos locales
 - ejecución directa de laudos CIADI en los territorios de todos los Estados miembros del Convenio



Tratados: Evolución y Objetivo

- Existencia modesta del CIADI hasta finales de los años 80
- Crecimiento continuo y exponencial de casos en los años 90
- Tendencias:
 - Negociación de un sinnúmero de tratados bilaterales de inversión en Asia
 - TBIs entre países en desarrollo
 - Cierta uniformidad
 - Diferencias en los detalles
- Temas actuales:
 - Relación entre el derecho convencional y consuetudinario
 - El rol del derecho consuetudinario referente al derecho de daños y perjuicios
 - Desarrollo del derecho internacional público a través del derecho internacional de inversiones extranjeras

Tratados: Tendencias

- Obligaciones a cargo de los inversionistas en áreas de medio-ambiente, derechos humanos y estándares laborales
- Códigos de Conducta de las OCDE para Corporaciones Transnacionales de 1976 y 2000
- Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales
- Principios Ecuador para proyectos socialmente responsables para el financiamiento de proyectos con más de US\$10 millones adoptados por más de 50 instituciones financieras
- Lineamientos del Banco Mundial y del IFC incluyendo temas sociales en materia de inversión

Tratados: Tendencias

- Inclusión de temas de inversión en tratados de libre comercio
- Negociación de un Tratado Multilateral de Inversiones en los foros de la OCDE y la OMC abandonado en 2005
- Public Statement on the International Investment Regime, 31 August 2010



Conclusiones

- El derecho internacional de inversiones es la disciplina más dinámica del derecho internacional público y tiene una injerencia importante en el desarrollo del mismo
- El derecho internacional de inversiones es una disciplina relativamente joven
- Mientras existe un avance enorme en materia procesal, no se ha logrado la multilateralización del derecho convencional
- Hay diferencias finas en los tratados bilaterales de inversión que afectan a los estándares utilizados
- Nuevas áreas y nuevos temas: Cláusulas sociales y TLCs