

EL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN UN ESTADO EN TRANSFORMACIÓN:
EL CASO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

MARCELA
ANZOLA GIL

EL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
EN UN ESTADO EN TRANSFORMACIÓN:
EL CASO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Anzola Gil, Marcela

El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación : el caso de la inversión extranjera /
Marcela Anzola Gil. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

235 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587722260

1. Relaciones internacionales 2. Inversiones extranjeras 3. Empresas internacionales 4. Inversiones internacionales I. Universidad Externado de Colombia II. Título

327

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Diciembre de 2014

ISBN 978-958-772-226-0

© 2014, MARCELA ANZOLA GIL

© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

*A Francisco, por su apoyo incondicional,
y a Milú ...*

AGRADECIMIENTOS

Escribir un trabajo de tesis no es tarea fácil en la medida en que implica encontrar un balance entre el rigor y la claridad de los argumentos, así como entre la magnitud de la información y su relación con los temas analizados. A esto se le deben sumar las dificultades prácticas que entrañan la búsqueda de la información adecuada y el análisis de la misma.

A pesar de que este es un trabajo que debe emprender el investigador, de manera autónoma e independiente, los resultados del mismo no se logran sin el apoyo directo o indirecto de un buen número de personas. Quiero, por tanto, manifestar mi agradecimiento a quienes, directa o indirectamente, contribuyeron al resultado de este trabajo. En particular quiero agradecer a mi director de tesis, el doctor BERNARDO VELA ORBEGOZO, por todo su apoyo y colaboración durante el desarrollo del trabajo, así como a FRANCISCO THOUMI por las extensas y enriquecedoras discusiones sobre el tema, las cuales fueron de gran ayuda para precisar conceptos y avanzar en la investigación.

A la Universidad de Texas, School of Law, en donde como Visiting Scholar tuve acceso a la mayor parte de la fuente bibliográfica utilizada para la elaboración de esta tesis. Finalmente, quiero agradecer a la Universidad del Rosario, por su apoyo durante la primera etapa de los estudios doctorales.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	19
1. PARADIGMAS, ANOMALÍAS Y OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS: METODOLOGÍA	35
1.1 Enfoque metodológico	36
1.1.1 El enfoque de BACHELARD.	36
1.1.2 El enfoque de KUHN.	38
1.2 Metodología de trabajo	42
2. EL ESTADO EN UN MUNDO EN TRANSFORMACIÓN	47
2.1 Estado moderno: ¿del monopolio del derecho al pluralismo jurídico?	50
2.1.1 Estado moderno: características.	50
2.1.2 Pluralismo jurídico.	53
2.2 Estado-nación y orden internacional: de un orden Estado-céntrico a la gobernanza global	59
2.2.1. El Estado-nación como actor central del orden internacional.	59
2.2.2 Orden multicéntrico y gobernanza global.	61
2.3 Estado y posmodernidad: ¿hacia un nuevo paradigma?	65
2.3.1 Posmodernidad.	65
2.3.2 ¿Estado posmoderno?	67
3. LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA: LA CIENCIA NORMAL	73
3.1 De las relaciones internacionales al derecho internacional	73
3.1.1 De la guerra a la protección diplomática.	74
3.1.2 De la protección diplomática a la protección jurídica.	78
3.2 De la protección a la promoción de la inversión extranjera	83
3.2.1 Hacia un nuevo modelo de desarrollo económico: instituciones y mercado	84
3.2.2 Las políticas para promover y atraer la inversión extranjera directa: el papel de la seguridad jurídica	90
3.3 Los tratados para promover y proteger las inversiones extranjeras: la concreción legal de la seguridad jurídica	96
3.3.1 Definiciones	100
3.3.2 Trato	116
3.3.3 Admisión: establecimiento y pre-establecimiento	123
3.3.4 Protección de la propiedad	126
3.3.5 Compensación por pérdidas	131
3.3.6 Transferencia de fondos	133
3.3.7 Solución de controversias	135
3.3.8 Temas relacionados con la inversión	140

4. LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA:	
¿SÍNTOMAS DE ANOMALÍAS EN LA CIENCIA NORMAL?	147
4.1 La proliferación de controversias en materia de inversión	147
4.1.1 Distribución geográfica de las controversias	149
4.1.2 Distribución sectorial de las controversias	161
4.1.3 Tipos de medidas estatales que han sido objeto de controversia	166
4.2 Intentos de explicación y propuestas de solución: el estado del arte	169
4.2.1 Análisis cuantitativo de las controversias y propuestas de reformas	169
4.2.2 Los efectos de las controversias sobre la soberanía de los estados: los casos del NAFTA	172
4.2.3 El arbitraje en materia de inversión extranjera como un caso de “privatización” del derecho internacional público	174
4.2.4 Enfoque propositivo: recomendaciones para prevenir las controversias	176
4.3 Límites y problemas de la doctrina y la práctica: ¿anomalías?	178
4.3.1 La expropiación indirecta como fundamento de las controversias	179
4.3.2 Trato justo y equitativo y la doctrina de las expectativas legítimas	192
5. ANÁLISIS Y RESULTADOS: ¿POSMODERNIDAD O PROBLEMAS DE INCONMENSURABILIDAD?	203
5.1 El régimen de inversión extranjera: entre la modernidad y la posmodernidad	204
5.1.1 La solución de controversias inversionista-Estado: un ejemplo de posmodernidad.	204
5.1.2 La privatización de la prestación de los servicios públicos: el repliegue del Estado	205
5.2. El problema de la seguridad jurídica a la inversión extranjera: ¿crisis o inconmensurabilidad?	208
5.2.1 El resquebrajamiento de la noción de seguridad jurídica	209
5.2.2 La seguridad jurídica en el contexto de la posmodernidad: ¿un problema de inconmensurabilidad?	210
5.3 Síntesis y resultados	212
6. CONCLUSIONES	215
BIBLIOGRAFÍA	219

En los tiempos que estamos viviendo, y como consecuencia de un proceso intenso y complejo de *globalización* que se manifiesta, entre otras cosas, en un paulatino declive de la soberanía del Estado, la arquitectura política y económica de la sociedad humana está sufriendo una transformación inusitada. La característica esencial del nuevo orden mundial, dice JAMES ROSENAU, es la incertidumbre, el cambio constante, las fluctuaciones, el dinamismo y, en general, la complejidad. Bajo el nuevo orden mundial, agrega, el viejo orden *Estado-centrista* y equilibrado se ha transformado, gracias a la intervención de diversos actores no estatales, a la revolución tecnológica, al acceso generalizado de los individuos a la información, a la transformación de las reglas económicas y, en fin, a la transformación de la agenda internacional, cuyos efectos han desbordado los límites y las capacidades del Estado¹.

Ahora bien, tal como lo ilustra con suficiencia THOMAS KUHN, cuando la transformación de una realidad social es profunda, se suscita una crisis de los paradigmas que se propusieron en su entorno, y el deber de los investigadores consiste en proponer perspectivas de análisis que permitan comprender la nueva realidad social². En efecto, la *globalización* está generando una transformación social tan profunda y compleja que, como era de esperarse, suscitó una crisis epistemológica que puede constatarse en el declive de algunos de los paradigmas de la modernidad, como la idea de Estado y soberanía.

Esta crisis epistemológica amerita, pues, la proposición de nuevos paradigmas que, como instrumentos de análisis más adecuados, sirvan para comprender la nueva realidad social. No obstante, dice GEORG SORENSEN, ese esfuerzo de análisis no puede reducirse o simplificarse con la dicotomía

1 JAMES ROSENAU. "Previewing post internacional politics", en *Turbulence in World Politics*, Princeton, Princeton University Press, 1990. pp. 11 y ss.

2 Este epistemólogo norteamericano se preocupa por la diferencia de las ciencias naturales y las ciencias sociales y critica la explicación histórica de los cambios producidos en la ciencia. En consecuencia, se aparta de la tesis del *progreso acumulativo* y propone un análisis fundado en la idea de *paradigmas*, con base en el cual presenta el desarrollo de la ciencia como una sucesión de rupturas revolucionarias, no acumulativas, en cuyo proceso se van alterando periodos de *ciencia normal* con rupturas o *revoluciones científicas* que se expresan en la composición de nuevos *paradigmas* que son el producto de consensos aceptados mayoritariamente por las academias. THOMAS S. KUHN. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 50 y ss.

entre prevalencia del *Estado-centrismo*, típico de la modernidad, o el repliegue inusitado del Estado y la erosión de su soberanía que se experimenta en nuestros días. SORENSEN sostiene, en este sentido, que los estados de hoy son “(...) sistemas en un proceso complejo y contradictorio de transformación. Estados que están cambiando mucho respecto de lo que eran, pero que no se ajustan sin más a un proceso simple de ser *más débiles* o *más fuertes*”³.

Esto es, precisamente, lo que propone el trabajo de MARCELA ANZOLA que aquí se presenta y cuya investigación estuvo bajo mi dirección. En este sentido, MARCELA sostiene que en nuestros días hay un proceso social que escapa al control de las autoridades, o que desborda las fronteras del Estado, y que genera unas consecuencias cuya dimensión no puede estudiarse con base en los paradigmas políticos de la modernidad.

En aras de acotar el vasto proceso de la *globalización*, MARCELA estudia una parte específica y limitada del proceso, esto es, la inversión extranjera cuyo comportamiento otrora era controlado por la obvia jerarquía jurídica de las autoridades económicas de los estados. Se podría decir que cuando se suscitaba un conflicto entre los intereses públicos representados por el Estado y los intereses privados representados por agentes particulares, prevalecía el interés del Estado. De esta manera —y más allá de la superada y antipática idea de la *razón de Estado* acuñada desde los tiempos del absolutismo— el principio que ha prevalecido para legitimar la prevalencia del interés público sobre el interés privado tiene origen en la Ilustración y en la idea de democracia. En virtud de este principio, por ejemplo, el derecho administrativo estableció *cláusulas exorbitantes* que todavía están vigentes y que garantizan la acción pública sobre el interés privado.

No obstante, desde la década de los ochenta el proceso suscitado en torno de las inversiones extranjeras ha cobrado una dimensión creciente y un comportamiento tan dinámico que, fundado en la racionalidad económica prevaleciente en la *globalización*, parece desbordar las funciones típicas del Estado y actuar en función de los intereses privados. En efecto, en nuestros días se puede constatar que la inversión extranjera juega un papel fundamental en la financiación de la infraestructura pública y en la prestación de servicios públicos. En consecuencia, los agentes del Estado, informados en

3 GEORG SORENSEN. *La transformación del Estado. Más allá del mito del repliegue* [Traducción de Ramón Cotarelo] Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 81.

esa racionalidad que parece ineluctable, han comprendido que para generar desarrollo es preciso atraer la inversión extranjera a sus territorios.

El resultado de este proceso creciente se manifiesta en el establecimiento de nuevas políticas económicas y en la toma de una serie de medidas gubernamentales que tienen por finalidad garantizar la estabilidad jurídica para todos los empresarios que decidan traer sus inversiones al territorio nacional. De esta manera, los estados se comprometen en igualdad de condiciones con los inversores extranjeros a que el destino de sus inversiones se garantice y, en este sentido, a que estas no sean afectadas por decisiones políticas durante el tiempo que se encuentran en el territorio nacional.

Además, los estados, mediante el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*⁴, se han comprometido a someter los diferendos sobre inversiones extranjeras al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, CIADI. En virtud de ello, las inversiones extranjeras se someten a la regla de la seguridad jurídica y, de esta manera, quedan a salvo de las vicisitudes que se susciten como consecuencia de las decisiones soberanas del Estado que transformen las condiciones originales bajo las cuales se hizo el contrato de inversión. En otras palabras, una política pública dirigida, por ejemplo, a establecer una mayor garantía de los derechos laborales, una mayor protección del medio ambiente o a obtener mayores recursos públicos mediante una reforma tributaria, no puede afectar las condiciones jurídicas de las inversiones que están en curso.

Se suscitan, pues, algunas preguntas: ¿qué está pasando con la soberanía del Estado?, ¿perdió su talante y pasó a negociar con algunos particulares en igualdad de condiciones?, ¿puede un agente privado, como los empresarios que hacen inversiones, eludir el cumplimiento de políticas estatales soberanas que, se supone, buscan el interés general?

Estas cuestiones suscitan una reflexión epistemológica: no se debe simplificar el problema aduciendo, como hacen algunos, que el Estado está derrotado o que se bate en retirada, porque es el Estado, a través de sus

4 El *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* fue elaborado por los directores ejecutivos del Banco Mundial. El 18 de marzo de 1965 los directores ejecutivos sometieron el texto a los estados-miembro del Banco Mundial para su firma y posterior ratificación. Tras la ratificación de 20 estados, el Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966. En nuestros días, más de 143 países han ratificado el Convenio.

agentes, quien negocia con los inversores esas condiciones y, aunque parezca una paradoja, es el mismo Estado el que dirige su voluntad a mermar su soberanía. Lo que si se pone en evidencia con estas cuestiones es que el Estado, entendido como una autoridad soberana que, a la luz de los paradigmas modernos, siempre estaba por encima de los intereses privados, ha entrado en una negociación con agentes particulares que le han puesto en igualdad de condiciones con ellos.

El trabajo de MARCELA ANZOLA podría parecer una reflexión que interesa a la disciplina de la economía. No obstante, una lectura detenida permitirá al lector constatar que se trata de una reflexión de filosofía política porque el tema de las inversiones extranjeras es solo el *estudio de caso* que sirve para corroborar, como se hace a lo largo de la investigación, que la vieja regla de la seguridad jurídica interpretada en el contexto de la racionalidad económica prevaleciente con la *globalización*, ha invertido la relación de poder entre lo público y lo privado, y que los funcionarios del Estado se han convertido en agentes funcionales de una nueva racionalidad que beneficia los intereses privados.

El trabajo de investigación de MARCELA, que fue calificado por los miembros del jurado con una nota de sobresaliente *Cum Laude*, tiene las tres virtudes de una tesis doctoral: en primer lugar, propone un exhaustivo *trabajo de campo*, referido al incremento de los flujos de inversión extranjera que ha suscitado un creciente número de controversias entre los estados receptores de inversiones y las empresas inversionistas. La fuente primaria en este caso fue el CIADI y, de manera específica, todas las demandas por controversias jurídicas referidas a inversiones extranjeras que se suscitan en su entorno.

La sistematización de esta información le permitió a MARCELA hacer un análisis concienzudo de una realidad específica que, como su *objeto de investigación*, pudo ser medido, delimitado y definido. Además, con ese trabajo de campo se hace un hallazgo: la mayor parte de las demandas ante el CIADI han controvertido decisiones de interés público de los estados demandados. En efecto, si se consideran los argumentos de los inversionistas y las decisiones del CIADI se puede constatar que algunas decisiones soberanas de política pública, precisamente aquellas que suscitaron la demanda de los inversionistas, habrían violado el deber de garantizar la seguridad jurídica, ora porque las medidas del Estado dieron lugar a una expropiación indirecta, ora porque las políticas del Estado iban en contra del principio de las

expectativas legítimas, garantizado bajo el deber del Estado de otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo.

La segunda virtud de la investigación de MARCELA consiste en la ponderación y crítica de los enfoques teóricos prevalecientes y, en este sentido, su investigación pone en evidencia la precariedad de los paradigmas modernos para comprender la dinámica de la nueva realidad que estudia. En fin, la tercera virtud del presente trabajo consiste en la demostración de una *hipótesis*, esto es, en poner en evidencia que con la transformación de la arquitectura política y económica de la sociedad humana los intereses públicos parecen ceder ante los intereses privados o, en otras palabras, que el paradigma moderno de la seguridad jurídica, interpretado a la luz de la racionalidad económica prevaleciente en el nuevo contexto de la *globalización* se ha tornado funcional a los intereses privados y superior a los paradigmas de la autonomía e independencia del Estado soberano.

En definitiva, lo que suele afirmarse con ligereza en la calle sobre el declive de la soberanía estatal, se prueba con método científico en la presente investigación. En este sentido, se corrobora que la magnitud y la dinámica de las inversiones extranjeras están poniendo a los estados, y no solo a los estados en vías de desarrollo, en una situación que en otros tiempos parecía poco probable y que consiste en que los inversionistas extranjeros, fundados en una nueva racionalidad económica en la que los intereses privados prevalecen sobre los intereses públicos, están poniendo en jaque el orden político moderno.

Las reflexiones y conclusiones del presente trabajo abren una serie de posibles investigaciones futuras. Hay investigadores que han trabajado desde hace años la idea del cambio institucional para poner en evidencia que detrás de las transformaciones institucionales hay unos intereses privados que se benefician. JOHN K. GALBRAITH, por ejemplo, sorprendió al mundo con su crítica de las ideas de KEYNES que sirvieron de base para que, tras la *Gran Depresión* de los Estados Unidos de América, se establecieran las instituciones de un *New Deal* y que, en contra de lo previsible, terminaron favoreciendo grandes intereses económicos privados⁵.

5 En efecto, pese a que las justificó en su origen, GALBRAITH se convirtió en un crítico de las ideas de KEYNES sobre intervención del Estado en la economía porque, en sus palabras, en el modelo de desarrollo capitalista esas instituciones propiciaron que las ganancias se convirtieran en beneficios privados individuales y que se capitalicen, y que las pérdidas se conviertan en costos sociales que

No obstante, los hallazgos de MARCELA también invitan a proponer nuevas investigaciones de carácter antropológico, que estudien el comportamiento de los agentes del Estado en la nueva realidad de la *globalización*. Después de todo, detrás de las instituciones y, en general, detrás de las políticas públicas, hay racionalidades que se imponen y, además, hay agentes tomadores de decisiones que no actúan con neutralidad sino que, por el contrario, y como es natural, obedecen a sus valores, a su formación y a sus intereses.

BERNARDO VELA ORBEGOZO, PhD.

Bogotá, agosto de 2013

deben ser pagados por la sociedad entera. JOHN KENNETH GALBRAITH. *El capitalismo americano: el concepto del poder compensador*, Barcelona: Ariel, 1972, pp. 201 y ss.

A pesar de que la inversión extranjera data de la época de la expansión colonial en el siglo XVII con las compañías de Indias⁶, el concepto como lo conocemos en la actualidad, se cristaliza solo hasta finales del siglo XIX con la internacionalización de los capitales europeos, sobre todo de origen británico⁷, y no va a ser objeto de mayores análisis hasta después de la segunda guerra mundial, luego de la creación del Fondo Monetario Internacional, cuando se empieza a discutir sobre las ventajas y la necesidad de controlar la entrada y salida de capitales.

La noción de inversión extranjera cubre tanto las inversiones directas como las de portafolio⁸, las cuales se diferencian por el plazo y los objetivos que persiguen: mientras que la inversión directa se realiza para el desarrollo de una actividad específica, con vocación de largo plazo, la inversión de portafolio se lleva a cabo en títulos representativos de derechos (acciones, bonos, etc.), sin el ánimo de influir directamente en las decisiones de las empresas que representan estos títulos y, en general, aunque no necesariamente, con vocación de corto plazo.

Desde sus orígenes el tratamiento del tema se ha caracterizado por estar estrechamente relacionado con la actividad del Estado, sobre todo porque es a este a quien le compete determinar si permite o no la entrada y salida

6 Estas compañías tenían origen en los países europeos que comerciaban con la India. Dentro de las más importantes se encuentran la Compañía Británica de las Indias Orientales, fundada por un grupo de inversores británicos, que obtuvo el 31 de diciembre de 1600 la Carta real que le garantizaba privilegios del comercio en la India; la Compañía holandesa de las Indias Orientales que se estableció el 20 de marzo del 1602, cuando los Estados Generales de los Países Bajos le concedieron un monopolio de 21 años para realizar actividades coloniales en Asia; la Compañía de Indias Danesa, fundada en 1616 siguiendo un privilegio del rey danés Christian IV de Dinamarca y Noruega; la Compañía francesa de las Indias Orientales o Compañía francesa para el comercio de las Indias Orientales, fundada por las cartas de patentes del 27 de agosto de 1664, cuyo objeto era navegar y negociar en la zona que abarca desde el cabo de Buena Esperanza, los mares orientales y en toda la India, con monopolio del comercio por un período de cincuenta años; y la Compañía sueca de las Indias Orientales, fundada en Gotemburgo, Suecia, en 1731, para el propósito del comercio en el lejano oriente. Ver al respecto: STEPHEN BOWN, R. MERCHANT KINGS: *When Companies Ruled the World, 1600—1900*. New York: Thomas Dunne Books, 2010. 336 pp. ISBN-10: 0312616112 (Kindle edition).

7 Ver al respecto con más detalles en: JAMES-OTIS RODNER S. *La inversión internacional en países en desarrollo*. Caracas: Editorial Arte, 1993, 750 p. ISBN 980-07-1382-X.

8 No obstante, es preciso tener en cuenta que existen múltiples definiciones de inversión. Las definiciones que se incluyen aquí reúnen los criterios de la mayoría de estas.

de capitales, así como establecer las reglas de juego que se aplicarán a las inversiones una vez estas se encuentren en su territorio.

El trato que un Estado le otorga a las inversiones extranjeras depende, a su vez, del enfoque económico predominante en cada época. Por ejemplo, mientras que en el período inmediato a la segunda guerra mundial los países en desarrollo aplicaron fuertes restricciones y controles a la entrada de capitales extranjeros con fundamento en la necesidad de proteger la industria local⁹, en las últimas dos décadas se pasó a una etapa de plena liberalización, en la que se desató una competencia entre los países por la atracción de este tipo de capitales¹⁰.

Este cambio de políticas se explica principalmente por la necesidad que tuvieron los países en desarrollo de encontrar nuevas fuentes de financiación luego de la crisis de la deuda en la década de los 80¹¹. Es el caso, por ejemplo, del sector de infraestructura en Latinoamérica y las economías en transición donde, en la medida en que los requerimientos excedían los recursos disponibles, fue imperativo implementar reformas políticas importantes para atraer capitales privados. Como resultado el sector privado comenzó a jugar un papel cada vez más importante, por ejemplo, en la financiación de la infraestructura pública¹² y la prestación de servicios públicos, ya fuera activamente como promotor, o pasivamente como inversionista institucional. KIKERI y KOLO¹³ reportan que entre 1990 y el 2003, 120 países en desarrollo llevaron a cabo cerca de 8000 transacciones de privatización por un valor de

- 9 Ver al respecto, por ejemplo: STEPHAN HAGGARD. *Pathways from the Periphery. The Politics of Growth in the Newly Industrializing Countries*. Ithaca y Londres: Cornell University Press. 1990, 278 pp. ISBN 0-8014-2499-2; ROSEMARY THORP. *Progress, Poverty and Exclusion. An Economic History of Latin America in the Twentieth Century*. New York: Interamerican Development Bank. 1998, 369 pp. ISBN 1-8869-9383-50.
- 10 Para este cambio ver: World Bank. *World development report 1991: The Challenge of Development*. Washington: Oxford University Press. 1991, 304 p. ISBN 0-19-520860-2.
- 11 Ver al respecto por ejemplo: World Bank. *“World Development Report 1981: National and International Adjustment”*. Washington: World Bank, 1981, 204 p. ISBN 0-19-502997-6. En el mismo sentido, y de manera más detallada en: THEODORE MORAN. *Harnessing Direct Investment for Development: Policies for Developed and Developing Countries*. Washington, DC: Center for Global Development, 2006. 173 pp. ISBN 13:978-1-933286-09-9.
- 12 Ver al respecto el informe del Banco Mundial: World Bank. *“World Development Report 1994: Infrastructure for Development”*. Washington: World Bank, 1994. 270 pp. ISBN 0-19-520991-5.
- 13 SUNITA KIKERI, y AISHETU FATIMA KOLO. *Privatization Trends: What’s Been Done?*, En: *Public Policy Journal* [en línea], n.º 303 (2006) <<http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal>> [citado el 22 de marzo de 2009].

US\$410 billones. En la primera mitad de la década de los 90 el valor anual de estos procesos estaba en un rango entre los 20-30 billones de dólares de los Estados Unidos¹⁴.

Las modificaciones implementadas a partir de la década de los 90, encontraron su justificación teórica en la idea de que el libre mercado era el mecanismo idóneo para lograr el desarrollo, y que la inversión extranjera era transcendental en la medida en que tenía efectos positivos sobre el crecimiento industrial, la generación de empleo, la transferencia de tecnología y las exportaciones, además de ser una importante fuente de capital¹⁵.

En las décadas siguientes, y a pesar de las crisis financieras que se han sucedido a lo largo de los últimos 20 años, la inversión extranjera no solo ha seguido en aumento sino que además también han cambiado sus patrones tradicionales. Los países en desarrollo han dejado de ser exclusivamente receptores de la inversión para convertirse también en inversionistas en la medida en que empresas provenientes de estos países han comenzado a invertir en el exterior. La aparición en escena de las inversiones provenientes de Brasil, India, China, Rusia (BRIC) ha liderado esta nueva tendencia, la cual ha sido emulada por Colombia, Indonesia, Vietnam, Egipto, Turquía y Suráfrica (CIVETS)¹⁶.

Sin embargo, este éxito de las políticas para promover la inversión extranjera¹⁷ se ha visto acompañado también de hondas preocupaciones por la proliferación, cada vez más creciente, del número de controversias entre los estados receptores y las empresas. Especialmente porque en muchos de estos casos los estados receptores, tanto países en desarrollo como desarrollados (Estados Unidos y Canadá, por ejemplo), han sido demandados por presuntos incumplimientos de los compromisos adquiridos ya sea en el marco de acuerdos internacionales de inversión extranjera o en el de contratos de carácter público con inversionistas (concesiones, contratos de exploración,

14 Base de Datos del Banco Mundial. Esta base contempla más de 9000 transacciones entre 1988 – 2003, se puede consultar en línea en: <http://rru.worldbank.org/Privatization/>

15 Ver: JOSÉ LUIS MACHINEA, CECILIA VERA. *Comercio, inversión directa y políticas productivas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas. SERIE Informes y Estudios Especiales. 2006, 68 pp. ISBN: 92-1-322855-4; MORAN. Op. cit., p. 166.

16 Al respecto en: UNCTAD. *“World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development”*. Ginebra: United Nations Publication, 2011, pp. 2 y ss.

17 Sobre este aspecto ver por ejemplo: UNCTAD. *“The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”*. Ginebra: United Nations Publication, 2011, 161 pp. ISBN 978-92-1-112781-2.

prospección y explotación de recursos naturales, etc.), con consecuencias que trascienden el plano puramente económico, como de manera clara lo señala SUSAN FRANCK:

Before 1995, only a handful of arbitrations involved claims under investment treaties. During the last five years, however, the number of cases has exploded. There are now over sixty known arbitrations involving investment treaties, and these claims typically involve amounts ranging from U.S. \$120 million to “billions and billions” of dollars. The consequence of this growth is that decisions about public issues with economic and political consequences are resolved in private before different sets of individuals who can and do come to conflicting decisions on the same points of law—and no single body has the capacity to resolve these inconsistencies.¹⁸

Este fenómeno se ha analizado desde diferentes perspectivas. De una parte se argumenta que las demandas han aumentado porque tanto el número de acuerdos internacionales como las inversiones han aumentado. Desde otra perspectiva se atribuye el problema a fallas en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, tanto que se ha llegado a hablar de una *crisis del sistema de solución de controversias*, y se estudian propuestas para modificarlo. Una tercera posición explica este fenómeno con base en los efectos que ha tenido la globalización sobre el Estado. No obstante, ninguna de estas explicaciones parece ser satisfactoria.

Es cierto que a mayor número de acuerdos internacionales y de inversiones el riesgo de controversias es mayor, pero también es cierto que los gobiernos han implementado una serie de medidas con el objeto de atraer la inversión extranjera y de crear un clima propicio para su desarrollo. Por consiguiente, no queda muy claro cuáles serían las razones para que un gobierno, luego de realizar innumerables esfuerzos para atraer la inversión extranjera, decida adoptar una decisión en contra de la misma. A menos que haya un cambio radical en la política, como ha ocurrido en el caso de la expropiación de Repsol en abril del 2012 por parte del gobierno argentino.

En lo que concierne al sistema de solución de controversias tampoco es claro que las posibles fallas en el mismo promuevan o provoquen las deman-

18 SUSAN D. FRANCK. “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”. En: *Fordham Law Review*, vol. 73, p. 1521, 2005. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=812964> [citado el 24 de marzo de 2009].

das. Las demandas surgen por situaciones que se dan durante la ejecución de un proyecto, y no porque exista un sistema de solución de controversias. De hecho, si no existiera un sistema internacional, los inversionistas acudirían a los foros nacionales a presentar sus reclamaciones, y con seguridad los resultados serían similares o al menos parecidos. Tampoco existe evidencia empírica que demuestre que para el inversionista pueda ser más rentable demandar al Estado, en lugar de mantener y continuar con el desarrollo de su actividad empresarial.

El argumento restante, basado en los efectos de la globalización sobre el Estado, aunque parece ser el más plausible, plantea también algunas dudas. De acuerdo con este enfoque se considera que una característica fundamental de la globalización es la cesión y renuncia, por parte del Estado, al ejercicio del poder soberano en aras de la globalización. Como de manera crítica lo anota STIGLITZ: “Cada vez es más frecuente que la capacidad de un Estado para controlar las acciones de individuos o compañías también se vea limitada por los acuerdos internacionales que chocan con los derechos de los estados soberanos para tomar decisiones”¹⁹.

Un ejemplo de estos acuerdos internacionales, son precisamente los que tiene por objeto proteger las inversiones extranjeras. Estos acuerdos, al igual que las normas nacionales, llevan implícito el concepto de *seguridad jurídica*, mediante el cual se garantizan unas reglas de juego claras y predecibles a las inversiones. Esto implica que una vez iniciada una inversión en un sector, cualquier cambio que altere significativamente las condiciones, o en otros términos, que cambie las reglas de juego iniciales, puede generar la responsabilidad del Estado. Esta situación se hace más compleja cuando la actividad de las empresas se encuentra vinculada al desarrollo de un sector que tradicionalmente corresponde al cumplimiento de los fines del Estado, como ocurre en el caso de la prestación de servicios públicos por parte de empresas extranjeras —por ejemplo, el sector de telecomunicaciones, energía, transporte, salud, etc.—.

Sin embargo, se debe señalar que si bien es cierto que los compromisos internacionales adquiridos por el Estado pueden implicar una restricción al ejercicio de su poder soberano, esto no explica por completo las controversias más recientes. El punto es que en estos casos, y salvo algunas excepciones, los

19 JOSEPH E. STIGLITZ. *Cómo hacer que funcione la globalización*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2006, p. 47.

estados reconocen los compromisos adquiridos y además tienen la voluntad de cumplirlos en la medida en que hacen parte de una política pública específica. El problema se suscita cuando por diversas circunstancias, igualmente justificables, los estados no están en capacidad de cumplir estos compromisos.

Si se analizan los temas que han sido objeto de controversias recientes, así como los argumentos expuestos para justificar las respectivas reclamaciones, se evidencia, como lo anota VAN HARTEN²⁰, que la mayor parte de las controversias han versado sobre asuntos que se encuentran relacionados con decisiones adoptadas por los estados en cumplimiento de sus funciones, esto es, alrededor de medidas que no solo tienen el carácter de ser decisiones –“sensibles y prístinas”– del Estado, sino también soberanas: una devaluación de la divisa nacional de cara a una crisis financiera²¹; una prohibición legal de exportar desechos tóxicos²²; una aprobación administrativa de un proyecto de inversión²³; una orden administrativa denegando la devolución de un impuesto al valor agregado²⁴; una negativa de la administración de expedir un permiso para operar una estación de trasbordo de desechos tóxicos y la subsecuente orden de establecer un parque ecológico²⁵; una negativa de la administración a aprobar la operación de un relleno sanitario²⁶ y la investigación a una firma por violación del régimen de cuotas de exportación²⁷.

Todos estos casos tienen algo en común: son una consecuencia no buscada de la aplicación de medidas adoptadas por el Estado central o por autoridades locales, y que a diferencia de los casos que se dieron con anterioridad a la década de los 90, no tienen por objeto limitar ni afectar la inversión extranjera, sino proteger o regular otros ámbitos, como los derechos humanos, el medioambiente o la economía.

20 GUS VAN HARTEN. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, 214 pp. ISBN 978-0-19-921789-2.

21 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case n.º ARB/01/8).

22 S.D. Myers Inc. v. Canada (1st Partial Award, 13 November 2000). 40 ILM 1408. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México (2003) (ICSID Case n.º ARB(AF)/00/2).

23 MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case n.º ARB/01/7).

24 Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (merits 1 July 2004, 17 World Trade and Arb Mat).

25 Metalclad Corporation v. United Mexican States. (2000). 40 ILM 36, (ICSID Case n.º ARB(AF)/97/1).

26 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case n.º ARB(AF)/00/2 – [Unofficial translation].

27 Pop & Talbot Inc v. Government of Canada (31 May 2002, 41 ILM 1347, 14 World Trade and Arb Mat).