

**TRATO NACIONAL, TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA, NIVEL
MÍNIMO DE TRATO Y EXPROPIACIÓN EN LOS ACUERDOS
INTERNACIONALES DE INVERSIÓN**

ANA A. AMPUERO MIRANDA*

* Asesora del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú.

Las instituciones comentadas en esta ponencia son las reconocidas en muchos de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), las mismas que han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia en la materia, sobre la base de los textos de los tratados internacionales celebrados por los Estados (tales como TLCAN) y el desarrollo de las investigaciones desarrolladas por organismos internacionales como UNCTAD, cuyos textos invitamos a revisar en las páginas: www.unctad.org.

Asimismo, debemos precisar que el contenido de esta ponencia es de exclusiva responsabilidad de la ponente, de modo que las opiniones o comentarios vertidos en la misma y los errores que pudiera contener sólo pueden ser atribuidos a ella, no pudiendo ser atribuidos al Estado Peruano o a alguna de las entidades en las que preste servicios o se encuentre vinculada.

I. Introducción

En el proceso de desarrollo de las relaciones económicas mundiales, el ámbito jurídico de éstas crece cada vez más con la celebración de Acuerdos Internacionales en materia de Inversión (AII), sean Acuerdos o Tratados Bilaterales de Inversión o Capítulos de Inversión integrantes de Tratados de Libre Comercio. Esta ponencia pretende ser una primera aproximación al estudio de las principales instituciones relacionadas con el Derecho Internacional de las Inversiones en materia de tratamiento al inversionista y a sus inversiones.

A primera vista, podemos afirmar que, como cualquier otra institución jurídica, los AII en vigor son instrumentos que forman parte de una política interna del Estado, que complementan sus estrategias de desarrollo económico. Por ello, los procesos de negociación de cualquier AII obedecen a una concepción de los Estados receptores de la inversión sobre la necesidad de ofrecer un marco legal estable, transparente y previsible para las inversiones de los Estados exportadores de capital que, junto con indicadores económicos y estabilidad política, puedan ofrecer un clima apropiado para el establecimiento de inversiones extranjeras que, al igual que la inversión nacional, puedan convertirse en variables que contribuyan al desarrollo del Estado receptor.

No podemos dejar de mencionar que, obstante el número de AII se ha incrementado en las últimas décadas y el desarrollo de los conceptos vinculados a ellos ha crecido de manera importante, la variable “inversión extranjera” y las instituciones relacionadas con su promoción y protección en el territorio de los Estados partes de los AII, tienen relación con las principales instituciones de Derecho Internacional Público en materia de responsabilidad internacional de los Estados y trato a los extranjeros.

A. Protección tradicional de los inversionistas en su calidad de nacionales de un Estado

Como parte de las instituciones del Derecho Internacional Público, encontramos a la protección diplomática, a través de la cual cada Estado puede, a través del endoso, hacer suya la reclamación de alguno de sus nacionales (sea persona natural o una persona moral o jurídica) por el daño que otro Estado le haya ocasionado mientras su nacional se encuentra en el territorio del Estado que le provocó el daño (estamos hablando para el caso de inversiones, de vulneraciones tales como una expropiación sin pago de justiprecio o de trato discriminatorio en comparación con los nacionales del Estado supuestamente agresor, por ejemplo).

Esta protección es un recurso no ordinario que los Estados ejercen, como un derecho del Estado, en forma discrecional (más no arbitraria) con la finalidad de llevar la reclamación a un plano internacional (Estado - Estado) en lugar de que la reclamación se desarrolle solamente en el foro interno del Estado supuestamente

A. A. AMPUERO MIRANDA

agresor (ya que la persona -natural o moral- afectada sólo puede utilizar los procedimientos existentes en el territorio del Estado que supuestamente le provocó el daño). Al final del proceso de esta reclamación internacional, la compensación que pudiera obtenerse es de titularidad del Estado reclamante, sin que exista obligación de éste de trasladar el monto de la indemnización al nacional afectado. La razón de ello resulta evidente si tomamos en consideración que el titular del derecho a reclamar internacionalmente es el Estado nacional de la persona perjudicada y que el fundamento del reclamo no es el derecho vulnerado del nacional (como el derecho de propiedad en el caso de una expropiación), sino la vulneración del deber de respetar la soberanía del otro Estado, soberanía manifestada en su esfera “personal” es decir, en la persona del nacional agredido.

Entendida así la institución, es fácil concluir que para los inversionistas éste no es un mecanismo idóneo de reclamación destinado a obtener una compensación por el daño ocasionado a sus inversiones, toda vez que el ejercicio efectivo de la protección no sólo está librado a la discrecionalidad de su Estado nacional para el inicio de la reclamación, sino que, aún consiguiendo que el Estado entable la misma, la compensación (en caso de que resultara ser una suma de dinero) no tiene por finalidad indemnizar la pérdida económica sufrida por el inversionista o por su inversión, sino compensar al Estado reclamante por el daño a su soberanía. Adicionalmente, debemos tomar en cuenta que la determinación del resultado final de la reclamación estaría, de un lado, en manos del acuerdo entre Estado reclamante y del Estado reclamado en caso que se llegue a una solución consensuada a través de los mecanismos no jurisdiccionales de solución de controversias, o en la esfera de competencia de un foro (tercero imparcial, juez, árbitro o tribunal) que, si bien adquiere tal competencia como producto del sometimiento de los Estados en controversia, no es un foro especializado en inversiones. Finalmente, podría tomar varios años resolver el reclamo.

Ante esta situación, el desarrollo del Derecho Internacional de las Inversiones responde a la necesidad real y práctica de conciliar dos intereses: de un lado, los inversionistas requieren de marcos legales estables y predecibles en condiciones de igualdad y los Estados receptores precisan, en el marco de una política integral de desarrollo, de inversiones extranjeras establecidas a largo plazo en su territorio.

B. Razones de los Estados para concretar un Acuerdo Internacional de Inversión

Es posible afirmar que, con los AII, los Estados buscan promover el ingreso de flujos de capital extranjero en la economía nacional en el marco de una estrategia de liberalización y fomento de la competencia como elemento esencial para asignar recursos, tratando al capital extranjero sobre la base del principio de igualdad, tanto con los inversionistas nacionales y sus inversiones como con los inversionistas de un tercer Estado y las inversiones de éstos en su territorio.

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

En este punto, cabe preguntarnos por qué se recurre a una regulación internacional (celebración de tratados internacionales) en lugar de utilizar la legislación nacional, la cual no está sujeta a largos procesos de negociación.

En realidad, cuestionarnos sobre el rol de la normativa internacional en materia de promoción y protección de inversiones asumiendo *a priori* que los AII se celebran “en lugar de” la legislación nacional, resulta una forma equivocada de aproximarnos a su estudio. En verdad, no se trata de suplir a la regulación interna de cada Estado, sino de complementar la misma, considerando lo siguiente:

- a. El marco legal (e incluso político de un Estado) responde a las decisiones de un determinado gobierno en el período para el cual ha sido elegido, pero no existe garantía que tales decisiones se mantengan en el siguiente gobierno, ya que de conformidad con las normas internas de elección en cada Estado, en términos ordinarios, los gobiernos cambian cada cierto tiempo. Por ello, la asunción de compromisos internacionales en AII garantiza que las “reglas de juego” decididas por un gobierno en el marco de una política de desarrollo, trascenderán al gobierno de cada Estado para cada período. En este punto cabe recordar el principio de “continuidad de la personalidad jurídica del Estado”, según el cual el Estado es uno sólo independientemente de los cambios de gobierno, por lo que las obligaciones internacionales asumidas deben respetarse y cumplirse mientras éstas sean exigibles.
- b. El objetivo de mantenimiento de políticas a largo plazo, que resulten abiertas y promotoras del desarrollo, incluyendo la atracción de inversiones extranjeras mediante la garantía de protección de las mismas, se cumple, desde el punto de vista jurídico, otorgando estándares de protección en tratados internacionales (instrumentos con vigencia a largo plazo) y determinando en ellos los mecanismos que permitan que las inversiones extranjeras puedan desarrollarse durante un largo período de tiempo como un complemento a las acciones del Estado tendientes a su desarrollo económico.

Sin embargo, tampoco debemos concluir que los AII, por sí solos, son el factor que determinará la decisión del inversionista de establecer su inversión en territorio extranjero. Adicionalmente, los inversionistas consideran factores tales como las oportunidades de inversión, los sectores en los cuales se puede invertir, los niveles de rentabilidad o la estabilidad macroeconómica de cada Estado, entre otros. Con ello queremos resaltar el carácter instrumental de los AII en el marco de políticas estatales.

II. Marco General de protección y promoción de inversiones contenidos en los Acuerdos Internacionales de Inversión

La promoción y protección de la inversión extranjera en el Estado receptor de la misma supone para el Estado (receptor del capital) la asunción de una serie de

compromisos internacionales (derivados de una fuente de Derecho Internacional¹) frente a otro Estado (el exportador de capital) cuyos beneficiarios con los nacionales del otro Estado. Estas obligaciones son de carácter recíproco, pues los Estados partes del AII pueden asumir tanto la posición como Estado receptor como la de Estado exportador de capital.

En este marco, la vulneración de algunas de las obligaciones contenidas en los compromisos asumidos en estos acuerdos, conlleva la Responsabilidad Internacional del Estado y, por lo tanto, la aplicación de las reglas que tal institución implica, a partir de la configuración del hecho internacionalmente ilícito (o hecho ilícito internacional), tal como lo ha propuesto la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en sus estudios sobre esta materia.

En este punto debemos precisar un elemento esencial que resalta en las controversias internacionales en materia de inversión, consiste en que toda reclamación internacional entablada por un inversionista contra el Estado receptor de la inversión ante tribunales arbitrales internacionales tiene como finalidad obtener una compensación por el daño causado al propio inversionista o a su inversión por tal Estado, por lo que el elemento “daño” económico cuantificable y su demostración durante el proceso arbitral es esencial no sólo para presentar la reclamación de conformidad con las reglas de arbitraje acordadas por los Estados en el AII, sino también para que el tribunal arbitral pueda pronunciarse en su decisión final (laudo).

Cuando revisamos los AII encontraremos que éstos buscan otorgar un nivel mínimo de apertura a las inversiones extranjeras y seguridad para las mismas, pero la decisión sobre el grado de apertura dependerá de las sensibilidades de cada país y del nivel de protección que se desea resguardar para algún sector de la economía nacional, es decir, dependerá del grado de liberalización que el Estado receptor desee alcanzar. Estas son decisiones de política que se deben tomar antes de iniciar la negociación de cada AII.

En líneas generales, los AII garantizan lo siguiente:

- a. Nivel de trato a los inversionistas y/o a las inversiones: a través de la inclusión de estándares de protección de dos clases: (i) relativos, es decir, estándares de comparación con inversionistas nacionales del Estado receptor o con inversionistas nacionales de terceros Estados y (ii)

¹ Se trata de las fuentes mencionadas en el primer párrafo Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: *a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Asimismo, este estatuto hace mención a los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho como son las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.*

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

absolutos, porque no requieren de comparación alguna y más bien son definidos en el propio acuerdo.

- b. Protección contra riesgos no comerciales: como consecuencia de las decisiones de un Estado que afectan al inversionista o a su inversión, ocasionándole perjuicio económico.
- c. Mecanismo de solución de controversias: establecidos con la finalidad de llevar a foros especializados en inversión la solución de controversias, excluyendo (como fruto del compromiso entre los Estados partes del AII) a las mismas de la jurisdicción nacional (jurisdicción que es natural para cualquier controversia en el territorio de un Estado). Así, se recurre a tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión (CIADI) o a la aplicación de reglas de arbitraje como las establecidas en UNCITRAL (CNUDMI) o a cualquier mecanismo arbitral especializado que se haya previsto en el AII.

En este punto consideramos importante resaltar la importancia en la redacción de cualquiera de las cláusulas de los AII ya que no solamente deben reflejar la voluntad de los Estados partes de los AII (y por lo tanto, las que determinarán la extensión o alcance de los compromisos de protección asumidos por ambos Estados y respecto de los inversionistas beneficiados) sino que son las fuentes que servirán al tribunal arbitral para adoptar los laudos que resuelvan las controversias que surjan en materia de inversión entre las partes contendientes (Estado receptor y supuestamente agresor e inversionista reclamante supuestamente agredido).

III. Niveles de trato otorgados a los inversionistas

Tal como mencionamos previamente, los niveles de trato o estándares de tratamiento que un Estado receptor puede otorgar a los inversionistas y a sus inversiones en su territorio, pueden ser de dos clases: los relativos, que implican la necesaria comparación con inversionistas e inversiones de nacionales o de nacionales de terceros Estados, o absolutos, según los cuales el Estado está obligado a tratar al inversionista en la forma y medida en la que se comprometió en el AII, sin necesidad de comparar la situación del inversionista y su inversión con la de sus semejantes.

En esta línea, los estándares relativos contenidos en los AII son los denominados Trato Nacional y Trato de la Nación más Favorecida. El estándar absoluto al que nos referiremos es el denominado Nivel Mínimo de Trato.

A. Trato nacional (TN)

Es el primero de los estándares relativos y, al igual que el Trato de Nación más Favorecida (TNMF) tiene por finalidad colocar a los inversionistas, en este

A. A. AMPUERO MIRANDA

caso nacionales y extranjeros, en el “mismo plano de competencia”, en igualdad de condiciones.

Tal como hemos señalado, los Estados partes de los AII asumen la obligación, de carácter internacional, de otorgar un determinado trato a los inversionistas e inversiones del otro Estado parte, lo que legitima a este inversionista a reclamar por el daño que el Estado receptor le ocasione, buscando la compensación por el mismo (indemnización).

Un ejemplo que nos gustaría citar para ilustrar estos comentarios, es la cláusula de TN contenida en el Acuerdo de Promoción Económica suscrito entre Perú y Estados Unidos de América:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.
2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.

A la luz de este texto, nos gustaría resaltar cuatro elementos que, consideramos, se pueden encontrar en mayor o menor medida en las cláusulas de los AII que consagran este TN como una de las obligaciones de los Estados:

- a. Concesión de una garantía: el Estado receptor se obliga a otorgar de manera efectiva un trato que no puede ser menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales. Este elemento implica, además de la finalidad de asegurar igualdad de condiciones de competencia durante el desarrollo de la inversión, la determinación de un “piso” (determinado por el trato que se otorgue efectivamente al nacional) debajo del cual no puede tratarse al inversionista extranjero o su inversión, de modo que el aumento del estándar de trato al nacional o a su inversión, implica el aumento del estándar de trato al inversionista extranjero y a su inversión.

El trato que se otorgue al inversionista nacional o a su inversión (y que debe asegurarse al inversionista extranjero) puede derivarse de una norma o de una práctica adoptada por el Estado receptor.

- b. Parámetro de comparación: inversionistas o inversiones nacionales. En este punto, nos preguntamos cómo se trata al nacional y comparamos con el trato al extranjero: cuáles son los beneficios, incentivos y garantías que se otorgan a los inversionistas nacionales y sus inversiones.

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

- c. Condición para comparar: que los inversionistas e inversiones nacionales y extranjeros se encuentren en “circunstancias similares”. Este es el elemento esencial en este concepto de tratamiento a la inversión ya que es la esencia de la “relatividad” de este estándar. Si pudiéramos proponer una directriz para la comparación, deberíamos señalar que es necesario un análisis factual, caso por caso, en el que se determine, en primer lugar, cuáles es la situación (conjunto de hechos) en los que se enmarca el desarrollo de la inversión nacional y cuál es la situación en la que se desarrolla la inversión extranjera, de modo que podamos afirmar que existen circunstancias similares. Por lo tanto, el inversionista extranjero debe probar que se encuentra en circunstancias semejantes a las del inversionista nacional para poder exigir el mismo trato para él o para su inversión. De no probarse esta condición de similitud, cualquier diferencia de trato no es violatoria del estándar.

Podríamos asemejar el análisis de la comparación que este estándar requiere con la estructura de una norma de derecho: toda norma tiene un supuesto de hecho que, una vez configurado en la realidad, desata necesariamente la consecuencia que el ordenamiento prevé para tal supuesto. De la misma forma, encontrando que el inversionista extranjero, o su inversión, se encuentra en “circunstancias de hecho similares” a las del inversionista nacional, o su inversión, necesariamente debe otorgarse el TN.

- d. Etapas en las que se otorga: desde el pre-establecimiento (en cuyo caso se busca liberalizar) o sólo en el post establecimiento (fase en la que se busca la protección).

Si retomamos la idea previamente señalada en el sentido de guardar particular cuidado en la redacción de las cláusulas que consagran estos tratos en los AII, podríamos indicar que los tribunales arbitrales se han cuestionado respecto de los alcances de cada cláusula contenida en cada AII cuya vulneración han tenido que analizar. Un caso que ilustra estos cuestionamientos es el caso de Marvin Feldman contra México², cuyo laudo fue remitido a las partes en controversia el 16 de diciembre de 2003.

En este laudo, se puede apreciar que el tribunal, entre otros, se preguntó, en materia de TN según lo acordado por los Estados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), lo siguiente:

- ¿Existen inversionistas locales dedicados al mismo negocio que el inversionista reclamante, con los que se pueda hacer la comparación?

² Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1. Para revisar los laudos emitidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión (CIADI) ir a <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

A. A. AMPUERO MIRANDA

- De existir inversionistas locales ¿se encuentran en circunstancias similares?
- ¿Hubieron conductas discriminatorias por parte del Estado receptor de la inversión, sean éstas derivadas de una norma o de una práctica?
- La inversión extranjera ¿debe recibir el trato más favorable otorgado a cualquier inversionista local o sólo a algunos de ellos?

Como podemos apreciar por las preguntas, el tribunal se cuestionó respecto de situaciones específicas y sobre el alcance de la obligación de otorgar TN a la luz del tratado celebrado entre los Estados Parte. En particular, consideró que el universo a analizar estaba conformado por empresas de propiedad local y de propiedad extranjera que se dedicaban al mismo negocio (en este caso la reventa y exportación de cigarrillos), descartando adoptar como parámetro de comparación la situación de los productores de cigarrillos que luego exportaban. Sólo encontrando las “circunstancias similares” es posible pasar al segundo nivel de análisis, consistente en comparar los tratos otorgados a ambos inversionistas. La diferencia de trato en “circunstancias similares” entre inversionistas nacionales, o sus inversiones, e inversionistas extranjeros, o sus inversiones, es discriminatoria y, como tal, vulnera el estándar de TN.

Debemos recalcar que la reclamación, entablada por el inversionista extranjero, que se ampara en la vulneración de este estándar, al igual que los demás estándares, debe estar acompañada de la alegación de la existencia de daño económico, elemento sin el cual la reclamación no es susceptible de ser presentada.

Finalmente, debemos considerar las sensibilidades de cada Estado en su desarrollo económico y la posibilidad que éste desee reservar algunos sectores o actividades para sus nacionales. En efecto, cada Estado puede conservar para sí la discrecionalidad necesaria en el establecimiento de reservas, excepciones o “disconformidad” de alguna de sus conductas, respecto de las obligaciones de otorgar TN en los AII, incluyendo en cada acuerdo las denominadas “Listas de Excepciones”, es decir, listados (que usualmente se incluyen en Anexos) en los que los Estados indican si en determinados sectores se otorga o no el estándar ofrecido en el AII a los inversionistas o sus inversiones. Lejos de constituir un “incumplimiento anunciado” de obligaciones internacionales asumidas, estas listas son el mecanismo que el Estado receptor tiene para resguardar ciertos sectores de su economía a los que quisiera otorgar algún tratamiento diferenciado.

Estas listas son de dos clases:

- a. Lista Negativa: en la que se indican los sectores, áreas, industrias en las que no se aplican las obligaciones asumidas en el AII. En otras palabras, el Estado receptor otorga *a priori* TN a los inversionistas y/o a sus inversiones nacionales del otro Estado parte en el AII (en virtud del

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

compromiso internacional asumido en el AII), salvo en los sectores o áreas claramente determinadas en la lista negativa, en los que su comportamiento no será acorde con el TN (razón por la cual estas lista contienen las denominadas “medidas disconformes”).

- b. Lista Positiva: A diferencia de la lista negativa, en este caso, se entiende que el TN no es otorgado *a priori*, sino que sólo se aplica TN a las áreas o sectores claramente determinados en la lista.

La elección del uso de una u otra clase de lista, dependerá de la política adoptada por los Estados involucrados en la negociación y los términos de la misma. Resulta evidente sin embargo, que mientras el enfoque de lista positiva puede ser más fácil a fin de determinar el alcance de la obligación de otorgar TN, el enfoque de lista negativa revela una economía más abierta a la inversión extranjera.

B. Trato de la Nación más Favorecida (TNMF)

Con este estándar se complementa la protección que se otorga al inversionista extranjero o a sus inversiones, pero ya no en comparación con los nacionales del Estado receptor, sino en comparación con el trato que este Estado otorga de manera efectiva a los inversionistas (o sus inversiones) de terceros Estados, es decir, inversionistas nacionales de un Estado que no es parte en el AII, pero que también desarrollan sus actividades en el territorio del Estado receptor.

La finalidad de este estándar, al igual que el TN, es asegurar al inversionista y a su inversión la igualdad en el plano de competencia, complementando en este caso, el estándar de protección, ya que iguala el tratamiento que el Estado receptor otorga a todas las inversiones (nacionales y extranjeras) en su territorio. En este punto, resulta evidente destacar que, en el marco de una negociación, el TNMF es mucho más conveniente para los Estados que pueden considerarse más débiles en ella, puesto que, de conseguirlo, habrán logrado para sus inversionistas y las inversiones de éstos, el mejor trato que el Estado receptor haya otorgado a los inversionistas de un tercer Estado.

Al igual que en el caso de TN, nos gustaría en este punto citar como ejemplo de cláusula de TNMF la contenida en el Acuerdo de Promoción Económica suscrito entre Perú y Estados Unidos de América:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las

A. A. AMPUERO MIRANDA

inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.

A primera vista, dada la redacción de la cláusula, podemos afirmar que a este estándar le son aplicables los elementos que hemos señalado en materia de TN (concesión de una garantía, parámetro de comparación, condición para comparar, etapas en las que se otorga) con la única diferencia que la comparación se realiza, como ya hemos indicado, con la situación de hecho de los inversionistas, o sus inversiones, nacionales de un tercer Estado, en lugar de comprar con el tratamiento otorgado a los nacionales del Estado receptor. Asimismo, se pueden incluir reservas o disconformidades en los anexos a través del sistema de “listas”. Finalmente, no son menos importantes las consideraciones en cuanto a la redacción de las cláusulas mencionadas en relación con el TN.

En particular, es importante destacar el asunto de la redacción de las cláusulas de TNMF en la medida que permiten a los inversionistas reclamar el tratamiento que un Estado receptor ha otorgado a los inversionistas, o a las inversiones de éstos, de un tercer Estado. Para efectos de entender los alcances de esta consideración, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿a través de la cláusula de Nación más Favorecida un inversionista puede solicitar para reclamar por sí mismo, o por sus inversiones, el beneficio de acudir a un mecanismo de solución de controversias no previsto en el AII suscrito entre su Estado nacional y el Estado receptor de su inversión pero que si está contenido en un AII entre el Estado receptor y un tercer Estado, alegando que el mecanismo de solución de controversias contenido en el primer AII es “menos favorable” que el contenido en el segundo?. En otras palabras, ¿la cláusula de TNMF implica la facultad de exigir solamente el otorgamiento de un trato a nivel de obligaciones sustantivas asumidas en el AII específico (cuya violación es la que sirve de sustento a la reclamación del inversionista) o también permite importar de otro AII el mecanismo de solución de controversias por considerar que el mecanismo acordado en el AII vulnerado es “menos favorable” que el mecanismo de solución que se pretende importar? En otros términos, ¿la cláusula de TNMF permite importar normas sobre obligaciones “sustantivas” asumidas por el Estado receptor en otro AII o también permite importar normas “adjetivas” que haya acordado el mismo³?

Consideramos que esta interrogante debe responderse en sentido negativo en la medida que entendemos que la obligación de otorgar trato no menos favorable que el concedido a inversionistas, o sus inversiones, de terceros Estados, permite al inversionista exigir el trato que se otorgue en cualquiera de las fases de la inversión, esto es, en la forma de adquirirla, establecerla, expandirla, conducirla, administrarla, operarla, venderla o disponer de ella de alguna otra forma; pero no

³ Al respecto, se puede revisar el caso que entabló el señor Maffezini contra España en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

es posible alegar que la “obligación” de ir a arbitraje que, bajo ciertas condiciones, ha asumido el Estado receptor en otro AII, permite al inversionista elegir también los mecanismos de solución de controversias de otros AII por considerarlos “más favorables”.

Consideramos asimismo, que afirmar lo contrario no es aceptable, por dos razones. La primera es que la regulación del acceso a los mecanismos de arbitraje (usualmente utilizados en los AII) puede ser distinto para cada AII y producto del equilibrio de la negociación entre los Estados o incluso en exigencias del propio ordenamiento jurídico interno de alguno de ellos: en unos casos, por ejemplo, puede darse al inversionista acceso a arbitraje sin exigir el agotamiento de recursos previos o vías internas previstas en el derecho interno del Estado receptor o incluso la intervención de alguna entidad estatal, como también pueden exigirse tales pasos previos, o incluso no prever mecanismo de solución alguna de controversias que permitan al inversionista reclamar por algún daño (dejando en consecuencia, y no obstante la concesión de estándares como TN a través de obligaciones internacionales en el AII, que la reclamación se tramite exclusivamente en la vía interna⁴ o que se utilice la protección diplomática).

En segundo lugar, la “obligación” que asume el Estado de resolver la controversia con el inversionista por mecanismos que extraen a la misma de la jurisdicción natural del Estado receptor, no puede considerarse bajo circunstancia alguna, una obligación de trato al inversionista o a su inversión, porque no se aplica a fase alguna de la misma. Incluso, la vía prevista en AII podría no ser utilizada por el inversionista, prefiriendo éste acudir a otros mecanismos para reclamar por el daño ocasionado. Finalmente, en esta misma línea de argumentación, a diferencia de las cláusulas con obligaciones sustantivas en las que, a partir de un supuesto de hecho, se puede comparar las “circunstancias similares” en las que se desarrolla la inversión y, por lo tanto, el trato que se le otorga a la misma, la “valoración” sobre si el mecanismo previsto en otro AII es más o menos favorable que el que se le facilita en el AII suscrito por el Estado receptor y su Estado nacional, queda librada enteramente a la opinión subjetiva del inversionista, situación que resulta inaceptable.

No obstante, es importante destacar que esta discusión podría plantearse en un tribunal internacional si no se tiene cuidado con la redacción de la cláusula, tal como lo señalamos líneas arriba. A efectos de salvaguardar la claridad en la posición de un Estado respecto del alcance de la cláusula TNMF, nos permitimos

⁴ Al respecto, recordemos que es perfectamente posible para un tribunal de derecho interno aplicar las normas internacionales asumidas por su Estado a través de tratados internacionales por dos razones: de un lado, debido al “desdoblamiento funcional” por el cual órganos del Estado actúan en nombre de éste tanto para aplicar normas de derecho interno como normas internacionales y, de otro lado, desde el momento que se trata de obligaciones internacionales exigibles para el Estado, éste procura, bajo cualquier sistema (monista o dualista) que las mismas pasen a formar parte del orden jurídico interno, garantizando así su aplicación.

A. A. AMPUERO MIRANDA

citar la nota a pié de página correspondiente al artículo que contiene la cláusula de TNMF contenido en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y Estados Unidos de América que antes comentamos:

Para mayor certeza, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones”, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo (*sobre TNMF*), no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B (*Solución de Controversias Inversionista – Estado*), que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones (*paréntesis nuestros*).

C. Nivel Mínimo de Trato (NMT)

Tal como lo señalamos líneas arriba, los estándares absolutos son aquéllos en los que el Estado está obligado a tratar al inversionista tal como se dispone en el AII, sin necesidad de comparar la situación del inversionista y su inversión con la situación de los nacionales del Estado receptor o nacionales de un tercer Estado en el territorio del Estado receptor.

En los AII encontraremos formulaciones de estos estándares bajo las denominaciones de “Trato Justo y Equitativo”, “Protección y Seguridad Plenas”, “Estándar Mínimo de Trato”, entre otros. Cada una de ellas presenta, según el AII del que se trate, contenidos diferentes y no exentos de discusiones respecto del alcance de las obligaciones asumidas por los Estados partes en el AII a propósito de la inclusión de este estándar.

No obstante ello, consideramos que estas formulaciones tienen un par de denominadores comunes. En primer lugar, a diferencia de las cláusulas que consagran estándares relativos en los que el análisis factual es de particular importancia para la determinación de la violación de las obligaciones contenidas en ellas, las cláusulas que consagran estándares absolutos (a partir de cuyo texto de determina el alcance y ámbito de las obligaciones asumidas por los Estados), suelen obligar a los tribunales arbitrales, antes de efectuar el análisis de los hechos presentados por los inversionistas como violatorios del estándar, a solucionar interesantes cuestiones de interpretación (que, a su vez, han llevado a su evolución), cuestiones que los tribunales arbitrales han analizado con resultados no uniformes, partiendo de la disparidad en sus textos.

Considerando esta característica de las cláusulas, un segundo denominador común para ellas, consiste en afirmar que el estándar contenido en cualquiera de éstas, atendiendo a su naturaleza de obligación internacional contenida en un AII y teniendo en cuenta que en su formulación y posterior aplicación no resulta necesario ubicar parámetros para la comparación con otras situaciones de hecho que se producen al interior del Estado receptor (a diferencia de los estándares relativos), estos estándares absolutos, no deben, ni en su formulación ni alcance,

depender del derecho interno de los Estados receptores, sino que se deben definir en el propio AII y deben ser interpretados como cualquier cláusula de un tratado internacional⁵. Permitir que el estándar esté referido al tratamiento que cada Estado pueda otorgar conforme a su situación interna o permitir que el contenido y alcance del estándar sea definido por disposiciones de derecho interno, no es más que introducir un elemento de inseguridad -dado por los posibles cambios en la normativa interna a los que ya hicimos alusión- y eliminar la estabilidad de un marco jurídico previsible a largo plazo para la actuación del Estado en cuanto al tratamiento que el inversionista extranjero puede esperar para él y para su inversión.

En este punto debemos hacer notar que las formulaciones que los Estados pueden adoptar al respecto en los AII pueden variar, dependiendo de su aproximación a la institución o del desarrollo de la misma en el estado actual del Derecho Internacional de las Inversiones, entre otros factores. Incluso, frente a la posibilidad de que un Estado no esté de acuerdo con el contenido de los estándares consagrados por otros Estados en sus AII o considere que no son claros en su formulación y por ende en su aplicación, puede optar válidamente por no incluirlos, lo que si bien puede ir en desmedro de su capacidad para negociar un AII, resulta mejor que pretender introducir alguna variable que convierta al estándar en uno no previsible o inseguro por hacer alusión a situaciones o normativa internas.

En nuestra opinión, una fórmula interesante, desde el punto de vista de su alcance, para incluir el estándar absoluto denominado Nivel Mínimo de Trato (NMT) en los AII puede ser aquella que define el contenido de este estándar como el acorde con el Derecho Internacional Consuetudinario, es decir, una cláusula en la cual el alcance de la obligación internacional que asume el Estado se define en relación con el grado de protección que otorga el Derecho Internacional Consuetudinario. Nuevamente, nos gustaría presentar la formulación del Acuerdo de Promoción Económica suscrito entre Perú y Estados Unidos de América:

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

⁵ Esta interpretación puede ser realizada de conformidad con las reglas y medios de interpretación contenidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

A. A. AMPUERO MIRANDA

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.

Al respecto, podemos señalar que esta formulación es interesante en la medida que, en primer lugar, contempla la obligación del Estado receptor de tratar a las inversiones cubiertas por el AII, refiriendo este trato al Derecho Internacional Consuetudinario. Como bien sabemos, la costumbre internacional como fuente de Derecho Internacional, esto es, como proceso válido de creación de normas internacionales, se forma a partir de las conductas constantes, continuas e ininterrumpidas realizadas por los Estados en sus relaciones internacionales con la convicción de actuar conforme a derecho. Este método de creación de normas internacionales si bien puede tomar mucho tiempo en llegar a consolidar una regla de derecho (y usualmente es una norma no escrita), cuando su existencia como norma general es probada, la aplicación de la misma no deja lugar a dudas y el Estado no queda exento de su cumplimiento, excepto cuando se opuso en la etapa de formación de la costumbre. Así, corresponderá al inversionista probar el contenido y alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario cuya violación alega bajo este estándar y corresponderá al tribunal arbitral apreciar si las evidencias que se le presenten son suficientes para considerar que la costumbre existe y, por lo tanto, resulta exigible.

En este sentido y para mayor certeza, el mencionado Acuerdo de Promoción Comercial contiene un anexo en el cual se hace referencia al concepto de Derecho Internacional Consuetudinario y a los principios sobre trato a los extranjeros debidamente consagrados en él:

Anexo

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario”, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo (sobre NMT), resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo (sobre NMT), el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros (*paréntesis nuestros*).

En segundo lugar, habiéndose incluido en la cláusula de NMT los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”, lejos de dejar librado a la consideración de un tribunal arbitral lo que debe entenderse por ambos conceptos, los mismos son definidos en el segundo párrafo.

Finalmente, en la medida que este estándar prescribe un tratamiento a las inversiones cubiertas por el AII que puede considerarse como violatorio del mismo a cualquier tratamiento desfavorable a la inversión, el último párrafo del artículo precisa el carácter independiente de esta cláusula y, por lo tanto, de su vulneración.

IV. Protección contra riesgos no comerciales: expropiación directa y expropiación indirecta

Finalmente, nos encontramos con una de las instituciones que más ha evolucionado y es una de las más antiguas en materia de inversiones. Nos referimos a la expropiación.

Desde un primer momento debemos tener en claro que, contrariamente a que podría creerse, por medio de los AII los Estados consolidan aún más la facultad soberana de expropiar inversiones extranjeras, otorgando mayor seguridad y previsibilidad al indicar, en instrumentos internacionales de largo plazo como los AII, las condiciones en las cuales tal expropiación se llevará a cabo. Los AII no eliminan esta facultad ni mucho menos la cuestionan, pues forma parte de la autonomía de los Estados inherente a su condición soberana.

Para todos es conocido que el principal problema con el ejercicio de esta facultad soberana consiste en la determinación del valor por el cual se expropiará, determinación que es inherente a la institución, toda vez que ésta tiene relación con el principio de prohibición de enriquecimiento indebido. En efecto, nada impide al Estado tomar para sí, por razones de interés público, utilidad pública o necesidad pública, entre otros, los derechos de propiedad de inversionistas extranjeros, pero el ejercicio de esta facultad soberana no puede ir en contra del patrimonio de aquéllos, por lo que, en aplicación del antes mencionado principio, corresponde proceder al pago de una compensación, indemnización o justiprecio u otra forma de resarcimiento, para precisamente compensar el desbalance patrimonial que se ocasiona al inversionista con esta acción gubernamental soberana.

Es por esta razón que en los AII los Estados establecen las condiciones bajo las cuales se puede considerar que la expropiación se llevará a cabo, las mismas que pueden referirse a la motivación o causa de la acción expropiatoria, la necesidad de efectuar estas acciones de manera no discriminatoria entre inversionistas, procurando que la compensación sea pagada en el menor plazo

A. A. AMPUERO MIRANDA

posible y que los procedimientos internos necesarios para materializar la expropiación sean respetuosos del debido proceso.

En este sentido, citamos nuevamente el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América, esta vez para dar un ejemplo de un párrafo contenido en una cláusula de Expropiación con las condiciones antes mencionadas:

1. Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:
 - (a) por motivos de propósito público;
 - (b) de una manera no discriminatoria;
 - (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y
 - (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo (*sobre Nivel Mínimo de Trato*) (*paréntesis nuestro*).

Si observamos el primer párrafo de la cláusula citada, encontraremos que se regula la denominada expropiación indirecta, extremo que es interesante comentar.

Debemos recordar que la expropiación supone la confiscación efectiva de la propiedad del inversionista, materializada en la transferencia de la misma desde el patrimonio del inversionista hacia el Estado soberano. Usualmente, estas medidas de expropiación son emitidas en normas jurídicas en las que expresamente se señala que la finalidad de la norma es expropiar una determinada propiedad extranjera. Dicha norma en un Estado parte de un AII con una cláusula que contiene los requisitos o condiciones bajo las cuales se procede a la expropiación, deberá ajustarse a lo establecido en el AII.

Sin embargo, en la práctica se ha encontrado que, en algunas ocasiones, los Estados no utilizan normas jurídicas con las características antes mencionadas, ni las denominan abiertamente como expropiaciones, pero, a través de otras acciones, logran confiscar la propiedad de los inversionistas u ocasionarles la pérdida de los derechos inherentes a la calidad de propietario (atributos del derecho real de propiedad). A este tipo de acciones se les ha denominado expropiaciones indirectas, porque no obstante no implican la transferencia formal del título de propiedad, tienen un efecto equivalente a ella toda vez que interfieren en, o socavan, el ejercicio de los atributos propios de este derecho real, sin justificación para ello. Estas acciones pueden ser (y de hecho son las más comunes) las medidas de carácter tributario.

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

En el afán de conseguir un marco jurídico estable y previsible, sería poco menos que apropiado, por decir lo menos, no regular una situación que tiene un efecto semejante al de una expropiación ya que el inversionista se verá privado, por una vía no explícita, de su derecho de propiedad dejándolo con un título formal, un cascarón, que no le permite actuar como propietario aunque formalmente lo sea. Sin embargo, tampoco se trata de dejar librado a la interpretación de tribunales arbitrales el entendimiento sobre los alcances de esta institución. Siempre es mejor, establecer en los AII lo que debe entenderse por ésta.

En este sentido, se utilizan anexos como el siguiente:

Anexo

Expropiación

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

2. El Artículo (sobre Expropiación) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

3. La segunda situación abordada por el Artículo (sobre Expropiación) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:

(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

A. A. AMPUERO MIRANDA

(paréntesis nuestro)

En este punto, debemos hacer notar que, tanto en la formulación de la cláusula de expropiación como en el anexo, no importa evaluar si el Estado finalmente obtuvo o no un beneficio económico con la acción expropiatoria, directa o indirecta, realizada.

Por otro lado, sobre el texto del anexo es importante destacar que expresamente señala factores cuya consideración en conjunto y de la mano con el análisis del caso específico, permitirán determinar la existencia de una acción expropiatoria que no haya sido denominada como tal, es decir, la existencia de una expropiación indirecta y, por lo tanto, la aplicación de las mismas condiciones en las que debió realizarse la expropiación directa.

Finalmente respecto de esta institución, el citado anexo propone, de manera muy favorable para los Estados que reciben inversión extranjera, salvaguardar para sí un conjunto de acciones que, bajo la condición de no discriminatorias, no son calificadas *a priori* como expropiaciones por no ser consideradas como tales. De este modo, los Estados pueden adoptar acciones que les permitan proteger la salud pública, seguridad y medioambiente. El texto de la norma referida es el siguiente:

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Consideramos que, lejos de entender la cláusula de expropiación y su correspondiente anexo, en conjunto, como una disposición que recorta en forma extraordinaria las posibilidades de actuación de los Estados, la misma debe ser entendida no sólo como producto de la evolución de la institución, sino también como una cláusula que establece reglas claras de actuación estatal y conceptos definidos en el propio AII para la aplicación por parte de un tribunal arbitral en caso de una controversia internacional sobre expropiación entablada por un inversionista.

V. Conclusiones

Consideramos que estas instituciones del Derecho Internacional de las Inversiones brinda a los funcionarios de cualquier Estado, encargados de la definición y ejecución de políticas en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, la oportunidad de consolidar marcos estables, previsibles y garantías a largo plazo para los inversionistas y sus inversiones. En este sentido, debemos ser reflexivos respecto de la importancia de:

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

- a. Negociar los AII en el marco de una estrategia y política de desarrollo, en especial de los países receptores de capital, utilizándolos como herramientas de desarrollo económico en general y comercial en particular. Ésta, no es una tarea fácil e implica además una negociación interna entre los órganos del Estado involucrados tanto en la negociación como en la futura aplicación de los AII. Es importante tomar conciencia que el incumplimiento por parte de cualquier órgano o dependencia del Estado puede desatar una controversia internacional de inversiones susceptible de ser reclamada en un tribunal arbitral internacional con altos costos para el Estado receptor de la inversión, por lo que la difusión y pleno conocimiento de los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado constituye un componente importante de toda esta estrategia y política de desarrollo.
- b. Redactar las cláusulas de manera clara y precisa, procurando que respondan a la voluntad de los Estados en la negociación y que, en particular, efectivamente reflejen, en un lenguaje lo más exacto y puntual posible, el alcance de las obligaciones que se desea asumir y, por lo tanto, cumplir a largo plazo.
- c. Estar atentos al desarrollo de estas instituciones conociendo el texto de los AII celebrados por otros Estados y sus experiencias (ya que pueden llegar a ser contrapartes en futuras negociaciones), así como observando la evolución del contenido y tendencias de los laudos arbitrales que resuelven las controversias planteadas y la doctrina que se publica sobre la materia.

