

## **INFORME DE AVANCE: EL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

**( 26 de abril de 2022)**

(presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez) El mecanismo de protección a las inversiones extranjeras padece de fuertes embates en el mundo actual. En realidad, se trata de diversos “mecanismos”, entre los que prepondera el que habilita la vía arbitral para los reclamos que puedan hacer los inversores sobre los Estados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales entre los que proliferan tratados bilaterales de inversión a través de los que los países aceptan este sistema.

Parte importante de la artillería actual se dirige contra el arbitraje, de parte de voces según las cuales un mejor mecanismo emergería de aceptarse tribunales internacionales de carácter permanente, cuyos jueces sean nombrados por los Estados, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o, a nivel regional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por citar ejemplos. Ante lo quimérico del planteo, distintas voces se conformarían con que al menos estos tribunales puedan funcionar como instancia de apelación, asegurándose así -según esgrimen- la integridad del proceso y la uniformidad jurisprudencial dentro de la casuística del sistema, que no se da hoy día en que, antes bien, el escenario se muestra bien caótico con laudos contradictorios en muchas cuestiones sustantivas de capital importancia en materia de inversión foránea.

La integridad del proceso se lograría al contar con juzgadores nombrados por los Estados, y no árbitros comúnmente -al menos en un número importante de casos- nombrados por las partes, en situaciones que no pocas veces han visto aflorar conflictos de intereses, amén de que el mecanismo arbitral mismo se encuentra diseñado más bien para concentrarse en la contienda puntual y no tanto en que las decisiones sean necesariamente armónicas con otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales de conformación estatal, fundamentalmente porque se centraliza la resolución de controversias sometidas a su consideración en ellos. Las discusiones sobre integridad del proceso son ricas en matizaciones, y este espacio no se ocupará de ellas.

Si se hará referencia, en lo que sigue, a una cuestión medular, que no se encuentra mayormente presente en las discusiones sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras instalado en el orbe, a saber: el derecho sustantivo aplicable a éstas. Las controversias se centran fundamentalmente en lo contradictorio de decisiones en sonados laudos dictados en contraposición, achacándose la culpa de ello al mecanismo arbitral, con el discurso de que ello no ocurriría de contarse con tribunales internacionales que centralicen la resolución de disputas en materia de inversiones extranjeras. Con ello se desatiende, sin embargo, que los juzgadores en estas contiendas se encuentran ante un mecanismo que, inconcebiblemente, no

cuenta con un marco normativo apropiado en lo que respecta al derecho aplicable a estas inversiones. Es decir, los críticos centran la artillería en el mecanismo de juzgamiento, pero nada o muy poco dicen -u ofrecen como solución- con respecto al derecho sustantivo que debería regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad causa principal -o al menos importante- de lo contradictorio en laudos arbitrales en materia de inversiones extranjeras?

Sin entrar en esta discusión, las páginas que siguen se ocupan del panorama actual en materia del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, en el convencimiento de que una mayor claridad al respecto puede contribuir, en mucho, a una mejoría del sistema actual, independientemente a que prosperen -o no- y sin juzgar si sean buenas o malas las distintas posiciones esgrimidas con respecto a la integridad y la existencia misma del mecanismo arbitral como vía válida para resoluciones de conflictos en esta área.

¿Cuál es la situación actual en esto? Pues que no se cuenta con un “corpus” o instrumento internacional que regule detalladamente el problema del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas. Y no es realista plantear que un instrumento así pueda ser negociado por los Estados y sobre todo ratificado luego por un número interesante de países que lo vuelva así efectivo en un ámbito espacial importante.

Sí existen hoy día múltiples instrumentos, del derecho internacional público y privado, y en materia de arbitraje internacional, que se ocupan puntualmente de diversas cuestiones atinentes al tema, y que cabalmente aprehendidos pueden brindar un importante servicio a un mejor manejo del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Mucho está ahí. Pero falta un mejor diálogo interdisciplinario. Sobre todo, falta entender que el derecho privado e internacional privado proporcionan adecuadas respuestas a problemas que hoy día generan contradicción en materia de inversión foránea, amén de que el arbitraje, de por sí, brinda un espacio ideal para que este diálogo pueda tener implementación efectiva en contiendas sometidas a este ámbito.

Sesgadamente, muchas veces se pierde de vista que la protección jurídica a inversionistas extranjeros se origina e incluso vincula al nacimiento del derecho internacional público, desprendimiento del perenne derecho romano de antaño, merced al trabajo académico de juristas como Grocio, Vitoria, Gentili y Vattel, que en el siglo XVII elucubran justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de entonces, a partir de ciertos estándares mínimos que terminan consolidándose con el tiempo, con su adopción en numerosos tratados “de amistad, navegación y comercio”, como se denominaban en la época, y la creación de tribunales internacionales especiales o “Mixed Claims Commissions” que entendían en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia.

Los tratados, sin embargo, eran pocos con respecto a los estándares mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del derecho internacional pública de la época y los tribunales especiales recurrían al derecho común de la época, ese derecho privado romano que había ido sedimentándose con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y jurisprudencia a la sazón

se valían entonces recurrentemente de “principios” del derecho romano, como la buena fe, el enriquecimiento injusto, y otros. Por siglos, este derecho privado influye, pues, en los contornos que iba adquiriendo el derecho internacional público, históricamente desarrollado en elucubraciones doctrinarias de gabinete y en pronunciamientos pretorianos que se valían, una y otra vez, de ese derecho común. ¿Qué mejor que la “ratio scripta” o razón escrita -así se consideraba al derecho romano- para llenar los vacíos de la incipiente disciplina? Ello más aun considerando que en Roma se protegía fuertemente el derecho de propiedad, se reconocía la apropiada recomposición de daños, y se consagraba la santidad del contrato; vale decir, estaban allí todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica apropiada a favor de los intereses económicos europeos en su expansión hacia las colonias.

Este mecanismo se pone en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cosa era que los europeos impusieran en sus colonias su propio derecho, pero otra muy distinta que países independizados se vieran obligados a aceptar la imposición. Nace así la llamada “Doctrina Calvo”, que aboga por la aplicación de los derechos nacionales de los países receptores de la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales. Desde la vereda de enfrente, se considera que esta posición va de contramano con los resguardos necesarios para que la inversión extranjera aflore, puesto que los países receptores podrían así -como lo han hecho en reiteradas ocasiones- a través de cambios en sus regulaciones locales alterar estándares de protección y dejar así a estos emprendimientos sujetos a los vaivenes criollos y al juzgamiento de tribunales autóctonos en los que muchas veces prima aquello de que “en mi patio trasero, bajo mis reglas”.

En la medida en que el yugo colonialista va cediendo en otras regiones, la tensión se traslada embrionariamente a la Liga de Naciones y luego a las Naciones Unidas, pero no se logra en estos ni en otros espacios que así lo intentaron - como la (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos- un consenso sobre cuál debería ser el derrotero del derecho internacional público en estas cuestiones. A lo sumo, las Naciones Unidas consigue aprobar, no un tratado, sino un instrumento “de derecho blando”, cual es el documento sobre responsabilidad de los Estados por actos ilícitos, con “obligaciones secundarias” por incumplimiento, como la reparación de daños y otras sanciones del derecho internacional público. Vale decir, el documento se ocupa sobre las consecuencias de incumplir las “obligaciones primarias”, pero omite referirse a estas, ante la falta absoluta de consenso a su respecto en el ejido de las Naciones Unidas.

No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un “corpus” normativo que se ocupe del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando -aún hoy- ese derecho consuetudinario internacional desarrollado a través de los siglos en doctrina y en tribunales internacionales, que los embates de la doctrina Calvo no lograron destronar. Como está visto, ese derecho internacional público fue imbuyéndose en su conformación del derecho privado y sus principios, que iban reconociéndose en el tiempo en tribunales internacionales y trabajos de doctrina. Es cierto que existieron tratados a través de los siglos, como los de “amistad, comercio y navegación”, que incluyeron fórmulas mínimas de protección a la inversión foránea. Sin embargo, sus fórmulas parcas, en algunos casos, y vacíos en varios otros, requerían una

complementación que los tribunales internacionales y la doctrina encontró mayormente en el derecho privado y sus principios.

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el derecho consuetudinario internacional, e incluso fue más allá en algunos casos, como por ejemplo agregando al estándar mínimo de protección el de trato justo y equitativo, si bien este tema plantea controversias de si en el fondo se trata de la misma fórmula introducida bajo otro rótulo o si es algo distinto. Sin embargo, sigue el vacío con respecto al corpus que regule o “aterrice” estos estándares amplios en su aplicación, lo que explica en parte importante las controversias generadas en torno a los mismos e incluso los pronunciamientos contradictorios existentes por parte de tribunales arbitrales.

Sí estos tratados, así como leyes y contratos de inversión de décadas recientes, vienen propiciando de manera creciente la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, y la amplitud que ofrece el mecanismo en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable viene contribuyendo al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o “aterrizan” los estándares amplios. Sobre todo hacia mediados del siglo XX, fue particularmente fecundo el aporte de tribunales arbitrales para la consolidación de principios, como los reconocidos en sonados casos relativos a hidrocarburos en el medio oriente; e incluso un desarrollo de otras fuentes del derecho internacional público en lo que respecta a las inversiones, como la costumbre y la *opinio iuris* u opinión doctrinaria de juristas notables, cuyos contornos se enriquecieron, a su vez, con el derecho privado, internacional privado e uniforme. El derecho comparado y sus diversas técnicas merecieron, al efecto, particular atención, aunque siguen siendo controversiales los diversos métodos empleados por quienes emprenden la tarea comparatista, lo que a su vez genera disparidades en las respuestas dadas a los problemas que presentan los reclamos de inversiones foráneas.

El derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinfín de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de derecho duro (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia “localizadora” de casos internacionales. Ello a partir de diversos recursos, como los que otorgan flexibilidad a juzgadores cuando el mecanismo localizador lleva a resultados injustos o inequitativos, hasta el avance de textos “de derecho uniforme”, como la llamada “Convención de Viena” sobre compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los llamados “Principios Unidroit” en materia de derecho contractual internacional se erigen en una poderosa herramienta de potenciales fecundas consecuencias no solo en el ámbito comercial sino también en materia de inversiones foráneas, al brindar fórmulas como las relativas a fuerza mayor e imprevisión que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

Así también, otros desarrollos de “tinte conflictualista” del derecho internacional privado actual, adecuadamente aprehendidos, brindan formidables herramientas para lidiar con problemas recurrentemente suscitados en materia de inversión extranjera, cosa no suficientemente explotada debido a la insuficiencia de un fecundo diálogo interdisciplinario que

permita quitar provecho de tantas potencialidades. Las reclamaciones en materia de inversión foránea pueden envolver discusiones “conflictualistas” relativas, por ejemplo, a capacidad, responsabilidad extracontractual, derecho de propiedad e, incluso, complejas cuestiones relativas a instrumentos financieros y garantías. Desarrollos recientes en el derecho internacional privado “conflictualista” en estos temas pueden tener un fuerte impacto en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede ser ignorado.

Tampoco puede soslayarse que el distingo público-privado, potenciado artificialmente en las cuatro paredes de la academia, viene diluyéndose de manera notoria, lo que impacta también en los arbitrajes de inversiones extranjeras, en los que recurrentemente se abordan cuestiones propias del derecho privado, como las relativas a violaciones contractuales, u otras en las que el derecho público se encuentra insuficientemente equipado a brindar respuestas.

A todo lo dicho hasta ahora se suma otro ingrediente de gran relevancia: el gran desarrollo del arbitraje luego de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en 2010) y luego la ley modelo de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe. La Convención de Nueva York cuenta con más de 160 ratificaciones, y un número importante de países de los cinco continentes reformaron sus leyes para ponerlas en sintonía con el modelo de UNCITRAL. Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución, como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) con sede en La Haya, que viene registrando un número creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas.

Y ni qué decir con la “revolución” traía por el mecanismo del CIADI a partir de su convención constitutiva de 1965. Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede de la cual se apliquen reglas arbitrales (*lex arbitri*), y se concibe en vez un sistema autosuficiente y no sujeto al escrutinio de tribunales nacionales. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero el impacto viene de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia de su referencia masiva en tratados y contratos de inversión. Esto llevó a una explosión de casos, notoria y creciente a partir de los años 1990s, lo que coloca al CIADI en un sitial preponderante como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien reglas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen reglas -parcas, pero de tremenda importancia- sobre el derecho aplicable al fondo de estas controversias, que se relacionan con su elección o en su caso ausencia de selección, con criterios para su aplicación flexible en su caso, y con el orden público. También dejan estas reglas la posibilidad de que pueda optarse por el mecanismo de arbitraje de equidad o *ex aequo et bono*. Estas regulaciones sobre el derecho aplicable al fondo, no por escuetas, dejan de implicar la eventual consideración de un sinfín de cuestiones del derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho uniforme, y derecho privado en general. La ausencia de ese corpus en materia de derecho de las inversiones

foráneas, tantas veces aludido, vuelve imperioso recurrir según el contexto a soluciones que brindan las referidas disciplinas, lo que una vez más reafirma lo imperioso de un fecundo diálogo interdisciplinario que traiga claridad con respecto a su aplicabilidad en dicho campo.

\*\*\*

En base a las consideraciones arriba expuestas, esta relatoría propone identificar los diversos instrumentos de la OEA que puedan ser relevantes para su aplicación en materia de reclamaciones por inversiones foráneas, particularmente en materia de derecho privado y derecho uniforme.

Gran parte de estos instrumentos y de cuestiones relativas al derecho aplicable al fondo de los arbitrajes en general -incluyendo los de inversiones extranjeras- ya se encuentran identificados en la guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Se propone seguir con esta relatoría un análogo formato -el de una guía- observándose también sus líneas directrices. Es decir, la idea sería contar con un instrumento descriptivo sobre la evolución y sobre todo el estado actual del problema del derecho aplicable a las inversiones extranjeras, para explayarse luego sobre distintos instrumentos internacionales -con énfasis en los de la OEA- cuyo adecuado manejo pueda resultar particularmente apropiado y útil, como por ejemplo la llamada Convención de México de 1994 y la propia guía de la OEA de 2019 que la explica y potencia.

De aprobarse estos lineamientos, el siguiente informe ya presentaría un avance del borrador en sí de la guía.