

OECD Working Papers on International Investment 2018/01

Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión: Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles

Joachim Pohl

https://dx.doi.org/10.1787/3d753f20-es

OECD

DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA OCDE SOBRE INVERSIÓN INTERNACIONAL

Los documentos de trabajo de la OCDE no deberán ser presentados como el punto de vista oficial de la OCDE ni de sus países miembros. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados corresponden exclusivamente a sus autores.

Los documentos de trabajo describen resultados preliminares o investigaciones en curso del autor o autores, y se publican con el objetivo de suscitar el debate en torno a una amplia gama de cuestiones en las que trabaja la OCDE. Los comentarios a los documentos de trabajo son bienvenidos y podrán enviarse a investment@oecd.org, OCDE, 2 rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

Documentos de trabajo de la OCDE
sobre inversión internacional
se publican en
http://dx.doi.org/10.1787/18151957
y
www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/working-papers.htm

Este documento y los mapas que se incluyen son sin perjuicio de la situación o la soberanía sobre ningún territorio, de la delimitación de fronteras o límites internacionales y del nombre de cualquier territorio, ciudad o zona.

© OCDE 2018

Usted puede copiar, descargar o imprimir los contenidos de la OCDE para su propio uso y puede incluir extractos de publicaciones, bases de datos y productos de multimedia en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento a la OCDE como fuente y propietaria del copyright. Toda solicitud para uso público o comercial y derechos de traducción deberá dirigirse a rights@oecd.org.

Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión
Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles

por
Joachim Pohl

La presente publicación repasa los supuestos costos y beneficios que los acuerdos internacionales de inversión plantean a la sociedad, siguiendo a académicos, gobiernos, empresas y sociedad civil. Se pone sobre la mesa una extensa variedad de temas que los distintos actores han ido proponiendo para valorar los costos y beneficios de estos acuerdos para la sociedad.

Este documento analiza y organiza el material disponible generado por estas fuentes para identificar y clasificar los distintos y numerosos frentes; resume los datos empíricos disponibles y los hallazgos sobre determinados aspectos, y valora los puntos fuertes y débiles de las distintas propuestas. Las siguientes páginas se centran, en particular, en el componente de protección del inversor de los acuerdos internacionales de inversión. Tras el trabajo realizado se observa que, hasta la fecha, se han generado pocos datos claros sobre muchos de los efectos positivos o negativos de estos acuerdos. Se destacan, pues, los retos metodológicos existentes y se sugieren ámbitos en que debería profundizarse para esgrimir conclusiones más contundentes.

Con la autorización de publicación de Pierre Poret, subdirector de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE.

Clasificación JEL: D02; D61; F02; F21; F23; F53; F55; F60; K33; N40; O17; P45; P48

Palabras clave: inversión internacional; inversión extranjera; protección de la inversión; tratados de inversión; tratados bilaterales de inversión; derecho internacional sobre inversión; análisis de costo y beneficio; evaluaciones de impacto regulatorio.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO **5**

CONTEXTO Y PROPÓSITO DE LAS POLÍTICAS **7**

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS **12**

Objeto de este inventario 12
Tipos de acuerdos internacionales de inversión y características principales 13
Metodología para valorar los costos y beneficios de los AII 14

PROTECCIÓN DEL INVERSOR EN LOS AII **17**

A. Costos y beneficios económicos del componente de protección del inversor de los AII para las sociedades emisoras, las receptoras y terceros países **17**

1. ¿Se benefician las sociedades de origen o destino de los flujos de capital internacionales? ¿Influyen los AII en esos flujos? 18
   a. Costos y beneficios de los flujos de capital extranjero para las sociedades de origen y de destino *18*
      1) Efectos económicos de las entradas de capital 18
      2) Costos y beneficios económicos de la salida de capital para las sociedades de origen 20
   b. ¿Influyen los acuerdos internacionales de inversión en el volumen o la asignación de los flujos de capital internacional? *21*
      1) Propuestas econométricas para determinar la correlación de los AII con la asignación de capital 23
         a) Conceptualización de la noción de inversión extranjera 25
            Los datos de IED no son indicativos del compromiso o la exposición de una empresa en otro país *25*
            La inversión no se considera extranjera según su nacionalidad *27*
            Los datos de IED no asocian el origen y el destino de una inversión al país emisor y receptor *28*
         b) Conceptualización de la protección de los AII 30
            La inobservancia de la protección de la inversión de acuerdos multilaterales y acuerdos comerciales preferenciales *30*
            La posibilidad de demandas amparadas en tratados en ausencia de tratado *32*
         Conclusiones sobre la valoración econométrica de la relación entre los AII y la IED ... 34
      2) Datos econométricos alternativos sobre la repercusión de la presencia de AII 37
      3) Sensibilización y actitud de las empresas en torno a los AII 38
      4) Postura de los organismos de promoción de la inversión con respecto a los AII 40
      5) Políticas de seguros contra riesgos políticos 41
      6) Costos de endeudamiento para capital invertido 43
   c. Costos y beneficios económicos del flujo de IED a través de países de tránsito para sus sociedades *43*
2. ¿Tienen los AII una función selectiva? ¿Fomentan una «mejor IED» para las transacciones entre las partes del tratado? 44
3. ¿Los acuerdos internacionales de inversión retrasan o evitan posibles desinversiones? 47
4. Papel de los AII en la solución o creación de distorsiones en los mercados 48
      1) ¿Existen distorsiones en el mercado a favor o en contra de los inversores extranjeros? 49
      2) ¿El diseño de los AII es adecuado para corregir las distorsiones de mercado observadas? 50

5. Costos de los AII 51
a. Costos de negociación puntuales *51*
b. Gastos recurrentes de gestión, instituciones e infraestructura legal para los tratados *52*
c. Costos asociados a la solución de diferencias y a los laudos *52*
1) Costos recurrentes asociados a la solución de diferencias 52
2) Costos ocasionales asociados a la solución de diferencias 53
d. Compensación por ahorros y ganancias *56*
B. Efectos de la protección al inversor de los AII en la gobernanza nacional e internacional 57
1. Despolitización de controversias relativas a inversiones 57
a. Diferentes propósitos de la «despolitización» *58*
1) Despolitización y relaciones entre las empresas y sus propios estados 58
2) Despolitización como medio de proteger las relaciones intergubernamentales 58
3) Despolitización como medio de promover unas reglas de juego uniformes para empresas en situaciones diferentes 59
b. Datos empíricos respecto a la «despolitización» en la realidad *59*
2. Impacto de los AII en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores 64
a. ¿Alteran los AII la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores? *65*
1) Reforma legislativa como aplicación de obligaciones contenidas en tratados 66
a) Adaptaciones legislativas resultantes de las obligaciones de medios impuestas por tratados 66
b) Cambios legislativos más amplios motivados por los esfuerzos para cumplir con obligaciones de resultado impuestas por tratados 69
2) Efecto en la legislación y la regulación motivado por los esfuerzos generalizados para prevenir las controversias 71
3) Efecto en la regulación y el cumplimiento normativo motivado por reacciones a controversias incipientes o esperadas 73
b. ¿Los efectos de los tratados en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores representan costos o beneficios para la sociedad? *77*
3. Mejora o debilitamiento del «estado de derecho» a escala nacional o internacional 78
a. ¿Contribuyen los AII a fortalecer o a debilitar el «estado de derecho» a escala nacional? *78*
a) Coexistencia de normas y sistemas jurisdiccionales nacionales e internacionales 79
b) Derecho a consulta previa en el proceso legislativo y de resolución de controversias 80
b. ¿Mejora del estado de derecho a escala global? *80*
C. El papel de los AII en relación con los objetivos estratégicos de política exterior 81
ANEXO: DISPOSICIONES SOBRE ACCESO A LOS MERCADOS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN 84
a. Tipos de contenido sobre acceso a los mercados en los AII *84*
b. Pocos AII incluyen contenido sobre acceso a los mercados *85*
c. El acceso a los mercados puede concederse o asegurarse a través de mecanismos distintos de los AII, y así es en la mayoría de los casos *85*
Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional
www.oecd.org/investment/working-papers.htm *87*
2015 ..... *87*
2014 ..... *87*
2013 ..... *87*

2012 ..... *87*
2011 ..... *88*
2010 ..... *88*
2006 ..... *88*
2005 ..... *88*
2004 ..... *88*
2003 ..... *88*
2002 ..... *89*
2001 ..... *89*
2000 ..... *89*
1999 ..... *89*
1998 ..... *89*

Figures

No se encontraron entradas de tabla de contenido.Boxes

No se encontraron entradas de tabla de contenido.

RESUMEN EJECUTIVO

Muchos son los países que han ratificado acuerdos internacionales de inversión (AII) en los últimos cincuenta años, partiendo de la base de que benefician tanto a las sociedades emisoras como a las receptoras. En estos momentos, sin embargo, esta idea se está cuestionando, por lo que los gobiernos participantes en la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión, organizada por la OCDE, pidieron que este organismo elaborase, a partir de los datos disponibles, un documento que inventariase los costos y beneficios de los AII para la sociedad y, en particular, en lo relativo a la protección de los inversores.

El documento que tienen entre manos ofrece dicho inventario a septiembre de 2017. No necesariamente refleja el punto de vista de la OCDE o de los gobiernos que participan en la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión y, dada la abundancia del material disponible, tampoco pretende ser exhaustivo. Esta publicación identifica y categoriza los aspectos avanzados por la academia, los gobiernos, las empresas y la sociedad civil. Plantea los datos empíricos disponibles sobre diferentes temas, resume los hallazgos y evalúa los puntos fuertes y débiles de cada propuesta.

La amplitud y complejidad de la cuestión que nos ocupa, la falta de datos empíricos y la condicionalidad de muchos de los aspectos identificados no permiten adelantar valoraciones generalizadas definitivas sobre los costos y beneficios de los AII para la sociedad. Sin embargo, el ejercicio ha permitido extraer ciertas conclusiones:

- Se han planteado numerosas hipótesis sobre los costos y beneficios para la sociedad de los AII, pero en pocas ocasiones se han sometido a un análisis empírico; y cuando se ha hecho, la hipótesis planteada se ha confirmado en contadas ocasiones.
- Las afirmaciones y pruebas que hacen referencia a aspectos concretos suelen referirse únicamente —a menudo de forma implícita— a escenarios específicos en los que son aplicables, normalmente en relación con tratados concluidos entre una economía avanzada y una economía en vías de desarrollo. En muchas de las relaciones selladas con acuerdos internacionales de inversión, sin embargo, se ha analizado mucho menos el papel y la función de estos tratados.
- En los distintos ámbitos, la disponibilidad de datos empíricos es desigual. Por ejemplo, con respecto a los costos y beneficios económicos, los costos están mejor documentados, y con más detalle, que los beneficios económicos; esto se debe, en parte, a las dificultades metodológicas. Esta desigualdad de datos, en cualquier caso, puede sesgar la percepción sobre los costos y los beneficios de los acuerdos internacionales de inversión.
- Es posible que buena parte de la información pertinente para valorar los costos y beneficios para la sociedad no sea de dominio público. El acceso selectivo a estos datos adicionales, que no son públicos, puede extremar las posiciones sobre los costos y beneficios de los AII entre los diferentes actores.
- Los datos empíricos sobre los efectos de los tratados se refieren necesariamente a tratados que se firmaron o entraron en vigor hace años, incluso décadas. Las conclusiones de los estudios disponibles, que se reproducen en estas páginas, se asocian principalmente a resultados de los AII más antiguos y también se corresponden con los diseños más antiguos de tales tratados. Buena parte de los tratados concluidos recientemente presentan elementos de diseño que en parte pretenden alterarán los costos y beneficios para la sociedad de esta nueva generación de AII. Todavía no se ha documentado suficientemente si estas características más recientes de diseño

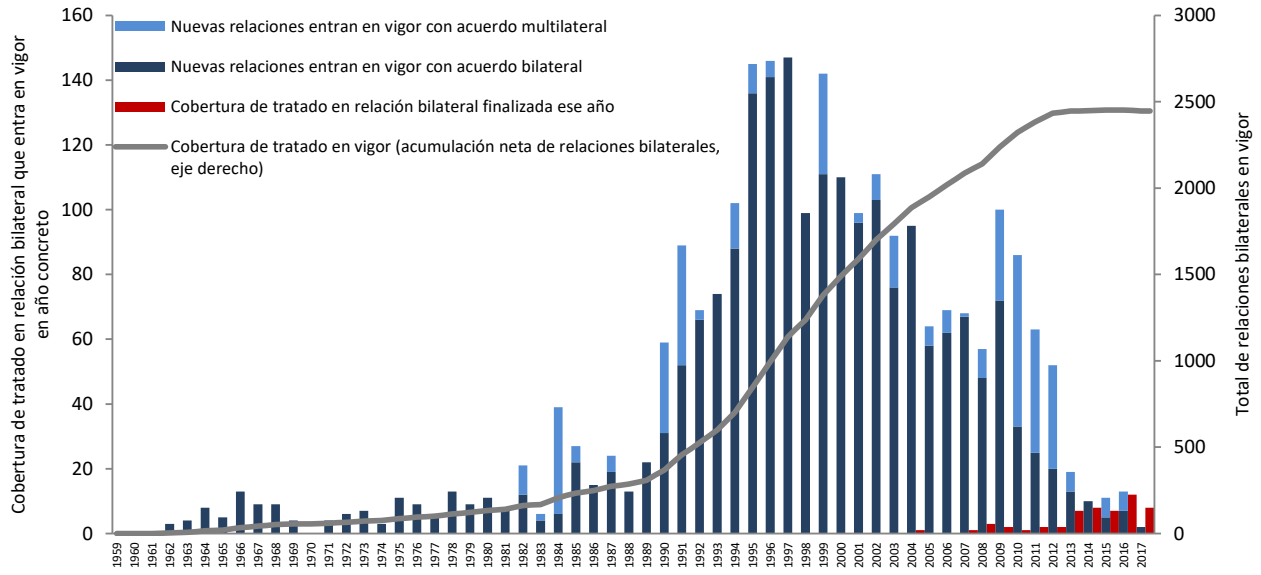
alteran los resultados de los AII. En general, las características específicas del diseño de los tratados no han tenido un papel destacado en los estudios empíricos, por lo que no se dispone de datos suficientes sobre la correlación entre las características de diseño y los resultados de los tratados.

Lo que sí parece sugerir este proceso es que hay que extremar las precauciones al pronunciarse sobre costos y beneficios para la sociedad de los AII, en general, y sobre ciertos elementos de su diseño en particular. En los últimos años el debate público sobre las ventajas de los acuerdos internacionales de inversión ha despertado y acelerado el interés de una amplia representación de ciudadanos, y es probable que en los años venideros se recopilen más datos empíricos al respecto. Este nuevo corpus de pruebas deberá analizarse con detenimiento para paliar las lagunas actuales en relación con los costos y beneficios de los acuerdos internacionales de inversión para la sociedad.

CONTEXTO Y PROPÓSITO DE LAS POLÍTICAS

En los últimos cincuenta años, numerosos gobiernos de todo el mundo han construido un sistema basado en tratados para proteger sus inversiones en el extranjero, a partir de un creciente entramado de acuerdos internacionales de inversión (AII).[1] Desde 1959, con la firma del primer tratado bilateral de inversión moderno,[2] se han negociado muchos más de 3.000 tratados bilaterales de inversión, de los cuales 2.200 están en vigor actualmente. Además, las disposiciones de protección de las inversiones que se derivan de los acuerdos multilaterales de inversión o de los capítulos sobre inversión integrados en los acuerdos comerciales preferenciales multilaterales o bilaterales)[3] prevén cientos de relaciones bilaterales adicionales (Gráfico 1).[4]

Gráfico 1: **Acuerdos de protección de la inversión mediante tratados en vigor (relaciones bilaterales 1959-2017)**



Fuente: Base de datos de AII de la OCDE. Relaciones mediante tratado en vigor por las 58 economías invitadas al debate auspiciado por la OCDE sobre política de inversión internacional. No se incluye el Tratado sobre la Carta de la Energía.

1 Se usan los términos «acuerdo internacional de inversión» y «AII» para referirse a los tratados internacionales que contienen cláusulas para proteger las inversiones; esto incluye los acuerdos comerciales que se refieran a inversiones.

2 Convencionalmente, el Tratado Bilateral de Inversión entre Alemania y Pakistán constituye el punto de partida de los tratados bilaterales modernos sobre inversiones. En dicho tratado no se incluía una oferta unilateral para la solución de diferencias entre estado e inversor y se puede considerar que, gracias a esa nueva característica, aquel tratado marca el inicio de la era moderna de los tratados bilaterales de inversión.

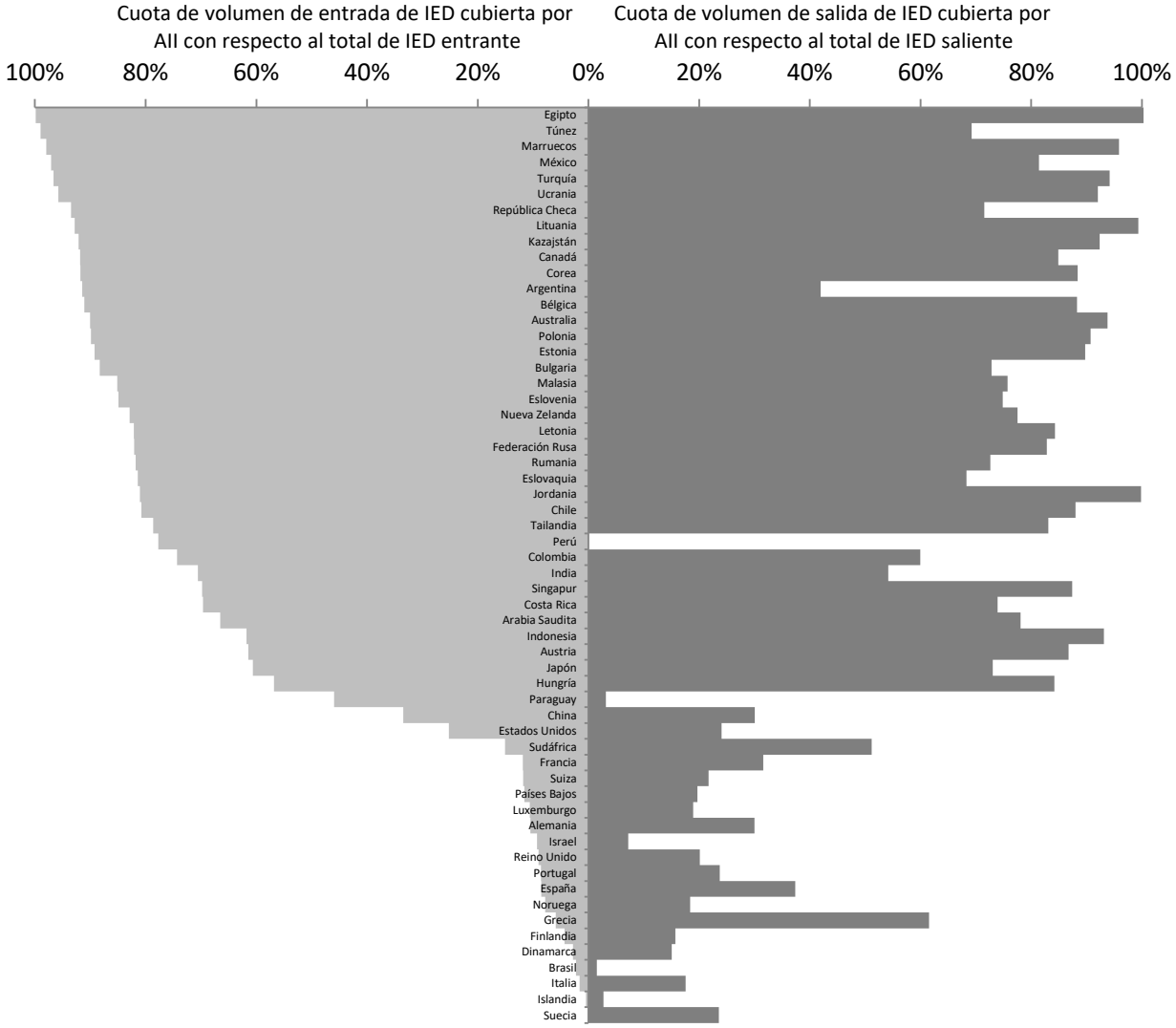
3 Esta publicación utiliza el término «acuerdos comerciales preferenciales» para referirse a los acuerdos multilaterales o bilaterales que incluyen disposiciones comerciales; este tipo de acuerdo incluye los acuerdos de libre comercio, los acuerdos globales sobre cooperación económica, los acuerdos globales sobre asociación económica, entre otros. Cuando se cita un acuerdo comercial preferencial específico, se mantiene el nombre original.

4 La información aquí presentada difiere con la información de la versión original en inglés de este reporte, dado que la base de datos de la OCDE fue actualizada después de la publicación original del reporte en inglés.

Hoy en día, una parte significativa de las inversiones en el extranjero está protegida mediante cláusulas específicas de acuerdos internacionales de inversión. Las cuotas de inversión extranjera directa (IED) de entrada y salida —y, por tanto, el grado de compromiso con el sistema del tratado— difieren claramente según el país (Gráfico 2).[5] El diferente grado de cobertura de los tratados para la IED entrante y saliente no refleja tanto el número de tratados concluidos por un país y que han entrado en vigor, sino más bien la elección de las contrapartes del tratado y la relación económica que se establece entre ellas.

[5] Para ahondar en las limitaciones de la propuesta relacionada con el uso de datos de IED para este enfoque, véase el apartado «*b. ¿Influyen los acuerdos internacionales de inversión en el volumen o la asignación de los flujos de capital internacional?*», de la pág. 21. Teniendo en cuenta estas limitaciones, estos datos deben considerarse una aproximación de la magnitud del fenómeno, no una valoración precisa. Se han valorado todas las relaciones con un AII en vigor: tratados bilaterales de inversión, acuerdos comerciales preferenciales con capítulos de inversión o acuerdos multilaterales. Para los datos sobre volúmenes de IED, se han utilizado los de volumen de IED bilateral de la OCDE y del FMI entre 2010 y 2014; se han priorizado los datos más recientes con respecto a los más antiguos, y los datos de volúmenes de IED *saliente* también han tenido prioridad con respecto a los de IED *entrante*. El Tratado sobre la Carta de la Energía no se ha incluido, pues su cobertura es limitada.

Gráfico 2: **Cuota de volumen de IED entrante y saliente cubierta por tratados con respecto al total de IED entrante y saliente de cada país**



Fuente: Base de datos de AII de la OCDE. Incluye los AII bilaterales y multilaterales que han entrado en vigor en las 58 economías invitadas al debate auspiciado por la OCDE sobre política de inversión internacional. No se incluye el Tratado sobre la Carta de la Energía.

Los gobiernos han participado y seguirán participando en tratados de inversión por varias razones, pero, sobre todo, para atraer inversiones extranjeras y protegerlas. En los últimos años la opinión pública ha prestado una atención sin precedentes a los tratados de inversión, especialmente al componente de protección de los inversores y a los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y estados, estrechamente vinculados, unos mecanismos previstos en la inmensa mayoría de estos tratados. Esta atención pública ha incrementado la sensibilización y el conocimiento general de estos tratados entre los que diseñan las políticas públicas, las empresas y la opinión pública en general, pero también han ido surgiendo voces cada vez más críticas, algunas con un rotundo rechazo de los acuerdos internacionales de inversión, en particular de los mecanismos de solución de diferencias entre los inversores y estados. Tras llevar a cabo una valoración de sus costos y beneficios, algunos países han empezado a poner fin a sus tratados y, a raíz de las inquietudes manifestadas, otros países están proponiendo cambios significativos a los tratados existentes o diseñando nuevos tipos de tratados de inversión.

El debate público sobre las ventajas de la protección de las inversiones mediante tratados ha generado inquietudes con respecto a los costos y beneficios de los AII para la sociedad. En 2014 los gobiernos que participaban en la Mesa Redonda de la OCDE sobre libertad de inversión (59 economías)[6] instaron a la Secretaría de la OCDE a preparar un documento de revisión de los posibles costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión.

En respuesta a aquella apelación, la Secretaría ha elaborado el presente documento, que repasa los aspectos que pueden considerarse costos y beneficios de los acuerdos internacionales de inversión para las sociedades, participen o no en los tratados, y los aspectos planteados en un debate político, público y académico cada vez más diferenciado y lleno de matices. La Secretaría también ha recopilado y categorizado los datos empíricos disponibles, de libre acceso, y la metodología y los hallazgos de todo el proceso de investigación se han sometido a una evaluación crítica.

Con todo, el presente inventario es incompleto. Una cantidad significativa de información que determina los costos y beneficios para la sociedad de los AII no es de dominio público. Es el caso de las decisiones de inversión de las empresas y de las reacciones de los gobiernos ante la presencia de AII. Si bien algunos de estos temas se pueden observar indirectamente, mucha información sigue y seguirá quedando fuera de nuestro alcance, lo que nos impide efectuar una evaluación completa.

Cuando se aborda el tema de si los acuerdos internacionales de inversión generan costos y beneficios para la sociedad, la gran divergencia de puntos de vista en parte obedece a lo que se cree que esta información inaccesible contiene. Este documento no logra salvar este obstáculo y no brindará una respuesta ampliamente compartida para esta cuestión que tanto interés despierta. Con estas páginas simplemente se pretende inventariar, categorizar los temas que están sobre la mesa en cuanto a costos y beneficios para la sociedad de los AII, y establecer si existen datos empíricos suficientemente sólidos para apoyar los argumentos y los puntos de vista defendidos por las diferentes partes.

El presente documento no refleja necesariamente el punto de vista de la OCDE o de los gobiernos que participan en la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión, y no debe interpretarse como si se estuvieran analizando negociaciones o controversias actuales o futuras relacionadas con acuerdos internacionales de inversión.

El contenido presentado se ha dividido en dos: siguiendo ciertas consideraciones metodológicas, su sección principal aborda los aspectos relacionados con la protección del inversor, el elemento más destacado y frecuente de los acuerdos internacionales de inversión, que también ha tenido una presencia muy destacada en los debates sobre políticas públicas y en la opinión pública; a continuación, un apartado mucho más corto repasa ciertos aspectos relacionados con el componente de acceso a los mercados, previsto por unos pocos (cada vez más) acuerdos internacionales de inversión.

Dado que estas consideraciones plantean diferentes asuntos relacionados con la protección del inversor, se presentan de modo diferenciado. Sin embargo, esta categorización no sugiere que estos asuntos puedan separarse, sino que plantea una clasificación analítica para acceder a muchas de las dimensiones de

[6] Las siguientes economías están invitadas a participar en la Mesa Redonda: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Costa Rica, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, India, Indonesia, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Marruecos, México, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania y la Unión Europea.

los efectos potenciales de los acuerdos internacionales de inversión. Otras clasificaciones también son posibles.

El objetivo, el contexto y la audiencia objetivo de este documento marcan ciertas diferencias con los trabajos académicos. Como contribución a la información necesaria para la política pública, este documento parte de una propuesta más amplia de material con respecto a las publicaciones académicas, y no se atiene a la citación completa deseable del trabajo académico.[7] Por otro lado, las expectativas y necesidades de la audiencia de este documento son distintas de las de los círculos académicos; en particular con respecto al conocimiento previo de los temas tratados. Aquellos que quieran obtener información más detallada pueden acudir a la bibliografía citada; el texto, sin embargo, contiene los datos necesarios para obtener una imagen rápida, pese a la amplitud y complejidad del tema.

[7] Para que el máximo posible de lectores puedan acceder a los trabajos académicos, los enlaces a las publicaciones académicas en ocasiones llevan a versiones de trabajo anteriores de la publicación, en lugar de referirse a las versiones publicadas disponibles previo pago. En la bibliografía, sin embargo, se indica la referencia de la publicación final, de conocerla, en el momento de redactar este documento.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

La valoración de los posibles costos y beneficios de los acuerdos internacionales de inversión es un ejercicio complejo. Aunque se han concluido miles de acuerdos de inversión durante más de cincuenta años y para los países implicados los desafíos en principio son considerables, ha habido pocos intentos de evaluar empíricamente el efecto de la protección del inversor mediante tratados en general o mediante tratados concretos en particular. La mayoría de los estudios disponibles se centran bien en ámbitos concretos entre los numerosos efectos de la protección del inversor en el marco de tratados o bien en escenarios específicos, tales como los niveles de desarrollo económico de las partes de un tratado. Parece que todavía no se ha hecho ningún intento de valorar el conjunto de costos y beneficios del sistema de tratados de inversión, más allá de tratados individuales o de cifras agregadas limitadas de tratados individualizados.

Establecer un inventario de los posibles costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión exige ciertas consideraciones metodológicas sobre el objeto concreto del ejercicio: alcance del estudio, supuestos sobre las características de un acuerdo internacional de inversión y enfoque de valoración aplicado.

Objeto de este inventario

Según el mandato del presente estudio, deben evaluarse los costos y beneficios *para la sociedad*; sin embargo, es preciso aclarar qué sociedades se han tenido en cuenta, para quién se valoran esos costos y beneficios dentro de esa sociedad y qué tipos de costos y beneficios se han incluido.

- **Qué sociedades están en el punto de mira.** Los costos y beneficios de los acuerdos internacionales en principio se reflejan en las sociedades de sus estados signatarios. Ahora bien, sus repercusiones también pueden incidir, de distintas maneras, en sociedades de terceros estados. Por ejemplo, un acuerdo internacional de inversión puede derivar la inversión de un tercer país hacia un socio del tratado. Asimismo, aunque una empresa de un estado no participe en un tratado concreto, puede beneficiarse de la protección de ese tratado si canaliza sus inversiones a través de un tercer país. Dadas las limitaciones de información y datos empíricos sobre los efectos de los tratados en terceras partes, el presente documento se limita a los efectos en las partes del tratado, por lo que no se valorarán las consecuencias de los tratados en terceros países.

- **Dentro de una sociedad, para quién se evalúan los costos y beneficios.** Los costos y beneficios para la sociedad se evaluarán en principio para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, y dado que todas las intervenciones reguladoras tienen efectos redistributivos, los costos y beneficios de los acuerdos internacionales de inversión probablemente tendrán una presencia desigual en la sociedad participante en estos acuerdos.[8] En general, los estudios existentes han obviado los efectos redistributivos de los AII dentro de la sociedad y han considerado a la sociedad de esos países, o incluso de un grupo de países,

[8] Banco Mundial (2005), «*Analyzing the Distributional Impact of Reforms: A Practioner's Guide to Trade, Monetary and Exchange Rate Policy, Utility Provision, Agricultural Markets, Land Policy and Education, Volume 1*».

como una entidad única.[9] La falta de información empírica sobre los efectos redistributivos de los AII en las sociedades ha llevado a la exclusión de este aspecto, de nuevo sin expresar juicio alguno sobre su importancia en la valoración completa de los costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión.

- **Qué costos y beneficios se han tenido en cuenta.** En el contexto de los acuerdos internacionales de inversión, se pueden abordar múltiples aspectos relativos a los costos y beneficios o, en realidad, numerosos ámbitos de actuación de las políticas públicas. Este inventario se centra en los efectos de primer orden; es decir, los efectos más inmediatos de la presencia de AII. Los efectos de segundo orden, por su parte, suelen saltar al primer plano de la escena pública (protesta contra la globalización o el orden económico internacional; erosión de la confianza de la ciudadanía en el gobierno, entre otros). Si bien estos efectos de segundo orden son importantes para la sociedad y se tienen que tener presentes al elaborar las políticas, no quedan cubiertos aquí, debido a su menor predictibilidad y a su dependencia de múltiples factores que escapan al alcance de este documento.

Tipos de acuerdos internacionales de inversión y características principales

Los más de 3.000 acuerdos internacionales de inversión que los estados han negociado hasta la fecha presentan características y diseños heterogéneos. La inversión se prevé en AII bilaterales o multilaterales, y dependiendo del tratado, puede cubrirse exclusivamente el contenido de inversión o una propuesta mucho más extensa de asuntos (acuerdos comerciales preferenciales, por ejemplo). El presente estudio aborda todos los acuerdos con contenido de inversión —únicamente con respecto a ese contenido—, con independencia de sus otras características formales.

La mayoría de los AII contienen disposiciones de protección sustantivas y proponen el acceso a la solución de diferencias entre inversores y estados. Este estudio se centra básicamente en los costos y beneficios del contenido de protección de los tratados, la característica más destacada y generalizada de los acuerdos internacionales de inversión.

Las disposiciones de protección de los tratados revisten distintas características. Dado que el presente estudio se propone identificar elementos de los AII que puedan traducirse en costos y beneficios en general, no se distinguirá entre diferentes niveles de protección por la presencia de determinados diseños en las cláusulas de los tratados. Ahora bien, es importante reconocer que el resultado de valoración de un tratado concreto puede variar según la protección que ofrezca.[10]

Un pequeño número (al alza) de AII también contiene obligaciones relacionadas con el acceso a los mercados, tales como disposiciones de preestablecimiento en materia de trato nacional. Las disposiciones relativas al comercio de servicios en muchos acuerdos comerciales preferenciales también contienen

---

9 Los beneficios estimados de los AII suelen expresarse como incremento del PIB o como promedio de ganancias por hogar en dólares estadounidenses. Los cálculos de los beneficios del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), por ejemplo, sugieren una ganancia de ingresos (promedio) por hogar para la Unión Europea y los Estados Unidos. Al respecto, véase, por ejemplo, Joseph FRANCOIS/Miriam MANCHIN/Hanna NORBERG/Olga PINDYUK/Patrick TOMBERGER (2013), «*Reducing Trans-Atlantic Barriers to Trade and Investment*», y Consejo Atlántico de los Estados Unidos/Fundación Bertelsmann/Embajada Británica en Washington (2013), «*TTIP and the Fifty States: Jobs and Growth from Coast to Coast*». El trabajo de Jonathan BONNITCHA (2014), «*Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*», parece que fue de los primeros en plantear aspectos redistributivos en este tipo de investigación.

10 Jonathan BONNITCHA (2014), «*Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*», responde al creciente interés por la repercusión de las normas de los tratados.

disposiciones de acceso a los mercados en relación con la inversión, como sucede con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Los servicios prestados con el llamado «modo 3» (servicio prestado por un proveedor de servicios de un país mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro país) suelen implicar una inversión, y el contenido de acceso a los mercados relacionado con los servicios de modo 3 según estos acuerdos puede implicar la liberalización de las inversiones. El contenido de acceso a los mercados crea dificultades diferentes de las que surgen al plantear la protección postestablecimiento. Aunque algunos argumentos y aspectos están relacionados con los AII en general, los temas relacionadas con el contenido de acceso a los mercados se abordan de forma diferenciada en este documento.

Los acuerdos internacionales de inversión pueden contener asimismo cláusulas referidas a prescripciones en materia de resultados, cláusulas «paraguas», entre otras. Algunos de estos elementos son bastante frecuentes en estos tratados y alteran sus resultados en la sociedad. Sin embargo, dichas cláusulas no se tratarán aquí por razones prácticas, pues no hay pruebas empíricas que demuestren su alcance y el modo en que influyen en los resultados de los tratados.

Inevitablemente, los datos empíricos disponibles sobre los costos y beneficios para la sociedad de los AII se basan en los resultados de tratados anteriores. En los últimos años numerosos países se han esforzado por reformar el diseño de los tratados, pero aún no se refleja completamente en la mayoría de los estudios analizados para este documento. Veremos si los análisis futuros de los costos y beneficios para la sociedad de los AII coinciden con los hallazgos disponibles actualmente, los que se presentan en estas páginas.

Metodología para valorar los costos y beneficios de los AII

Los efectos de la regulación —incluidos sus costos y beneficios— se suelen analizar mediante evaluaciones de impacto regulatorio. Este enfoque, desarrollado en los años setenta en el campo de las ciencias sociales y políticas,[11] se sigue aplicando en casi todos los países de la OCDE y otros territorios para valorar todo tipo de regulación prevista *ex ante* o regulación existente *ex post*.[12]

Los enfoques y los estudios de evaluación de impacto regulatorio presentan amplias diferencias según el país,[13] y se han propuesto una serie de evaluaciones del impacto para ciertos ámbitos; entre otros, medio ambiente, sanidad[14] o derechos humanos.[15] Hasta la fecha, sin embargo, no se ha establecido ni una

---

11 Para una imagen general de esta práctica, véase OCDE (2012): «*Sustainability in Impact Assessments: A Review of Impact Assessment Systems in Selected OECD Countries and the European Commission*». Se pueden consultar otros estudios de la OCDE sobre evaluación del impacto de la regulación en*: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm.*

12 Véase OCDE, Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria (2012), en particular el punto 4 de su anexo.

13 Véase OCDE (2012) «*Sustainability in Impact Assessments: A Review of Impact Assessment Systems in Selected OECD Countries and the European Commission*» y Grupo Banco Mundial (2008), «*Regulatory Impact Assessment – Resources*». Para más ejemplos, véase el caso de Australia en: «*Best Practice Regulation Handbook*», Gobierno de Australia, 2014, y «*Better Regulation Handbook – How to Design and Review Regulation, and Prepare a Regulatory Impact Statement*», Gobierno de Australia Meridional (2011). Se puede obtener una visión general de la normativa en materia de evaluación del impacto de la regulación en el marco de la legislación federal de los Estados Unidos en: «*Regulatory Impact Analysis: A Primer*», Casa Blanca, sin fechar.

14 Ministerio de Salud de Canadá, «Proposed Assignment: Health Impact Assessment of International Trade and Investment Agreements», sin fechar.

metodología para la evaluación de impacto regulatorio, aunque sí se han consensuado los principios sobre cuándo y cómo debería aplicarse dicha metodología.[16]

Los acuerdos internacionales de inversión raramente han sido objeto de evaluaciones de impacto regulatorio, a pesar del uso generalizado de dichas evaluaciones por parte de los gobiernos. El alcance de estas evaluaciones para estos acuerdos es, pues, particularmente incierto,[17] igual que la metodología que se aplicaría para evaluar los costos y beneficios de los tratados.[18] Las evaluaciones de impacto regulatorio que se han hecho públicas en relación con AII atañen a acuerdos comerciales preferenciales con disposiciones de inversión, pero ninguna de las evaluaciones revisadas detalla el contenido sobre protección de las inversiones de los acuerdos.[19] En principio este problema se irá resolviendo en el futuro, puesto que ya se

---

15 Olivier DE SCHUTTER, «Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos», informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, documento de las Naciones Unidas A/HRC/19/59/Add.5, 19 de diciembre de 2011.

16 Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria (2012).

17 Véase, por ejemplo, la controversia entre la Comisión Europea y el Defensor del Pueblo Europeo sobre la necesidad de elaborar una evaluación del impacto sobre los derechos humanos para el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam, que contendrá disposiciones de inversión.

18 Michael G. PLUMMER/David CHEONG/Shintaro HAMANAKA, «*Methodology for Impact Assessment of Free Trade Agreements*», Banco Asiático de Desarrollo, 2010, evitan explícitamente proponer una metodología de evaluación, ya que «no se han establecido los métodos para evaluar el impacto de la inversión y la liberalización de servicios, a diferencia de las mercancías, y los datos sobre los servicios y la inversión son insuficientes para llevar a cabo análisis rigurosos» [traducción propia]. La Australian Productivity Commission, en «*Trade&Assistance Review 2013-14–Productivity Commission Annual Report Series*», pág. 82, se hace eco de preocupaciones similares: «La Comisión reconoce las dificultades prácticas implicadas para cuantificar la repercusiones de los acuerdos, debido a la variabilidad de calidad y compleción de las estadísticas de inversión y de comercio de servicios internacionales, y a la inherente dificultad para cuantificar los obstáculos al comercio de inversión y servicios en comparación con las medidas arancelarias». Dos valoraciones de la evaluación de impacto de la Comisión Europea sobre el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) elaboradas a instancias del Parlamento Europeo demuestran la divergencia de puntos de vista sobre cómo llevar a cabo evaluaciones del impacto de la regulación del TTIP: Alexia MANIAKI-GRIVA (2013), «*Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment – European Commission proposal to authorise the opening of negotiations on a Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and United States of America Impact Assessment*», SWD(2013)68final, y Jacques PELKMANS/Arjan LEJOUR/Lorna SCHREFLER/Federica MUSTILLI/Jacopo TIMINITHE (2014), «*Detailed Appraisal by the EP Ex-ante Impact Assessment Unit of the European Commission's Impact Assessment EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership*».

19 Véase, por ejemplo, Comisión Europea/Gobierno de Canadá (2008), «*Assessing the costs and benefits of a closer EU-Canada economic partnership*». Gobierno de Australia (2014), «*Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Korea – National Interest Analysis [2014] ATNIA 8 with attachments*» y los relacionados «*National Interest Analysis*». Gobierno de Australia (2015), «*Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China – National Interest Analysis [2015] ATNIA 7 with attachments*». Gabriel FELBERMAYR/Benedikt HEID/Sybille LEHWALD (2013), «*Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Who Benefits from a Free Trade Deal?*», Bertelsmann Stiftung. Jean-Baptiste VELUT «*NAFTA's Developmental Impact on Mexico: Assessment and prospects*», IdeAs 2011. La guía del Banco Mundial «*Analyzing the Distributional Impact of Reforms*» trata 13 ámbitos políticos distintos en sus dos volúmenes, pero no menciona los acuerdos de inversión. Para consultar un ejemplo de evaluaciones *ex post*, véase Congreso de los Estados Unidos, Congressional Budget Office (2003), «*The Effects of NAFTA on U.S.-Mexican Trade and GDP*»; este documento reserva un cuadro a la inversión extranjera y al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero se centra únicamente en el efecto de las disposiciones de liberalización sobre la inversión. Mohammed Aly SERGIE (2014), «*NAFTA's Economic Impact*», Council on Foreign Relations.

están proponiendo o encargando metodologías para incluir evaluaciones de impacto regulatorio en los acuerdos internacionales de inversión.[20]

El presente estudio no se posiciona con respecto a este debate. Más bien aplica el principio general de que las evaluaciones de impacto regulatorio buscan identificar los costos y beneficios potenciales de los AII en general, sin un contexto específico de país ni un texto de tratado específico en mente.[21]

[20] En el documento de la Australian Productivity Commission, «*Trade&Assistance Review 2013-14–Productivity Commission Annual Report Series*», pág. 87, se propone un resumen de las dimensiones de una evaluación del impacto de la regulación para un acuerdo comercial preferencial, así como posibles indicadores de evaluación.

[21] Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria (2012), punto 4.

PROTECCIÓN DEL INVERSOR EN LOS AII

La protección del inversor siempre ha sido la principal función de los acuerdos internacionales de inversión, la más destacada y la más habitual; una función que se expresa de forma explícita en la mayoría de las denominaciones de los tratados. Al abordar los costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión, pues, el componente de protección es el que ha obtenido más presencia, casi exclusiva, tanto en los foros públicos como en los académicos.

Entre los aspectos identificados en el componente de protección del inversor de los AII, se distinguen tres ámbitos principales que entrañan costos y beneficios para la sociedad: A) resultados económicos, B) efectos en la gobernanza nacional e internacional y C) papel de los AII en el logro de los objetivos de política exterior más amplios.

A. Costos y beneficios económicos del componente de protección del inversor de los AII para las sociedades emisoras, las receptoras y terceros países

El principal objetivo explícito de los acuerdos internacionales de inversión es reportar beneficios económicos para la sociedad de los estados signatarios. Los preámbulos de la mayoría de estos acuerdos dejan constancia de ello; veamos un ejemplo:

«SE RECONOCE que la promoción y la protección de las inversiones de los inversores de una de las partes en el territorio de la otra parte conducirá a la estimulación de una actividad económica beneficiosa para ambas partes, al desarrollo de la cooperación económica entre las partes y a la promoción del desarrollo sostenible […]».[22]

Mientras que la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión contienen invariablemente en su preámbulo una cláusula sobre beneficios económicos como esta o similar, no deja de sorprender que existan tan pocas pruebas disponibles sobre su validez. Buena parte de los datos existentes se refieren tan solo a tratados entre una economía avanzada y una economía en vías de desarrollo, a pesar del elevado y creciente número de AII concluidos exclusivamente entre pares de países con economías avanzadas y entre pares de países en vías de desarrollo. Además, tampoco se han consensuado los aspectos que deberían incluirse si se hiciera una evaluación económica completa de los acuerdos internacionales de inversión.[23]

Hasta hace poco, la investigación ha girado básicamente en torno a dos discretos planteamientos: si los flujos de capital hacia los países en vías de desarrollo contribuyen positivamente a la economía de los países de destino, y si la existencia de un acuerdo internacional de inversión tiene una correlación con mayores flujos de capital hacia el país en vías de desarrollo signatario del tratado. Otros aspectos, en cambio, han recibido mucha menos atención, en particular:

- Si los AII tienen una función selectiva y fomentan una «mejor IED» entre las partes del tratado.

---

22 Extraído del preámbulo del Tratado Bilateral de Inversión entre Canadá y Kuwait (2011) [traducción propia].

23 Una publicación muy reciente, BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», constituye una excepción a esta conclusión generalizada.

- Hasta qué punto los AII remedian las distorsiones del mercado o las crean. Se suele considerar que las distorsiones del mercado provocan ineficiencias. Reduzcan o incrementen dichas distorsiones, los AII pueden incurrir en costos o producir beneficios, con independencia de si provocan realmente mayores flujos de capital.
- Qué costos generan los AII. Entre los costos que generan encontramos, por ejemplo, los gastos de negociación y gestión, así como los derivados de litigios y de la infraestructura legal asociada.

Los apartados siguientes presentan los aspectos económicos detectados que podrían generar costos o beneficios para la sociedad y que se asocian con el contenido de protección de los acuerdos internacionales de inversión.

1. ¿Se benefician las sociedades de origen o destino de los flujos de capital internacionales? ¿Influyen los AII en esos flujos?

La hipótesis más habitual para evaluar el efecto económico (beneficioso) de los AII descansa en un doble supuesto: que los flujos de capital extranjero crean beneficios económicos para las sociedades de origen y de destino (punto *a*, a continuación), y que los AII fomentan esos flujos de capital hacia los países de destino (punto *b* siguiente). Para que se materialice ese efecto beneficioso, ambas hipótesis deben producirse al menos de forma acumulativa.[24]

a. Costos y beneficios de los flujos de capital extranjero para las sociedades de origen y de destino

Los efectos económicos de los flujos de capital transfronterizos para países de origen y destino hace décadas que se estudian. Los estudios realizados abarcan diferentes categorías de flujos financieros, y se han analizado los flujos tanto hacia economías avanzadas como hacia países en vías de desarrollo. Este documento no pretende reproducir o analizar la ingente cantidad de publicaciones existente porque el alcance de la influencia real de los acuerdos internacionales de inversión en la asignación de capital sigue siendo incierto (véase, a continuación, el subapartado *b*). Este apartado se limita, pues, a aspectos generales, especialmente a las transacciones de capital que suelen quedar cubiertas por los acuerdos internacionales de inversión.

1) Efectos económicos de las entradas de capital

Los efectos económicos de los flujos de capital en las economías receptoras se han evaluado durante décadas. La investigación sugiere que las entradas de capital pueden tener efectos varios en las sociedades receptoras —tanto pueden mejorar el bienestar como empeorarlo— y los efectos específicos de un flujo de capital concreto dependerán de distintos factores relacionados con la economía de destino, y la naturaleza y el propósito de la transacción.

En lo referente a la inversión extranjera directa, las publicaciones normalmente distinguen entre efectos macro (ingresos por impuestos y divisas, empleo, mayor integración comercial internacional) y

[24] Jason Webb YACKEE (2005), «*Are BITs Such a Bright Idea? Exploring the Ideational Basis of Investment Treaty Enthusiasm*», 12 UC Davis J Intl L Pol, pág. 195 (202). Un hilo más reciente en la literatura —Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», capítulo 5— defiende que estas condiciones acumulativas son *necesarias*, pero *no suficientes* para traducirse en beneficios: las protecciones de los tratados pueden llevar a sobreinvertir o a efectuar inversiones ineficientes, lo que puede no ser beneficioso. Este tema todavía no se ha explorado empíricamente y, por tanto, no se ha reproducido aquí, con la excepción del tema relacionado de las distorsiones de mercado.

efectos indirectos (en particular, externalidades positivas para el conocimiento, la tecnología y los conocimientos tecnicoprácticos).[25] Asimismo, podrían surgir otros beneficios si se avanza en las condiciones medioambientales y sociales del país de destino mediante, por ejemplo, la transferencia de tecnologías «más limpias», la difusión de mejores políticas de responsabilidad social corporativa, los avances en derechos humanos o la vinculación entre los estados.[26] Que esto se materialice dependerá, entre otras condiciones, de si la normativa y las prácticas empresariales del país de origen son más estrictas que las del país de destino.

Por otra parte, lo que preocupa con respecto a la inversión extranjera directa entrante, especialmente en los países menos desarrollados, atañe a sus repercusiones en el emprendimiento nacional, sobre todo en la disponibilidad de trabajadores cualificados y el acceso al crédito;[27] la competencia;[28] el impacto medioambiental, especialmente en las industrias extractivas y pesadas, y las posibles perturbaciones sociales por la rápida comercialización. En las economías avanzadas, en cambio, la inversión extranjera entrante puede generar inquietudes por una posible erosión de la base imponible a raíz de las adquisiciones que llevan a cabo las empresas extranjeras, pues el objeto de adquisición puede tributar y dejar los ingresos en el país de origen del adquiriente.[29]

---

25 Para revisiones recientes de la literatura empírica, véase Laura ALFARO (2016), «*Gains from Foreign Direct Investment: Macro and Micro Approaches*» *World Bank Economic Review* (2016), pág. 1. Laura ALFARO (2014), «*Foreign Direct Investment: Effects, Complementarities, and Promotion*», Documento de trabajo de Harvard Business School 15-006. Roberto ECHANDI/Jana KRAJCOVICOVA/Christine Zhenwei QIANG (2015), «*The impact of investment policy in a changing global economy: a review of the literature*», Documento de trabajo de investigación de políticas del Grupo Banco Mundial WPS 7437. Thomas FAROLE y Deborah WINKLER (eds.) (2014), «*Making Foreign Direct Investment Work for Sub-Saharan Africa, Local Spillovers and Competitiveness in Global Value Chains*», Grupo Banco Mundial. Centrados en los efectos de los países en vías de desarrollo: Lisbeth COLEN/Miet MAERTENS/Johan SWINNEN, «*Foreign Direct investment as an engine for economic growth and human development*», en: *Foreign Direct investment and human development* (2013), pág. 70. Peter NUNNENKAMP (2012), «*Foreign Direct Investment in a Globalized World*», en: Bertelsmann Stiftung (ed.) *Shaping Globalization*, pág. 14 (19). Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda (2011), «*Evaluation of NZTE investment support activities*», agosto de 2011. Theodore MORAN/Edward GRAHAM/Magnus BLOMSTRÖM (ed.), «*Does Foreign Direct Investment Promote Development?*» Robert E. LIPSEY (2002), «*Home and Host Country Effects of FDI*», Documento de trabajo NBER, n.º 9293. Para bibliografía más especializada, véase *Foreign Direct Investment for Development – maximising benefits, minimising costs*», págs. 5-6. Prakash LOUNGANI/Assaf RAZIN (2001), «*How Beneficial Is Foreign Direct Investment for Developing Countries?*», FMI Finanzas y Desarrollo, junio de 2001. Sobre temas específicos, véase, por ejemplo, Carol NEWMAN/John RAND/Theodore TALBOT/Finn TARP (2015), «*Technology transfers, foreign investment and productivity spillovers*», European Economic Review, 76, págs. 168-187.

26 Como referencia bibliográfica que evalúa estos temas, véase Andrew KERNER (2014), «*What We Talk About When We Talk About Foreign Direct Investment*», International Studies Quarterly, 58, pág. 804.

27 En este aspecto específico, véase, para Costa de Marfil, Ann E. HARRISON/Margaret S. MCMILLAN (2003), «*Does Foreign Direct Investment Affect Domestic Firm Credit Constraints?», Journal of International Economics, 61, 1 (2003), pág. 73 (documento de trabajo disponible como* NBER Working Paper No. 8438).

28 OCDE (2002) «*Foreign Direct Investment for Development – maximising benefits, minimising costs*», págs. 5-6. Para centrarse de forma específica en las industrias extractivas, véase OCDE(2002), «*Foreign Direct Investment and the Environment – Lessons from the Mining Sector*».

29 La posible erosión de la base imponible a raíz de las adquisiciones extranjeras o del efecto de las fusiones internacionales que tienen por objeto la inversión fiscal se ha tratado en Australia y los Estados Unidos. En febrero de 2014, el entonces Ministro de Finanzas australiano (*Australian Treasurer*) afirmaba lo siguiente: «*Si te dicen que una empresa australiana es un contribuyente importante y si compran esa empresa desde el extranjero —por lo que dejaría de pagar impuestos en tu país—, eso influye a la hora de decidir lo que es*

Aunque muchos de los frentes en este sentido siguen abiertos, el cuórum es mayor en cuanto a que los efectos de la inversión extranjera directa dependen de varios parámetros del país de destino: entre otros, nivel heterogéneo de cualificación, sofisticación del sector privado, competencia y políticas del país de destino,[30] incluidas las políticas comerciales y de inversión.

Las protecciones descritas en los tratados suelen contemplar numerosos flujos de capital distintos de la IED. Las publicaciones sobre los efectos de los flujos de capital distintos de la IED se han centrado en varios temas, en particular, el efecto en temas relativos a la balanza de pagos, la inflación, la estabilidad financiera y el precio de los activos. Aunque suelen quedar cubiertos por la protección de los AII, los flujos de capital distintos de la IED han recibido una atención mínima en el contexto de la protección del inversor.

2) Costos y beneficios económicos de la salida de capital para las sociedades de origen

Los beneficios o perjuicios económicos de los flujos de salida de capital para las sociedades de origen también se han tratado ampliamente en la literatura. Se ha dicho que la inversión de salida beneficia sobre todo a las empresas que invierten, pues se ha comprobado que mejoran su desempeño en cuanto a productividad, tecnología, rentabilidad, salarios, competencias y crecimiento en relación con las empresas que operan solo en el mercado nacional.[31] No se ha valorado directamente cuáles de esos efectos benefician a sus sociedades de origen, pero entre esos beneficios indirectos se encontrarían los ingresos fiscales y las oportunidades laborales, entre otros.[32] En cuanto a los efectos directos estudiados de la salida de la IED de los estados de origen, destaca la repercusión en el volumen de capital nacional.[33]

---

contrario al interés nacional: puedes perder un buen paquete de ingresos, y eso claramente tiene repercusión en el interés nacional», en: «New tax test on foreign takeovers» por David Crowe y David Uren, *The Australian*, 25 de febrero de 2014 [traducción propia]. El 3 de mayo de 2016, el órgano australiano que supervisa las inversiones extranjeras, el Australian Foreign Investment Review Board (FIRB), publicaba unas aclaraciones sobre las condiciones aplicables del FIRB («*Taxation conditions – clarifying requirements for foreign investment*», sin fechar), tras un anuncio del Ministro de Finanzas con fecha 22 de febrero de 2016 sobre el tema. En 2014, Estados Unidos respondió a una serie de intentos de utilizar las fusiones internacionales para inversiones corporativas mediante cambios en la normativa fiscal, «*Fact Sheet: Treasury Actions to Rein in Corporate Tax Inversions*», nota de prensa del Tesoro de Estados Unidos, con fecha 22 de septiembre de 2014.

30 Véase THEODORE H. MORAN (1999), «*Foreign Direct Investment and development: A reassessment of the evidence and policy implication*».

31 Peter NUNNENKAMP (2012), «*Foreign Direct Investment in a Globalized World», en: Bertelsmann Stiftung (ed.) Shaping Globalization*, pág. 14 (28) y, mucho antes, Peter J. BUCKLEY/M. CASSON (1976) «*The future of the multinational enterprise*».

32 Theodore MORAN (2011) —«*Globalization of Industry via FDI: Consequences for Developed-Country Home Economies*», en: «*Foreign Direct Investment and Development: Launching a Second Generation of Policy Research: Avoiding the Mistakes of the First, Reevaluating Policies for Developed and Developing Countries*», Peterson Institute for International Economics— concluyó que, entre 1984 y 2004, las multinacionales de los Estados Unidos aumentaron el empleo y la producción en la economía de origen. Por su parte, el trabajo de Stefano FEDERICO/Gaetano Alfredo MINERVA (2008), «*Outward FDI and Local Employment Growth in Italy*», *Review of World Economics*, vol. 144, págs. 295-324, en un estudio sobre la IED de salida italiana entre 1996 y 2001 para 12 industrias manufactureras, observaba que esta IED de salida se asociaba a un crecimiento del empleo local más rápido con respecto al promedio nacional del sector. Asimismo, en Eunsuk HONG/In Hyeock LEE/Shige MAKINO, «*Does Outbound FDI Affect Domestic Employment? – The Role of Investment Motivations*» se concluía que la reducción o el crecimiento del empleo nacional de las multinacionales japonesas dependía de la motivación de la inversión extranjera.

33 Martin FELDSTEIN (1994) «*The Effects of Outbound Foreign Direct Investment on the Domestic Capital Stock*», Documento de trabajo NBER 4668, marzo de 1994, para los Estados Unidos; con hallazgos opuestos

b. ¿Influyen los acuerdos internacionales de inversión en el volumen o la asignación de los flujos de capital internacional?

Son muchos los estudios que se han propuesto encontrar una posible correlación entre la presencia de un acuerdo internacional de inversión y mayores flujos o volúmenes de capital, en particular, para los flujos y los volúmenes de IED agregados. Estos estudios, elaborados a principios de los años setenta,[34] suelen partir de dos hipótesis: por un lado, que los criterios de protección sustantiva de los tratados (y el mecanismo de ejecución asociado) brindan una protección creíble y aplicable para superar los problemas de «cautividad» o de «obsolescencia de la negociación» y para reducir los riesgos de los inversores extranjeros;[35] y, por otro lado, que la participación en acuerdos internacionales de inversión «es una señal de cooperación».[36]A su vez, se considera que esto permite, fomenta o atrae una inversión extranjera que no se llevaría a cabo en el país de destino sin un acuerdo internacional de inversión. Parece que últimamente interesa también el aspecto relacionado de si los AII desempeñan un papel en la «retención» de la inversión, es decir, si estos acuerdos inciden al posponer o evitar decisiones de desinversión (sobre esto, véase un apartado específico más adelante).

Las hipótesis de «cautividad» y de «obsolescencia de la negociación» afirman que un inversor deja de tener fuerza para hacer que un gobierno cumpla las afirmaciones y las promesas hechas para atraer inversión una vez esa inversión es irrecuperable. La plausibilidad de esta hipótesis —al menos en las condiciones actuales— cada vez es más controvertida por distintas razones: el hecho de que se centre en una inversión concreta para explicar el comportamiento de los gobiernos y los mecanismos de funcionamiento de los tratados ignora que, en realidad, a los gobiernos les preocupa el riesgo reputacional que puede afectar a las inversiones futuras, y no se plantean tanto las inversiones (realizadas) de forma aislada.[37] Además, el grado en que las inversiones son «irrecuperables» o ilíquidas depende del sector, no todas las inversiones consisten en activos tan fijos como los de las industrias extractivas (que fueron las que vieron nacer esta hipótesis) o algunos proyectos de infraestructuras.[38] Asimismo, se considera que los inversores pueden negociar ciertas condiciones para atenuar el alcance de una posible cautividad.[39] Por

---

para la India, Sourafel GIRMA/Ila PATNAIK/Ajay SHAH (2010) «*The impact of outbound FDI on domestic investment*».

34 Raymond VERNON (1971), «*Sovereignty at bay: The multinational spread of U.S. enterprises*».

35 La hipótesis del «compromiso creíble», fundamental para este argumento, la introdujo Andrew T. GUZMAN en: «*Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*», Virginia Journal of International Law, 38 (1998), pág. 639.

36 NEUMAYER, Eric/SPESS, Laura, «*Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment To Developing Countries?*», en Karl SAUVANT/Lisa SACHS (Eds., 2009), «*The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*», pág. 248.

37 BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 133.

38 Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107. Jason Webb YACKEE (2016), «*Do BITs 'Work'? Empirical Evidence from France*», Journal of International Dispute Settlement, 2016, pág. 55. Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 132. En el trabajo de Rachel L. WELLHAUSEN (2016), «*Recent Trends in Investor–State Dispute Settlement*», Journal of International Dispute Settlement, 2016, pág. 1, se apunta que los servicios —a menudo más móviles que las industrias extractivas y las infraestructuras— ahora tienen relación con una parte significativa de la reclamaciones derivadas de tratados.

39 Leslie JOHNS/Rachel WELLHAUSEN (2016), «*Under One Roof: Supply Chains and the Protection of Foreign Investment*», American Political Science Review, vol. 110, n.º 1, pág. 31. Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime* », pág. 132.

último, se argumenta que el modelo contrario, la «obsolescencia de la negociación» de las relaciones entre estados receptores en vías de desarrollo e inversores extranjeros no se corresponde (al menos ya no) con la realidad.[40]

En defensa de esta hipótesis, se sigue sugiriendo que los inversores actuales aún tienen presente la experiencia histórica de la descolonización, hace medio siglo, cuando estados recién independizados nacionalizaban empresas extranjeras.[41]

La hipótesis de que los tratados son una «señal de cooperación» sugiere que los efectos de los tratados se derivan del compromiso público, formal y exigible de los estados para someterse a la normativa internacional, lo que lleva a los inversores a deducir que su inversión quedará protegida.[42] La hipótesis de la «señal de cooperación» sugiere que viene a cubrir un vacío de información; si un posible inversor tiene suficiente información sobre el trato que puede esperar de un país, el acuerdo internacional de inversión *como señal de cooperación* no le aportará información adicional.[43] Dado que cada vez existe información más detallada disponible sobre más países receptores, esta teoría de la «señal de cooperación» posiblemente pierde fuelle.

Ambas hipótesis —que los tratados resuelvan problemas de cautividad o que actúen como señal de cooperación— no deberían sacarse del contexto de los estudios econométricos en que se idearon o utilizaron, y que se basan en datos de IED monádicos y diádicos, respectivamente.

En ambos casos se han hecho pruebas con inversiones que se originan en economías avanzadas y se destinan a economías en vías de desarrollo o emergentes. El argumento de que los tratados resuelven los problemas de cautividad o que son una señal de cooperación resulta menos convincente cuando estos acuerdos se firman entre economías avanzadas. Aunque el riesgo de cautividad o el riesgo político también pueden existir (y materializarse) en las economías avanzadas, las publicaciones y las partes interesadas no sugieren que ese riesgo frene la inversión extranjera en las economías avanzadas que participan en acuerdos internacionales de inversión. La falta de estudios sobre el efecto de los AII entre economías avanzadas crea un vacío importante, pues un creciente número de estos acuerdos se concluye en ese escenario,[44] y cada vez es más habitual que, en caso de demanda, las partes sean solo economías

---

40 Ravi RAMAMURTI (2001), «*The obsolescing "bargaining model"? MNC-host developing country relations revisited*», *Journal of International Business Studies*, 32(1), pág. 23. Lorraine EDEN/Stefanie LENWAY/Douglas Schuler (2004), «*From the obsolescing bargain to the political bargaining model*», Documento de trabajo de Bush School n.º 403. Simon LESTER (2015), «*Rethinking the International Investment Law System*», Journal of World Trade 49, n.º 2, pág. 214.

41 Sarah DANZMAN (2016), «*Contracting with whom? The differential effects of investment treaties on FDI*», International Interactions, 42, pág. 452 (455), con citas de publicaciones de los años setenta y ochenta.

42 NEUMAYER, Eric/SPESS, Laura, «*Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment To Developing Countries?*», en: Karl SAUVANT/Lisa SACHS (Eds., 2009), «*The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*», pág. 248. Chia-yi LEE/Noel P. JOHNSTON (2016), «*Improving Reputation BIT by BIT: Bilateral Investment Treaties and Foreign Accountability*», International Interactions 42, pág. 429, presenta una variación reciente de esto, con la hipótesis de que la fuerza de la señal de cooperación depende de lo «poderoso» que sea el firmante del tratado.

43 Véase Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 158.

44 Mientras que solo un 4% de las 50 relaciones cubiertas por los primeros AII se firmaron entre países de altos ingresos, el 50% de las 50 relaciones analizadas más recientemente mediante AII bilaterales fueron entre dos

avanzadas.[45] La repercusión de los acuerdos internacionales de inversión entre dos economías en vías de desarrollo parece que tampoco ha recibido mucha atención, aunque cada vez son más, con lo que también se evidencia un filón importante para la investigación.

Con respecto a los acuerdos internacionales de inversión entre un país avanzado y un país en vías de desarrollo, se han generado datos empíricos según los cinco enfoques siguientes:

- El análisis econométrico intenta determinar si la presencia de un acuerdo internacional de inversión está correlacionada con los flujos de capital internacional agregados entre jurisdicciones que han firmado un AII o que tienen un AII en vigor; este es, con diferencia, el tipo de estudio más frecuente.
- Otros tipos de enfoques cuantitativos se proponen determinar si la presencia de AII tiene un impacto en las decisiones de inversión.
- Los estudios cualitativos que implican investigación sobre actitudes de las empresas con respecto al papel de los AII se proponen determinar hasta qué punto se conoce y se aprecia la presencia de AII para la toma de decisiones de inversión, con vistas a valorar el papel de los tratados en la reducción de los obstáculos a la inversión en el extranjero.
- Los estudios cualitativos se plantean asimismo determinar la actitud de los gobiernos de destino y de sus organismos de promoción de la inversión sobre los acuerdos internacionales de inversión. Este enfoque, que en cierto modo sigue una línea de investigación conductual de las empresas, implica una observación indirecta de estas actitudes.
- Por último, el análisis de las políticas de suscripción de pólizas y fijación de precios de los seguros contra el riesgo político pretende estudiar cómo valoran las aseguradoras el papel de los tratados para disminuir el riesgo. Estos estudios siguen un razonamiento similar al análisis del comportamiento de las empresas, pero se basan en datos de fijación de precios, más que en términos de percepción.

Los apartados siguientes describen las iniciativas, los hallazgos y los obstáculos de los estudios publicados para evaluar si los acuerdos internacionales de inversión influyen en la asignación de capital.

1) Propuestas econométricas para determinar la correlación de los AII con la asignación de capital

En los últimos 20 años se han publicado más de 30 estudios que analizan si la presencia de AII guarda una correlación con mayores flujos o volúmenes de IED en un país que ha firmado un AII, o si dichos flujos han aumentado a raíz de la firma o la entrada en vigor del nuevo AII.[46] La mayoría de estos estudios

---

países de altos ingresos (cálculo basado en la base de datos de AII de la OCDE, que cubre cerca de 2.500 AII con al menos una de las 59 economías presentes en la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión).

45 Thomas SCHULTZ/Cédric DUPONT (2014). «*Investment Arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A Quantitative Empirical Study*», European Journal of International Law, 25(4): 1147-1168. Krzysztof PELC (2016), «*Does the international investment regime induce frivolous litigation?*»

46 Véase el análisis de publicaciones elaborado por Karl P. SAUVANT/Lisa E. SACHS (eds). «*The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*», 2009; y Liesbeth COLEN/Miet MARTENS/Johan SWINNEN, «*Determinants of foreign direct investment flows to developing countries – the role of international investment agreements*», en: De SCHUTTER/SWINNEN/WOUTERS, «*Foreign Direct Investment and Human Development*» (2013), pág. 116. UNCTAD (2014), «*The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*», IIA Issues Note, septiembre de 2014. Martin H. THELLE/Eva R.

funcionan con datos con un nivel de agregación muy elevado, por lo que lo máximo que se deduce es si los AII tienen alguna repercusión, pero revelan poco sobre las condiciones en que se produce esa repercusión. Más recientemente, el análisis econométrico ha explorado cuestiones relacionadas o más concretas, sobre todo si los flujos o volúmenes de IED están correlacionados con determinadas características de los tratados y con la presencia de disposiciones de comercio o acceso a los mercados, y unos pocos estudios recientes han valorado la repercusión de los litigios sobre flujos o volúmenes de IED al amparo de tratados.

Por muy interesantes que parezcan estos análisis econométricos que usan AII y bases de datos de IED —especialmente porque los datos utilizados son de libre acceso—, en su inmensa mayoría no aportan una respuesta satisfactoria a la pregunta de si los acuerdos internacionales de inversión influyen en la asignación de capital de las partes del tratado. Esto se debe a problemas conceptuales con respecto a la noción de inversión extranjera directa, por un lado, y a la protección de la inversión en el marco de AII, por el otro lado, algo que se repite en todos los estudios analizados.[47] Muchos de estos problemas es probable que se asocien de manera no aleatoria con variables de interés, por lo que pueden redundar en sesgos importantes y resultados no válidos para la cuestión que nos ocupa.

A pesar de ello, estos estudios econométricos han marcado la percepción de los que diseñan las políticas sobre el efecto de los AII y, dada su persistente popularidad a pesar de las críticas,[48] estos estudios (y en particular los problemas asociados a su propuesta) justifican un debate con cierto detenimiento, a pesar, en definitiva, de su limitado valor para la cuestión que intentan responder. Recientemente, ciertos trabajos han aplicado un enfoque más prometedor y alternativo: su contenido y sus hallazgos se comentan en un apartado diferenciado que encontrarán más adelante.

SUNESEN/Joseph FRANCOIS (Copenhagen Economics) (2012), «*EU-China Investment Study – Final Report*», pág. 45. Roberto ECHANDI/Jana KRAJCOVICOVA/Christine Zhenwei QIANG (2015), «*The Impact of Investment Policy in a Changing Global Economy: A Review of the Literature*», Documento de trabajo de investigación de políticas del Grupo Banco Mundial 7437, pág. 21. Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 179.

47 El trabajo de Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 158, apunta que la calidad de los diseños de los estudios difiere por distintas razones. Estos aspectos no se van a tratar en estas páginas, pero sería deseable sumarlo a las carencias comunes de que adolece este documento.

48 Se han hecho intentos importantes de identificar algunos de los problemas del uso de estadísticas de IED para este ejercicio en: Robert E. LIPSEY (2007), «*Defining and measuring the location of FDI output*», NBER Working Paper Series, Working Paper 12996, pág. 5. Sjoerd BEUGELSDIJK/Jean-François HENNART/Arjen SLANGEN/Roger SMEETS (2010), «*Why and how FDI stocks are a biased measure of MNE affiliate activity*», Journal of International Business Studies (2010) 41, 1444–1459. Andrew KERNER (2014), «*What We Talk About When We Talk About Foreign Direct Investment*», International Studies Quarterly 58, pág. 804. Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107. Jason Webb YACKEE (2016), «*Do BITs 'Work'? Empirical Evidence from France*», Journal of International Dispute Settlement, 7, pág. 62. Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 158. Para conocer ejemplos anteriores en cierto modo sensibilizados con estos problemas, véase Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*», en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 190 y J Anthony VANDUZER/Penelope SIMONS/Graham MAYEDA (2012), «*Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*», pág. 513.

a) Conceptualización de la noción de inversión extranjera

La noción de inversión extranjera —en el contexto de los estudios econométricos tratados aquí, inversión extranjera directa— es un concepto ambivalente.[49] Por un lado, la IED como fenómeno *comercial* describe la creación o adquisición de capacidad productiva de una empresa en un país de destino extranjero. Ciertos estudios que identifican los beneficios potenciales de la IED (indicados en la sección anterior) se refieren a la IED en este sentido y estudian o describen su efecto en el empleo, la producción, la transferencia de tecnología, entre otros, de la sociedad del país de destino. Por otro lado, casi todos los estudios econométricos que se proponen dilucidar si existe una correlación entre los acuerdos internacionales de inversión y la IED se refieren a la IED como fenómeno *financiero*: dato sobre el valor de un flujo o volumen financiero o transfronterizo, lo que se entiende por un uso de datos de volumen o flujos de IED.

Estos conceptos de IED, el comercial y el financiero, no son intercambiables y, por una serie de razones que se explican más adelante, los flujos o volúmenes de IED en un sentido financiero no son una medida válida, ni siquiera un *proxy*, para las operaciones comerciales de las empresas que se supone que crean los efectos en los países de origen y destino descritos en el apartado anterior. Por otro lado, la confusión entre los dos conceptos de IED rompe con eficacia el vínculo entre las dos hipótesis mencionadas anteriormente —sobre el efecto de los flujos de capital internacional, por un lado, y de los acuerdos internacionales de inversión sobre la asignación de capital, por el otro—, que necesitan ser válidas (ambas) como condición para afirmar que los tratados de inversión repercuten en la economía de las sociedades implicadas.

Los datos de IED se recopilan de acuerdo con criterios que responden a objetivos pensados en el contexto de la balanza de pagos y la contabilidad. Por ello, estos datos sobre IED:

- no son indicativos del compromiso o la exposición de una empresa en el país receptor;
- no ponen la etiqueta de «extranjero» según la nacionalidad del inversor, y
- no asocian el origen y el destino de una inversión al país «emisor» y «receptor» de la inversión.

Estos tres aspectos se han tratado en las publicaciones durante muchos años y se resumen de nuevo en el documento que nos ocupa.

Los datos de IED no son indicativos del compromiso o la exposición de una empresa en otro país

La mayoría de los países recopilan e informan de los datos de IED según la normativa internacional, concretamente según la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, desarrollada por la OCDE.[50] Esta norma describe qué flujos financieros entre dos países deben incluirse en las estadísticas. La norma cualifica una inversión transfronteriza como inversión *directa* si el inversor posee al menos un 10% del poder de voto de una empresa. Este umbral no está relacionado en modo alguno con la liquidez de la

---

[49] Andrew KERNER (2014), «*What We Talk About When We Talk About Foreign Direct Investment*», International Studies Quarterly, 58, pág. 804. Sjoerd BEUGELSDIJK/Jean-François HENNART/Arjen SLANGEN/Roger SMEETS (2010), «*Why and how FDI stocks are a biased measure of MNE affiliate activity*», Journal of International Business Studies (2010), 41, 1444–1459. Robert E. LIPSEY (2007), «*Defining and measuring the location of FDI output*», NBER Working Paper Series, Documento de trabajo 12996, pág. 5.

[50] La IED se define como un tipo de inversión transfronteriza realizada por una entidad residente en una economía al objeto de establecer un interés de largo plazo en una empresa que reside en una economía diferente de la del inversor directo. Así, se considera que existe inversión directa cuando el inversor directo es propietario (directa o indirectamente) de al menos el 10% de la empresa de inversión directa. Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, cuarta edición, párrafos 29 y 31.

inversión, un criterio que a menudo se utiliza al considerar los datos de IED en el contexto de los acuerdos internacionales de inversión, ni con su exposición a un comportamiento adverso de los estados.[51] Se ha demostrado que una parte importante de lo que se considera IED tiene, de hecho, una elevada liquidez.[52]

La Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, a su vez, excluye las inversiones que no llegan al umbral del 10%. Sin embargo, los flujos de cartera son una fuente importante de capital extranjero en las economías de destino. Esta inversión de cartera también suele estar cubierta por la definición de inversión de los acuerdos internacionales de inversión y, por ende, cuenta con la respectiva protección. Las inversiones de cartera también han tenido un papel importante en las controversias surgidas en temas de inversión.[53]

El hecho de que los estudios econométricos se centren en datos de IED se puede entender como un uso implícito de un *proxy*. Sin embargo, la validez de esta variable *proxy* es muy incierta. Sin haber profundizado en países concretos, parece que la validez de la IED como *proxy* para los flujos de capital en general es variable: en los países de destino con una mayor presencia de empresas más pequeñas, y donde el capital extranjero está concentrado o se limita a sectores asociados con posiciones dominantes, la IED puede ser un *proxy* relativamente válido para la entrada de capital extranjero en general; sin embargo, en los países de destino con mercados de capital maduros y más profundos, empresas más grandes y sectores industriales donde es más habitual tener participaciones minoritarias, es probable que los flujos de entrada que no son IED constituyan una parte importante de las entradas de capital en general. La ratio entre activos líquidos e ilíquidos también dependerá del sector, lo que de nuevo dependerá de las características del país.[54]

Asimismo, las normas de compilación de estadísticas sobre IED implican que ciertas transacciones —como la repatriación de ingresos y los préstamos intragrupo que la filial concede a su empresa matriz— aumentan o disminuyen el volumen de IED contabilizado, a veces convirtiendo el valor de la IED en negativo para inversiones concretas o incluso para datos agregados por país.[55] Muchas de esas

---

51 Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107 (108).

52 En Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107 (109), se informa de que, según datos del Bureau of Economic Analysis (BEA), en promedio solo un 24% de los activos totales de las filiales extranjeras de las empresas multinacionales estadounidenses estaba invertido en inmovilizado material, mientras que un 43% eran activos corrientes y, en consecuencia, liquidez.

53 *Ping An Life Insurance Company of China, Ltd.* y *Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd.*, por ejemplo, presentaron una demanda contra Bélgica por una medida relacionada con *Fortis*, donde el inversor tenía una participación del 4,81% (laudo del caso CIADI n.º ARB/12/29, párr. 57). Para más información sobre demandas de accionistas en el marco de AII, en líneas generales, véase David GAUKRODGER (2014), «*Tratados de inversión y reclamaciones interpuestas por accionistas: análisis sobre la práctica de los tratados*» y David GAUKRODGER (2014), «*Tratados de inversión y demandas interpuestas por accionistas por perjuicios indirectos: lecciones de los sistemas de derecho mercantil avanzados*».

54 Para consultar datos sobre esta proporción en multinacionales de los Estados Unidos, véase Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107 (115).

55 Una matriz de datos de volumen de IED bilateral basada en datos de la OCDE y el FMI entre 2010 y 2014, con 248 economías, arroja resultados negativos para el 4% de estas relaciones con datos disponibles; es probable que una cuota significativa de inversiones se registre como volumen negativo. No existen datos desagregados disponibles sobre el nivel de inversión que permitan obtener una estimación de cómo se registran las inversiones concretas en las estadísticas de IED.

transacciones podrían no ser pertinentes para la inversión en el país de destino o para el propio país de destino, ya que no afectan a las operaciones reales de la empresa.[56] Esto plantea un problema concreto para el análisis basado en datos más inestables de flujos de IED. Estos desajustes del valor declarado de IED hacen que las estadísticas de IED sean un indicador impropio del compromiso de una empresa: aunque una empresa contribuya al volumen de IED en *negativo* en el país de destino, puede seguir generando empleo, transferencia de conocimientos tecnicoprácticos y otros efectos indirectos, por ejemplo.

La inversión no se considera extranjera según su nacionalidad

Otra característica de los datos de IED es que se consideran «extranjeros» si conllevan un flujo de capital transfronterizo; poco importa la propiedad efectiva del capital en cuestión. Incluso el capital que sale del país receptor puede ser registrado como «extranjero» si transita a través de una o más jurisdicciones. Esta práctica se conoce como «inversión de ida y vuelta»[57] y no tiene nada de trivial: en ciertas jurisdicciones, la inversión nacional «de ida y vuelta» es la que tiene más peso entre las fuentes de inversión «extranjera».[58]

En cambio, si un extranjero recurre al mercado financiero local, del propio país receptor de la inversión, para invertir en una empresa local, no quedará registrado ningún flujo de IED y la inversión quedará protegida por el acuerdo internacional de inversión de rigor. De nuevo, la cuota de endeudamiento local de las empresas extranjeras para financiar sus inversiones — y, por tanto, la desconexión entre los datos de IED y los activos controlados por extranjeros— tampoco tiene nada de trivial. Por ejemplo, entre 1983 y 2001, el balance de las filiales extranjeras con propiedad mayoritaria estadounidense en 53 países era cuatro veces más que su componente transfronterizo de IED, pero el nivel al que recurrían a los mercados de capitales locales para financiar la inversión variaba según si los ingresos estaban denominados en moneda local o en divisas —lo que depende sobre todo del objetivo de la inversión en el extranjero—, el desarrollo de mercados financieros locales y otros factores.[59]

---

56 En Andrew KERNER (2014), «*What We Talk About When We Talk About Foreign Direct Investment*», International Studies Quarterly, 58, pág. 804, se proporcionan una serie de ejemplos ilustrativos sobre la desconexión entre los datos de la IED y la actividad económica de las multinacionales.

57 Gus VAN HARTEN (2010), «*Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*», Trade, Law and Development, pág. 19 (29). La capacidad de protección de los AII depende de las definiciones del inversor cubierto en cada tratado. En la mayoría de los casos, un inversor quedará cubierto si constituye su empresa en uno de los territorios parte del tratado, con independencia de la nacionalidad del propietario efectivo de la empresa en cuestión. Dado que en muchas jurisdicciones es sencillo constituir una empresa, incluso los propietarios efectivos de países receptores pueden beneficiarse de la protección de un tratado si invierten a través de una entidad registrada en la otra parte del tratado. Los laudos arbitrales sobre protección en casos de «inversión de ida y vuelta» son irregulares; en el caso *TSA Spectrum de Argentina SA vs. Argentina*, el tribunal negó la protección bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y los Países Bajos, véase TSA Spectrum de Argentina S.A. vs. Argentine Republic, laudo, 19 de diciembre de 2008, caso CIADI n.º ARB/05/5, párr. 39; el tribunal de *The Rompetrol Group N.V. vs. Romania*, Decision on Respondents Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 de abril de 2008, caso CIADI n.º ARB/06/3 dictaminó que sí era procedente la protección del tratado; En ambos casos, un nacional del país de destino había constituido al derechohabiente en los Países Bajos, donde no tenía ningún empleado.

58 Las estadísticas de IED recientes en el marco de la cuarta edición de la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa ponen de manifiesto que, en los países que publican esas estadísticas, los inversores nacionales están entre las 10 principales fuentes de IED del propio país; véase OCDE , «*FDI statistics by the ultimate investing country*», marzo de 2015, pág. 5.

59 Alexander LEHMANN/Selin SAYEK/Hyoung Goo KANG (2004), «*Multinational Affiliates and Local Financial Markets*», Documento de trabajo del FMI 04/107.

Dado que una de las supuestas ventajas asociadas a la inversión extranjera son los efectos indirectos relacionados con la transferencia de tecnología y conocimientos tecnicoprácticos entre economías —especialmente si el país receptor carece de esas competencias—, la atribución de la etiqueta de «extranjero» tiene su importancia, igual que el hecho de que los datos de IED y la exposición de los extranjeros no estén armonizados.

Los datos de IED no asocian el origen y el destino de una inversión al país emisor y receptor

Los datos de IED utilizados para los estudios econométricos existentes, en el mejor de los casos, se han recabado según la norma reflejada en la tercera edición de la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa,[60] en uso hasta hace muy poco.[61] Los datos de IED recopilados según esta norma registran los flujos entre países signatarios de los acuerdos, más que entre el país inversor final (PIF) —residencia del propietario efectivo (*país inversor o de origen*)— y el país de destino final (DF) de la inversión (*país receptor o de destino*). Las inversiones que se canalizan a través de otras jurisdicciones con motivos comerciales, fiscales o con motivos regulatorios se registran, pues, como transacciones diferenciadas en cada paso desde el país de origen hasta el país de destino.[62] A su vez, el flujo entre el país inversor y el país receptor no queda registrado como tal.

La estructuración de inversiones a través de países de tránsito se ha convertido en un fenómeno significativo. Las entidades con fines específicos —que pueden emplearse para canalizar las inversiones a través de una tercera jurisdicción— representan más del 90% de la IED que llega a Luxemburgo y en torno al 80% de la IED dirigida a los Países Bajos, por ejemplo.[63] En términos de volumen absoluto, el volumen de salida de la IED de los Países Bajos, por ejemplo, es prácticamente el mismo volumen que la IED de salida de los Estados Unidos, y cuatro veces la de Alemania. La IED de salida de Luxemburgo duplica la de Alemania, y ocupa el tercer lugar en el volumen mundial por país. Mientras que las entidades con fines específicos normalmente pueden recurrir[64] y de hecho recurren a acuerdos internacionales de inversión para presentar demandas,[65] el país residente de esa entidad con fines específicos no experimenta los costos

---

60 Algunos países, especialmente los que tienen una capacidad institucional débil, pueden no estar en posición de informar sobre la norma de la tercera edición de la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa ni aplicarla. Las economías avanzadas y algunas economías de transición recientemente han empezado a recopilar datos de IED según la cuarta edición de la Definición Marco, que fija recomendaciones para estadísticas de IED complementarias. Sin embargo, no todos los países aplican estas normas todavía, y muy pocos países en vías de desarrollo (o ninguno), aunque son el objetivo de los estudios econométricos.

61 Si bien la nueva norma, la cuarta versión de la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, se completó en 2008, la mayoría de los países que siguen esta recomendación solo empezaron a presentar informes según la nueva norma en 2014.

62 Para más detalles, véase «*Implementing the latest international standards for compiling foreign direct investment statistics – FDI statistics by the ultimate investing country*», OCDE (2015).

63 OCDE (2015), «*FDI in figures – April 2015*», pág. 5, y OCDE (2015), «*How multinational enterprises channel investments through multiple countries*», pág. 3.

64 Algunos tratados pueden no ofrecer esta posibilidad, pues exigen un vínculo económico sustancial con el estado de origen o aplican criterios adicionales más allá de la constitución formal, véanse ejemplos de esto en Christoph SCHREUER (2009), «*Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests*», ICSID Review, 24 (2), pág. 521.

65 Para los Países Bajos, véase Roos VAN OS/Roeline KNOTTNERUS (2011), «*Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies*», SOMO, pág. 29, según lo cual, en junio de 2011, se habían presentado 41 demandas con base en acuerdos internacionales de inversión holandeses; en 29 de estos casos, la parte que ejercía el control final no era holandesa, y 25 de los demandantes no tenían empleados en los Países Bajos.

ni los beneficios asociados a la IED en los países «emisores» o «receptores», pero tiene otros costos y beneficios, según se plantea más adelante.[66]

El Recuadro 1 siguiente muestra cuatro escenarios esquemáticos del volumen o flujo de IED entre dos o más países y la presencia de acuerdos internacionales de inversión.

Recuadro 1: **Datos de IED y AII: carencias de los estudios econométricos basados en datos de IED compilados según la tercera edición de la Definición Marco**

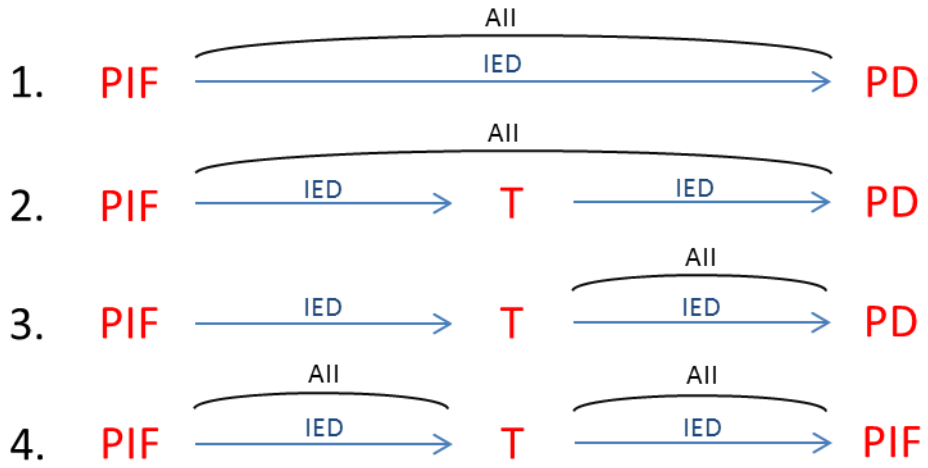
El esquema que encontramos a continuación representa cuatro escenarios del flujo o volumen de IED entre dos o más países, y las distintas posibilidades de acuerdos internacionales de inversión entre uno o más países.

En el escenario 1, la inversión extranjera directa se hace entre el país inversor final (PIF) y el país de destino (PD). Se registrará como flujo o volumen de IED entre el país inversor final y el país de destino, y la relación quedará cubierta por un acuerdo internacional de inversión. Según lo que se deriva de las descripciones metodológicas, este es el (único) escenario que los estudios econométricos tienen en cuenta al evaluar la correlación entre la presencia de un AII y el flujo/volumen de IED. Estos estudios siguen obviando que el capital protegido por un tratado puede proceder del mismo estado de destino, sin atravesar frontera alguna, por lo que no queda registrado en el volumen de IED.

En el escenario 2, la inversión se estructura mediante una filial, una entidad con fines específicos o una estructura similar en el país de tránsito T. En este caso, las estadísticas tradicionales de IED registrarán dos flujos o volúmenes de IED: país inversor final – país de tránsito y país de tránsito – país de destino. Existe un acuerdo internacional de inversión entre el país inversor final y el país de destino, pero no entre el país de tránsito y el país de destino. El flujo de IED, registrado dos veces en los datos, *no* estará asociado a un AII.

En el escenario 3, la inversión se vuelve a estructurar mediante un país de tránsito; en este caso, el flujo se contabiliza dos veces, y el flujo país de tránsito – país de destino se asocia a un AII, aunque no exista relación económica con el país de tránsito.

En el escenario 4, se muestra la situación en que el país de origen y el destino de la inversión son el mismo (inversión de ida y vuelta), pero la inversión se estructura mediante una jurisdicción de tránsito, con la que existe un AII. En este caso, el flujo se contabiliza dos veces como inversión extranjera, aunque no existe en realidad un flujo de capital extranjero, y tanto el movimiento de capital de entrada como de salida se asocia a un AII.



66 Karl SAUVANT (2016), «*The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward*», E15 Task Force on Investment Policy, Policy Options Paper, pág. 20.

En la medida en que las descripciones metodológicas de los análisis econométricos revelan su enfoque, casi nadie ha tratado la repercusión de la inversión de ida y vuelta o en tránsito con respecto a la validez del análisis econométrico, ni siquiera se mencionan las implicaciones del capital en tránsito.[67] Unos pocos estudios reconocen los desajustes entre los datos diádicos de IED y los AII, y optan por utilizar datos monádicos; los datos monádicos agregan todas las entradas de capital de cualquier fuente extranjera en un país concreto y disocian los flujos específicos de la presencia de acuerdos internacionales de inversión.[68] Sin embargo, ni siquiera los datos monádicos abordan la inversión de ida y vuelta.

Algunos de estos problemas asociados al uso de datos tradicionales de IED se abordan en la cuarta edición de la Definición Marco de Inversión Extranjera Directa de la OCDE que se está empezando a aplicar en la OCDE y en otras jurisdicciones. Según esta norma, los datos complementarios con respecto a la IED son comunicados por el país inversor final, lo cual identifica los flujos de inversión de ida y vuelta.[69] No obstante, en los años venideros, es poco probable que se disponga de estos datos más completos, sobre todo para países menos desarrollados. Asimismo, mientras que las estadísticas establecidas según la cuarta edición de la Definición Marco brindarán una imagen más fiable del origen y el destino reales de los flujos de capital internacional, no abordarán los desajustes entre los flujos y la protección de los tratados; tampoco alterarán el modo en que se contabiliza la repatriación de activos o los préstamos intragrupo para los datos de IED.

b) Conceptualización de la protección de los AII

El segundo ámbito importante que cuestiona la validez del análisis econométrico existente sobre los efectos de los tratados en la actividad inversora es el concepto de protección de las inversiones con base en tratados. Se identifican dos problemas:

- inobservancia de la protección de los AII incluida en acuerdos comerciales preferenciales y acuerdos multilaterales, y
- posibilidad de demandas sin tratado entre el país de origen y el país en que se registra la inversión.

La inobservancia de la protección de la inversión de acuerdos multilaterales y acuerdos comerciales preferenciales

En los primeros años, la protección de los AII a menudo se enmarcaba en acuerdos bilaterales, especialmente tratados bilaterales de inversión. Hoy en día, sin embargo, un gran número de relaciones en el marco de tratados —tanto firmados como en vigor— se basan en acuerdos multilaterales o acuerdos

---

67 Hay alguna excepción, hasta cierto punto, como Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*», en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 190; J. Anthony VANDUZER/Penelope SIMONS/Graham MAYEDA (2012), «*Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*», pág. 513, que se encuentran entre las pocas publicaciones que explícitamente mencionan al menos uno de los temas comentados. En Martin H. THELLE/Eva R. SUNESEN/Joseph FRANCOIS (Copenhagen Economics) (2012), «*EU-China Investment Study–Final Report*», pág. 46, se muestra un escepticismo generalizado sobre el valor de los datos de la IED para el análisis de los tratados bilaterales de inversión, dado el alto nivel de agregación.

68 El trabajo de Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*» en Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, Oxford, págs. 188-190, defiende que los enfoques monádicos no están afectados.

69 Para más detalles, véase «*Implementing the latest international standards for compiling foreign direct investment statistics–FDI statistics by the ultimate investing country*», OCDE 2015.

comerciales preferenciales;[70] ambos suelen equivaler a mecanismos de protección de la inversión de los tratados bilaterales de inversión. Los acuerdos multilaterales y los acuerdos comerciales preferenciales también tienen un papel importante en las demandas interpuestas. El Tratado sobre la Carta de la Energía, un acuerdo multilateral, responde por sí solo de más del 12% de las demandas conocidas por solución de diferencias entre inversores y estados,[71] y más del 5% de las demandas se presentan al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), un acuerdo trilateral.[72] Los acuerdos comerciales preferenciales y los acuerdos multilaterales también son significativos en términos de volumen de IED cubierta por tratados.

El Gráfico 3 que encontrarán a continuación muestra la cuota de acuerdos bilaterales de protección de la inversión con al menos un participante de la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión con respecto al número general de acuerdos en vigor a mediados de 2017 (el Tratado sobre la Carta de la Energía no se incluye aquí, por su cobertura sectorial). En el momento de redactar estas líneas, los tratados bilaterales de inversión (TBI) representaban el 93% de las relaciones de los tratados en vigor e implicaban al menos a un participante de la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión. En términos de cobertura del volumen de IED, los TBI desempeñan un papel mucho menor en comparación con otros tipos de acuerdos; tan solo un poco más de la mitad del volumen de IED cubierto por acuerdos de protección de la inversión se ampara en TBI, mientras que el resto se ampara en acuerdos comerciales preferenciales (ACP) o acuerdos multilaterales.[73]

---

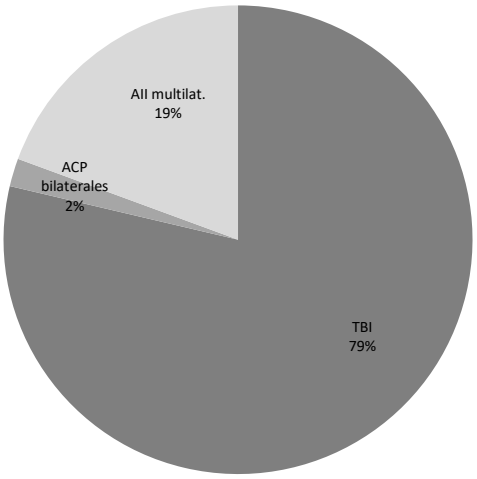
70 El Tratado sobre la Carta de la Energía contribuye de forma importante a este resultado, aunque se aplica solo a un ámbito limitado de las inversiones. Otros acuerdos multilaterales —entre otros, los que cubren la ASEAN, los estados caribeños o la Liga de los Estados Árabes— son ejemplos de acuerdos internacionales de inversión que generan un gran número de relaciones bilaterales al margen de los tratados bilaterales de inversión.

71 A mediados de septiembre de 2017, la Secretaría de la Carta de la Energía presentó 108 demandas conocidas en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía; al mismo tiempo, se conocían ya un poco más de 800 demandas de inversores amparadas en AII.

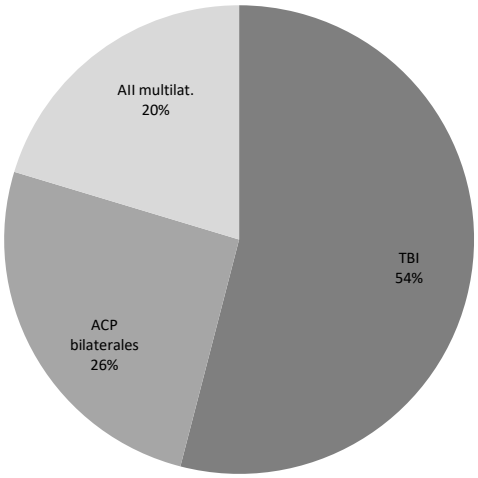
72 Los casos presentados según el TLCAN contra Canadá se citan aquí.

73 Los cálculos usan datos de volúmenes de IED, a pesar de los problemas asociados a estos datos para el objeto que nos ocupa. La referencia al volumen de IED cubierto por tratados solo pretende tener un valor indicativo para demostrar la importancia del tema y su probable repercusión en la validez de los estudios econométricos que se centran exclusivamente en tratados bilaterales de inversión.

Gráfico 3: **Papel de los tratados bilaterales de inversión en la cobertura mediante tratados: números absolutos y contribuciones relativas a la cobertura del volumen de IED**



Número de relaciones bilaterales con protección de la inversión con base en tratado bilateral de inversión en vigor en comparación con el número de relaciones bilaterales en que esa protección se basa en otro tipo de acuerdos



Contribución relativa de acuerdos para obtener cobertura con base en tratado de los volúmenes de IED

Fuente: Base de datos sobre AII de la OCDE. No incluye el Tratado sobre la Carta de la Energía. La vigencia se valora a mediados del 2017. Las proporciones pueden variar con respecto a estudios anteriores.

Nota: La información aquí presentada difiere con la información de la versión original en inglés de este reporte, dado que la base de datos de la OCDE fue actualizada después de la publicación original del reporte en inglés.

A pesar de la trascedencia de los acuerdos multilaterales y los capítulos de inversión de los acuerdos comerciales preferenciales, muchos de los estudios econométricos analizados para esta publicación (si no la mayoría) se centran exclusivamente en tratados bilaterales de inversión.[74] Es posible que este enfoque distorsione los resultados de forma significativa: dependerá del modelo utilizado para el análisis econométrico y de la muestra de países. Muchos estudios centrados exclusivamente en el papel de los tratados bilaterales de inversión o de acuerdos bilaterales es probable que queden afectados, pues se confunde la ausencia de tratado bilateral con la ausencia de protección de la inversión, aunque en realidad existe un acuerdo equivalente en vigor, lo que «contamina» el grupo de control. Incluso en el caso de estudios que solo se centran en la relación entre un país desarrollado y uno en vías de desarrollo —una relación en que los acuerdos comerciales preferenciales hasta ahora han sido excepcionales—, esa relación suele quedar cubierta por acuerdos multilaterales —especialmente en el sudeste asiático o en la región de Oriente Medio y de África del Norte (MENA)— y por el Tratado sobre la Carta de la Energía.

La posibilidad de demandas amparadas en tratados en ausencia de tratado

Todos los estudios analizados parecen pasar por alto que los beneficios de los acuerdos internacionales de inversión a menudo existen (con la interpretación actual) con independencia de que exista un tratado entre los países para los que se registra el flujo de inversión, lo que viene a sumarse al problema de asociar las relaciones de AII con datos de IED.

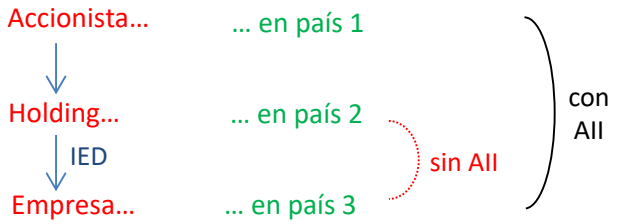
---

74 Véase, a modo de excepción, Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107. Se admite que ciertos estudios valoran específicamente la repercusión de los tratados bilaterales de inversión. Sobre este problema, véase a continuación.

El acceso a la protección amparada por tratados sin un tratado de por medio, en la relación en que se cuantifica la IED, obedece a la interpretación que los tribunales de arbitraje han hecho del alcance de las pérdidas recuperables por los accionistas, incluidos los accionistas indirectos.[75] Los accionistas indirectos son los que tienen acciones de una compañía que, a su vez, tiene otra empresa. De conformidad con numerosos tratados, interpretados por tribunales de arbitraje en el marco de procesos de solución de diferencias entre inversores y estados, los accionistas indirectos pueden exigir resarcimiento por un deterioro de valor de sus acciones (reclamaciones por perjuicios indirectos) si la sociedad de explotación de un tercer país queda afectada por las medidas del gobierno del país de destino, siempre que estén cubiertas por un tratado en vigor entre su país de nacionalidad y el país de destino (véase el Recuadro 2). Este escenario se da, por ejemplo, cuando se invierte a través de una filial en una jurisdicción con bajo nivel impositivo que es parte de un AII aplicable. No se trata de un fenómeno marginal y muchas empresas (sobre todo las más grandes) están diseñando activamente su estructura de sus inversiones para beneficiarse de esta posibilidad.

Recuadro 2: **Demandas de los accionistas y desajustes entre el flujo de IED registrado y la protección de AII**

Este gráfico es una representación esquemática de que, según muchos tratados, un accionista de un *holding* residente en el país 1 con intereses en una sociedad de explotación residente en el país 3, mediante un *holding* en un país 2, puede presentar una reclamación (por perjuicios indirectos) derivada de medidas emprendidas por el país 3, incluso en ausencia de un AII entre los países 2 y 3: el accionista puede alegar que la medida ha deteriorado el valor de su inversión indirecta en la sociedad de explotación y que, en virtud del AII entre los países 1 y 3, deben resarcirle por las pérdidas sufridas.



En este escenario, la inversión registrada y las relaciones del AII no son paralelas. De nuevo, en este caso, los estudios econométricos como los analizados en esta publicación no «verían» el AII entre los países 1 y 3: el flujo al país de destino (país 3) se registra como originado en el país 2, lo que afecta a los datos del grupo de control, entre otros problemas.

Otra vía (probablemente limitada) por la que se puede presentar una demanda, aunque no exista un AII en la relación bilateral en que se produce la inversión se abre gracias a los acuerdos que ofrecen

[75] Los participantes de la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión han debatido ampliamente el trato diferenciado de las demandas de accionistas en el marco de la solución de diferencias entre inversores y estados, y de muchos tratados de inversión, con la debida interpretación. Véase, entre otros, David GAUKRODGER (2013), «*Los tratados de inversión como derecho de sociedades: demandas de accionistas y problemas de coherencia*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2013/03; Resumen de los debates de la XIX Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión (15-16 de octubre de 2013); Presentación de Eilís FERRAN sobre perjuicios indirectos en derecho mercantil y SDIE (octubre de 2013). Para un debate reciente, véase OCDE (2016), «*The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors*», en: OECD Business and Finance Outlook 2016.

incentivos a la inversión, unos acuerdos que algunos países concluyen en el contexto de seguros de inversión y mecanismos de garantía auspiciados por el estado. Las empresas aseguradas y afectadas quizá no puedan beneficiarse de la protección de los AII, pero los acuerdos que ofrecen incentivos a la inversión pueden proporcionar a la aseguradora acceso al arbitraje para presentar una demanda contra el país de destino si se ha invocado el seguro.[76]

Conclusiones sobre la valoración econométrica de la relación entre los AII y la IED

Considerando las dificultades metodológicas expuestas, que suelen afectar a todos o casi todos los estudios, no sorprende que las decenas de estudios econométricos[77] que han analizado si existe una correlación entre la existencia de AII y los flujos de IED hacia los países en vías de desarrollo muestren resultados heterogéneos y a veces contradictorios. Ciertos estudios detectan una correlación positiva, al menos en ciertas configuraciones;[78] otros observan una correlación muy débil; otros, ninguna correlación o

---

[76] La demanda interpuesta por la *Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero* (OPIC) de los Estados Unidos contra la India en el caso de *Dabhol Power Company* ilustra el uso de este mecanismo. Los inversores iniciales habían estructurado su inversión a través de Mauricio, por lo que se beneficiaban del Tratado Bilateral de Inversión entre la India y Mauricio (1998), en ausencia de un acuerdo internacional de inversión entre la India y los Estados Unidos. La OPIC, que había incurrido en pérdidas, pero no quedaba cubierta por un AII, interpuso la demanda amparándose en el Acuerdo de Incentivos a la Inversión entre la India y los Estados Unidos (1997) mediante una cláusula de subrogación de dicho acuerdo.

[77] Christian BELLAK (2015), «*Economic Impact of Investment Agreements*», Vienna University of Economics and Business Department of Economics Working Paper n.º 200, presenta 42 estudios publicados sobre el tema entre 1998 y 2015, y BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 179, enumera 34 estudios.

[78] Matthias BUSSE/Jens KÖNIGER/Peter NUNNENKAMP (2008), «*FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties More Than a Bit?*», actas de la Conferencia Alemana de Desarrollo Económico, Zúrich 2008, n.º 4. Max BÜGE «*Do Preferential Trade Agreements Increase Their Members' Foreign Direct Investment?*», d.i.e. documento de debate 37/2014 (BÜGE concluye que existe una correlación positiva entre los acuerdos comerciales preferenciales y los flujos de IED bilateral, y para los tratados bilaterales de inversión entre países desarrollados y en desarrollo, pero no en el caso de los tratados bilaterales de inversión entre dos países desarrollados). Andrew KERNER (2009), «*Why Should I Believe You? The Costs and Consequences of Bilateral Investment Treaties*.» International Studies Quarterly, 53(1), pág. 73. Eric NEUMAYER/Laura SPESS (2005), «*Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment To Developing Countries?*», en: Karl SAUVANT/Lisa SACHS (eds.), «*The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*», Oxford University Press, 2009, pág. 248. Peter H. EGGER/Michael PFAFFERMAYR (2004), «*The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*», Journal of Comparative Economics, vol. 32, n.º 4, págs. 788-804, diciembre de 2004, concluyen que existe una correlación positiva con los tratados bilaterales de inversión ratificados. Jeswald SALACUSE/Nicholas SULLIVAN, «*Do BITs really work? An Evaluation of BITs and Their Grand Bargain*», Harvard International Law Journal, 2005 (SALACUSE/SULLIVAN consideran que hay una correlación positiva solo para los tratados bilaterales de inversión con los Estados Unidos; no para los tratados bilaterales de inversión de otros miembros de la OCDE). Arjan LEJOUR/Maria SALFI (2015), «*The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*», Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, detecta un significativo incremento en el volumen de la IED en el caso de tratados bilaterales de inversión en pares de países desarrollados - en vías de desarrollo, pero no entre economías desarrolladas. Rod FALVEY/Neil FOSTER-MCGREGOR (2017), «*Heterogeneous effects of bilateral investment treaties*», Rev World Econ (2017), 153:631-656, detectan una correlación positiva que aumenta cuando origen y destino tienen diferencias más grandes en las instituciones económicas, pero desaparece cuando existen diferencias relativamente importantes en la presencia de las instituciones políticas entre los países de origen y destino. Yoram HAFTEL (2010) «*Ratification Counts: US Investment Treaties and FDI Flows into Developing Countries.*» *Review of International Political Economy*, 17, n.º 2, págs. 348-377, también detectan una correlación positiva para los tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos que están en vigor; según HAFTEL, dichos AII en vigor incrementan la inversión de los Estados Unidos en países de destino en vías de

incluso una correlación negativa con los acuerdos internacionales de inversión,[79] y algunos estudios ponen de manifiesto una correlación entre los acuerdos internacionales de inversión y mayores flujos de entrada, pero no necesariamente de los estados con los que existía un tratado en vigor.[80]

La mayor sofisticación o el cambio de enfoque en estudios posteriores[81] —para controlar la endogeneidad; utilizar datos monádicos de IED en lugar de diádicos; usar datos de salida de los exportadores de capital en lugar de datos de entrada de países predominantemente importadores de capital,[82] o diferenciar entre distintas características de los tratados (entre otras, vigencia, disposiciones más o menos estrictas para la solución de diferencias[83] o «fuerza» de un tratado en cuestión,[84] obligaciones

---

desarrollo entre un 0,07% y un 0,24% del PIB del país de destino; puesto en perspectiva, el volumen de IED de entrada *total* con respecto a la ratio del PIB de las partes del tratado de los Estados Unidos (considerando solo AII bilaterales en vigor a mediados de 2016) se sitúa entre el 2% y el 243%, con un valor promedio del 30% (calculado según los datos de tratados registrados en la base de datos de AII de la OCDE y los datos de volúmenes de IED de entrada del FMI a 2014).

79 Emma AISBETT (2007), «*Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*». Molly LESHER/Sébastien MIROUDOT (2006), «*Analysis of the Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements*», Documentos de trabajo de la OCDE sobre política comercial, n.º 36, detecta una correlación positiva con los acuerdos comerciales regionales, pero nada significativo con los tratados bilaterales de inversión. Jason Webb YACKEE (2008), «*Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*», Law&Society Review, vol. 42 (2008), pág. 805. Jason Webb YACKEE (2010), «*Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*», Virginia Journal of International Law, vol. 51, n.º 2, pág. 397. Susan ROSE-ACKERMAN/Jennifer TOBIN (2005), «*Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*», Yale Law&Economics Research Paper, n.º 293 (2005). Mary HALLWARD-DRIEMEIER, «*Do BITs attract FDI? Only a bit… and they could bite*», Documento de trabajo del Banco Mundial (2003). En concreto, para los Estados Unidos, véase Clint PEINHARDT/Todd ALLEE (2012). «*Failure to Deliver: The Investment Effects of US Preferential Economic Agreements*», *The World Economy* 35:6, que demuestra que muy pocos países que han firmado acuerdos comerciales preferenciales, acuerdos sobre comercio e inversión y tratados bilaterales de inversión han incrementado los flujos de entrada de inversión desde los Estados Unidos.

80 Andrew KERNER (2009), «*Why Should I Believe You? The Costs and Consequences of Bilateral Investment Treaties*». *International Studies Quarterly*, 53(1), pág. 73. Eric NEUMAYER/Laura SPESS (2005), «*Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*».

81 Véase un resumen de los enfoques y de los hallazgos de algunos de los estudios citados en: Liesbeth COLEN/Miet MARTENS/Johan SWINNEN, «*Determinants of foreign direct investment flows to developing countries – the role of international investment agreements*», en: De SCHUTTER/SWINNEN/WOUTERS: «*Foreign Direct Investment and Human Development*» (2013), pág. 130. Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*», en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 171. Para una crítica más detallada sobre los puntos débiles en el diseño de estudios concretos, puede consultarse BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», capítulo 6.

82 Jason Webb YACKEE (2016), «*Do BITs 'Work'? Empirical Evidence from France*», Journal of International Dispute Settlement, 2016, pág. 7.

83 Jason Webb YACKEE (2008), «*Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*», Law&Society Review, volumen 42, n.º 4, págs. 805-832. Entre los estudios recientes que diferencian el análisis en relación con el contenido de los AII, tenemos: Axel BERGER/Matthias BUSSE/Peter NUNNENKAMP/Martin ROY, «*More Stringent BITs, Less Ambiguous Effects on FDI? Not a Bit!*», Documento de trabajo de Kiel n.º 1621, abril de 2010. Axel BERGER/Matthias BUSSE/Peter NUNNENKAMP/Martin ROY), «*Do Trade and Investment Agreements Lead*

de liberalización o naturaleza del tratado[85])— no han aportado conclusiones menos ambiguas. Un reciente metaanálisis de un gran número de estudios econométricos concluye, tras efectuar las debidas correcciones para evitar el sesgo en la selección de publicaciones, que no se ha confirmado empíricamente que los tratados bilaterales de inversión aumenten los volúmenes o flujos de IED.[86] Esta conclusión no ha tenido en cuenta los problemas conceptuales identificados anteriormente, presentes en todo el conjunto de estudios econométricos, y que menoscaban la validez y relevancia sobre la cuestión de si la presencia de AII influye en la asignación de la inversión extranjera. Aunque los tratados de inversión estuvieran correlacionados con mayores volúmenes cuantificados de inversión, esto podría asociarse al efecto de la estructura legal de las inversiones extranjeras, con independencia de su destino y volumen.[87]

En aras de la exhaustividad, debería mencionarse que se han llevado a cabo estudios similares basados en el mismo tipo de enfoque para evaluar la repercusión que tienen los litigios con base en tratados en los flujos de IED hacia los países demandados. Concluyen que la parte demandada experimenta pérdidas sustanciales en los flujos de entrada de IED, con independencia de si ganan el caso; además, parece que si

---

to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box», Documento de trabajo de Kiel n.º 1647. Ka Zeng/Yue Lu (2016), «*Variation in Bilateral Investment Treaty Provisions and Foreign Direct Investment Flows to China, 1997–2011*», International Interactions 2016, pág. 820.

84 Véase, por ejemplo, Jay DIXON/Paul Alexander HASLAM (2015), «*Does the Quality of Investment Protection Affect FDI Flows to Developing Countries? Evidence from Latin America*», The World Economy.

85 Ciertos estudios muestran que los flujos de IED aumentan en presencia de un acuerdo comercial preferencial, véase: Tim BÜTHE/Helen V. MILNER (2008), «*The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?*», American Journal of Political Science, vol. 52, pág. 741, que describe una correlación positiva con la pertenencia a la OMC y acuerdos comerciales preferenciales. Molly LESHER/Sébastien MIROUDOT (2006), «*Analysis of the Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements*», Documento de trabajo de la OCDE sobre política comercial, n.º 36, encuentran una correlación positiva con los acuerdos comerciales regionales. Tom KENYON/Yotam MARGALIT (2014), «*Does Joining International Treaties Attract Foreign Investment? Experimental Firm-Level Evidence*», detectan una correlación positiva con la presencia de acuerdos económicos internacionales y lo atribuyen a las oportunidades de mejora del mercado, y no tanto a un «compromiso creíble» o a efectos de «señal» de los acuerdos internacionales de inversión. Arslan Tariq RANA/Mazen KEBEWAR, «*The Political Economy of FDI flows into Developing Countries: Does the depth of International Trade Agreements Matter?*», ven una correlación positiva entre las corrientes de IED y los acuerdos comerciales amplios, pero nada con los «acuerdos con enfoques parciales», como los tratados bilaterales de inversión; RANA/KEBEWAR explican la correlación con la mayor «credibilidad de los compromisos» de tratados anteriores, en comparación con los contraídos con los «acuerdos con enfoques parciales». Max BÜGE «*Do Preferential Trade Agreements Increase Their Members' Foreign Direct Investment?*», d.i.e. documento de debate 37/2014, describe una fuerte y sólida correlación entre los acuerdos comerciales preferenciales y la IED bilateral entre sus miembros. En el documento del Congreso de los Estados Unidos, Congressional Budget Office (2003) «*The Effects of NAFTA on U.S.-Mexican Trade and GDP*», pág. 4, se sugiere que a raíz de reducción de los obstáculos al comercio, se incrementaron los flujos de IED a México. Jean-Baptiste VELUT «*NAFTA's Developmental Impact on Mexico: Assessment and prospects*», IdeAs 2011, párr. 14. A su vez, ciertos estudios apuntan lo contrario: Yong Joon JANG (2011), «*The Impact of Bilateral Free Trade Agreements on Bilateral Foreign Direct Investment among Developed Countries*», The World Economy 34(9), 1628-1651. Cristina LIRA/Junsoo LEE/Byung Ki LEE/Robert REED (2010) «*The Impact of Free Trade Agreements on Foreign Direct Investment: Controlling for Endogeneity through a Dynamic Model Specification*», concluyen que la IED no guarda relación alguna con la participación en acuerdos comerciales preferenciales o que le afecta negativamente.

86 Christina BELLAK (2015), «*Economic Impact of Investment Agreements*», Vienna University of Economics and Business, Documento de trabajo del Departamento de Economía, n.º 200.

87 Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime», pág. 178.*

se pierde un caso de arbitraje en el marco de un tratado se registran mayores y más amplias pérdidas de los flujos de entrada de IED.[88] También se deriva de este estudio que, en caso de demanda contra un país, la caída de la IED es mayor con tratado bilateral de inversión en vigor que sin protección.[89]

Es posible que con otros datos se llegara a otras conclusiones, más precisas, sobre los efectos de los AII en las decisiones de inversión. Los datos sobre las actividades de las multinacionales o los datos recabados por proveedores comerciales[90] podrían proporcionar información sobre las actividades de las filiales extranjeras en los países de destino (entre otros, producción, empleo, valor añadido, investigación y desarrollo, compensación laboral, exportaciones), pero están disponibles para menos países o series temporales más cortas, o con servicios de pago.

2) Datos econométricos alternativos sobre la repercusión de la presencia de AII

La insistencia de los investigadores por establecer, mediante análisis econométrico, si existe una correlación entre la presencia de AII y los flujos de IED podría haber empañado o desplazado a otros enfoques cuantitativos para determinar el efecto de los AII en las decisiones de inversión.

Solo se han elaborado algunos estudios con bases de datos o enfoques cuantitativos diferentes. Por ejemplo, un estudio ha utilizado datos a nivel micro sobre la actividad extranjera de las multinacionales alemanas en el contexto de la firma y ratificación de tratados bilaterales de inversión para generar pruebas econométricas y descriptivas sobre los cambios en la actividad de la empresa en ese marco temporal.[91] Su conclusión es que en el periodo cercano a la firma o ratificación de un tratado bilateral de inversión (+/- 2 años), entre 1996 y 2005, el número de empresas por país y el número de filiales aumenta en un patrón diferente en comparación con un grupo de control. Si bien la opción de usar datos a nivel micro tiene potencial, el diseño del estudio y su conclusión dejan una serie de cuestiones abiertas.[92]

---

88 Todd ALLEE/Clint PEINHARDT (2011), «*Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment*». Emma AISBETT/Matthias BUSSE/Peter NUNNENKAMP (2016), «*Bilateral Investment Treaties Do Work; Until They Don't*», Documento de trabajo de Kiel n.º 2021.

89 Emma AISBETT/Matthias BUSSE/Peter NUNNENKAMP (2016), «*Bilateral Investment Treaties Do Work; Until They Don't*», Documento de trabajo de Kiel n.º 2021.

90 Véase, por ejemplo, Andrew MYBURGH/Jordi PANIAGUA (2016), «*Does International Commercial Arbitration Promote FDI?*» Journal of Law and Economics, utilizan datos a nivel de empresa de inversión eb nuevas instalaciones recabados por el Financial Times para un estudio econométrico sobre un tema relacionado.

91 Peter EGGER/Valeria MERLO (2012), «*BITs Bite: An Anatomy of the Impact of Bilateral Investment Treaties on Multinational Firms*», *Scand. J. of Economics* 114(4), 1240.

92 Estos temas, que requerirían un estudio más detallado, incluyen: una fuerte sugerencia de endogeneidad de la firma de tratados bilaterales de inversión, lo que también se reconoce ampliamente en la literatura, pero que el estudio no parece controlar. Además, el estudio no explica el razonamiento para la composición de la muestra de 91 países, que incluye algunos, pero no todos, con los que Alemania ha concluido tratados bilaterales de inversión —en todos los casos, países en vías de desarrollo o en transición—, y algunos otros países, básicamente economías avanzadas. El efecto observado podría estar relacionado con el estado de desarrollo del país, más que por la presencia de un tratado bilateral de inversión; sin embargo, parece que el estudio solo controla el PIB, no el PIB per cápita. Asimismo, el grupo de control del estudio contiene una alta proporción de países con los que había un tratado bilateral de inversión en vigor *antes* del intervalo de estudio elegido. Por ello, parece que el objeto del estudio sea comprobar si los *nuevos* tratados bilaterales sobre inversiones tienen un efecto diferente a los antiguos, en lugar de plantearse una comparación con países sin tratados bilaterales de inversión. Además, al menos en el caso de Alemania, no se suele hacer mucha publicidad ni de la firma ni de la entrada en vigor de los tratados bilaterales de inversión, que tampoco se conocen fuera de los círculos

Un segundo estudio que ha utilizado mediciones econométricas alternativas parte de encuestas con datos agregados, pero diferenciados, recopilados por el Bureau of Economic Analysis (BEA) de los Estados Unidos sobre las actividades de las multinacionales estadounidenses.[93] El estudio trabaja únicamente con los activos ilíquidos que las multinacionales de los Estados Unidos tienen en el extranjero —en vez de con datos de IED— y busca, con métodos econométricos, si existe una correlación entre la presencia de tratados bilaterales de inversión y distintos indicadores de la actividad de las multinacionales en el extranjero. Este estudio observa una correlación positiva, aunque reducida, entre la ratificación de un AII entre los Estados Unidos y un país socio, y la inversión en activos fijos por parte de las multinacionales estadounidenses en el país socio.

3) Sensibilización y actitud de las empresas en torno a los AII

Los estudios sobre la sensibilización y la actitud de las empresas con respecto a los acuerdos internacionales de inversión ponen a prueba la misma hipótesis que las mediciones econométricas del papel de los AII al asignar la IED, pero adoptan un enfoque diferente. Mientras que los datos agregados sobre flujos de IED brindan hasta cierto punto una imagen cuantitativa del resultado de las múltiples decisiones comerciales individuales, la actitud de las empresas proporciona una visión cualitativa de cómo perciben individualmente la reducción de riesgo de los AII y, de cómo, en principio, eso afecta en positivo a las decisiones de inversión.[94] La actitud de las empresas también puede revelar *por qué* y *cómo* los AII influyen en sus decisiones de inversión, y pueden destapar efectos que no se muestren como cambios estadísticamente significativos en los datos de IED.

Durante varias décadas se han hecho estudios sobre cómo los inversores comprenden y valoran los acuerdos internacionales de inversión. Los primeros estudios mostraban claramente que los decisores estaban muy poco informados (o nada) sobre los tratados bilaterales de inversión,[95] e incluso se hacía evidente un escaso interés de las empresas por que se concluyeran acuerdos de protección de la inversión.[96] Estas conclusiones coinciden con las publicaciones económicas de los años noventa, que no parecían considerar que la protección de la inversión amparada en AII fuera determinante para la magnitud y localización de la IED por parte de las multinacionales.[97]

---

especializados, de modo que una respuesta clara de las empresas alemanas a la firma de los tratados bilaterales de inversión sería bastante inusual.

93 Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «*What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107.

94 Un reciente estudio econométrico sobre el sector del petróleo descubrió que los precios de los activos petrolíferos protegidos por tratado eran más elevados que los precios de activos similares sin protección (Srividya JANDHYALA (2014), «*Institutions sans frontières: International agreements and foreign investment*», Journal of International Business Studies 45(6), pág. 649-669 (el documento de libre acceso del mismo autor, con el mismo resumen, está disponible en http://economics.ca/cree2012/paper/018.pdf). Se podría interpretar que esto sugiere que las empresas valoran la protección de los tratados, pero no permite concluir que los acuerdos internacionales de inversión fomentan los flujos de IED; la única conclusión clara es que la protección de los tratados incrementa los precios.

95 Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 189, resume estudios similares durante varias décadas.

96 Robert BASEDOW (2014), «*Business lobbying and international investment agreements - The bureaucratic politics behind the international investment regime*», publicación de la Conferencia Anual del ETSG 2014.

97 Bruce A. BLONIGEN (2005) «*A review of the empirical literature on FDI determinants*», Atlantic Economic Journal, 2005, págs. 383-403.

Ni el incremento de las controversias amparadas en tratados ni el animado debate público sobre las luces del sistema en la última década han logrado un impulso claro para que los inversores conozcan y aprecien mejor los acuerdos internacionales de inversión. Según varias encuestas recientes, parece que el conocimiento y la valoración de los AII entre los que toman decisiones de inversión sigue siendo limitado. Un estudio publicado en el año 2000 demostraba que justo un poco más de la mitad de las empresas analizadas tenían conocimientos prácticos sobre tratados bilaterales de inversión o, en general, eran conscientes de su existencia; observaba asimismo que las empresas de tamaño medio (con menos de 1.000 millones de euros de facturación) estaban mucho menos informadas al respecto que las empresas más grandes.[98] En un estudio realizado en el 2006, casi la mitad de los encuestados aseguraban que los acuerdos internacionales de inversión influían en sus decisiones de inversión «hasta cierto punto», y el 20% de las empresas declaraba que la existencia de un acuerdo de este tipo entre su país de origen y otros mercados afectaba «mucho» a su decisión de invertir en el extranjero.[99] La Australian Productivity Commission aseguraba en 2010 que no tenía constancia de que las empresas o las asociaciones sectoriales australianas considerasen que los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y estados tuvieran mucho valor o importancia para ellas,[100] una conclusión que se repite más allá de Australia para el mismo año.[101] Un estudio más amplio publicado en 2010 muestra que los decisores de las empresas, así como los asesores legales de las corporaciones estadounidenses, veían la presencia de los acuerdos internacionales de inversión como algo positivo, aunque no lo consideraran un factor predominante o importante al tomar decisiones sobre dónde asignar su inversión en el extranjero.[102] Se extrajeron conclusiones similares en 2012 con respecto a la actitud de los inversores europeos con China.[103]

Un estudio diferente basado en encuestas no del todo comparables, centrado en la percepción del riesgo de los inversores en los países en vías de desarrollo, sugiere que «el riesgo político» en 2013 era la segunda limitación para la IED en países en vías de desarrollo.[104] «Riesgo político» se entiende que incluye temas como cambios regulatorios, incumplimiento de contratos y disturbios civiles, por lo que, en principio, se cubrirían más temas de lo que normalmente prevén los acuerdos internacionales de inversión. El 40% de los encuestados para este estudio del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

---

98 TN SOFRES Consulting (2000), «*Attitudes of the European Business Community to International Investment Rules–Final Report*» [preparado a instancias de la Comisión Europea].

99 Matthew SHINKMAN, *«The investors' view: economic opportunities versus political risks in 2007-11*», en: World Investment Prospects to 2011, págs. 90 y 96. El estudio no revela «lo que significa influir en la decisión de inversión» y, concretamente, si la presencia de un acuerdo internacional inversión era una condición para una decisión positiva, si la presencia de un AII se traducía en una estructuración específica para alcanzar el mismo destino, o si la influencia de la decisión era puramente circunstancial.

100 Australian Productivity Commission (2010), «*Bilateral and Regional Trade Agreements, Productivity Commission Research Report*», noviembre de 2010, pág. 270.

101 Lauge POULSEN, (2010) «*The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*», en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, págs. 539-574.

102 Jason Webb YACKEE (2010), «*Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*», Virginia Journal of International Law, volumen 51, n.º 2, pág. 397.

103 Martin H. THELLE/Eva R. SUNESEN/Joseph FRANCOIS (Copenhagen Economics) (2012), «*EU-China Investment Study – Final Report*», pág. 51, concluyeron que en general no se conocía la existencia de tratados bilaterales de inversión que cubrían las inversiones de 200 empresas europeas que ya habían invertido en China o que estaban en proceso de hacerlo; que la conciencia y la confianza de que los AII protegían sus inversiones era aún menor y que para casi el 70% de los participantes, la presencia de un tratado bilateral de inversión no tenía la más mínima importancia, o un peso muy escaso, en sus decisiones de inversión.

104 *World Investment and Political Risk 2013*. MIGA, Grupo Banco Mundial, pág. 18.

(MIGA) informaron de pérdidas financieras debidas a cambios regulatorios, y un 6% informó de pérdidas por expropiaciones en los últimos tres años. También se observaba que el 8% de las demandas por inversión de los miembros de la Unión de Berna —organismo internacional del sector de los seguros de inversión y las exportaciones— se debían a asuntos de expropiación.

Las asociaciones comerciales también se han pronunciado sobre cómo ven sus miembros, supuestamente, el papel de los acuerdos internacionales de inversión y, en particular, la solución de diferencias entre inversores y estados. El Comité Consultivo Económico e Industrial de la OCDE (BIAC), una asociación comercial, ha indicado que sus miembros conceden una gran importancia a los acuerdos internacionales de inversión.[105] Por su parte, una organización empresarial nacional que representa a las pymes ha afirmado que la solución de diferencias entre inversores y estados suscita poco interés entre sus miembros.[106] En cambio, existen estudios académicos que aseguran que la solución de diferencias entre inversores y estados en el marco de tratados sí tiene repercusiones para distintas categorías de empresas.[107]

Algunos gobiernos también se han pronunciado sobre la opinión de las empresas sobre la importancia de los AII y la solución de diferencias entre inversores y estados (SDIE). Brasil, por ejemplo, informaba de que los estudios para preparar sus acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) mostraban que la SDIE basada en arbitraje no era una prioridad para las empresas extranjeras que operaban en su país.[108]

Una de las principales carencias de las valoraciones basadas en encuestas es que, en decisiones de inversión, el punto de vista expresado en la encuesta no tiene por qué corresponderse con la decisión final. Los acuerdos internacionales de inversión no representan ningún costo para las empresas,[109] pero pueden ser deseables en ciertas circunstancias; de ahí que la valoración de su «importancia» pueda hacerse a la ligera.[110]

4) Postura de los organismos de promoción de la inversión con respecto a los AII

Mientras que dos de los enfoques mencionados optan por obtener cifras cuantitativas del papel de los acuerdos internacionales de inversión para ver cómo afectan a las decisiones de los inversores, un tercer planteamiento recurre al punto de vista de los potenciales gobiernos de destino y sus organismos de

---

105 Investor-State Dispute Settlement - An indispensable element of investment protection, BIAC, enero de 2015.

106 BVMW Positionspapier (2014), «*Stellungnahme im Rahmen des Konsultationsverfahrens der EU-Kommission zum Investitionsschutz im geplanten Transatlantischen Freihandelsabkommen TTIP*», pág. 1, para ver la perspectiva de la asociación alemana de pymes; este documento ya no estaba disponible en la web de BVMW a finales de 2017.

107 Gus VAN HARTEN/Pavel MALYSHEUSKI (2016), «*Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants*», Osgoode Legal Studies Research Paper, n.º 14.

108 Presentación oral de Erivaldo GOMES en la XXII Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión, 17 de marzo de 2015.

109 C. Ignacio Suarez ANZORENA/William K. PERRY, «*Protecting Foreign Investments and Arbitration*», In-House Defense Quarterly, verano de 2010: «*Lo que hace que los tratados bilaterales de inversión sean únicos [entre los mecanismos para gestionar el riesgo político], sin embargo, es que están disponibles sin costo alguno y sin condiciones, más allá de cumplir con las prescripciones de nacionalidad*» [traducción propia].

110 La Australian Productivity Commission afirmaba lo siguiente: «*Por supuesto, dichas disposiciones podrían beneficiar a inversores particulares hasta el punto de que trasladaran los riesgos políticos asociados a las inversiones a los gobiernos de destino y/o proporcionaran una vía de compensación "a posteriori"»*. Australian Productivity Commission (2010), «*Bilateral and Regional Trade Agreements, Research Report*», pág. 270 [traducción propia].

promoción de la inversión para determinar si es probable que estos acuerdos incidan en la atracción de capital extranjero. Si los AII tuvieran un peso importante en ese sentido, uno esperaría que los países que quieren atraer inversión informaran activamente a los inversores potenciales sobre sus AII y que los hicieran públicos. Si las características específicas de los AII tuvieran que desempeñar un papel para las empresas que se plantean invertir en un país específico,[111] el acceso al tratado, el auténtico, sería una necesidad obvia.

Un reciente estudio empírico de 2013 sobre este tema, basado en la evaluación de webs de 155 organismos de promoción de la inversión (OPI), concluía que dos tercios de las webs de estos OPI ni siquiera mencionan los tratados bilaterales de inversión y solo un 6% publican su texto íntegro.[112] Otros hallazgos cualitativos de este estudio sobre las webs de los OPI sugieren que estos organismos muestran una clara indiferencia sobre el papel de los AII en las decisiones de los inversores extranjeros.

Pero esto no se limita a los organismos de promoción de la inversión: se ha demostrado que es difícil y a veces imposible acceder a información fiable sobre AII a través de las webs de organismos públicos en general, ya no digamos al texto íntegro o a la información sobre la vigencia de los AII, en particular, en el contexto de las denuncias amparadas en tratados. Esto incluye los gobiernos de los miembros del G-20 y los que se prevé que busquen capital extranjero.[113] Si bien ciertos países podrían aducir serias limitaciones de recursos o deficiencias democráticas, la falta de acceso a los AII podría sugerir que consideran que esos acuerdos desempeñan un papel marginal en la atracción de capital extranjero, si es que tienen alguno. En cambio, los países que suelen generar más inversores internacionales sí es más habitual que publiquen los textos de los tratados, pero incluso en estos casos, el acceso a los textos exige el conocimiento de las lenguas locales (a veces los textos de los tratados solo están disponibles en la lengua local, aunque también existan en otras lenguas auténticas más accesibles).

5) Políticas de seguros contra riesgos políticos

Las políticas referentes a seguros contra riesgos políticos también pueden aportar datos sobre el efecto percibido de los acuerdos internacionales de inversión en las decisiones comerciales: una prima de seguro más baja en presencia de un AII podría indicar que el riesgo percibido es menor. No obstante, este enfoque no está exento de dificultades, ya que el ámbito de cobertura del seguro contra el riesgo político y el de los AII no coinciden.[114] Asimismo, dado que el número de demandas es relativamente bajo, puede que los criterios elegidos para contratar un seguro y fijar los precios de esos seguros no se basen en una medición

---

111 Esto se ha sugerido y se ha puesto a prueba en distintos estudios econométricos, por ejemplo, en Jay DIXON/Paul Alexander HASLAM (2015), «*Does the Quality of Investment Protection Affect FDI Flows to Developing Countries? Evidence from Latin America*», The World Economy.

112 Jason Webb YACKEE (2010), «*Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*», Virginia Journal of International Law, volumen 51, n.º 2, pág. 397.

113 La Secretaría de la OCDE no ha sido capaz de acceder a los textos íntegros de los AII a partir de las webs oficiales de una serie de países participantes en la Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión, incluidas las webs de los organismos de promoción de la inversión. En cuanto a los textos de los acuerdos que ya se han terminado o que están a la espera de entrar en vigor, son muchos más los países que no los hacen públicos.

114 Jason Webb YACKEE), «*Political Risk and Foreign Investment Law*», Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 24, pág. 477.

del riesgo real con datos empíricos, sino más bien en expectativas, opiniones o políticas internas.[115] La fijación de precios de esos seguros, pues, podría no reflejar un riesgo real.

Al analizar una muestra no representativa de políticas de algunos proveedores de seguros contra riesgos políticos garantizados por el estado, se ve que ciertas compañías sí tienen en cuenta los acuerdos internacionales de inversión para su política de contratación de seguros y fijación de precios, especialmente en caso de seguros garantizados por el estado en países con un entramado importante de tratados:[116] los proveedores de seguros de inversiones alemanes y franceses mencionan explícitamente la presencia de un acuerdo internacional de inversión entre los aspectos considerados para el seguro; un AII es una condición suficiente (aunque no necesaria) para obtener una «protección legal adecuada».[117] MIGA aplica un enfoque similar.[118] Las aseguradoras contra riesgos políticos de otros gobiernos, incluidos algunos países con grandes redes de tratados —Finlandia o Italia, por ejemplo—, no mencionan explícitamente la presencia de acuerdos internacionales de inversión como factor para los seguros contra el riesgo no comercial.[119]

Los datos sobre si hay un diferencial de precios asociado a la protección de los AII son difíciles de conseguir, incluso en países cuyas instituciones tienen en cuenta la presencia de estos acuerdos. Casi no

---

115 Sobre el vínculo histórico en Alemania entre seguros contra riesgos políticos auspiciados del gobierno y AII, véase: Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», *pág. 186.*

116 Un estudio anterior de la OCDE sobre este tema afirmaba: «*En muchos casos (Bélgica, Alemania, Países Bajos) la valoración tiene en cuenta la existencia de "acuerdos de protección de la inversión" (básicamente un tratado bilateral de inversión) entre el país de origen y de destino*», *en: Kathryn GORDON, «Investment guarantees and political risk insurance: Institutions, incentives and development*», OECD Investment Policies Perspectives, 2008, pág. 91 (pág. 100) [traducción propia].

117 Véase la web sobre garantías de inversión proporcionadas por el Gobierno alemán; las Condiciones Generales, revisadas a 1.º de julio de 2017, también mencionan en el párrafo 14, como obligación especial del tomador, que « *si el país de destino termina un acuerdo con la República Federal alemana sobre la promoción y la protección mutua de inversiones directas y la inversión de capital garantizado por ese acto pierde la protección proporcionada por el acuerdo antes de la expiración del periodo de garantía, el tomador, en consulta con el Gobierno federal y debido a la falta de protección en el marco del acuerdo respectivo, debe tomar las medidas necesarias para proteger la inversión de capital*» [traducción propia].

La web de COFACE de Francia afirma que «en principio» el seguro es condicional a la presencia de un acuerdo internacional de inversión.

118 MIGA, Reglamento, modificado por su Junta de Directores a 5 de diciembre de 2012: «*3.16 Una inversión se considerará que tiene la protección legal adecuada si está protegida según los términos de un tratado bilateral de inversión entre el país de origen y el país de destino del inversor. De no existir dicho tratado, el organismo debería procurarse la debida protección legal en aras de la coherencia de dicha ley y de la práctica del país de destino con la legislación internacional. Dicha valoración se llevará a cabo con una estricta confidencialidad y su resultado se compartirá únicamente con el gobierno afectado al objeto de que pueda mejorar las condiciones de inversión en su territorio*» [traducción propia].

119 FINNVERA, aseguradora de inversiones y de créditos a la exportación de Finlandia, no sugiere que un AII sea una condición para la elegibilidad de un país de destino; en sus condiciones generales para garantías de inversión de capital de 2002, que aparentemente estaban todavía en vigor a finales de 2017, no mencionan los AII en el contexto de la prima (artículo 3). Del mismo modo, la web de la italiana SACE sobre seguros de inversión y la web japonesa NEXI no indican que el seguro esté condicionado a la presencia de un AII. La OPIC de los Estados Unidos no menciona los AII como determinante para contratar un seguro (web de la OPIC «Doing business with us – where we operate») o para determinar los precios (web de la OPIC «details and costs»). En Canadá, Export Development Canada (EDC) tampoco especifica si los AII cumplen una función para contratar el seguro o fijar los precios.

hay información pública sobre este tema.[120] Un estudio reciente basado en entrevistas que se proponía determinar cómo influía la presencia de un AII en la suscripción real de un seguro o en la práctica de precios sugiere, sin embargo, que los AII tienen un papel marginal para los seguros o la política de precios en caso de aseguradoras contra el riesgo político privado garantizado por el estado y MIGA.[121]

6) Costos de endeudamiento para capital invertido

Aunque no se ha comprobado empíricamente, se ha sugerido que los AII reducen los costos del capital para nuevas inversiones en el extranjero. El papel de los tratados de inversión para reducir el riesgo parece que rebaja los costos de endeudamiento que los inversores afrontan en sus países de origen o en los mercados financieros internacionales cuando planean o implementan dichas inversiones. El diferencial de costos de endeudamiento con y sin cobertura de AII para la inversión podría actuar como *proxy* de la capacidad percibida de los AII para reducir el riesgo de impago.[122]

De momento, ningún estudio ha utilizado este enfoque para determinar el grado en que los AII reducen el riesgo percibido. Cabría explorar si las entidades financieras valorarían la presencia de un acuerdo internacional de inversión, factores como la clasificación de riesgo del prestatario o la disponibilidad de avales más allá del capital invertido. Los obstáculos derivados de los diferentes grados de financiación de deuda y capital, así como la escasa disponibilidad de datos podrían contribuir a que este método de observación fuera especialmente complicado, y ello podría explicar por qué aún está por explorar.

c. Costos y beneficios económicos del flujo de IED a través de países de tránsito para sus sociedades

En los apartados previos hemos visto que los países de tránsito tienen una función en el contexto de los acuerdos internacionales de inversión. Estos países —que no son ni países de origen ni países de destino para las inversiones, sino que actúan de intermediarios de una transacción financiera— pueden obtener réditos e incurrir en costos a consecuencia de sus acuerdos internacionales de inversión. Ahora bien, en cualquier caso, tales costos y beneficios son distintos de los identificados para los países de origen y de destino. Resulta de especial interés que son pocas las jurisdicciones que sirven de tránsito a grandes volúmenes de IED y que en el país de tránsito la empresa no suele tener presencia más allá de su constitución formal.

Entre los motivos para incluir países de tránsito en las estructuras de propiedad se encuentran unos regímenes reguladores o fiscales atractivos y, a veces, la protección que ofrecen a través de sus tratados de inversión, todo ello acompañado de una interesante legislación en materia de constitución de entidades con fines específicos.

---

120 El proveedor de garantías de inversión de Alemania especifica que «la prima *puede* estar sujeta a un incremento» si no se ha concluido un AII bilateral con un país de destino concreto [la cursiva es nuestra]. En correspondencia con la Secretaría de la OCDE en 2015, el Gobierno alemán comunicó que la prima del seguro anual aumentaba un 10% en ausencia de un AII.

121 Lauge POULSEN, «*The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*», en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, págs. 539-574.

122 Cabe destacar que reducir los costos de endeudamiento también puede interpretarse como una posible ventaja de los AII por derecho propio, más allá de un mero indicador observable. A falta de datos empíricos y dada la plausibilidad limitada del mecanismo, el presente documento no considera este aspecto como beneficio potencial de manera diferenciada.

Con ese papel, los países de tránsito obtienen distintos beneficios, entre otros, ingresos por los servicios jurídicos, contables y financieros, amén de ingresos fiscales. El amplio entramado de tratados de inversión que algunos de ellos mantienen contribuye a ese atractivo percibido,[123] ya que la mayoría de los tratados prevé la cobertura de las inversiones hechas a través de entidades con fines específicos, sin tener en cuenta la actividad comercial local real. Cuanto más generosas sean las protecciones de los AII para los inversores, mejor considerada estará la jurisdicción como sede de entidades con fines específicos. Los bufetes de abogados y los proveedores de servicios financieros que se benefician de este tipo de arquitectura empresarial han elaborado publicaciones sobre las ventajas de estructurar la IED a través de su jurisdicción.[124]

Se ha sugerido que la existencia de un acuerdo internacional de inversión directo entre un país de origen y un posible país de destino podría *reducir* los incentivos de las empresas para optar por estructuras en países de tránsito que ofrecen la protección de los tratados.[125] Sin embargo, no hay certeza alguna sobre si la celebración de más acuerdos internacionales de inversión reduciría los incentivos para estructuras a través de terceras jurisdicciones, en parte porque las consideraciones fiscales suelen desempeñar un papel fundamental en este tipo de decisiones. Asimismo, numerosos tratados fomentan la creación de más capas en la estructuración, ya que las estructuras multicapa ofrecen más opciones en caso de demanda.[126]

2. ¿Tienen los AII una función selectiva? ¿Fomentan una «mejor IED» para las transacciones entre las partes del tratado?

En ocasiones se ha sugerido que los AII pueden contribuir a atraer IED de «alta calidad». Aún no se ha planteado ninguna hipótesis sobre la razón por la que los AII podrían tener semejante función selectiva y, en cualquier caso, todavía deben consensuarse los criterios para la calidad de la IED o su medición. Ahora bien, si la protección del inversor en un AII tuviera un efecto selectivo hacia la IED de «alta calidad», los AII podrían ser beneficiosos al menos para las sociedades de origen por este motivo.

---

123 Roos VAN OS/Roeline KNOTTNERUS (2011), «*Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies*», SOMO.

124 Sugerido por Loyens&Loeff, en «*The Netherlands: Sound and Proven Gateway to the world*», octubre de 2007 y «*Fund Briefing for Luxembourg, Belgium and the Netherlands–January 2012*», pág. 14: «Para mantener su atractivo como jurisdicción para sistemas de inversión colectiva, hemos observado, en los últimos años, que los gobiernos del Benelux, en particular Luxemburgo y los Países Bajos, son muy activos al negociar convenios de doble imposición y tratados bilaterales de inversión con nuevos países, especialmente mercados emergentes» [traducción propia]. Específicamente para Singapur, tenemos el caso de VDB Loi; véase también Dechert y, más en general, Clyde&Co. En cuanto a los beneficios y a la facilidad de estructuración, véase asimismo C. Ignacio Suarez ANZORENA/William K. PERRY, «*Protecting Foreign Investments and Arbitration*», In-House Defense Quarterly, verano de 2010, pág. 61.

125 Lauge POULSEN/Jonathan BONNITCHA/Jason Webb YACKEE, «*Analytical framework for assessing costs and benefits of investment protection treaties*», 2013, pág. 5.

126 Véase David GAUKRODGER (2013), «*Los tratados de inversión como derecho de sociedades: demandas de accionistas y problemas de coherencia*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2013/03. «*The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors*» en: OECD Business and Finance Outlook 2016.

Cuando se emplea el concepto de «IED de alta calidad», se asocia con diferentes características:

- inversión que fomenta la formación de capital humano y físico en el país de destino o que tiene efectos indirectos en la economía de destino,[127] o
- inversión que respeta las normas de conducta empresarial responsable.

Los acuerdos internacionales de inversión no suelen contener características textuales asociadas con la selección de lo que se podría definir como «IED de alta calidad». La protección de los AII suele aplicarse indiscriminadamente a todos los activos enumerados en el tratado, que suelen definirse en términos amplios y no se limitan a la IED. Algunos tratados —por ejemplo, los tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos— prevén que la protección del tratado se aplique solo a la inversión que cumpla características como: «compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo».[128] Sin embargo, estas características no introducen filtros para lograr lo que puede entenderse como inversión «de alta calidad».

Lo mismo sucede con los inversores que quedan cubiertos, que suelen definirse conforme a criterios formales. Incluso en los casos en que la protección se limita a los inversores que cumplen ciertos requisitos —como desempeñar una actividad comercial sustancial en el país de destino—, esto no parece tener un efecto selectivo en favor de la inversión de «alta calidad».

Ahora bien, vemos alguna excepción que confirma la regla en el texto de algún tratado: se han encontrado dos acuerdos internacionales de inversión, en una muestra de más 2.500 tratados, que contienen un mecanismo discriminatorio a favor de la «calidad» de la inversión: en el preámbulo del Acuerdo de Libre Comercio entre China y Perú (2009) los signatarios afirman «RECONOCER que este Tratado *debe ser implementado* con el objetivo de elevar el nivel de vida, crear nuevas oportunidades de empleo, reducir la pobreza y [...]» [la cursiva es nuestra]. Asimismo, en un intercambio epistolar para el Tratado Bilateral de Inversión entre Alemania y Grecia (1961), Grecia informa al Gobierno alemán de que la requerida aprobación de inversión extranjera se concedería si, en una evaluación *ex ante* por un órgano designado, la inversión «tiene el objetivo de aumentar la producción o contribuir de otro modo al progreso económico» de Grecia. Al parecer, no se ha hecho ninguna evaluación empírica del efecto selectivo de estas cláusulas.

Ciertas características del tratado en realidad se han interpretado como una *prohibición* de los esfuerzos del gobierno de destino por incrementar la «calidad» de la inversión extranjera que reciben: los requisitos de desempeño del TLCAN, por ejemplo, se consideraba que prohibían las exigencias de los gobiernos de destino en cuanto a investigación y desarrollo, o las prescripciones sobre educación y formación, que podrían tener efectos indirectos en el país de destino.[129]

También podría derivarse un mecanismo de selección de una interpretación específica del término «inversión» en virtud del artículo 25(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

---

127 Véase, por ejemplo, «*The development implications of the Multilateral Agreement on Investment, A report commissioned by the Department for International Development*» (1998), pág. 15; Thomas FAROLE/Deborah WINKLER (eds.), *Making Foreign Direct Investment Work for Sub-Saharan Africa, Local Spillovers and Competitiveness in Global Value Chains*, Grupo Banco Mundial; Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda (2011), «*Evaluation of NZTE investment support activities*», pág. 17.

128 Ejemplo extraído del Tratado Bilateral Uruguay - Estados Unidos (2005) sobre promoción y protección recíproca de inversiones.

129 Caso CIADI n.º ARB(AF)/07/4 (Mobil vs. Canada), Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 de mayo de 2012, párr. 221.

Relativas a Inversiones (CIADI). Inspirado por una frase del preámbulo de este convenio,[130] un tribunal ha hecho una controvertida[131] sugerencia al afirmar que una «*contribución al desarrollo económico del país de destino*» podría ser un elemento constitutivo de una inversión en el marco del Convenio del CIADI y, por ende, quedar dentro de su competencia *ratione materiae*.[132] Hasta ahora no se conoce ningún asunto en que el tribunal del CIADI haya negado su jurisdicción en este sentido. Si se declarara no competente, los demandantes probablemente evitarían el CIADI y llevarían el asunto a otro tribunal ofrecido como foro en la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión[133] para eludir el criterio adicional.

Mientras que los tratados a veces contienen menciones asociadas a la conducta empresarial responsable, las cláusulas que se observan actualmente en estos documentos no están diseñadas para favorecer inversiones individuales que cumplan estos criterios; en realidad, contienen referencias en preámbulos u obligaciones para los estados emisores o receptores.[134] Hasta ahora no se ha encontrado ninguna cláusula en tratados que limite la protección a las inversiones que cumplan ciertos criterios de «calidad», en particular los criterios de calidad que suelen asociarse con la «IED de alta calidad». Se podría argumentar que ciertos AII condicionan la protección de los tratados a si las inversiones se han hecho «de acuerdo con la legislación nacional del país de destino»; esta cláusula no selecciona *per se* las inversiones de calidad, pero invoca a la legislación nacional del país de destino.

Sin embargo, la ausencia de base textual en los tratados no excluye la presencia de un mecanismo de selección. La teoría económica sugeriría que la ayuda de los acuerdos internacionales de inversión a los inversores cubiertos, mediante el equivalente de un seguro gratuito contra ciertos riesgos políticos, sería mayor para las inversiones en sectores sensibles a cambios regulatorios o expropiaciones, o sectores con una proporción más elevada de costos irrecuperables;[135] aquí entrarían diferentes sectores, como la extracción de recursos, que suelen ir asociados con consecuencias para el medio ambiente o la salud, y

---

130 El preámbulo del Convenio del CIADI menciona lo siguiente: «Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado; […]».

131 Christoph SCHREUER (ed.) (2009), «The ICSID Convention: A Commentary (2nd Ed.)», párrs. 164-169; Emmanuel GAILLARD/Yas BANIFATEMI (2015), «*The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment*», en: *Building International Investment Law, the First 50 Years of ICSID*A. Rigo SUREDA (2012), «*Investment Treaty Arbitration: Judging Under Certainty*», pág. 73.

132 *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. vs. Reino de Marruecos,* Caso CIADI n.º ARB/00/4, laudo en materia de jurisdicción (23 de julio de 2001), párr. 52: «Los criterios que deben aplicarse para definir una inversión según el Convenio serían más fáciles de definir si hubiera laudos que negaran la competencia del Centro con base en la transacción originaria de la controversia. […] La doctrina generalmente considera que la inversión infiere: contribuciones, una cierta duración de desempeño de contrato y una participación en los riesgos de la transacción. Al leer el preámbulo del Convenio, uno puede añadir la contribución al desarrollo económico del estado receptor de la inversión como condición adicional» [traducción propia].

133 Según Joachim POHL/Kekeletso Mashigo/Alexis NOHEN (2012), «*Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/02, pág. 21, más del 50% de los tratados analizados proponían más de un tribunal.

134 Kathryn GORDON/Joachim POHL/Marie BOUCHARD (2014), «*Legislación en materia de tratados de inversión, desarrollo sostenible y conducta empresarial responsable: encuesta de investigación*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2014/01.

135 BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime», pág. 161. Andrew KERNER/Jane LAWRENCE (2012), «What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation*», British Journal of Political Science, 44, pág. 107 (108).

sectores que es más probable que sean objeto de regulaciones o que tengan activos de inversión fijos en su mayor parte.

Por el momento, no se ha llevado a cabo ningún estudio empírico para comprobar si los AII inducen a una selección de la inversión que sea «IED de alta calidad» o particularmente beneficiosa para las sociedades de destino. Sin embargo, se han encontrado tres estudios que evalúan la capacidad de respuesta de la IED ante los acuerdos internacionales de inversión en relación con parámetros o sectores industriales específicos. En primer lugar, un estudio sobre la IED por sector industrial en 12 países de la Europa Central y del Este concluía que la IED en minería responde mejor a los AII que la IED en servicios públicos.[136] En segundo lugar, un estudio reciente sugiere que la presencia de un tratado bilateral de inversión que contiene disposiciones de solución de diferencias entre inversores y estados tiene una correlación con la inversión en infraestructura en países en vías de desarrollo, pero no con la IED en general;[137] el estudio no valora la correlación con otros sectores específicos. Por último, un estudio econométrico basado en datos a nivel de empresa de adquisiciones de reservas de petróleo descubrió que, en dicho sector, la percepción de necesidad de protección de AII y la capacidad de beneficiarse de ello depende de las características de la empresa (sobre todo de si se trata de una empresa estatal) y del tamaño de la reserva.[138]

Ninguno de estos hallazgos se puede considerar una prueba de que los AII tengan un efecto selectivo a favor de la inversión de «IED de más calidad». El supuesto de que la IED genera beneficios para la sociedad gracias a una función selectiva a favor de la IED «de alta calidad», por tanto, carece de respaldo empírico por el momento.

3. ¿Los acuerdos internacionales de inversión retrasan o evitan posibles desinversiones?

Con independencia del efecto de *atracción* de nuevas inversiones (un efecto que los AII podrían tener o no), los tratados podrían incidir en la *retención* de la inversión extranjera existente, una inversión que se retiraría si percibiera un deterioro de las condiciones para los inversores extranjeros de un país determinado. Según esta hipótesis —que recientemente se ha puesto sobre la mesa en los debates sobre políticas de la OCDE, aunque todavía no se ha abordado empíricamente—, los inversores extranjeros optarían por aplazar o no implementar posibles decisiones de desinversión gracias a la presencia de un acuerdo internacional de inversión. Lógicamente, de sentirse protegidos por un AII, los inversores aguantarían más; por el contrario, los inversores que carecieran de dicha protección desinvertirían tan pronto como las condiciones apuntaran a un deterioro.[139]

---

136 Liesbeth COLEN/Damiaan PERSYN/Andrea GUARISO (2014), «*What type of FDI is attracted by bilateral investment treaties?*», documento de debate de LICOS 346/2014; el estudio no revela si la atribución del sector económico en el estudio opta por la compañía matriz o la filial del país de destino.

137 Sarah DANZMAN (2016), «*Contracting with whom? The differential effects of investment treaties on FDI*», International Interactions: Empirical and Theoretical Research in International Relations 42, pág. 452.

138 Srividya JANDHYALA/Robert WEINER (2014), «*Institutions sans frontières: International agreements and foreign investment*», Journal of International Business Studies 45(6), 649-669 (publicación del mismo autor y con el mismo resumen disponible de forma gratuita en: http://economics.ca/cree2012/paper/018.pdf, pág. 13).

139 La protección retroactiva de la inversión existente, que aparece en muchos acuerdos internacionales de inversión, se podría argumentar que cumple esta función: dado que esta característica del tratado no atrae inversión *adicional —véase Gus VAN HARTEN (2010), «Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*», Trade, Law and Development, pág. 19 (30)—, podría explicarse por el motivo de retener la inversión existente; hay muchas otras situaciones que pueden explicar por qué los tratados incluían esta cláusula antes.

Algunos de los análisis econométricos de la correlación entre AII e IED referidos anteriormente podrían incluir en sus indicadores el impacto de los AII en la desinversión; podría aplicarse sobre todo a estudios que valoren el volumen agregado de IED a más largo plazo y, así, observar los flujos o posiciones netas de IED.

Aparentemente no se ha hecho ningún intento de estudiar directamente el comportamiento diferencial de las empresas protegidas por tratados en comparación con las empresas que carecen de dicha protección, un enfoque que requeriría datos a nivel de empresa y un amplio conocimiento de su estructura de propiedad y la cobertura resultante del tratado. Por otro lado, otros obstáculos dificultan la comprobación empírica de si la cobertura del tratado influye en el comportamiento de la empresa en un entorno con una evolución desfavorable; por ejemplo, esa evolución desfavorable puede ser específica de la empresa[140] y el deterioro generalizado podría dificultar la desinversión sin incurrir en mayores pérdidas derivadas de la caída de los precios y la ausencia de compradores para los activos en desinversión. Asimismo, la posibilidad de vender los activos puede ser específica del sector.

Actualmente no se dispone de pruebas que corroboren la hipótesis de que los AII retrasan o evitan la desinversión de empresas extranjeras en caso de evolución desfavorable de los países de destino.

4. Papel de los AII en la solución o creación de distorsiones en los mercados

La protección del inversor de los AII a veces se compensa con actuaciones para corregir las distorsiones existentes en los mercados—concretamente, diversas formas de discriminación basada en la nacionalidad[141] o por la falta de presencia de los extranjeros en la política—[142] que los inversores extranjeros supuestamente afrontan al invertir más allá de sus fronteras. Por otro lado, se apunta que los extranjeros disfrutan de privilegios y de influencia ante el poder político de los gobiernos de destino, por la

---

140 En Daniel J. BLAKE/Caterina MOSCHIERI (2017), «*Policy Risk, Strategic Decisions and Contagion Effects: Firm-Specific Considerations*», Strategic Management Journal, 38: 732-750 (en 734), se sugiere que los gobiernos podrían discriminar entre empresas extranjeras según su comportamiento.

141 Por ejemplo, en el «*CAFTA Policy Brief*» de julio de 2007, la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos afirmaba lo siguiente: «Los acuerdos inversión de los Estados Unidos reducen o eliminan las discriminaciones contra los inversores americanos en los mercados extranjeros. Dichos acuerdos contribuyen a incrementar la eficiencia económica y los ingresos reales de los Estados Unidos, y amplían el comercio de bienes y servicios de los Estados Unidos». Véase Rodolphe DESBORDES/Julien VAUDAY (2007), «*The Political Influence of Foreign Firms in Developing Countries*» Economics and Politics, 19(3), págs. 421-451, sobre la «responsabilidad política del hecho de ser extranjero».

142 En Charles N. BROWER/Lee A. STEVEN (2001), «*Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*», Chicago Journal of International Law: vol. 2: n.º 1, pág. 196, se señala que el hecho de que los inversores extranjeros no tengan participación política les hace vulnerables: «[…] Los intereses de los inversores externos son más vulnerables que los de los inversores locales porque, como foráneos, no se les permite la participación directa en los procesos políticos del estado de destino y, por tanto, necesitan una mayor protección a nivel internacional» [traducción propia]. Del mismo modo, Andrej AUERSPERGER MATIĆ (2017) «*Transatlantic Trade and the Case for Investment Protection*», The German Marshall Fund of the United States, postula en la pág. 13: «[…] ante cualquiera de las cifras realistas, las empresas extranjeras simplemente no están en una situación comparable a las nacionales cuando acceden a nuevos mercados e inician nuevas operaciones económicas. Carecen de peso político, no tienen «voz» en el proceso político del país de destino y tampoco cuentan con los conocimientos que suelen ser necesarios para crear y desarrollar un negocio en un lugar concreto» [traducción propia].

creíble amenaza de llevarse las empresas a otro país,[143] y también se dice que los AII, en realidad, introducen distorsiones en los mercados en detrimento de los inversores nacionales.[144]

Las distorsiones de los mercados pueden reducir la eficiencia económica, ya que favorecen a las empresas menos competitivas a costa de competidores más eficientes. Si los AII desempeñasen un papel en la corrección (o la generación) de las distorsiones del mercado, podrían aumentar (o reducir) la eficiencia económica y, así, generar costos o beneficios para la sociedad, con independencia del volumen real de inversión extranjera de una economía concreta.[145]

Para comprobar si los AII inciden en la solución o creación de distorsiones en los mercados, deben valorarse dos condiciones: 1) hasta qué punto el mercado muestra un sesgo a favor o en contra de los inversores extranjeros, en comparación con las empresas nacionales, y 2) si los AII están diseñados para corregir dichas distorsiones.

1) ¿Existen distorsiones en el mercado a favor o en contra de los inversores extranjeros?

Las evaluaciones empíricas para comprobar la existencia de un sesgo *a favor* o *en contra* de los extranjeros —o si las condiciones son equiparables— son casos aislados. Mientras que los estudios sobre el trato *absoluto* de los extranjeros en los mercados extranjeros se han descrito en la literatura, solo se han identificado estudios puntuales de valoración del trato *relativo* de los extranjeros con respecto a los inversores nacionales.[146] En general, la limitada literatura empírica sugiere que las empresas extranjeras reciben un trato preferencial con respecto a las empresas nacionales: un estudio basado en las Encuestas de Empresas del Banco Mundial, por ejemplo, concluía que en los países de ingresos bajos y medianos, las empresas extranjeras suelen disfrutar de un mejor trato que las empresas nacionales. Otros estudios basados en la Encuesta mundial sobre el ambiente de los negocios (World Business Environment Survey o

---

143 Véase, por ejemplo, Rodolphe DESBORDES/Julien VAUDAY (2007), «*The Political Influence of Foreign Firms in Developing Countries*» Economics and Politics, 19 (3), págs. 421-451.

144 Jonathan BONNITCHA/Emma AISBETT (2010), «*Submission to the Productivity Commission's Review of Bilateral and Regional Trade Agreements*», pág. 4, para más referencias; los autores sugieren lo siguiente: «todo sistema de responsabilidad que requiera que el gobierno compense a los inversores extranjeros por las pérdidas económicas que no llevan aparejado un sistema equivalente de protección para los demás actores económicos alentará a los decisores a sobrevalorar los intereses de los inversores extranjeros», pág. 8 [traducción propia]. Simon LESTER (2013), «*Liberalization or Litigation? Time to Rethink the International Investment Regime*», CATO Institute. Kenneth VANDEVELDE (2000), «*The Economics of Bilateral Investment Treaties*», 41, Harvard International Law Journal, 469. Emma AISBETT/Larry KARP/Carol MCAUSLAND (2006), «*Regulatory Takings and Environmental Regulation in NAFTA's Chapter 11*». UC Berkeley: Department of Agricultural and Resource Economics, UCB. Documento de trabajo CUDARE n.º 1014. Emma AISBETT (2015), «*A Welfare Economic View of International Investment Agreements*», Presentación de la XXIII Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión de la OCDE; véase asimismo el resumen del debate de la XXIII Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión.

145 Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 135, apuntan que un incremento en la inversión extranjera en presencia de un tratado estaría en consonancia con la hipótesis de que los AII introducen distorsiones en losl mercados a favor de los extranjeros.

146 Emma AISBETT/Lauge POULSEN (2016), «*Relative Treatment of Aliens: Firm-level Evidence from Developing Countries*», Documento de trabajo de GEG n.º 122. Debe señalarse que existe una línea de estudio que evalúa el trato *absoluto* de los extranjeros por parte de los gobiernos de destino; estos estudios no presentan interés en el caso que nos ocupa, ya que el tema es irrelevante para la cuestión de si los extranjeros están en desventaja en comparación con los inversores nacionales. El trato absoluto de los extranjeros también tiene un papel en el objeto de este estudio, pero se valora en otros apartados de este documento.

WBES) observaban que, en los países en vías de desarrollo, las empresas extranjeras disfrutaban de un mejor clima comercial que las nacionales; en particular, tenían una menor presión normativa y fiscal.[147]

Ninguno de estos estudios distinguía entre el trato que recibían los inversores extranjeros que estaban cubiertos por un tratado y los que no. En consecuencia, mientras que la literatura sugiere que la balanza se inclina a favor de los inversores extranjeros —al menos en las economías desarrolladas o de transición, donde se suele pensar que los AII tienen el mayor peso—, se hace imposible determinar si ese resultado se debe a una función «correctora» de los AII o a si los inversores extranjeros disfrutan de privilegios incluso sin AII (quizá en menor medida). Los datos empíricos actualmente disponibles no permiten excluir por completo el hecho de que los inversores extranjeros estén en desventaja con respecto a las empresas nacionales en mercados extranjeros.

2) ¿El diseño de los AII es adecuado para corregir las distorsiones de mercado observadas?

Dos características de los AII están pensadas para corregir supuestas distorsiones de mercado dirigidas contra los inversores extranjeros. Por un lado, las disposiciones en materia de trato nacional —presentes en la gran mayoría de AII— exigen que a las empresas extranjeras se les brinde un trato al menos igual de favorable que a las empresas nacionales.[148] Por otro lado, la disponibilidad de arbitraje internacional —y, por tanto, el hecho de que se vean los asuntos fuera de los tribunales nacionales del país de destino «predispuestos contra los extranjeros», según se argumenta,[149] o disfuncionales— y el trato «justo y equitativo» garantizado por los tratados se considera que compensan las supuestas desventajas.

En cuanto a las disposiciones en materia de trato nacional, la prescripción de un trato *relativamente* equitativo se considera en principio un medio apropiado para corregir cualquier supuesta distorsión. Según se ha visto, tan solo en un pequeño número de las controversias entre inversores y estados se ha alegado incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el trato nacional,[150] pero hay varios factores que podrían traducirse en este resultado y que en realidad no guardan relación con el trato a los extranjeros.

Establecer un régimen especial —con derechos sustanciales diferenciados, medidas correctoras diferentes y derechos procesales distintos de los disponibles para los inversores nacionales— parece poco apropiado para remediar el supuesto sesgo, porque en realidad no abordaría concretamente las supuestas desventajas. El régimen especial podría crear ventajas que superasen las posibles desventajas que los inversores extranjeros pudieran experimentar, pero también podría suceder que ese régimen especial se siguiera quedando corto para compensar cualquier desventaja que los extranjeros pudieran afrontar.

En conclusión, las alegaciones de que los AII bien corrigen o generan distorsiones de mercado actualmente no están respaldadas por pruebas empíricas concluyentes.

---

147 Rodolphe DESBORDES/Julien VAUDAY (2007), «*The Political Influence of Foreign Firms in Developing Countries*», Economics and Politics, 19 (3), págs. 421-451. Yasheng HUANG (2005), «*Are Foreign Firms Privileged By Their Host Governments? Evidence From The 2000 World Business Environment Survey*», Documento de trabajo de MIT Sloan School of Management 4538-04.

148 BIAC (2016) «*Why International Investment Agreements Matter*», pág. 2.

149 Charles N. BROWER/Lee A. STEVEN (2001), «*Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*», Chicago Journal of International Law: vol. 2: n.º 1, pág. 196.

150 Lise JOHNSON/Lisa SACHS (2016), «*The Outsized Costs of Investor-State Dispute Settlement*», aib Insights, vol. 16, n.º 1, pág. 12.

5. Costos de los AII

La creación y la existencia de acuerdos internacionales de inversión —y el sistema de AII en general— genera costos directos que deberían preverse en el cálculo de costos y beneficios para la sociedad de los AII. Estos costos directos son distintos de los «costos» que pudieran derivarse indirectamente de las opciones políticas inducidas por los tratados y que se analizan en otra parte del presente documento.

Los costos directos incluyen los gastos de negociación y gestión de los acuerdos; las contribuciones reales a la infraestructura jurídica vinculada al tratado, y las posibles responsabilidades que pudieran derivarse de demandas interpuestas en virtud de las disposiciones de protección del inversor en el marco de un AII. Esto último puede incluir gastos de defensa en caso de demanda, el mecanismo de solución de controversias y la posible reparación.

La mayoría de los aspectos relacionados con los costos de los AII no han sido objeto de estudio significativo y existe muy poco material de documentación al respecto. Además, salvo en contadas ocasiones, los gobiernos no suelen prever en sus presupuestos o balances la mayoría de estos gastos, en concreto, los costos por contingencias derivadas de litigios, bien sea *ex ante* o *ex post*. Estos factores dificultan la valoración fiable y completa de dichos costos; las consideraciones que siguen, por tanto, podrían ser incompletas y aproximadas.

a. Costos de negociación puntuales

Los costos de negociación de los AII no parece que se hayan estudiado y los gobiernos han publicado poca información al respecto. Sin embargo, podemos afirmar que estos costos de negociación varían ampliamente y dependen de los países implicados en las negociaciones, la complejidad del acuerdo, el empleo de modelos para ese acuerdo y las prescripciones internas que existan para la conclusión y la ratificación de los tratados.

En el extremo inferior de la horquilla de costos, se encuentran ciertos tratados supuestamente concluidos mediante intercambios escritos o con escasos encuentros de negociación.[151] En otros casos —en particular, disposiciones de inversión en tratados bilaterales de inversión y acuerdos comerciales preferenciales más recientes—, las negociaciones han exigido esfuerzos considerables con equipos amplios y costos en consecuencia. Por ejemplo, a mediados de 2016, la negociación de un posible tratado bilateral de inversión entre la República Popular China y los Estados Unidos necesitó 24 rondas de negociación.[152] A las negociaciones del Acuerdo de Asociación Transpacífico, más amplio, que cubre el comercio y otras

---

151 Véase las documentación parlamentaria para las negociaciones de los tratados de Suiza con Serbia y Montenegro, Guyana, Azerbaiyán, Arabia Saudita y Colombia. En el caso de Guyana, las negociaciones no necesitaron de reuniones presenciales, y con Serbia, las negociaciones se concluyeron en el segundo encuentro de los negociadores. Lauge POULSEN/Emma AISBETT (2015), «*Diplomats Want Treaties: Diplomatic Agendas and Perks in the Investment Regime*» documento de trabajo de GEG n.º 112, pág. 17, informan de que la negociación para el Tratado Bilateral de Inversión entre los Estados Unidos y Granada (1985), «se concluyó tras una hora de "negociaciones", durante una visita hospitalaria a Washington del primer ministro de Granada» [traducción propia]. Lauge POULSEN (2014), «*Bounded rationality and the diffusion of modern investment treaties*», *International Studies Quarterly*, 58, pág. 1.

152 En el momento de redactar este documento, a mediados de 2017, las negociaciones de dicho tratado todavía no han consensuado el texto definitivo.

disposiciones junto con contenido de inversión, se considera que Nueva Zelanda le ha dedicado el equivalente de 2,8 millones de dólares estadounidenses, 1,75 de los cuales en dietas de viaje.[153]

Además de los costos de negociación de cada acuerdo internacional de inversión, algunos de los instrumentos multilaterales que participan de la infraestructura jurídica asociada a estos AII también generan costos de negociación; entre otros, las negociaciones del Convenio del CIADI y los instrumentos relacionados, así como diversas normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje y transparencia. No todos estos costos se limitan estrictamente a los AII, pues muchos de estos instrumentos también tienen otros usos y propósitos; por ejemplo, para solución de diferencias en contratos.

Hasta el momento, no parece que haya líneas de investigación dedicadas a obtener una estimación de dichos costos, más allá de casos aislados.

b. Gastos recurrentes de gestión, instituciones e infraestructura legal para los tratados

Además de los costos de negociación extraordinarios, los acuerdos internacionales de inversión pueden generar gastos ordinarios para la gestión, las instituciones y la infraestructura legal en relación con esos acuerdos.

Ciertos AII, sobre todo los tratados más recientes y, en particular, los acuerdos comerciales preferenciales con contenido de inversión nombran a órganos consultivos para implementar el tratado; estos órganos pueden generar costos recurrentes. También pueden surgir otros costos recurrentes por la infraestructura institucional asociada a acuerdos concretos; por ejemplo, el Tratado sobre la Carta de la Energía (Italia decidió retirarse de dicho Tratado en 2015 aduciendo un posible ahorro de 450.000 euros anuales).[154]

c. Costos asociados a la solución de diferencias y a los laudos

Los mecanismos de solución de diferencias previstos por los AII, especialmente entre inversores y estados,[155] generan costos adicionales, y pueden ser costos recurrentes u ocasionales.

1) Costos recurrentes asociados a la solución de diferencias

De la infraestructura legal e institucional asociada a los mecanismos de solución de diferencias en el marco de los acuerdos internacionales de inversión, se derivan ciertos gastos de recurrentes. Estos mecanismos suelen ir ligados a *honorarios*, no a *cuotas*: los litigantes se hacen cargo de los costos de los órganos judiciales caso por caso. Además, existen diferentes acuerdos con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

En parte, el CIADI cubre sus gastos con los ingresos generados durante los procedimientos arbitrales, pero el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF, parte del grupo Banco Mundial) también hace aportaciones en especie al CIADI: locales, servicios, personal y consultores, entre otros. Si bien el

153 «*MFAT alone spent more than $4m negotiating TPP*», RadioNZ, 27 de febrero de 2017.

154 LEGGE, 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, párrafo 318 y Anexo 8.

155 Los mecanismos de solución de diferencias entre estados, aunque se describen sistemáticamente en los AII, se han usado muy poco hasta la fecha. Por ello, los costos asociados a este tipo de procedimientos no se tienen en cuenta en este documento.

CIADI no tenía que exigir que los estados contratantes le pagasen una cuota —aunque su estatuto prevé esa posibilidad—,[156] en última instancia el BIRF paga esa contribución en especie. El valor declarado de sus contribuciones en especie a las operaciones del CIADI últimamente se ha situado en torno a los 3 millones de dólares estadounidenses anuales,[157] y esas contribuciones en especie por más de 50 años desde la creación del CIADI suman en torno a los 68 millones de dólares estadounidenses (precios de 2016).[158]

Ciertas propuestas recientes para establecer un sistema de solución de controversias basado en tribunales podrían cambiar este enfoque, por lo que se pasaría a un funcionamiento por contribución.

2) Costos ocasionales asociados a la solución de diferencias

Además de los costos de enjuiciamiento, las causas que se amparan en tratados de inversión implican otros costos, que a veces pueden ser importantes. Esos costos consisten en los gastos de defensa en caso de controversias y, si cabe, en su debida reparación.

Los estados signatarios de acuerdos de inversión pueden controlar hasta cierto punto si se generan gastos y a cuánto ascienden. Los gastos de defensa serían mínimos si no se produjeran demandas y, si no se perdieran las controversias, no habría indemnizaciones tras los procesos judiciales. Ahora bien, ese control solo existe, como decíamos, hasta un cierto punto: pueden generarse gastos de defensa por casos manifiestamente desprovistos de fundamento y cualquier gobierno puede quedar expuesto a esa situación.[159] Algunos AII contienen mecanismos como asignar las costas al demandante para desalentar la interposición de demandas sin fundamento[160] y el Convenio del CIADI también permite desestimar las demandas sin fundamento en una etapa temprana, como mecanismo para limitar las costas en algunos casos. Sin embargo, el uso y la efectividad de estas iniciativas no se han valorado empíricamente.

Aun cuando un proceso de defensa del gobierno contra una demanda tiene éxito, puede que deba hacerse cargo de ciertos costos, ya que, según las normas de asignación de costas en el contexto de los AII, las costas no recaen sistemáticamente en la parte que pierde el proceso. Si los tratados prevén la asignación de las costas en caso de litigio, en la mayoría de los casos se estipula que cada parte se haga cargo de sus

---

156 La posibilidad de pedir una contribución valorada a los estados contratantes se prevé en el punto 18 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

157 En virtud del Memorándum sobre Arreglos convenido entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [AC/66/6], de 1966, y disponible en el Anexo 5 del Informe Anual del CIADI 1966-1967, el BIRF brindará ciertos servicios y locales al Centro, incluido personal y consultores. Para obtener datos más detallados sobre la valoración del justo valor de estas contribuciones en especie, véanse los distintos informes anuales.

158 Esta cifra agregada se ha calculado en la Secretaría de la OCDE a partir de los estados financieros del CIADI, que se pueden encontrar en los informes anuales desde 1967 hasta 2016, y para ello se ha aplicado el índice de precios al consumo de los Estados Unidos (promedios anuales) extraídos del Ministerio de Trabajo de los Estados Unidos – Bureau of Labour Statistics para el ajuste del valor nominal en dólares estadounidenses con respecto a los valores de 2016.

159 En 2014, un 40% de las demandas contra estados desarrollados —estados reputados por estar bien gobernados; países como Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Grecia y los Estados Unidos— han sido parte demandada en causas multimillonarias. Diana ROSERT (2014), «*The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*», Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, pág. 2 y Cuadro A1.

160 Un estudio de más de 1.600 AII realizado en 2012 —por lo que no se incluyen los tratados más recientes— concluyó que solo 10 tratados de la muestra imponían todas las costas al demandante en caso de demanda sin fundamento; véase POHL/Kekeletso MASHIGO/Alexis NOHEN (2012), «*Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base*», *Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional* 2012/02, Publicaciones OCDE, pág. 35.

propias costas, con independencia del fallo de la causa.[161] En ausencia de dichas normas en los tratados, la asignación de costas dependerá de lo estipulado en las normas aplicadas al arbitraje. Las normas del CIADI dejan esa decisión en manos de los responsables del proceso de arbitraje, que asignarán las costas atendiendo a distintos factores, incluido el comportamiento durante procedimiento.[162] Por otro lado, las normas de la CNUDMI estipulan, en principio, que las costas se asignan a la parte vencida, a discreción del tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.[163]

En la práctica, no es habitual que los tribunales de inversión impongan las costas a la parte vencida. La completa imposición de las costas a la parte vencida solo se ha producido en menos del 10% de los casos, aunque desde 2006 se ha observado una tendencia al traslado de costas.[164] No parece haber mucha coherencia en las decisiones de asignación de costas,[165] pero se ha observado que es un poco menos frecuente asignar las costas a la contraparte cuando el que pierde es un inversor demandante, en comparación a cuando el que pierde es un estado demandado; así, parece que los estados vencidos deben hacerse cargo de las costas con más frecuencia que los inversores vencidos.[166]

Mientras que el traslado de costas puede reducir los gastos jurídicos del gobierno y los gastos de consultoría de expertos cuando prevalece su postura, el gobierno puede aumentar su responsabilidad por costas y sus gastos en expertos cuando su defensa no tiene éxito en una demanda.

En cuanto a los costos absolutos de defensa en caso de demanda, una serie de estudios han calculado el promedio de costos general en casos de arbitraje. Aplicando un promedio por caso, se consideró que ascendían a más de 8 millones de dólares estadounidenses en 2011[167] y a casi 10 millones de dólares estadounidenses en 2014[168]. Algunos asuntos han generado costos significativamente más elevados,

---

161 Joachim POHL/Kekeletso MASHIGO/Alexis NOHEN (2012), «*Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base*», *Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional* 2012/02, Publicaciones OCDE, pág. 35.

162 Convenio del CIADI, art. 61(6).

163 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 42 y Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), art. 42. Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas de inversión

164 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, pág. 22. Matthew HODGSON (2014), «*Counting the costs of investment treaty arbitration*», Global Arbitration Review, 24 de marzo de 2014, pág. 7. Diana ROSERT (2014), «*The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*», Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, pág. 13, con referencia a Borzu SABAHI (2011), «Compensation and restitution in investor-state arbitration: Principles and practice», pág. 163.

165 Susan FRANCK (2011), «*Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*», Washington University Law Review, 88:4, pág. 769.

166 Matthew HODGSON (2014), «*Counting the costs of investment treaty arbitration*», Global Arbitration Review, 24 de marzo de 2014, pág. 7.

167 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, pág. 19.

168 Matthew HODGSON (2014), «*Counting the costs of investment treaty arbitration*», Global Arbitration Review, 24 de marzo de 2014, págs. 2-3; se concluyó que el promedio de costos estaba en torno a 6 millones de dólares estadounidenses por caso en este estudio. Susan FRANCK (2007), «*Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*», North Carolina Law Review, pág. 68, informa de cifras más bajas en general,

incluido un caso reciente en que los costos superaron los 120 millones de dólares estadounidenses.[169] Las costas de los demandantes y de los estados demandados fueron bastante similares, en torno a 4,5 millones de dólares estadounidenses por caso en promedio.[170]

De media, entre el 80%[171] y el 90%[172] de los gastos totales de un caso se destinan a los honorarios y gastos de los expertos y a la asesoría jurídica; los honorarios del tribunal de arbitraje se sitúan en promedio en torno al 16% y los costos institucionales se limitan al 2% de los costos generales, aproximadamente. Aunque contar con expertos internos para defender las demandas que surjan en el marco de tratados —estrategia elegida por países como Argentina, Canadá y los Estados Unidos— reduce los costos, todavía no ha sido objeto de una evaluación completa.

Se desconoce la cantidad que se destina a litigios en el marco de tratados. Ahora bien, si el promedio reciente fuera representativo de los más de 800 casos de solución de diferencias entre inversores y estados conocidos hasta mediados de 2017,[173] se habrían gastado casi 6.500 millones de dólares estadounidenses en honorarios y gastos por casos de solución de diferencias entre inversores y estados hasta el momento. Una parte significativa de esa cantidad recayó en los estados de la parte demandada, prácticamente el 50% o más de 3.000 millones de dólares estadounidenses, si se aplican las estimaciones mencionadas anteriormente.

A veces se encuentra información desagregada en laudos y, en contadas ocasiones, en presupuestos del gobierno.[174] Numerosos gobiernos evitan proporcionar información sobre sus provisiones legales de defensa de casos de solución de diferencias entre inversores y estados. El gobierno australiano, por

---

pero basa sus datos en un conjunto de 102 decisiones judiciales, de las cuales solo 17 contenían datos sobre costos.

169 En la causa *Yukos*, los costos incurridos por los demandantes para asesoramiento jurídico ascendieron a 80 millones de dólares estadounidenses y la parte demandada pagó 31,5 millones; los costos para el tribunal ascendieron a 11 millones; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian Federation*, Laudo final, 18 de julio, caso de la CPA n.º AA227, párrs. 1688, 1827, 1830.

170 Matthew HODGSON (2014), «*Counting the costs of investment treaty arbitration*», Global Arbitration Review, 24 de marzo de 2014, pág. 2.

171 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, pág. 19.

172 Matthew HODGSON (2014), «*Counting the costs of investment treaty arbitration*», Global Arbitration Review, 24 de marzo de 2014.

173 No se dispone de una lista completa de los casos de solución de diferencias entre inversores y estados hasta la fecha. Sin embargo, a 2014 se habían identificado 775 demandas de arbitraje relacionadas con inversiones (véase Cedric DUPONT/Thomas SCHULTZ/Merih ANGIN (2015) «*Political Risk and Investment Arbitration: An Empirical Study*» Journal of International Dispute Settlement, 2016, Forthcoming King's College London Law School Research Paper n.º 2016-03). La UNCTAD había registrado 817 demandas amparadas en tratados a 31 de julio de 2017.

174 A finales de 2016, se hizo público que Corea había reservado el equivalente de 42 millones de dólares estadounidenses para la defensa de tres casos de solución de diferencias entre inversores y estados en un periodo no especificado, véase «*Korea spends 50 billion won in ISD battles*», Yonhap News Agency, 21 de noviembre de 2016.

ejemplo, se mostró reticente a divulgar los gastos asociados a la defensa de su primer caso conocido mientras el procedimiento no se resolviera.[175]

También pueden generarse gastos legales y pago de honorarios en caso de recursos de anulación, de acciones (raramente necesarias) para ejecutar la sentencia y de litigios nacionales que ocasionalmente se producen en el contexto de la ejecución de la sentencia judicial y que no están incluidos en los estudios citados anteriormente. Parece que estos costos no se han valorado hasta el momento, aunque deberían incluirse en el recuento de costos generales del mecanismo de solución de diferencias.

La compensación ordenada en los laudos impone a veces cargas financieras significativas a los estados y tener en cuenta esos costos de los acuerdos internacionales de inversión es complicado al menos por dos razones: por un lado, los estados normalmente acatan los laudos dictados contra ellos, pero no siempre; por ello, estamos ante una información incompleta sobre si esos costos realmente se materializan;[176] por otro lado, el incumplimiento de los derechos de los inversores extranjeros podría tener consecuencias, también financieras, en virtud de la legislación nacional, no solo conforme a los acuerdos internacionales de inversión. Ahora bien, los AII suelen dictar una compensación financiera, mientras que la legislación nacional suele exigir medidas correctoras de primer orden que comportan costos más bajos o, al menos, menos visibles,[177] y los AII pueden contener normas más favorables que la legislación nacional con mayores costos por los laudos arbitrales.

Considerando las dificultades para comparar el resultado de las demandas según la legislación nacional en sistemas jurídicos individuales con los resultados de solución de diferencias entre inversores y estados al amparo de AII, no se pretende en este momento emitir una valoración definitiva del diferencial de costos derivados de estas controversias. Cabe tener en cuenta, sin embargo, que los mecanismos de litigio basados en tratados generan costos ocasionales considerables en el contexto de las demandas amparadas en tratados que los estados no pueden evitar con seguridad.

d. Compensación por ahorros y ganancias

Parte de los costos mencionados anteriormente pueden quedar compensados por ahorros o ganancias: los costos de los procedimientos de arbitraje internacional a veces pueden sustituir a los costos judiciales en instancias judiciales nacionales. Asimismo, puede que los gobiernos o las sociedades ganen algo con la medida que impulsó la demanda por compensación (es el caso, por ejemplo, de la propiedad del activo en el contexto de una expropiación directa);[178] en dichos casos, la cantidad de compensación no se corresponde sistemáticamente con una pérdida neta.

La valoración de los ahorros y las ganancias es compleja y específica de cada caso, y no parece que se haya llevado a cabo ningún análisis empírico para valorar dichas compensaciones. Los costos de litigios nacionales podrían ser diferentes de los costos de arbitraje internacional; las costas pueden asignarse de

---

175 Australian Productivity Commission, «*Trade&Assistance Review 2013-14*», pág. 163.

176 Susan FRANCK (2007), «*Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration*», North Carolina Law Review, pág. 65, nota a pie de página 285.

177 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, págs. 24-27 y Anexo 4.

178 En el trabajo de Krzysztof PELC (2016), «*Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?*», pág. 2, se observa que en casos de «expropiación indirecta», el estado que expropia no suele obtener ningún ingreso del supuesto acto de expropiación.

manera más sistemática a la parte vencida, dependiendo de las normas aplicables en un contexto nacional concreto; y las costas soportadas por las partes podrían no reflejar los gastos reales del litigio. En ocasiones, el arbitraje podría seguir o ser conducido en paralelo con procedimientos nacionales, de modo que la solución de diferencias entre inversores y estados produciría costos adicionales, en vez de compensar los costos de los procedimientos nacionales.

B. Efectos de la protección al inversor de los AII en la gobernanza nacional e internacional

Aparte de sus efectos económicos, los AII pueden tener una serie de consecuencias para la gobernanza tanto nacional como internacional. En particular, se considera que los AII contribuyen a despolitizar las controversias (véase el punto 1 a continuación) e influyen en la gobernanza de los países receptores (véase el punto 2 más adelante).

1. Despolitización de controversias relativas a inversiones

Hay consenso al considerar que la regulación legal de la inversión internacional, en particular mediante el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y estados (SDIE), incluido actualmente en la amplia mayoría de AII, tiene el potencial de «despolitizar» las controversias.[179] Despolitizar las diferencias relativas a las inversiones internacionales era también uno de los objetivos perseguidos cuando se estableció inicialmente la SDIE como alternativa al posicionamiento de los estados a favor de sus nacionales en caso de demanda.[180]

Sin embargo, el concepto y contenido de la «despolitización» han seguido envueltos en ambigüedad. Pese a presentarse a veces como un fin en sí misma,[181] lo más normal es que se use para alcanzar alguno o varios de los tres objetivos siguientes: 1) las relaciones intergubernamentales, 2) las relaciones entre las empresas y sus propios estados, y 3) la competencia entre empresas.[182]

En cuánto ha contribuido la regulación legal de la inversión internacional a despolitizar las diferencias apenas se ha evaluado empíricamente, y rara vez se ha cuestionado si la despolitización —entendida en los términos citados— es beneficiosa o deseable.

---

179 Martins PAPARINSKIS (2010), «*The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*» Select Proceedings of the European Society of International Law, vol. 3, 2010.

180 Según BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 197, el objetivo de la despolitización no ha sido una consideración que se haya tenido demasiado en cuenta (o en absoluto) en las planificación de tratados bilaterales de inversión de los principales exportadores de capital, ni siquiera en las negociaciones del Convenio del CIADI.

181 Por ejemplo, Charles N. BROWER/Lee A. STEVEN (2001), «*Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*», Chicago Journal of International Law: vol. 2: n.º 1, pág. 195. BIAC, *Investor-State Dispute Settlement - An indispensable element of investment protection* (enero de 2015), pág. 3, establece que la SDIE «puede despolitizar las disputas». Decididamente más escépticos sobre el valor y la utilidad del concepto de la despolitización, Martins PAPARINSKIS (2010), «*The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*», Select Proceedings of the European Society of International Law, vol. 3, 2010.

182 Otras categorías son posibles, y algunos de estos aspectos están ligados a otros que también se abordan en este documento. BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 193, por ejemplo, asocian la despolitización únicamente a los dos primeros de los tres fines aquí mencionados.

a. Diferentes propósitos de la «despolitización»

1) Despolitización y relaciones entre las empresas y sus propios estados

Uno de los fines más repetidos de la despolitización es evitar a los inversores la necesidad de inducir a sus propios estados a que amparen sus causas o intervengan en su nombre. Esta consideración estuvo presente durante las negociaciones del Convenio del CIADI, tal y como refleja la recurrente cita de los *trabajos preparatorios* para dicho convenio: «el Convenio […] ofrecería un medio para resolver directamente, en el plano legal, disputas entre un Estado y un inversionista extranjero, y aislaría dichas disputas de las esferas de la política y la diplomacia».[183] La despolitización también liberaría recursos públicos, pues el estado de un nacional que considerase vulnerados sus derechos podría remitirle legítimamente a un mecanismo de solución de diferencias, quedando liberado de la obligación de destinar recursos administrativos y capital político a la asistencia diplomática informal o formal de dichos inversores individuales.[184]

2) Despolitización como medio de proteger las relaciones intergubernamentales

En el contexto de la SDIE, también se atribuye a la «despolitización» el mérito de contribuir a proteger las relaciones intergubernamentales. La solución de diferencias entre un inversor y el estado receptor de forma directa, sin la intervención del estado de origen y a un costo político nulo o reducido,[185] se considera un modo de evitar fricciones diplomáticas o conflictos entre ambos estados y de impedir que las disputas interfieran en los objetivos generales de los gobiernos en materia de política exterior.[186] Los partidarios más vigorosos de la SDIE apelan a que contribuye a prevenir las intervenciones militares en otro país por parte del estado al que pertenece el sujeto afectado (diplomacia de cañoneras), una tesis cuya validez histórica cada vez está más cuestionada, al igual que la posibilidad de extrapolarla a nuestros días.[187]

---

183 Reunión Consultiva de Juristas, Resumen de las Actuaciones, 1963, en Historia del Convenio del CIADI, vol. II-1, pág. 242. Aunque en un principio el Convenio del CIADI se concibió teniendo en mente los contratos, su filosofía también puede ser aplicable (de hecho, lo es) a la solución de las diferencias que se amparan en tratados en general.

184 Daniel PRICE (2000), «*Some Observations on Chapter 11 of NAFTA*», 23 Hastings International and Comparative Law Review, pág. 421 (427). (2000) Charles N. BROWER/Lee A. STEVEN (2001), «*Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*», Chicago Journal of International Law: vol. 2: n.º 1, pág. 197. Lauge POULSEN/Jonathan BONNITCHA/Jason Webb YACKEE, «*Analytical framework for assessing costs and benefits of investment protection treaties*», 2013, pág. 13.

185 Sobre esta ventaja de la aplicación de la legislación vinculante (dura), véase en general Kenneth ABBOTT/Duncan SNIDAL (2000) «*Hard and Soft Law in International Governance*», International Organization, vol. 54, pág. 421 (432).

186 Kenneth VANDEVELDE (1993), «*Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs*», 11 Int'l Tax&Business Law, pág. 159 (161). Según SCHREUER, *Investment Protection and International Relations*, pág. 346, la protección diplomática es una «fuente frecuente de irritación» para los países en vías de desarrollo. DUGARD, *Diplomatic Protection*, párrafo 2, afirma que el concepto de la protección diplomática estuvo largamente asociado a «las medidas adoptadas por los estados imperialistas y poderosos para proteger a sus nacionales frente a los estados débiles y en desarrollo donde estos realizaban una actividad comercial» [traducción propia].

187 Jason Webb YACKEE (2017), «*Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach*», University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper n.º 1412. BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 194.

3) Despolitización como medio de promover unas reglas de juego uniformes para empresas en situaciones diferentes

La despolitización también alude a la uniformización de las reglas de juego competitivas para empresas en situaciones diferentes. En cualquier país, las pymes y las empresas no cotizadas, que normalmente cuentan con menos capacidad que las multinacionales o las empresas públicas para acceder a las esferas gubernamentales y solicitar el amparo político a su causa, tienen ahora —al menos en teoría[188]— la posibilidad de iniciar una acción en nombre propio, sin necesidad de convencer a su estado para que intervenga diplomáticamente ante el estado receptor de la inversión objeto de controversia.[189]

Además, los inversores de los estados menos influyentes pueden interponer acciones (legales) contra estados poderosos a los que su propio estado podría ser reticente o incapaz de demandar y ganar por vías diplomáticas.[190] Asimismo, las empresas no asociadas claramente a un estado capaz de amparar su causa disponen de las mismas opciones de interponer una demanda que aquellas otras que estén asociadas más estrechamente a un estado específico o que revistan un valor o interés estratégico para su gobierno, con independencia de quién ostente la propiedad o ejerza el control de la empresa.

b. Datos empíricos respecto a la «despolitización» en la realidad

El objetivo de despolitizar las controversias estaba ya presente durante los preparativos para el Convenio del CIADI a finales de la década de los sesenta, y sigue apareciendo en la literatura como si de un axioma se tratara.[191] La medida en que la despolitización ha tenido lugar en la práctica, hasta qué punto los AII han tenido un papel causal en este proceso y qué otros factores pueden haber contribuido a la despolitización, han sido objeto de escaso análisis empírico sistemático.[192]

---

188 Respecto a si una barrera de costos puede acabar suponiendo un obstáculo para que las pymes interpongan una demanda en la SDIE, véase BVMW Position Paper (2014), pág. 1, que presenta la perspectiva de la asociación de pymes alemana. El análisis empírico de los perfiles de los demandantes y las tasas de éxito en relación con dicho perfil está disponible en Gus VAN HARTEN/Pavel MALYSHEUSKI (2016), «*Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants*», Osgoode Legal Studies Research Paper n.º 14 y David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, pág. 17.

189 Christoph SCHREUER, *Investment Protection and International Relations* pág. 345; Tribunal Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Limited (Bélgica *vs.* España), 5 febrero 1970, informe TIJ 1970, Rep. 4, párrafo 79: «*El estado debe ser considerado como el único responsable de decidir si otorga su protección, y en tal caso, cuánta otorga y hasta cuándo. Su facultad a este respecto es discrecional, lo que significa que puede ejercerla atendiendo a consideraciones de naturaleza política o de otra índole, no relacionadas con el caso particular. Dado que la reclamación del estado no es idéntica a la de la persona física o jurídica en cuya causa se ha subrogado, el estado disfruta de completa libertad de acción*» [traducción propia].

190 Hay quien se ha referido a la protección diplomática como «esencialmente discriminatoria debido a que solo pueden utilizarla los estados poderosos contra otros estados más débiles», Yearbook of the International Law Commission, volumen II, parte 1, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (parte 1), pág. 311, párrafo 8.

191 Para más detalles, véase PAPARINSKIS, Martins (2010), «*The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*», Select Proceedings of the European Society of International Law, vol. 3, 2010.

192 Véase, por ejemplo, BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 196.7.

Varios indicios reflejan una realidad dispar en lo que a la involucración de los estados en la actividad internacional de sus empresas nacionales se refiere:

- Las políticas y la práctica de los estados demuestran que las inversiones realizadas por «sus» empresas siguen siendo para los gobiernos un asunto político, que comienza antes de que la inversión se implante en el exterior y continúa incluso después del laudo dictado por un tribunal arbitral: así, delegaciones empresariales acompañan a los líderes políticos durante las visitas de estado, tratando de facilitar las decisiones de inversión; las entidades financieras de propiedad o control estatal otorgan financiación a la inversión en el extranjero; el seguro con garantía estatal está disponible para absorber el riesgo no comercial, y los países que exhiben determinadas conductas hacia la inversión extranjera pueden ser objeto de sanciones en materia de asistencia, comercio o financiación.[193]

- Un gran número de inversiones en el extranjero, sobre todo aquellas centradas en los sectores de recursos naturales o en compañías de servicios públicos, especialmente propensos a las controversias, tienen como inversor a un estado (en particular, a través de empresas públicas y fondos de inversión soberanos).[194] Un número considerable de tratados incluye expresamente en la definición de «inversor» a los inversores con control estatal y a los propios estados.[195]

- Algunos programas de seguro contra el riesgo político, que forman parte integral de las estrategias de muchos países para la mitigación del riesgo en la inversión extranjera directa, (re)alinean los intereses del inversor y los del estado del que este es nacional.[196] Una vez ocurrido el siniestro cubierto por el seguro, la aseguradora auspiciada por el estado suele recuperar del estado de origen la cantidad de la reclamación, a través de una cláusula de subrogación en el AII. Este mecanismo tiene por efecto reemplazar al inversor «privado» por una entidad vinculada al estado de origen y, en último término, por el propio estado. Aunque no se conoce ningún caso en el que la subrogación al amparo de un AII haya conducido a una reclamación por subrogación de un estado,[197] se

---

193 Un informe de la International Trade Commission estadounidense —«*Overview and Analysis of Current U.S. Unilateral Economic Sanctions – Investigation No. 332-391*»— publicado en agosto de 1998 menciona tres leyes federales que prevén sanciones económicas unilaterales en caso de expropiación de bienes de Estados Unidos sin compensación.

194 De las 93 reclamaciones conocidas interpuestas al amparo del Energy Charter Treaty hasta abril de 2016, un estudio no publicado de la OCDE muestra que al menos un 18% fueron iniciadas por empresas de propiedad o con control estatal; otro 2% de reclamaciones fueron interpuestas por entidades privadas desde un punto de vista formal pero con vínculos muy estrechos con el estado. Pueden consultarse más ejemplos de casos relevantes para constelaciones específicas en PAPARINSKIS, Martins (2010), «*The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*», Select Proceedings of the European Society of International Law, vol.3, 2010.

195 Yuri SHIMA (2015), «*El paisaje de las políticas de inversión internacional en manos de inversores con control estatal: encuesta de investigación*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2015/01, pág. 13 constató que en torno al 16% de los más de 1800 AII analizados en un estudio de amplia base incluían expresamente a los inversores con control estatal, y un 6% incluían a los estados, en la definición de «inversor»; solo 3 tratados de toda la muestra excluían expresamente a tales inversores del alcance de su cobertura.

196 Clint PEINHARDT/Todd ALLEE (2016), «*Political Risk Insurance as Dispute Resolution*», *Journal of International Dispute Settlement* 7(1), pág. 205 (209). Erik WODEHOUSE (2006), «*The Obsolescing Bargain Redux? Foreign Investment in the Electric Power Sector in Developing Countries*», New York University Journal of International Law and Politics, vol. 38, n.º 121, pág. 178.

197 El único caso relativamente cercano que se conoce, en el que una entidad cuasi estatal anunció una reclamación contra otro estado, se produjo en India con *Dabhol Power Company*, constituida inicialmente por tres empresas estadounidenses y asegurada por la OPIC. La OPIC interpuso una reclamación —que se resolvió antes de llegar

considera que la presencia de instituciones de financiación internacionales o respaldadas por estados influyen en el comportamiento de los estados receptores y promueven un mayor cumplimiento de las obligaciones.[198] Asimismo, muchos seguros contra el riesgo político animan expresamente a los inversores que experimenten dificultades en el estado receptor a solicitar asistencia diplomática, lo que implica la intervención del estado de origen en nombre de «sus» inversores en las controversias que se susciten.[199]

- Los laudos arbitrales aportan datos de la intervención de ministros, comités económicos y misiones diplomáticas en la búsqueda de una solución a las diferencias antes de que el inversor inicie formalmente un procedimiento judicial.[200]

---

al arbitraje— no por el mecanismo de subrogación previsto en un AII, sino invocando una cláusula de subrogación incluida en el Acuerdo de Incentivos a la Inversión entre la India y los Estados Unidos (1997).

198 Kathryn GORDON (2008), «*Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*», en: OECD Investment Policy Perspectives 2008, pág. 94. Erik WODEHOUSE (2006), «*The Obsolescing Bargain Redux? Foreign Investment in the Electric Power Sector in Developing Countries*», New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 38, n.º 121, pág. 177. En el trabajo de Clint PEINHARDT/Todd ALLEE (2016), «*Political Risk Insurance as Dispute Resolution*», *Journal of International Dispute Settlement* 7(1), pág. 205 (222), se encuentran pruebas dispares para esta hipótesis con base en datos empíricos relacionados con la OPIC.

199 En un versión anterior publicada en la página web del programa alemán, solo disponible hasta principios de 2018, se decía: «*Tan pronto como el inversor anticipe un riesgo político deberá informar inmediatamente a PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. En esta fase temprana se adoptarán medidas de prevención por cauces diplomáticos. El objetivo es salvaguardar la continuidad de la inversión. A diferencia del seguro de bienes, el gobierno alemán no aguardará a que se haya producido la pérdida sino que aplicará medidas desde una fase temprana*». Esta referencia ya no está disponible, pero nueva información a 1 de julio de 2017 establece lo siguiente: «*Al contar con el apoyo político del gobierno alemán, los avales a la inversión forman una parte importante de la gestión del riesgo global del inversor*» y «*El gobierno federal respalda a los inversores alemanes actuando con sus representaciones diplomáticas en estrecha cooperación con los inversores para evitar pérdidas mucho antes de que estas se materialicen, […]*». La OPIC cita «ejemplos de protecciones» que incluyen cuatro casos en los que la OPIC intervino ante los estados receptores; en dos ocasiones para exigir el cumplimiento de los laudos dictados, y en otros dos para evitar o aplazar la acción del estado receptor contra los inversores. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) se publicita con características similares: «*[MIGA] deriva sus ventajas excepcionales del Grupo Banco Mundial [...] que incluye entre sus accionistas a la mayoría de los países. Esto le permite proporcionar una protección disuasiva contra medidas gubernamentales que podrían causar trastornos en los proyectos y asistir en la solución de diferencias entre los inversionistas y los Gobiernos*», Guía sobre la Garantía de Inversiones del MIGA, sin fecha. El programa OPIC del Gobierno de los Estados Unidos afirma: «La *OPIC trabaja con el inversor estadounidense, con otros organismos del gobierno de los Estados Unidos, con las embajadas locales de los Estados Unidos y con el gobierno receptor para evitar casos de potenciales reclamaciones antes de que se materialicen*», OPIC Handbook, sin fecha, pág. 31 [traducción propia]. Para un análisis más general sobre la interrelación entre el seguro del riesgo político, la protección diplomática y la SDIE, véase Geoffrey GERTZ (2015), «*The International Investment Regime is Stronger Than You Think*», Global Economic Governance Working Paper 2015/96, Clint PEINHARDT/Todd ALLEE (2016), «*Political Risk Insurance as Dispute Resolution*», *Journal of International Dispute Settlement* 7(1), pág. 205 (209) y Kathryn GORDON (2008), «*Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*», en: OECD Investment Policy Perspectives 2008, pág. 94 [traducción propia de las citas].

200 Véase, por ejemplo, por ejemplo, *Werner Schneider, actuando en calidad de administrador concursal de Walter Bau AG (En Liquidación) vs. el Reino de Tailandia*, UNCITRAL (anteriormente denominado *Walter Bau AG (en liquidación) vs. el Reino de Tailandia*), Laudo, 1.º de julio de 2009, párrafos 5.54, 5.63, 5.77, 5.78, 5.85, 6.15, 6.19. El trabajo de Christian TIETJE/Freya BAETENS, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, párrafo 145, alude a esta práctica basándose en entrevistas con empresas y el gobierno de los Países Bajos. Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral*

- Casos recientes han mostrado que los gobiernos tanto del propio país como de un tercer país en ocasiones se involucran en algunos casos mientras se dirime la diferencia entre el inversor y el estado, y que los inversores intentan movilizar a sus gobiernos para que inicien acciones de estado a estado en defensa de sus intereses: en el asunto Repsol/YPF, el Gobierno español realizó gestiones diplomáticas en paralelo a la reclamación de Repsol como inversor al amparo del CIADI.[201] La legislación australiana sobre el empaquetado del tabaco fue objeto de una reclamación por el inversor en el marco de la SDIE, mientras paralelamente se interponían demandas ante la OMC por parte de Honduras, Ucrania, Indonesia, la República Dominicana y Cuba, acciones financiadas, al parecer, por las propias tabacaleras.[202] En ambos casos, el mecanismo de SDIE ofreció un canal adicional para litigar, en lugar de sustituir —y despolitizar— las diferencias implicando de ambos lados a estados.

- Los estados de origen siguen involucrándose —al menos cuando así lo deciden— incluso una vez que el inversor ha presentado una reclamación, pese a que su margen de actuación se ve reducido temporalmente: el artículo 27 del Convenio del CIADI, y cerca del 21% de todos los AII,[203] prohíben otorgar protección diplomática cuando las partes de la diferencia hayan consentido en someter la reclamación al arbitraje, si bien se permiten «las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia»;[204] en ocasiones, los límites de esta

---

investment treaties and foreign direct investment: a political analysis», en: SAUVANT, K. (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 186, menciona que algunos gobiernos disponen de puntos de contacto específicos para los inversores cuando estos ven amenazados sus intereses por un estado extranjero.

201 En una entrevista concedida el 17 de junio de 2012 a *La Gaceta* por el entonces ministro español de Asuntos Exteriores y Cooperación, recogida en: Discursos y declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, D. José Manuel García-Margallo y Marfil, enero-diciembre de 2012, pág. 54, el ministro anunció lo siguiente: «[…] *medidas contundentes contra Argentina tras la expropiación de YPF. —Entre las medidas que se podían tomar sin interferir en la población, impulsamos la prohibición de importación de biodiésel y una ofensiva diplomática en todo el mundo. En la UE se ha actuado en la Comisión, en el Parlamento y en el Consejo. La UE ha activado las reclamaciones que tenía contra Argentina en la OMC y se está estudiando la retirada del sistema de preferencias generalizadas. La reacción de EE UU ha sido contundente y estudian la posibilidad de su expulsión del G-20, además de que se le han retirado las exenciones arancelarias. Hemos tenido declaraciones de apoyo de prácticamente todos los países del mundo*».

202 Se han interpuesto cinco demandas ante la OMC contra la legislación australiana sobre el empaquetado del tabaco: Ucrania (DS434), Honduras (DS435), Indonesia (DS467), República Dominicana (DS441) y Cuba (DS458); un caso relacionado con la misma legislación australiana fue iniciado por Philip Morris Asia Ltd. ante la CPA (n.º 201-12) al amparo de la SDIE.

203 Véase Joachim POHL/Kekeletso MASHIGO/Alexis NOHEN (2012), «*Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/02, Publicaciones OCDE, pág. 33.

204 El art. 27 del Convenio del CIADI establece:

«1. Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

2. A los efectos de este Artículo, no se considerarán como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia».

El alcance exacto de los intercambios informales y la protección diplomática permitidos sigue siendo objeto de discusión, véase, por ejemplo, Ben JURATOWITCH, *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, 23, ICSID Review, pág. 21.

prohibición se interpretan de forma bastante laxa,[205] aunque no se conoce ningún caso en el que un tribunal haya estimado que un estado ha sobrepasado esta línea. Hay casos excepcionales de AII más restrictivos que el Convenio del CIADI a la hora de excluir la intervención del estado de origen, prohibiendo cualquier gestión diplomática mientras la diferencia esté dirimiéndose.

- Los estados también han intervenido en ocasiones ante el estado demandado cuando el laudo dictado no se ha acatado.[206] Tales intervenciones son relativamente infrecuentes, pues los estados demandados suelen acatar los laudos que se dictan. De 85 casos conocidos en los que los estados de destino fueron obligados a pagar una compensación,[207] solo en un porcentaje reducido resultó difícil ejecutar el laudo.
- Por último, se ha constatado que los tribunales de solución de diferencias entre inversores y estados son sensibles a las señales políticas procedentes de los estados, en especial de aquellos más activos, influyentes o desarrollados, de modo que incluso cuando fuese posible despolitizar la controversia, su mecanismo de solución podría no dejar de estar parcialmente politizado.[208]

No se dispone de suficientes datos empíricos que aclaren si la presencia de un AII influye en la forma y el grado de implicación gubernamental en el contexto de tensiones entre inversores y estados. Datos limitados y aislados, referidos a varios estados de origen y de destino, sugieren que los AII, más que reducir, suelen aumentar la interacción diplomática entre los estados concernidos.[209] Los AII brindan a los diplomáticos del estado de origen una herramienta adicional, y quizá a menudo más cómoda, en las negociaciones previas a la reclamación, ya que pueden hacer referencia a la reclamación potencial del inversor en lugar de la acción del propio estado, o además de esta. Un análisis preliminar limitado a Estados Unidos como país de origen indicaría que la presencia de un AII no tiene un impacto diferencial sustancial en la probabilidad de intervención diplomática, y que la presión diplomática fuerte solo se aplica en un número minoritario de diferencias relativas a inversiones, y con independencia de si existe un AII entre los países implicados.[210]

---

205 Datos dispersos —y no verificados— a este respecto se citan en Claire PROVOST/Matt KENNARD, «*The obscure legal system that lets corporations sue countries*», The Guardian, 10 de junio de 2015.

206 De acuerdo con las reglas previstas en el Convenio del CIADI y en los tratados que incluyen disposiciones sobre protección diplomática, las limitaciones al respaldo diplomático y a la intervención cesan cuando el estado demandado no acata el laudo. Para casos prácticos a este respecto, véase Catharine TITI (2015), «*Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes?: Some Reflections on the Repoliticization of Investment Disputes and (New) Forms of Diplomatic Protection*», Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2015, págs. 261-288.

207 Cálculos de la OCDE basados en UNCTAD, «*Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement*» (2014).

208 Malcolm LANGFORD/Daniel BEHN (2016), «*Managing Backlash – The Evolving Investment Treaty Arbitrator?*», próxima publicación en European Journal of International Law.

209 Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*» en: Karl SAUVANT (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 186. N. MAURER (2013), *The Empire Trap: The Rise and Fall of U.S. Intervention to Protect American Property Overseas, 1893-2013*. Christian TIETJE/Freya BAETENS, «*The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*», párrafo 147 sugiere que «la mera existencia del instrumento puede dar lugar a […] controversias en el futuro», pero estima que «las actuales buenas relaciones entre los Estados Unidos y los Países Bajos» no debería provocar «vuelcos drásticos» en la relación política entre los dos países.

210 Srividya JANDHYALA/Geoffrey GERTZ/Lauge POULSEN (2016), «*Legalization and Diplomacy: American Power and the Investment Regime*».

Aunque las políticas y la práctica acreditan que los gobiernos suelen implicarse en los proyectos de inversión de «sus» empresas, dicha implicación es selectiva y discrecional. Los gobiernos deciden qué casos desean promover y respaldar, y el grado de «despolitización» en la práctica sigue siendo una decisión política.[211] Según los datos empíricos disponibles, no parece que los AII conduzcan de forma sistemática a despolitizar las diferencias, pero pueden ofrecer mayor confianza a los gobiernos cuando estos deciden, a su discreción, abstenerse de intervenir o limitar su intervención. Si los AII tienen en la realidad una contribución positiva a alguno de los objetivos últimos de la despolitización es una cuestión que continúa sin respuesta a falta de datos empíricos.

Evaluar empíricamente hasta qué punto el mecanismo de SDIE ha evitado la intervención militar, la «diplomacia de cañoneras» u otros comportamientos similares es difícil, y los datos disponibles a este respecto son escasos. A finales del siglo XIX, período al que se refiere la expresión «diplomacia de cañoneras» —y al que sigue apelándose de manera rutinaria hoy en día para justificar la SDIE como institución—, no era extraño que los estados rechazasen ofertas de arbitraje para resolver casos de presunto trato injusto a sus nacionales, y prefiriesen recurrir en su lugar a la fuerza militar.[212] Tras la Segunda Guerra Mundial, se ha observado un patrón similar, en que estados poderosos han intervenido de manera más o menos abierta en estados y gobiernos extranjeros en América del Sur y Centroamérica, África, Asia central y oriental, y Oriente Próximo para granjearse la confianza de estos gobiernos con los intereses económicos de las empresas de su país, sin plantearse la posibilidad de recurrir a la solución de diferencias entre inversores y estados.

Sin entrar en pormenores ni nombrar prácticas o conductas de países concretos, es evidente que, al menos hoy en día, los gobiernos —con independencia de que puedan acudir a la SDIE— no desplegarían la fuerza militar tan solo para satisfacer el presunto interés monetario legítimo de un inversor individual agraviado que considerase «propio», a menos que la reclamación contra él no coincidiera claramente con los intereses geoestratégicos del gobierno interviniente. Un análisis empírico más profundo de la influencia de la SDIE en reducir la probabilidad de intervención militar debería, en cualquier caso, determinar si el descenso en el número de intervenciones militares tras la Segunda Guerra Mundial no cabe atribuirlo fundamentalmente a la situación geoestratégica durante la Guerra Fría, más que la existencia de AII y la SDIE.

2. Impacto de los AII en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores

Es un hecho generalmente aceptado que los AII influyen de diversas maneras en la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores. Para evaluar los costos y beneficios de los AII para la sociedad, se precisa demostrar empíricamente si la presencia de un AII altera la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en el país de destino; este aspecto se trata en el apartado *a*. Esta cuestión empírica debe separarse de si dicho efecto constituye un costo o un beneficio para la sociedad (apartado *b*).[213]

---

211 De forma similar, BIAC, *Investor-State Dispute Settlement - An indispensable element of investment protection* (enero 2015), pág.3, establece que la SDIE «puede despolitizar las controversias».

212 Ejemplos en Hersch LAUTERPACHT (1933), «*The function of law in the international community*», pág. 160, e Ibrahim SHIHATA (1992), «*Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*», Banco Mundial.

213 La Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión organizada por la OCDE tiene un programa de trabajo para debatir cómo equilibrar la protección del inversor y el derecho de los estados a regular en los tratados de inversión. Véase, por ejemplo, *The Quest for Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in*

a. ¿Alteran los AII la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores?

Pese al consenso sobre la influencia de los AII en la gobernanza de los estados receptores de la inversión, la coherencia conceptual de las categorías para calibrar los distintos matices de ese efecto sigue siendo limitada. En aras de la comprensión de los aspectos que aparecen en la literatura y los documentos sobre políticas, distinguimos entre tres tipos de efectos de los AII en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo:

- Las partes signatarias pueden —en la medida en que el nuevo tratado así lo requiera— adaptar su marco regulatorio a las obligaciones internacionales asumidas en el AII.[214] Este efecto forma parte de la finalidad pretendida por los acuerdos sobre inversión, su alcance está claro desde el primer momento y los ajustes pertinentes suelen realizarse antes de que el tratado en cuestión entre en vigor. En particular, puede requerirse adaptar la legislación para cumplir con obligaciones de acceso a los mercados, de transparencia o similares, pero también puede haber requerimientos de mejora general de los mecanismos de gobernanza para cumplir obligaciones asumidas bajo el tratado (véase el apartado *a* siguiente).
- Más allá de estos cambios legislativos que trasladan al derecho nacional las obligaciones contenidas en los tratados antes de su entrada en vigor, los tratados pueden tener efectos en la legislación o la regulación motivados por una sensibilización *general* ante el riesgo de litigiosidad y por una internalización *ex ante* de los costos asociados a la infracción. Esta toma de conciencia puede surgir muchos años después de la entrada en vigor de un acuerdo dado y provocar cambios regulatorios en cualquier momento posterior (apartado *b*).
- Un tercer tipo de efecto que los AII pueden tener sobre la regulación nacional y su cumplimiento puede derivarse de los esfuerzos del estado de destino para desactivar o resolver conflictos *específicos* incipientes o declarados con inversores extranjeros, por ejemplo, mediante negociaciones dirigidas a evitar un conflicto o impedir su escalada hasta una reclamación. Estos esfuerzos —que implican adaptaciones del marco regulatorio— pueden influir en la regulación y el cumplimiento normativo en los estados de destino (apartado *c*).

En ocasiones, el factor desencadenante de una acción gubernamental específica puede ser difícil de clasificar, o puede abarcar más de una de las tres categorías citadas; así pues, los mecanismos potenciales aquí descritos deben entenderse como arquetipos de categorías, más que como descripciones de casos reales.[215]

Investment Treaties (OECD 2016 Investment Treaty Conference); David GAUKRODGER (2017), «*El equilibrio entre la protección del inversor y el derecho de los estados a regular en los tratados de inversión: documento de alcance*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2017/02; David GAUKRODGER (2017), «*Abordar el equilibrio de intereses en los tratados de inversión: limitación de las disposiciones sobre trato justo y equitativo para el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2017/03.

214 Algunos gobiernos —por ejemplo, el de Túnez— han manifestado a la comunidad relacionada con la política de inversión de la OCDE que la adaptación de la legislación nacional a las obligaciones internacionales estaba entre los objetivos de la nueva legislación en materia de inversiones.

215 Además de los posibles efectos reseñados aquí, en ocasiones los inversores extranjeros se han revelado como actores políticos en los países de destino al influir en las instituciones y la gobernanza. Véase, por ejemplo, Edmund MALESKY (2009), «*Foreign Direct Investors as Agents of Economic Transition: An Instrumental Variables Analysis*», Quarterly Journal of Political Science, 2009, 4: 59-85, y Rodolphe DESBORDES/Julien VAUDAY (2007), «*The Political Influence of Foreign Firms in Developing Countries*», Economics and

1) Reforma legislativa como aplicación de obligaciones contenidas en tratados

Cuando los estados adquieren obligaciones internacionales, es posible que, en aplicación directa del acuerdo que contiene tales obligaciones, deban ajustar sus leyes y regulación nacionales; esta regla general, aplicable a los AII, rige en igual medida para cualquier otro acuerdo internacional.

La adaptación de las leyes y prácticas nacionales puede consistir en la necesidad, prescrita por el tratado, de implantar determinadas disposiciones legislativas; es lo que se conoce como una «obligación de medios» (1). Pero también podría requerirse una revisión más general de los mecanismos de gobernanza de un estado signatario para cumplir con las normas sustanciales establecidas en el acuerdo; entonces, se habla de una «obligación de resultado» (2). En este último caso, los requisitos concretos se encuentran menos definidos por la literalidad del tratado y pueden evolucionar con el tiempo en función de la interpretación que del contenido del tratado hagan las partes o los órganos judiciales.

a) Adaptaciones legislativas resultantes de las obligaciones de medios impuestas por tratados

Un porcentaje muy amplio de AII no contiene cláusulas sustanciales que requieran adaptaciones legislativas específicas por las partes signatarias del tratado. Este es el caso concreto de un gran número de AII que solo otorgan protección «postestablecimiento» y no contienen disposiciones de acceso a los mercados o cláusulas especiales sobre transparencia, anticorrupción, entre otras; la inmensa mayoría de los tratados que existen en la actualidad se inscriben en esta categoría.

En cambio, un número limitado de los AII celebrados más recientemente sí incluyen cláusulas que obligan a las partes del tratado a observar normas específicas de tipo sustancial o procesal. Tales cláusulas podrían exigir a los estados, por ejemplo, el respeto de determinadas normas en materia de medioambiente, mercado laboral, derechos humanos, lucha contra la corrupción, defensa de la competencia o protección de la propiedad intelectual, o bien contar con legislación específica en dichas materias en su ordenamiento jurídico. Un estudio de amplia base realizado recientemente a partir de una muestra de más de 2.100 AII determinó que algo más del 1% de los tratados analizados contenían disposiciones que comprometían a las partes a luchar contra la corrupción, a tener legislación específica sobre el cohecho o a implementar normativa laboral y medioambiental.[216]

Algunos tratados —principalmente acuerdos comerciales preferenciales— también imponen a las partes el respeto de determinados mínimos procesales. Estos pueden consistir en normas de transparencia gubernamental, como la disponibilidad pública de leyes y reglamentos[217] o el acceso a las revisiones

---

Politics, 19(3). pág. 421. Los AII podrían contribuir a este fenómeno si influyesen en la asignación del capital. En la actualidad no hay datos concluyentes sobre esto último, por lo que no es objeto de atención en el presente documento.

216 Kathryn GORDON/Joachim POHL/Marie BOUCHARD (2014), «*Legislación en materia de tratados de inversión, desarrollo sostenible y conducta empresarial responsable: encuesta de investigación*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2014/01, pág. 16. Las cláusulas relacionadas con el derecho de la competencia no forman parte del presente estudio, aunque fueron observadas durante su preparación.

217 El artículo 4 del TBI entre Austria e Irán (2001) contiene una cláusula sobre la publicación de las leyes relativas a la inversión extranjera, lo mismo que el TBI entre Australia y Turquía (2005). Puede encontrarse información más general sobre este propósito conexo de los tratados en, por ejemplo, la web de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos, que establece que «la negociación e implementación de TBI y ALC de alta calidad con capítulos sobre inversión favorece las reformas económicas, mejora el clima para la inversión y atrae nuevas inversiones. También contribuye a los objetivos más amplios de política de los Estados Unidos, como la mejora de la transparencia regulatoria y el fomento del estado de derecho» [traducción propia].

judiciales.[218] Algunos tratados incluyen compromisos de refuerzo de la capacidad, a fin de respaldar a las partes del tratado en la implementación de estas obligaciones derivadas de tratados.[219]

Los efectos de estas disposiciones no se limitan a las relaciones bilaterales o multilaterales reguladas por el tratado. Las prescripciones de transparencia o las obligaciones de respetar la normativa laboral internacional o de combatir la corrupción, por ejemplo, suelen afectar a todo el universo de inversores, también a los de terceros países no signatarios, o a los del propio país, extendiéndose de forma más general a la sociedad en su conjunto. Algunas de estas obligaciones derivadas de tratados pueden tener efectos no uniformes en la práctica: los AII que obligan a los estados a establecer canales de consulta pública durante la preparación de los cambios legislativos o regulatorios podrían limitar estos beneficios solo a determinados participantes; por otro lado, no todos los participantes podrían contar con los recursos o la organización adecuados para ejercer eficazmente esta oportunidad. Ello puede derivar en una participación sesgada o no inclusiva en el proceso de elaboración de políticas.

Algunas de las disposiciones de los tratados citadas se aplican específicamente a la inversión extranjera a modo de estipulaciones complementarias, por ejemplo, para equilibrar las obligaciones o para mitigar los efectos no deseados de la entrada de inversión exterior. Esto no sucede con todas las disposiciones encontradas en los AII; al contrario, en ocasiones, su relación con la inversión extranjera puede considerarse bastante débil.[220] La cuestión de si tales disposiciones adicionales entrañan costos o beneficios para la sociedad debe juzgarse atendiendo a su contenido, en lugar de integrarse dentro del análisis de los costos o beneficios de los AII para la sociedad por el simple argumento de formar parte del texto del AII.

A día de hoy, los datos empíricos sobre la efectividad de las cláusulas que establecen obligaciones para el signatario de contar con determinada legislación, instituciones o prácticas siguen siendo limitados.[221] Una evaluación global del valor de los tratados en este sentido es difícil debido a que una[222] y, en ocasiones, ambas[223] partes del tratado ya cumplen con esa obligación en el momento de concluirse el

---

218 Por ejemplo, Acuerdo Integral de Inversión ASEAN (2009), art. 21, CAFTA-DR, arts. 18.2-18.5, Acuerdo de Libre Comercio entre Corea y los Estados Unidos, art. 21.1-21.4, Modelo de Tratado Bilateral de Inversión con EE. UU. (2012), arts. 10 y 11.

219 Por ejemplo, CAFTA-DR, art. 16.5.

220 Simon LESTER (2015), «*Using Your Economic Power for Good and/or for Profit*», International Economic Law and Policy Blog, sugiere que los estados poderosos pueden proponer la inclusión de casi cualquier contenido en los AII, dado el interés de la otra parte en obtener las ventajas derivadas de los componentes principales sobre comercio incluidos en el acuerdo.

221 La «*Fact Sheet: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*», de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos, de marzo de 2015, sugiere que «tras la conclusión de tratados de comercio con Estados Unidos solemos observar un aumento de la regulación a favor del interés público […]» [traducción propia].

222 Un ejemplo son las cláusulas incluidas en los tratados concluidos por los Estados Unidos que requieren que el otro estado tenga tipificado legalmente el delito de cohecho de los funcionarios públicos extranjeros (para detalles y ejemplos, véase Kathryn GORDON/Joachim POHL/Marie BOUCHARD (2014), «*Legislación en materia de tratados de inversión, desarrollo sostenible y conducta empresarial responsable: encuesta de investigación*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional. Los Estados Unidos tienen dicha legislación desde hace décadas, y han asumido una obligación internacional a este respecto, a diferencia de algunas de las contrapartes de los tratados.

223 Art. 21.6 del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Corea (2007) en relación con la obligación de adoptar o mantener medidas legislativas o similares para tipificar el delito de cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en lo tocante al comercio internacional o la inversión.

tratado. Determinar si un tratado provoca cambios requiere comparar cómo difieren la legislación requerida por el tratado y la legislación existente en el momento de la firma.[224]

Se dispone de pocos datos relativos a los acuerdos comerciales preferenciales, con o sin capítulos sobre inversión. Algunas de las conclusiones se han generado aplicando los mecanismos de seguimiento incluidos en los acuerdos preferenciales. Ninguna de las evaluaciones disponibles se basa en contenido relacionado con la inversión o en acuerdos exclusivamente en materia de inversión, tales como los tratados bilaterales de inversión; en el caso de los tratados concluidos por la Unión Europea (UE), la evaluación se refiere explícitamente a contenido distinto de la inversión. Hasta la fecha, las conclusiones en este ámbito son dispares.

En lo que respecta al contenido medioambiental de los acuerdos comerciales preferenciales —con independencia de la presencia asimismo de contenido sobre inversión—, se ha observado que el contenido medioambiental en estos acuerdos genera mejoras en las contrapartes de los tratados con los Estados Unidos y la Unión Europea, tanto en lo que se refiere a la regulación como al cumplimiento normativo.[225] El tipo y la magnitud de ese impacto depende de los mecanismos de control que Estados Unidos y la Unión Europea hayan optado por incluir en sus tratados.[226] En los tratados de inversión no se han constatado mecanismos comparables para controlar su cumplimiento, por lo que los resultados encontrados para los acuerdos comerciales preferenciales (ACP) no son directamente aplicables a los AII. En el caso específico de tres ACP concluidos por Estados Unidos, también se ha demostrado que el contenido medioambiental ha conducido a unas normas más rigurosas y una mayor capacidad de control del cumplimiento de la legislación medioambiental en los países signatarios.[227] Sin embargo, de nuevo, este efecto se basa en la evaluación de los capítulos sobre medio ambiente incluidos en los acuerdos comerciales preferenciales, una característica que no figura en los AII.[228] Se ha llegado a conclusiones similares en lo que respecta al contenido en materia laboral.[229]

---

224 Lauge POULSEN (2015), «*Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*», estudia la secuencia temporal de la liberalización nacional y la conclusión de tratados y demuestra que, en los países en vías de desarrollo, la liberalización precede al tratado.

225 Ida BASTIAENS/Evgeny POSTNIKOV (2017), «*Greening up: the effects of environmental standards in EU and US trade agreements*», Environmental Politics, 26:5, 847-869. Otra publicación, Marguerite ROSE (2016), «*It's Not Easy Being Green: The Effectiveness of Environmental Provisions in Preferential Trade Agreements*», Tesis para el título de grado, trabajo 1100, no encontró un efecto positivo de los acuerdos comerciales preferenciales con disposiciones medioambientales en la calidad de la protección ambiental de las partes del tratado según los indicadores utilizados.

226 Como se describe en Evgeny POSTNIKOV/Ida BASTIAENS (2014), «*Does dialogue work? The effectiveness of labor standards in EU preferential trade agreements*», Journal of European Public Policy, vol. 21:6, pág. 923-940 (924), las disposiciones en materia laboral de los acuerdos comerciales preferenciales concluidos por los Estados Unidos son más legalistas que las incluidas en los ACP de la Unión Europea, y utilizan la posible retirada de privilegios comerciales como mecanismo de control, mientras que en la UE se opta por la consulta y la solución de las controversias.

227 Sikina JINNAH/Abby LINDSAY (2016), «*Diffusion through issue linkage: environmental norms in U.S. trade agreements*», Global Environmental Politics, 16 (3), págs. 41-61.

228 Para profundizar en los análisis sobre acuerdos preferenciales concluidos por la UE, sírvanse visitar la web de la Comisión Europea sobre política comercial, pestaña «Sustainable development». En lo que respecta a los Estados Unidos, véase la sección «Trade and Environmental Protection» de la web del Departamento de Estado y los documentos United States Government Accountability Office (2014), «*U.S. Partners Are Addressing Labor Commitments, but More Monitoring and Enforcement Are Needed*», y United States Government Accountability Office (2009), «*Four Free Trade Agreements GAO Have Reviewed Have Resulted in Commercial Benefits, but Challenges on Labor and Environment Remain*». Una visión general sobre los

Las conversaciones intergubernamentales entre los miembros de la OCDE con vistas a reforzar la efectividad de determinadas cláusulas[230] de tratados podrían aumentar su efectividad en el futuro a medida que las recomendaciones resultantes de estos procesos influyen en el diseño y la implementación de los futuros tratados.

b) Cambios legislativos más amplios motivados por los esfuerzos para cumplir con obligaciones de resultado impuestas por tratados

Las normas sustantivas incluidas en los AII pueden imponer a las partes del tratado ajustes exhaustivos en su gobernanza en respuesta a las obligaciones internacionales recién contraídas para alcanzar resultados específicos.[231] Este efecto potencial de los tratados ha acaparado una mayor atención recientemente con motivo de los laudos arbitrales dictados en contra de estados receptores a los que se había demandado por presunto incumplimiento de normas de transparencia, estabilidad, previsibilidad o seguridad, invocando que formaban parte de las obligaciones previstas por el tratado, en particular como parte de las casi ubicuas disposiciones de «trato justo y equitativo».[232]

Los beneficios de estos esfuerzos podrían traducirse en una mejor gobernanza o un refuerzo del marco institucional[233] de los estados que concluyan un AII; dichos beneficios favorecerían normalmente no solo a

---

mecanismos y la experiencia con la implementación está disponible en Clive GEORGE (2011), «*Regional Trade Agreements and the Environment: Monitoring Implementation and Assessing Impacts: Report on the OECD Workshop*», *Documento de trabajo de la OCDE sobre comercio y medio ambiente* n.º 2011/02.

229 Evgeny POSTNIKOV/Ida BASTIAENS (2014), «*Does dialogue work? The effectiveness of labor standards in EU preferential trade agreements*», Journal of European Public Policy, Vol. 21:6, pág. 923-940. Moonhawk KIM (2012), «Ex ante *due diligence: formation of PTAs and protection of labor rights*» *International Studies Quarterly* 56(4), pág. 704.

230 Por ejemplo, el trabajo desarrollado por el Grupo Conjunto de Trabajo sobre Comercio y Medio Ambiente de la OCDE desde 2015.

231 Benedict KINGSBURY/Stephan SCHILL, «*Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative Law*», Institute for International Law and Justice, NYU Law School, Documento de trabajo 2009/6 (Global Administrative Law Series), pág. 8. Rudolf DOLZER (2005), «*The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*», *New York University Journal of International Law and Policy*, 37, n.º 4, pág. 953(971). Tom GINSBURG (2005), «*International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*», International Review of Law and Economics 25(1), pág. 107(119).

232 Mavluda SATTOROVA (2015), «*The Impact of Investment treaty Law on Host State Behavior: Some Doctrinal, Empirical, and Interdisciplinary Insights*» en: Lalani/Lazo (eds.), The Role of the State in Investor-State Arbitration, pág. 164. SATTOROVA, *ibid.*, pág. 165, destaca que algunos AII, fundamentalmente AII concluidos por Italia, contienen obligaciones específicas de «*crear y mantener un marco jurídico que garantice a los inversores la continuidad de trato jurídico*», según el ejemplo del artículo 2(4) del TBI entre Italia y Jordania (1996) [traducción propia]. Sobre la prevalencia de las cláusulas sobre «trato justo y equitativo» en los AII, véase DAF/INV/WD(2017)2/REV1.

233 Susan FRANCK (2007), «*Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*», Global Business and Development Law Journal. Volumen 19. pág. 337(367). Charles BROWER/Sadie BLANCHARD, *What's in a meme? The truth about investor-State arbitration: Why it need not, and must not, be repossessed by States*, pág. 755. Jeswald W. SALACUSE, «*The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International*», pág. 359. American Bar Association, Asamblea Anual, agosto 2008, Recomedación aprobada por la Cámara de Delegados e Informe, punto108B, que establece lo siguiente: «[…] *Respalda la contribución que la liberalización negociada del comercio internacional de bienes y servicios, por medio de los acuerdos comerciales entre gobiernos, hace a la difusión del estado de derecho, tanto entre estados como dentro de los sistemas jurídicos nacionales de los participantes*» [traducción propia].

los inversores extranjeros, sino también a los nacionales y al conjunto de la población, como resultado de la mejora de las prácticas legislativas y administrativas.[234] Este mecanismo es similar a los efectos que podrían observarse mucho tiempo después de que se haya concluido el tratado, cuando los gobiernos ajustan sus prácticas en respuesta a reclamaciones basadas en tratados, y con frecuencia no se diferencia explícitamente de esos efectos;[235] esta cuestión se trata en el siguiente apartado.

Hasta ahora, la adaptación *ex ante* del marco general de gobernanza en anticipación o como respuesta a las obligaciones de un tratado solo se ha postulado como hipótesis,[236] pero no se ha contrastado empíricamente.[237] Los estudios empíricos a este respecto se ven complicados por la presencia de endogeneidad, ya que la mejora de la gobernanza podría tener lugar al mismo tiempo que las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, y no a consecuencia de ellas.[238]

También se afirma —hasta el momento basándose en datos empíricos limitados— que los AII *debilitan* los incentivos y los mecanismos de reforma legal e institucional en los estados de destino. Se mencionan varios argumentos en este sentido. El primero es que cuando los inversores extranjeros obtienen acceso a un régimen especial sustitutivo al margen de las instituciones nacionales, los incentivos de los gobiernos para mejorar la gobernanza en sus propios países disminuyen.[239] El segundo es que los inversores extranjeros —que habían desempeñado en principio un papel de catalizadores de las reformas[240]— pierden interés en

---

234 Roberto ECHANDI (2011), «What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?» en: *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Jose E. ALVAREZ (ed.), pág. 10.

235 Una excepción la tenemos en Mavluda SATTOROVA (2015), «*The Impact of Investment treaty Law on Host State Behavior: Some Doctrinal, Empirical, and Interdisciplinary Insights*», en: LALANI/LAZO (eds.), The Role of the State in Investor-State Arbitration, pág. 172.

236 Stephan SCHILL (2009), «*The Multilateralization of International Investment Law*». Roberto ECHANDI (2011), «What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?», en: *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Jose E. ALVAREZ (ed.), pág. 13.

237 Un ejemplo infrecuente y aislado de posibles medidas correctoras está vinculado al asunto *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3. Este asunto se cita como un ejemplo en el que un tribunal constituido al amparo del TLCAN alegó deficiencias en las normas de apelación en los tribunales de Misisipi; dichas normas de apelación fueron modificadas durante el proceso de arbitraje, y los cambios se referían fundamentalmente a los problemas experimentados por los inversores canadienses en las condiciones para ejercer la apelación. La relación causal entre el proceso arbitral y la reforma legislativa no ha quedado demostrada.

238 BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 216.

239 Tom GINSBURG (2005), «*International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*», International Review of Law and Economics 25(1), pág. 107(118). Lise JOHNSON/Lisa SACHS (2016), «*The Outsized Costs of Investor-State Dispute Settlement*», aib Insights, vol. 16, n.º 1, pág.12.

240 Rodolphe DESBORDES/Julien VAUDAY (2007), «*The Political Influence of Foreign Firms in Developing Countries*», Economics and Politics, 19(3). págs. 421-451. Yasheng HUANG (2005), «*Are Foreign Firms Privileged By Their Host Governments? Evidence From The 2000 World Business Environment Survey*», MIT Sloan School of Management, Documento de trabajo 4538-04. Específicamente sobre el papel de la inversión y los acuerdos sobre comercio en doblegar la resistencia al cambio de los grupos de interés nacionales, véase «The Investor-State Dispute Settlement Mechanism: An Examination of Benefits and Costs», Panel I: *Does ISDS Strengthen or Weaken the Rule of Law?*, CATO Institute, Simposio, 20 de mayo de 2014; Michael J. FERRANTINO, *Policy Anchors: Do Free Trade Agreements and WTO Accessions Serve as Vehicles for Developing-Country Policy Reform?*, págs. 10-11. Ann CAPLING, «*Preferential trade agreements as*

reivindicar mejoras de gobernanza una vez que disfrutan de acceso a un régimen especial.[241] Si bien ambas proposiciones son plausibles, no existen datos empíricos que respalden ninguna de las dos hipótesis.

La cuestión de si las obligaciones legales de los AII promueven o frenan mejoras en la gobernanza general de las partes del tratado en el contexto de nuevos acuerdos sigue sin recibir una respuesta definitiva dada la inexistencia de datos empíricos que confirmen cualquiera de los dos argumentos enfrentados.

2) Efecto en la legislación y la regulación motivado por los esfuerzos generalizados para prevenir las controversias

Durante las primeras décadas de existencia de los AII, los mecanismos de solución de diferencias consagrados en dichos tratados no tuvieron una utilización real para resolver los litigios. Cabe suponer, y así lo corroboran cada vez más datos,[242] que la toma de conciencia de los gobiernos ante el riesgo de litigiosidad al amparo de los AII —en particular como parte demandada— fue escasa hasta que el número de reclamaciones basadas en tratados comenzó a multiplicarse en la segunda mitad de la década de los noventa; algunas economías desarrolladas incluso podrían haber tomado conciencia de su propia exposición mucho más tarde.[243]

Se afirma que la creciente conciencia del riesgo de litigiosidad podría haber influido en la legislación o la regulación —incluso muchos años después de la entrada en vigor de un determinado acuerdo— como resultado de la internalización de los costos de infringir las obligaciones adquiridas por el gobierno con el AII. Dichos costos incluyen, por ejemplo, el requisito potencial de indemnizar al demandante por acciones legislativas o regulatorias, los costos de litigar, así como los costos reputacionales de ser acusado de tal infracción. Simplificando, esta hipótesis plantea que la amenaza de litigios basados en tratados podría llevar a los gobiernos a obrar con mayor prudencia en general —y, por tanto, de manera potencialmente insuficiente desde una perspectiva del interés público— al planificar y diseñar la regulación.

La internalización de los costos por la infracción de obligaciones derivadas de AII podría llevar a los gobiernos a realizar una evaluación *ex ante* más concienzuda y efectiva de hasta qué punto la regulación prevista cumple los compromisos internacionales derivados de los AII. El efecto en la regulación se transmitiría por medio de las percepciones y expectativas de la probabilidad de incurrir en ulteriores responsabilidades y otros costos, dejando en todo momento claro que, en sí mismo, el tratado no limita directamente la soberanía legislativa de los estados. Se cree que esta cadena causal podría contribuir en última instancia a lo que a veces se denomina «enfriamiento regulatorio».[244]

---

instruments of foreign policy: an Australia–Japan free trade agreement and its implications for the Asia Pacific region», *The Pacific Review* (2008), pág. 27 (32).

241 Gus VAN HARTEN (2010), «*Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law*», Osgoode Hall Law School, Documento de trabajo 13, pág. 2. Tom GINSBURG (2005), «*International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*», International Review of Law and Economics 25(1), pág. 107(119). Lise JOHNSON/Lisa SACHS (2016), «*The Outsized Costs of Investor-State Dispute Settlement*», aib Insights, vol. 16, n.º 1, pág. 10.

242 Lauge POULSEN/Emma AISBETT (2013), «*When the Claim Hit: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning*», *World Politics* 65, págs. 273-313 (281-282). Eleni METHYMAKI/Antonios TZANAKOPOULOS (2015), «*Masters of puppets? Reassertion of control through joint investment treaty interpretation*», Oxford Legal Studies Research Paper n.º 10/2016, pág. 1.

243 Algunas observaciones, como la menor cadencia en las negociaciones de tratados tras la primera reclamación, la denuncia de tratados ya concluidos o el abandono de instituciones como el CIADI corroborarían esta hipótesis.

244 En el presente documento no se utiliza el concepto de «enfriamiento regulatorio», debido a su generalidad, sus connotaciones y el uso frecuentemente no unívoco que se hace de él. Kyla TIENHAARA (2011), «*Regulatory*

Para que esta cadena causal funcione, deben cumplirse simultáneamente dos condiciones:[245]

- que las entidades o los agentes gubernamentales relevantes sean conscientes de que podría ser aplicable un AII, y del comportamiento que este impone sobre el gobierno; y
- que las consecuencias potenciales tengan la suficiente fuerza de coerción o disuasión para dichas entidades o agentes.

Ciertamente, dichos mecanismos de incentivos existen al margen de la presencia específica de un AII, pues cualquier amenaza disuasoria, en forma de reclamaciones u otras consecuencias al amparo de la legislación nacional, podría influir en la conducta de los actores en cuestión.[246] Este es un factor importante que no debería obviarse al evaluar el impacto concreto de los AII en la regulación gubernamental.

Hasta la fecha, los esfuerzos por recabar datos sobre el grado en que el efecto descrito puede observarse en el contexto de los AII han sido esporádicos, llegándose a cuestionar incluso la posibilidad de observar empíricamente dicho efecto.[247] En las publicaciones, las afirmaciones se han basado o bien en datos aislados de que los tratados producen este efecto, o bien en el argumento doctrinal de que es imposible que los tratados produzcan tales efectos.[248]

Un enfoque simple de contraste empírico de la hipótesis se basa en estadísticas de demandas o acciones regulatorias. Este tipo de enfoque ha llevado a afirmar, por ejemplo, que el menor número de casos de expropiaciones directas desde la década de los setenta es atribuible, al menos en parte, a los efectos disciplinantes de los AII.[249] Hay muchos otros motivos a los que atribuir esta tendencia, y el

---

Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science» en: Chester Brown, Kate Miles (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, proponen la siguiente formulación provisional de la hipótesis del enfriamiento regulatorio: «En determinadas circunstancias, los gobiernos responderán a la mayor amenaza (percibida) de arbitraje de inversiones dejando de promulgar o ejecutar medidas regulatorias *bona fide* (o modificando ciertas medidas, hasta el punto de que su intención original se ve desdibujada o su efectividad sufre un severo menoscabo)». Este concepto de «enfriamiento regulatorio» engloba los fenómenos descritos en este apartado y el siguiente. Jonathan BONNITCHA (2014), «*Substantive Protection under Investment Treaties:* al igual que nosotros, *A Legal and Economic Analysis*», pág. 118, distingue entre «enfriamiento por internalización» y «enfriamiento por amenaza».

245 Mavluda SATTOROVA (2014), «*International Investment Treaties and the Promise of Good Governance: Norm and Institutional Design, Internalisation, and Domestic Rule-Making*», European Society of International Law Conference Paper n.º 11/2014, pág. 10.

246 Kyla TIENHAARA (2010), «*Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*» en: Chester Brown, Kate Miles (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University Press, 2011, nota al pie 11, es explícita acerca de este elemento en sus consideraciones metodológicas. Identificar el papel específico que desempeñan los *tratados* o la *SDIE* requiere aislar todos los demás factores susceptibles de tener una influencia similar en un gobierno dado.

247 Kyla TIENHAARA (2010), «*Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*», en: Chester Brown, Kate Miles (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University Press, 2011, nota al pie 12.

248 Por ejemplo, Stephan SCHILL (2007), «*Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*» Journal of International Arbitration 24, n.º 5 (2007), pág. 469. Julie SOLOWAY (2003), «*NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest*», IRPP: Choices, vol. 9.

249 Christopher HAJZLER (2012), «*Expropriation of foreign direct investments: sectoral patterns from 1993 to 2006*», Rev World Econ (2012) 148, pág. 119 (véase también el documento relacionado University of Otago Economics Discussion Paper n.º 1011).

incremento continuo del número total de demandas, en especial presentadas contra países reputados por su gobernanza, es difícil de conciliar con esta explicación.[250] También se ha sugerido que el creciente volumen de legislación medioambiental en Canadá evidenciaría que el TLCAN no tuvo un impacto en el gobierno de este país para regular en ese sentido.[251]

Enfoques más sofisticados han tratado de determinar la probabilidad de que concurran las condiciones individuales necesarias para provocar algún impacto por los AII en la legislación o la regulación.

En cuanto a la toma de conciencia en ámbitos relevantes del gobierno, la primera de esas condiciones, se sabe que determinados países —como Canadá[252] o México— han intensificado sus esfuerzos para aumentar la conciencia y el respeto de las obligaciones internacionales contraídas con los AII. Algunos estudios concretos basados en entrevistas para medir el nivel de conciencia sobre las obligaciones de tratados entre los funcionarios públicos en distintos países —tanto desarrollados como en desarrollo— sugieren que el nivel de conciencia sobre las obligaciones adquiridas y el riesgo de litigiosidad es variable, aunque, por lo general, sigue siendo bajo, incluso después de la exposición reiterada por parte de un país a demandas en el marco de tratados.[253]

El segundo elemento de la cadena causal —si las consecuencias sobre los agentes del gobierno relevante tienen un efecto disuasorio— ha recibido menos atención.[254]

Hasta la fecha, no se ha observado que los gobiernos hayan extremado las precauciones debido a una internalización generalizada del costo relacionado con la litigiosidad basada en AII.

3) Efecto en la regulación y el cumplimiento normativo motivado por reacciones a controversias incipientes o esperadas

Un tercer modo en que la presencia de AII podría alterar el comportamiento de los gobiernos en relación con la regulación es la respuesta o anticipación por parte de estos a conflictos *concretos* incipientes, esperados o declarados procedentes de inversores extranjeros invocando el contenido de

---

250 Thomas SCHULTZ/Cédric DUPONT (2014). «*Investment Arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A Quantitative Empirical Study*», European Journal of International Law, 25(4): 1147/-1168: Krzysztof PELC (2016), «*Does the international investment regime induce frivolous litigation?*».

251 Julie SOLOWAY (2003), «*NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest*», IRPP: Choices, vol. 9, pág. 19.

252 Resumen de los debates celebrados durante la Mesa Redonda de la Secretaría de la OCDE, XIV Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión (marzo de 2011), pág. 6.

253 Lauge POULSEN/Emma AISBETT (2013), «*When the Claim Hit: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning*», *World Politics* 65, pág. 273-313 (281-282). Gus VAN HARTEN/Dayna Nadine SCOTT (2015), «*Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*», *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*. Mavluda SATTOROVA/Ohiocheoya OMIUNU/Mustafa ERKAN (2015), «*How Do Host States Respond to Investment Treaty Law?: Some Empirical Observations*», (referente a Nigeria, Turquía y Uzbekistán). Christine CÔTÉ (2014), «*A Chilling Effect? The impact of international investment agreements on national regulatory autonomy in the areas of health, safety and the environment*», tesis doctoral presentada ante la London School of Economics and Political Science.

254 Según declaraciones de un asesor jurídico en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Sri Lanka, ciertas interpretaciones de que las medidas regulatorias tomadas en el interés público podrían constituir una expropiación indirecta bajo los tratados de inversión podría inspirar dudas a los gobiernos a la hora de adoptar medidas regulatorias legítimas en el interés público. Véase Rohan PERERA, «*Technical assistance and capacity building, lessons learned from experiences and the way forward*», en: Making the most of International Investment Agreements: a common agenda, Simposio de la OCDE 2005.

tratados. Este efecto potencial —al que en ocasiones también se da cabida dentro del ambiguo término de «enfriamiento regulatorio»[255]— difiere de la internalización *ex ante* del riesgo *general* de reclamaciones interpuestas amparándose en AII —analizado en el subapartado anterior— en tanto en cuanto se deriva *específicamente* de una medida individual y de un inversor individual, o grupo de ellos, que se dirigen al gobierno con la amenaza de interponer acciones legales con base en un AII. Típicamente, el inversor expone su caso, formula lo que espera del gobierno e indica la existencia de un tratado de inversión como recurso legal a su alcance.

En este escenario, se cumple la primera condición citada en el apartado anterior —que el gobierno sea consciente de las obligaciones del tratado—, sobre la cual se centra una gran parte de los análisis.[256] Cómo reaccionarán los gobiernos en estos escenarios específicos y, en particular, si tenderán a ceder a las pretensiones de los inversores al verse confrontados con la amenaza concreta de un laudo arbitral basado en un tratado, puede ser objeto de observación empírica más fácilmente que cualquier efecto general tratado en el apartado anterior, puesto que estos argumentos suelen hacerse públicos.

Hasta ahora, no hay ningún análisis exhaustivo que aporte una respuesta clara a la cuestión de si los gobiernos se autocensuran o inhiben al adoptar o aplicar medidas regulatorias o ejecutivas cuando afrontan amenazas de litigios por tratados. No obstante, existen datos aislados en la literatura relativos a países o casos específicos.

Tales datos se han recopilado en relación con dos escenarios principales:

- En primer lugar, los inversores podrían informar a los gobiernos, de forma temprana en un proceso de formulación de políticas, sobre su objeción a la adopción de medidas específicas, especialmente medidas legislativas, y combinar esto con una amenaza de litigio futuro. Este comportamiento podría buscar influenciar al gobierno para que aplace, abandone o suavice una medida normativa dada.
- En segundo lugar, una vez que la medida se ha adoptado y el litigio basado en el tratado es inminente o se ha iniciado, los gobiernos podrían negociar individualmente con el inversor para evitar la escalada de la controversia hasta una reclamación o bien para resolver la reclamación.

Conviene recalcar que el litigio basado en un tratado no es la única amenaza susceptible de motivar un cambio en el curso de acción de los gobiernos, pero sí puede suponer un argumento especialmente persuasivo debido a las especificidades de los aspectos procesales y los recursos previstos en él.[257] También cabe insistir en que las reacciones de los gobiernos en estos escenarios podrían, en determinados casos, ser beneficiosas para el público.

Recientemente se han presentado datos aislados sobre el primer grupo de actuaciones —los intentos de los inversores de retrasar, impedir o de otro modo influir en la actuación gubernamental amenazando con reclamaciones en el marco de la solución de diferencias entre inversores y estados— en relación con las medidas de control del tabaco, las cuales inspiraron reclamaciones contra Australia y Uruguay. Se cree

---

255 Kyla TIENHAARA (2011), «*Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*» en: Chester Brown, Kate Miles (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, pág, 7.

256 Como aquí Kyla TIENHAARA (2011), «*Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*» en: Chester Brown, Kate Miles (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*.

257 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, págs. 24, 79.

que varios gobiernos que tenían planeadas políticas similares a las de los dos países demandados han aplazado su aprobación a la espera de la decisión de los tribunales que juzgan las causas.[258] Además, según una fuente cercana al caso, parece que algunos gobiernos han empezado a solicitar expresamente asesoramiento jurídico sobre las implicaciones adversas que podrían derivarse de las políticas previstas en el contexto de los AII.[259]

Recientemente se ha sugerido que el número cada vez mayor de reclamaciones contra economías desarrolladas, unido a una tasa de éxito cada vez menor,[260] podría estar motivado exclusivamente por el objetivo de demorar o desalentar la adopción de regulación en el país demandado o tercero.[261] Se ha demostrado empíricamente que distintos grados de litigiosidad en el marco de la SDIE están estrechamente asociados a acuerdos extrajudiciales no revelados, conclusión que podría interpretarse como respaldo de esta hipótesis: para estos demandantes reincidentes —aquellos con hasta seis reclamaciones ante el CIADI durante toda su vida—, la mayor ventaja puede residir en la publicidad otorgada a los casos para forzar al gobierno demandado a acordar nuevos términos en la inversión controvertida; una hipótesis significativamente distinta de la descripción de la solución de diferencias entre inversores y estados como último recurso para obtener una compensación una vez agotadas todas las demás vías.[262]

Se necesitaría una mayor investigación empírica para confirmar de manera inequívoca si las empresas utilizan la amenaza de conflictos basados en tratados para retrasar, impedir o de otro modo influir en la acción regulatoria del gobierno, y hasta qué punto dichos intentos triunfan en su propósito.

El segundo grupo de casos está asociado al creciente interés de los gobiernos en prevenir las controversias, o gestionar y resolver las ya existentes o incipientes.[263] Los acuerdos por vía extrajudicial son una posibilidad con frecuencia alentada desde los ordenamientos jurídicos nacionales de todo el mundo, y la mayoría de los tratados exigen expresamente realizar intentos para resolver las diferencias de manera amistosa.[264] Los acuerdos y negociaciones extrajudiciales también permiten el uso de recursos

---

258 Por ejemplo, para la decisión de Nueva Zelanda de aplazar la introducción de legislación sobre empaquetado genérico hasta que se resolviera la reclamación contra Australia, véase Tariana TURIA [por entonces Secretaria de Salud de Nueva Zelanda], «*Government moves forward with plain packaging of tobacco products*», comunicado de prensa del Gobierno de Nueva Zelanda, 19 de febrero de 2013.

259 Toby LANDAU en: Australian Broadcasting Corporation, transcripción de «*Background briefing, ISDS: The devil in the trade deal*», retransmitido el 14 de septiembre de 2014.

260 Malcolm LANGFORD/Daniel BEHN (2016), «*Managing Backlash – The Evolving Investment Treaty Arbitrator?*», próxima publicación en European Journal of International Law, pág. 16.

261 Krzysztof PELC (2016), «*Does the international investment regime induce frivolous litigation?*».

262 Emilie HAFNER-BURTON/Sergio PUIG/David Victor (2016), «*Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication*», ILAR, Documento de trabajo n.º 26, pág. 46.

263 Véase, para ejemplos y referencias adicionales, Mavluda SATTOROVA (2016), «*Reassertion of Control and Contracting Parties' Domestic Law Responses to Investment Treaty Arbitration: Between Reform, Reticence and Resistance*» (próxima publicación en Andreas Kulick (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, pág. 53).

264 Joachim POHL/Kekeletso Mashigo/Alexis NOHEN (2012), «*Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base*», Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/02, pág. 17.

primarios acordados entre las partes, que no suelen estar disponibles como solución final en el sistema de la SDIE vigente.[265]

No obstante, cabe señalar ciertas preocupaciones en relación con los acuerdos extrajudiciales en este contexto y otros similares.[266] Entre otras cosas, preocupa la transparencia y el respeto de las normas de tipo procesal y sustancial. Al igual que sucede en el ámbito del derecho nacional, las negociaciones para resolver demandas inminentes o pendientes basadas en un tratado suelen adolecer de falta de transparencia en cuanto al procedimiento y a su resultado. Los intereses públicos considerados por los gobiernos al resolver extrajudicialmente una controversia —vía una aplicación laxa de la regulación o la supervisión, la aprobación de otros proyectos del mismo inversor, acuerdos tributarios o subvenciones, por ejemplo— no suelen hacerse públicos, ni siquiera en casos de gran relieve en países reconocidos generalmente por una gobernanza transparente.[267]

La falta de transparencia disminuye la rendición de cuentas de los gobiernos y esconde posibles costos e intereses públicos desatendidos en estos acuerdos; ello puede vulnerar los derechos procesales de las partes no intervinientes en el litigio, la separación de poderes y la competencias de agencias especializadas del estado receptor.[268] Los segmentos más frágiles o menos representados de la sociedad, así como los intereses públicos difusos o a largo plazo, están particularmente expuestos a ser usados como moneda de cambio en estos acuerdos. Además, dado el posible favoritismo de los gobiernos hacia este tipo de acuerdo —por motivos como la ausencia de presupuesto para hacer frente a los costos de los procedimientos legales y al pago de daños y perjuicios, su menor sujeción a escrutinio público, entre otros—,[269] su posición negociadora puede conducir a unas concesiones mayores de las deseables.

Un reciente estudio empírico ha demostrado que el porcentaje de casos de SDIE interpuestos ante el CIADI que se resolvieron en secreto ha aumentado con el tiempo, pese a los esfuerzos por mejorar la

---

265 David GAUKRODGER/Kathryn GORDON (2012), «*Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas sobre inversión*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2012/03, págs. 24, 79.

266 Emilie HAFNER-BURTON/Sergio PUIG/David Victor (2016), «*Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication*», ILAR, Documento de trabajo n.º 26. Lise JOHNSON/Brooke Skartvedt GUVEN (2017), «*The Settlement of Investment Disputes: A Discussion of Democratic Accountability and the Public Interest*», IISD Investment Treaty News, marzo de 2017. Sobre las implicaciones paralelas a nivel nacional —para el ejemplo de los Estados Unidos—, véase Cámara de Comercio de los Estados Unidos (2013), «*Sue and Settle – Regulating behind closed doors*».

267 Poco se conoce, por ejemplo, sobre la razón por la que la empresa pública sueca *Vattenfall* aceptó un acuerdo extrajudicial en una reclamación de varios millones de euros interpuesta en 2011 contra Alemania, en relación con medidas medioambientales relativas a una central de generación eléctrica alimentada por carbón en Hamburgo (caso CIADI n.º ARB/09/6). Similar incertidumbre ha pesado sobre los motivos subyacentes a la transacción en otros asuntos, algunos de los cuales aparecen enumerados en Kyla TIENHAARA (2011), «*Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*» en: Chester BROWN, Kate MILES (ed.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, pág. 14.

268 Emilie HAFNER-BURTON/Sergio PUIG/David Victor (2016), «*Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication*», ILAR, Documento de trabajo n.º 26.

269 Australian Productivity Commission, «*Trade&Assistance Review 2013-14 – Productivity Commission Annual Report Series*», pág. 78. La primera referencia expresa conocida a los costos presupuestarios de defensa o acatamiento de los laudos al amparo de AII consta en el Reglamento (UE) 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, que se ocupa, entre otros temas, del mecanismo de reparto de la responsabilidad financiera resultante de la SDIE al amparo de AII de los que es parte la Unión Europea.

transparencia.[270] Esta conclusión podría interpretarse como una señal de que las reclamaciones tienen el propósito deliberado de obligar al gobierno demandado a realizar concesiones por la vía de dichos acuerdos extrajudiciales. El Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur ahora recoge una cláusula expresa que requiere la transparencia de los acuerdos alcanzados.[271]

Siguen sin respuesta muchas preguntas acerca de si los gobiernos responden, y en tal caso cómo, al ser confrontados específicamente con la amenaza de escalada de un conflicto o de interposición de una demanda basada en un tratado, y en particular si los gobiernos tienden a retrasar, abandonar o modificar proyectos regulatorios o a ser laxos en la regulación y su aplicación. Estas cuestiones son relevantes no solo por sus implicaciones para la gobernanza, sino también por lo que suponen de discriminación a favor de los inversores extranjeros respecto de los nacionales sin la misma capacidad de acceder a tales mecanismos.[272] Cabe afirmar que este tema no ha se ha explorado lo suficiente en relación con su importancia y debería ocupar un lugar destacado en cualquier evaluación de los costos y beneficios para la sociedad de los AII.

b. ¿Los efectos de los tratados en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en los estados receptores representan costos o beneficios para la sociedad?

La insuficiente información sobre si los AII influyen en la gobernanza, la legislación, la regulación o su cumplimiento en los estados receptores de la inversión —y también sobre cómo influyen y en qué medida— no permite que nos pronunciemos claramente sobre si los fenómenos aludidos representan costos o beneficios para la sociedad. Sin embargo, algunos de los aspectos identificados merecen especial atención, sobre todo porque identificarlos como costos o beneficios puede resultar discutible.

En lo que respecta a la adaptación del ordenamiento legal y regulatorio nacional a las obligaciones de los tratados, comentada en el punto 1 anterior, probablemente hay consenso en que su carácter de costo o beneficio para la sociedad dependerá de las obligaciones incluidas en cada tratado.

La conceptualización como costo o beneficio de los efectos más difusos, citados en el segundo punto —adaptación de la gobernanza para prevenir controversias en general— probablemente generará opiniones enfrentadas. Para empezar, el trato preferencial en la legislación o en la práctica otorgado por ser extranjero y estar cubierto por un tratado incumple el principio de no discriminación que los tratados supuestamente protegen; cualquier discriminación debería, como mínimo, justificarse para poder conceptuarla como un beneficio. La cuestión de si una mayor prudencia en el manejo de los asuntos públicos y la regulación es beneficiosa para la sociedad es una pregunta que continúa sin resolver, y cualquier respuesta dependerá, entre otras cosas, de factores específicos al país.

En cuanto a la tercera categoría —efectos en la regulación y su cumplimiento motivados por reacciones a controversias incipientes o esperadas—, muchos aducen que representaría un costo para la sociedad en muchas circunstancias, por su impacto en la regulación, la transparencia, la rendición de

---

270 Emilie HAFNER-BURTON/Sergio PUIG/David VICTOR (2016), «*Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication*», ILAR, Documento de trabajo n.º 26, pág. 41.

271 Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur, anexo 9-E, art. 4(6).

272 Jonathan BONNITCHA/Emma AISBETT (2010), «*Submission to the Productivity Commission's Review of Bilateral and Regional Trade Agreements*», sugieren, por ejemplo, que «todo sistema de responsabilidad que requiera a un gobierno compensar a inversores extranjeros por pérdidas económicas sin que paralelamente exista un sistema equivalente de protección para todos los demás agentes económicos, incentivará a los responsables de la toma de decisiones a sobrevalorar los intereses de los inversores extranjeros», pág. 8 [traducción propia].

cuentas, entre otros. Estos problemas se suman a las preocupaciones sobre posible discriminación, pues el nivel adicional de negociación solo está a disposición de aquellos inversores extranjeros a los que es aplicable un tratado. No obstante, en ciertas ocasiones esa mayor cautela también puede ser beneficiosa para la sociedad.

Debe resaltarse que los tratados recientes hacen un esfuerzo explícito por paliar algunos de los efectos que han causado preocupación. Esto incluye intentos de equilibrar, por un lado, el derecho de los estados a regular y, por el otro, las protecciones otorgadas en determinadas cláusulas por los tratados (trato justo y equitativo;[273] expropiación indirecta, etcétera) o medidas sobre transparencia[274]. La cuestión de si, como algunos aseguran, estos ajustes resuelven completamente los problemas —al menos en los tratados más nuevos— sigue abierta a debate.

3. Mejora o debilitamiento del «estado de derecho» a escala nacional o internacional

Más allá de los aspectos concretos examinados en los apartados anteriores —en concreto, los relativos a los esfuerzos gubernamentales para reforzar las instituciones y aumentar la previsibilidad de la actuación gubernamental o la transparencia de la legislación— existe un debate más amplio sobre si los AII promueven o debilitan el «estado de derecho» en el propio país y en el resto del mundo.

No hay una definición única de qué se entiende por «estado de derecho» a escala nacional o mundial, y estas páginas no tienen por objeto abordar de forma exhaustiva esta cuestión. Casi todos los efectos sobre el «estado de derecho» que cabe atribuir a los tratados pueden asociarse a categorías menos abstractas, y son analizados aquí bajo dichas categorías más concretas. En los siguientes subapartados se conectan las distintas reclamaciones con esos puntos más concretos, y se discuten los escasos elementos que van más allá de las categorías más específicas analizadas en el resto de este documento.

a. ¿Contribuyen los AII a fortalecer o a debilitar el «estado de derecho» a escala nacional?

Son muchos los observadores que se han pronunciado sobre los efectos de los AII en el estado de derecho del territorio nacional de los estados receptores de la inversión. Durante mucho tiempo los tratados de inversión se han considerado como una alternativa a las instituciones nacionales en los países en vías de desarrollo, más que como una palanca para el cambio (de hecho se les sigue viendo así),[275] pero en la actualidad hay quien sostiene que los tratados tienen el potencial transformador de *impulsar* el estado de derecho a escala nacional.[276] La mayoría de estos aspectos, si no todos, parecen congruentes con la tesis de que las partes signatarias del tratado (sobre todo, países en vías de desarrollo) tratan de adaptar sus

---

273 David GAUKRODGER (2017), «*Abordar el equilibrio de intereses en los tratados de inversión: limitación de las disposiciones sobre trato justo y equitativo para el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario*», Documento de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional 2017/03.

274 Como en el ejemplo de las reglas sobre transparencia en la solución de diferencias incluidas en el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur, anexo 9-E, art. 4(6).

275 Tom GINSBURG (2005), «*International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*», International Review of Law and Economics 25(1), pág. 107(119). Mavluda SATTOROVA (2015), «*The Impact of Investment treaty Law on Host State Behavior: Some Doctrinal, Empirical, and Interdisciplinary Insights*» en: Lalani/Lazo (eds.), The Role of the State in Investor-State Arbitration, pág. 5.

276 Stephan SCHILL (2009), «*The Multilateralization of International Investment Law*».

sistemas, normas e instituciones nacionales a las nuevas obligaciones internacionales, según se ha mencionado anteriormente en este documento.[277]

Algunos efectos *nocivos* sobre el estado de derecho nacional que se atribuyen a los AII están asociados a su efecto potencial en la regulación y la aplicación de la ley cuando los gobiernos afrontan una amenaza concreta de litigio por parte de un inversor al que es aplicable un tratado; este aspecto se ha analizado más arriba. Otro efecto potencialmente nocivo sobre el estado de derecho nacional derivado de los tratados de inversión procede de la coexistencia y ocasional contradicción entre instituciones y ordenamientos jurídicos nacionales con normas y sistemas jurisdiccionales distintos para una clase específica de sujetos.[278] Esta coexistencia y ocasional contradicción despierta preocupaciones respecto a *a*) su efecto en el funcionamiento del régimen corrector a escala nacional; y *b*) el derecho a consulta previa en la resolución de los conflictos por jueces y árbitros.

a) Coexistencia de normas y sistemas jurisdiccionales nacionales e internacionales

La coexistencia de, por un lado, normas y sistemas jurisdiccionales nacionales y, por otro, internacionales basados en tratados, ha puesto el foco sobre casos en los que aplicar el régimen corrector nacional a una situación inicialmente ilegal conforme a las leyes nacionales u otras (y que favorecía a un inversor cubierto por el tratado) ha hecho incurrir en responsabilidad derivada de un tratado; en tales casos, los tribunales arbitrales competentes según el tratado restituyeron a los inversores una ventaja considerada ilegal en el ordenamiento interno y en ocasiones adquirida de forma ilegítima.[279]

No se pretende aquí juzgar los hechos y argumentos concurrentes en cada caso. Sin embargo, merece la pena preguntarse si restringir la capacidad de los órganos judiciales nacionales de supervisar el régimen ejecutivo de un país puede contribuir a promover el estado de derecho en dicho país,[280] sobre todo cuando los intereses «protegidos» del inversor se adquirieron por medios manifiestamente censurables, en particular, mediante corrupción.

---

277 Algunos autores se cuestionan principalmente si el régimen de los tratados de inversión posee la necesaria consistencia institucional que les permitiría tener un impacto transformador en la gobernanza nacional (por ejemplo, Mavluda SATTOROVA (2014), «*International Investment Treaties and the Promise of Good Governance: Norm and Institutional Design, Internalisation, and Domestic Rule-Making*», European Society of International Law Conference Paper n.º 11/2014, pág. 7). Esta cuestión viene en parte motivada por la ambigüedad de la terminología y los conceptos en dicho ámbito.

278 Tom GINSBURG (2005), «*International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*», International Review of Law and Economics 25(1), pág. 107. Susan FRANCK (2007), «*Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*», Global Business and Development Law Journal, volumen 19, pág. 337(367), describe esta interacción como dos sistemas que se complementan mutuamente.

279 Dos ejemplos recientes de esta situación: un laudo dictado en el caso CIADI n.º ARB/05/20 (Micula *vs.* Rumanía) ordenó a Rumanía pagar unos 178 millones de euros en el contexto de un esquema de ayudas revocado por considerarse ilegal bajo las reglas de ayudas estatales de la Unión Europea (Comisión Europea, asunto sobre ayudas estatales SA.38517(2014/C)). En otro laudo dictado en el caso CIADI n.º ARB/11/23 (Franck Charles Arif *vs.* Moldavia), párrafo 547, el tribunal basó su argumento de que se habían incumplido las «expectativas legítimas» de la cláusula del «trato justo y equitativo», incluida en el tratado, en el hecho de que las partes del ejecutivo habían incentivado una inversión, lo que más tarde fue declarado ilegal por los tribunales de Moldavia, lo que sugiere que «a nivel internacional, el estado tiene una naturaleza unitaria».

280 Mavluda SATTOROVA (2014), «*International Investment Treaties and the Promise of Good Governance: Norm and Institutional Design, Internalisation, and Domestic Rule-Making*», European Society of International Law Conference Paper n.º 11/2014, pág. 6.

b) Derecho a consulta previa en el proceso legislativo y de resolución de controversias

Otro aspecto que ha captado atención es el relativo a la interferencia de los tratados en la separación de poderes, en el reparto de competencias dentro de los gobiernos de los estados receptores y en el derecho a la consulta previa.[281] Tales mecanismos, que forman parte esencial e inseparable del «estado de derecho», quedan en ocasiones inhabilitados en contextos de demandas amparadas en tratados. Como ya se ha mencionado al referirse a los acuerdos extrajudiciales, la representación inclusiva de los diferentes intereses y derechos procesales, valor consagrado en los sistemas jurídicos de muchos países, no ha sido replicada en los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y estados.[282]

b. ¿Mejora del estado de derecho a escala global?

Se ha afirmado[283] que el sistema de tratados de inversión genera beneficios para el estado de derecho a escala «global» o «internacional». Dichos beneficios se refieren, específicamente, a su contribución al «respeto de las leyes internacionales» en el plano mundial, que a su vez implica principios tales como la «no expropiación sin compensación» y el «nivel mínimo de trato». De no existir los acuerdos internacionales de inversión, los inversores podrían no ser capaces de exigir directamente el respeto de todos estos principios.

Aun aceptando la premisa de que sin tratados de inversión no habría recursos directos disponibles en caso de determinadas infracciones de los principios del derecho internacional, escenarios similares existen por doquier en el derecho internacional. En numerosas ocasiones, el incumplimiento de las normas del derecho internacional, en todos sus ámbitos, no va acompañado de una solución y un mecanismo para garantizar su cumplimiento.

El supuesto beneficio para el estado de derecho mundial, a saber, ofrecer un recurso directo en caso de incumplimiento de los principios del derecho internacional, es una cuestión que sigue sin respuesta; en el mejor de los casos, sería comparable a poner una venda en una hemorragia. Si dicha corrección selectiva de una carencia percibida en el derecho internacional representa una prioridad acuciante, considerando la ausencia casi total de recursos directos para las infracciones cometidas contra los principios en otros ámbitos del derecho internacional, debería someterse a un detenido examen.

---

281 Lise JOHNSON/Lisa SACHS (2016), «*The Outsized Costs of Investor-State Dispute Settlement*», aib Insights, vol. 16, n.º 1, pág. 11.

282 Para la situación de los Estados Unidos, véase Lise JOHNSON/Lisa SACHS/Jeffrey SACHS (2015), «*Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*», CCSI Policy Paper. En lo relativo a los derechos de participación procesal Gus VAN HARTEN (2010), «*Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*», Trade, Law and Development, pág. 19(33). En el documento Tim BÜTHE/Helen V. MILNER: «*Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis*», en: SAUVANT, K. (ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, pág. 186, se sugiere lo siguiente: «los tratados efectivamente limitan las opciones de las políticas […]. Tales limitaciones pueden atentar contra los principios de la gobernanza democrática […]. Especialmente debido a los procedimientos de solución de diferencias, los TBI constituyen una especie de delegación internacional de soberanía […]» [traducción propia].

283 No se ha encontrado ninguna publicación donde conste tal aseveración, pero este aspecto fue propuesto por un profesional del arbitraje en respuesta a una invitación a formular observaciones circulada con una versión anterior de este documento.

C. El papel de los AII en relación con los objetivos estratégicos de política exterior

En ocasiones se dice que los acuerdos económicos —por ejemplo, los acuerdos comerciales preferenciales— pueden resultar decisivos para la consecución de los objetivos estratégicos de política exterior, o que se concluyen con la finalidad de promoverlos o favorecerlos.[284] Este elemento ha sido, y sigue siendo, objeto de escasa investigación, pero ha recibido cierta atención últimamente con motivo de algunos grandes acuerdos comerciales que incluían algún contenido sobre inversión. Los trabajos académicos también se han multiplicado. En este contexto, se han formulado las siguientes hipótesis:

- El impulso económico asociado a los acuerdos comerciales preferenciales podría traer mayor prosperidad a las partes del tratado y estabilizar, por tanto, un país o región.[285]
- Los AII pueden simbolizar,[286] recompensar[287] o profundizar[288] la cooperación en una relación bilateral (o multilateral) en la que una de las partes del tratado posea un interés estratégico.[289]

---

284 Ann CAPLING, «*Preferential trade agreements as instruments of foreign policy: an Australia–Japan free trade agreement and its implications for the Asia Pacific region*», *The Pacific Review* (2008), pág. 27 y Jo-Ann CRAWFORD/Robert FIORENTINO (2005), «*The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*», Documento de debate de la OMC n.º 8, pág. 16.

285 Véanse las publicaciones sobre este argumento que se citan en «*Bilateral and Regional Trade Agreements, Productivity Commission Research Report*», Australian Productivity Commission, noviembre de 2010, pág. 208.

286 En BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 220, se sugiere que se concluyen tratados entre países sin relaciones significativas comerciales o de inversión con este motivo. Según estudios no publicados de la OCDE que entrecruzan datos de volúmenes de IED declarados y de cobertura por AII, entre los 1.882 AII bilaterales en vigor entre una economía desarrollada o emergente y otra economía cualquiera para los que se dispone de datos, más del 6% no contempla ningún volumen de IED declarado en ninguna dirección. Aunque estos tratados aún podrían contemplar inversiones, estos hallazgos sugieren que incluso los tratados de las principales economías pueden permanecer sin actividad.

287 Al parecer, en un discurso ante el Institute for International Economics en 2003, Robert ZOELLICK declaró que «los acuerdos de libre comercio suscritos con los Estados Unidos eran un privilegio que debía ganarse a través de la "cooperación —o algo más— en materia de política exterior y seguridad"», citado en Inside US Trade, 16 de mayo de 2003, según Ann CAPLING, «*Preferential trade agreements as instruments of foreign policy: an Australia–Japan free trade agreement and its implications for the Asia Pacific region*», *The Pacific Review* (2008), pág. 27 [traducción propia].

288 Kenneth VANDEVELDE (2012), «*The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Friendship, Commerce and Navigation Treaties in the Truman Administration*». Adam S. CHILTON (2016), «*The political motivations of the United States' bilateral investment treaty program*», Review of International Political Economy, 2016, vol. 23, n.º 4, págs. 614-642. Vinod K. AGGARWAL, «*Linking Traditional and Non-Traditional Security in Bilateral Free Trade Agreements: The US Approach*», en: V. K. AGGARWAL/K. GOVELLA (eds.), Linking Trade and Security, The Political Economy of the Asia Pacific (2012). Jo-Ann CRAWFORD/Roberto V. FIORENTINO (2005), «*The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*», Documento de debate de la OMC n.º 8, pág. 16. Richard E. FEINBERG, «*The political economy of United States' free trade arrangements*», The World Economy 26(7), pág. 1019 (1028). Para conocer otros trabajos al respecto, se citan en Chika YAMAMOTO, «*The Logic of Japan's Free Trade Agreements (FTA) with ASEAN*», Journal of Contemporary Eastern Asia, pág. 27. Cecilia MALMSTRÖM, Comisaria de Comercio de la UE, «*Three Reasons Why TTIP is good for Austria*», 20 de enero de 2015. Cecilia MALMSTRÖM, Comisaria de Comercio de la UE, «*Why TTIP is good for Germany*», 30 de enero de 2015. «*Ships that pass in the night*», The Economist, 13 de diciembre de 2014.

- Los beneficios y favores vinculados a dicha relación —entre ellos, la ayuda al desarrollo— podrían ser una motivación para los países en vías de desarrollo para firmar tratados bilaterales de inversión con países desarrollados.[290]
- Los acuerdos comerciales preferenciales podrían promover el establecimiento de normas comerciales mundiales por emulación[291] o persuadir a los países para que acepten los principios del libre comercio;[292] y
- Los acuerdos comerciales preferenciales podrían reportar beneficios geopolíticos.[293]

Muchas de estas afirmaciones han sido cuestionadas[294] o rebatidas con el argumento contrario: por ejemplo, se ha sugerido que la interdependencia económica no suaviza las tensiones geopolíticas ni evita los conflictos;[295] que la exclusividad de la pertenencia al acuerdo comercial preferencial podría despertar recelo en lugar de promover la cooperación global;[296] que las fricciones potenciales que pueden derivarse

---

289 Datos empíricos sobre las tres dimensiones en: Lauge POULSEN/Emma AISBETT (2015), «*Diplomats Want Treaties: Diplomatic Agendas and Perks in the Investment Regime*», Documento de trabajo de GEG n.º 112 y Jonathan BONNITCHA/Lauge POULSEN/Michael WAIBEL (2017), «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», pág. 201.

290 Jeswald W. SALACUSE (2013), «*The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International*», pág. 359.

291 Este argumento surgió básicamente con ocasión del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), *cf.* Samuel BENKA (2014) «*What Are the Benefits of TTIP?*», Woodrow Wilson Center, quien sugiere que «quizá la mayor ventaja del TTIP sea que puede dar a Estados Unidos y a la UE la oportunidad de negociar un auténtico acuerdo del s. XXI que sirva de modelo para los restantes acuerdos o incluso para la propia Organización Mundial del Comercio». Daniel HAMILTON/Steven BLOCKMANS (2015), «*The geostrategic implications of TTIP*», CEPS Special Report, n.º 105 (abril de 2015), afirma que con el TTIP «…se pretende crear una relación más estratégica, dinámica y holística entre Estados Unidos y UE que los posicione mejor respecto a terceros países para abrir el mercado y reforzar las normas básicas del orden internacional». Charles A. KUPCHAN (2014), «*The Geopolitical Implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership*», Transatlantic Academy, junio de 2014, pág. 5, escribe: «Si el TTIP finalizara con éxito, tiene el potencial de generar un efecto contagio positivo en las demás regiones. Un pacto transatlántico podría ayudar a establecer normas de alcance mundial, creando un ejemplo que otros bloques comerciales podrían imitar a medida que intentan avanzar en la senda de la liberalización» [traducción propia].

292 Daniel HAMILTON/Steven BLOCKMANS (2015), «*The geostrategic implications of TTIP*», CEPS Special Report n.º 105 (abril de 2015), págs. 6-7.

293 Charles A. KUPCHAN (2014), «*The Geopolitical Implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership*», Transatlantic Academy, junio 2014, afirma que el TTIP, al «crear puestos de trabajo y estimular el crecimiento, ayudaría a revitalizar las democracias occidentales y contribuiría a la posibilidad de que Occidente recupere el liderazgo político y estratégico» [traducción propia].

294 Australian Productivity Commission (2010), «*Bilateral and Regional Trade Agreements, Productivity Commission Research Report*», pág. 209, expresa escepticismo sobre cualquier logro derivado de los acuerdos suscritos por Australia.

295 Charles A. KUPCHAN, How Enemies Become Friends: The Sources of Stable Peace (Princeton: Princeton University Press, 2010), citado por el mismo autor en: Charles A. KUPCHAN (2014), «*The Geopolitical Implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership*», Transatlantic Academy, junio de 2014, pág. 1.

296 Charles A. KUPCHAN (2014), «*The Geopolitical Implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership*», Transatlantic Academy, junio de 2014, afirma lo siguiente: «Cuanto más ambicioso y exclusivo sea el "club" constituido por las democracias a ambos lados del Atlántico, mayores serán las barreras de entrada, y menos probable será que los poderes emergentes deseen o puedan jugar con las reglas de Occidente. En este

de la implementación de un acuerdo podrían erosionar la relación bilateral;[297] y que la necesidad de guardarse bazas para la negociación de los acuerdos bilaterales podría frenar, en lugar de estimular, las reformas.[298]

Aunque esta creciente corriente en la literatura ayuda a entender los motivos que subyacen a la celebración de acuerdos internacionales de inversión, ofrece escasa información sobre hasta qué punto los AII han cumplido en la práctica las expectativas que generaron. Es una información necesaria para evaluar los costos y beneficios para la sociedad en este ámbito. Además, la mayor parte de los problemas enunciados son comunes para todos los acuerdos comerciales preferenciales, con independencia de si contienen capítulos sobre inversión o no. El papel del contenido sobre inversión en tales acuerdos rara vez ha sido analizado de forma aislada, incrementando con ello la incertidumbre sobre si dicho contenido ha contribuido al costo o beneficio potencial para la sociedad de estos acuerdos.

Los datos empíricos existentes no permiten afirmar si los acuerdos internacionales de inversión generan costos o beneficios para la sociedad en lo que respecta a los objetivos estratégicos de política exterior, aunque tales objetivos sean los que han motivado la celebración de tratados hasta el día de hoy.

---

sentido, el TTIP podría exacerbar la línea divisoria entre Occidente y los estados emergentes» [traducción propia].

297 Theodore R. BROMUND/Nile GARDINER/Luke COFFEY (2014), «*The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): The Geopolitical Reality*», Heritage Foundation.

298 Australian Productivity Commission, «*Trade&Assistance Review 2013-14*», pág. 83.

ANEXO: DISPOSICIONES SOBRE ACCESO A LOS MERCADOS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Cada vez más acuerdos internacionales de inversión van más allá de la simple protección de las inversiones «postestablecimiento», para incluir, en particular, distintos tipos de disposiciones sobre acceso a los mercados, que garantizan o amplían a los no nacionales la oportunidad de invertir en un estado signatario de un tratado. Este contenido «preestablecimiento» incluye obligaciones de otorgar trato nacional «preestablecimiento», o contiene disposiciones sobre liberalización, recogidas bien dentro del cuerpo del tratado, bien en anexos específicos para las distintas partes signatarias.

Hasta qué punto el contenido «preestablecimiento» debe ser considerado en la evaluación general de los costos y beneficios de los AII para la sociedad es una cuestión que exige una atenta reflexión. El contenido «preestablecimiento» de estos acuerdos ha sido hasta la fecha una característica poco frecuente y con carácter sustancialmente distintivo. Sus costos y beneficios para la sociedad son diferentes de los que derivan de las cláusulas de protección a los inversores en los AII, y pueden evaluarse de forma separada. Por estos motivos, los costos y beneficios para la sociedad del acceso a los mercados en los AII reciben una atención solo superficial en este documento. El objetivo de este apartado es, fundamentalmente, contextualizar y ubicar el contenido «preestablecimiento» de los AII en relación con el componente de protección a la inversión de estos tratados.

a. Tipos de contenido sobre acceso a los mercados en los AII

Los AII tienen dos funciones distintas en lo que al contenido sobre acceso a los mercados se refiere: pueden asegurar el grado de liberalización ya existente creando una obligación internacional que la legislación nacional debe cumplir; o pueden crear obligaciones internacionales que van más allá del *statu quo* y que requieren un cambio de la legislación nacional en favor de una mayor apertura a la inversión realizada por nacionales de la otra parte del tratado. Se encuentran ejemplos de ambas funciones en la práctica.

El contenido «preestablecimiento» puede generar costos o beneficios para la sociedad como resultado de flujos internacionales de capital potencialmente adicionales entre las partes del tratado, y que surgen bien por el hecho de impedir futuras restricciones en la legislación nacional, bien por obligar a las partes a implementar una liberalización real conforme a lo dispuesto en el tratado. Hasta el momento, no ha quedado determinado si las disposiciones sobre liberalización contenidas en los AII procuran un acceso a los mercados superior al *statu quo* y, por tanto, adicional respecto a la situación sin el tratado, o en qué aspectos las obligaciones del tratado ni siquiera reflejan el *statu quo* en las distintas partes del tratado.[299] Los datos empíricos en relación con el papel de los AII en la generación de flujos de capital adicionales entre las partes del tratado aún son, pues, limitados.[300]

---

299 Los trabajos sobre este tema han comenzado recientemente en la OCDE, pero en el momento de redactar estas líneas, en septiembre de 2017, los resultados aún no habían sido publicados.

300 Un ejemplo es Axel BERGER/Matthias BUSSE/Peter NUNNENKAMP/Martin ROY (2013), «*Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box*», International Economics and Economic Policy 10(2), pág. 247.

Sobre cuestiones preliminares, hay cierta información empírica disponible, como la frecuencia con la que los AII incluyen contenido sobre acceso a los mercados (véase el apartado *b* siguiente) y cómo se compara esto con otros mecanismos para procurar o asegurar el acceso a los mercados (véase *c infra*).

b. Pocos AII incluyen contenido sobre acceso a los mercados

En los acuerdos internacionales de inversión se observan dos tipos de contenido sobre acceso a los mercados. En primer lugar, el AII puede prever un trato nacional a la inversión «preestablecimiento», frecuentemente sujeto a ciertas reservas, o bien contener obligaciones específicas en relación con el sector del que se trate. Tales disposiciones pueden ser simétricas, pero en la práctica suelen ser asimétricas; es decir, las distintas partes del tratado asumen obligaciones diferentes. En segundo lugar, algunos AII contienen cláusulas de nación más favorecida (NMF) relacionadas con el «preestablecimiento». Estas últimas disposiciones pueden conllevar que el trato nacional «preestablecimiento» o las obligaciones específicas al sector se apliquen también a inversores de aquellos países incluidos por cláusulas NMF «preestablecimiento», si bien el resultado real de las cláusulas NMF «preestablecimiento» dependerá del contenido de otros tratados que haya celebrado la parte del tratado.

Hasta ahora, el contenido «preestablecimiento» sigue siendo relativamente una excepción en los AII, tanto en el universo de tratados ya existentes como en los concluidos recientemente. De los más de 2.400 AII bilaterales registrados en la base de datos de tratados de la OCDE, solo cerca del 4% contienen disposiciones en materia de trato nacional «preestablecimiento». Además, la inclusión de contenido «preestablecimiento» en los AII se concentra en un número limitado de países. De los 58 países invitados a participar en la Mesa Redonda, solo 35 han incluido alguna vez dicho contenido en uno de sus AII y solo cuatro países lo han incluido en más de la mitad de sus AII.

c. El acceso a los mercados puede concederse o asegurarse a través de mecanismos distintos de los AII, y así es en la mayoría de los casos

Las normas sobre acceso a los mercados por los inversores extranjeros pueden establecerse de muchas formas distintas, entre ellas la unilateral mediante su inserción en el marco legal del propio país. Muchos países han adoptado en su derecho nacional leyes que permiten a los inversores extranjeros acceder a su mercado, y la mayoría de los países han abierto progresivamente su economía a la inversión extranjera.[301]

Las obligaciones del derecho internacional pueden evitar retrocesos en el grado de apertura del mercado, lo que podría justificar la necesidad de un instrumento de derecho internacional para asegurar cierto grado de acceso a los mercados. En la práctica, solo en ocasiones muy contadas se ha observado que los países reduzcan el acceso de la inversión extranjera al mercado nacional, sobre todo en los últimos años.[302] Además, los AII no son el único instrumento de derecho internacional que puede asegurar dicho acceso a los mercados. Otros son el Código para la liberalización del movimiento de capitales de la OCDE y el GATS como instrumentos multilaterales. Los Estados miembros de la Unión Europea están obligados por las reglas de la Unión Europea a este respecto.

---

301 El *Índice de Restricción Regulatoria a la IED* de la OCDE, que mide las restricciones legales a la inversión extranjera directa en 62 países y 22 sectores, ha mostrado una clara tendencia a la apertura desde su creación hace más de veinte años.

302 Para conocer detalles sobre las medidas introducidas desde 2008 por las 58 economías participantes en la Mesa Redonda, sírvanse consultar los inventarios de medidas de política sobre inversiones elaborados semestralmente por la OCDE.

Dado el amplio espectro de obligaciones asumidas por los países en el marco de estas normas multilaterales, el papel de los acuerdos internacionales de inversión, ya sea individualmente o en su conjunto, para otorgar o asegurar el acceso de la inversión extranjera a los mercados parece limitado.

Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional

www.oecd.org/investment/working-papers.htm

2017

2017/5 Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement [Sistemas de compensación de jueces y árbitros y la solución de diferencias entre inversores y estados]

2017/4 Have currency-based capital flow management measures curbed international banking flows? [¿El establecimiento de controles cambiarios a los flujos de capital ha frenado los flujos bancarios internacionales?]

2017/3 Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law [Abordar el equilibrio de intereses en los tratados de inversión: limitación de las disposiciones sobre trato justo y equitativo para el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario]

2017/2 The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper [El equilibrio entre la protección del inversor y el derecho de los estados a regular en los tratados de inversión: documento de alcance]

2017/1 Foreign direct investment, corruption and the OECD Anti-Bribery Convention [Inversión extranjera directa, corrupción y el Convenio Anticohecho de la OCDE]

2016

2016/3 State-to-State dispute settlement and the interpretation of investment treaties [Solución de diferencias entre estados e interpretación de los tratados de inversión]

2016/2 Investment policies related to national security [Políticas sobre inversión relacionadas con la seguridad nacional]

2016/1 The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties [Marco legal aplicable a los acuerdos conjuntos de interpretación de tratados de inversión]

2015

2015/3 Currency-based measures targeting banks - Balancing national regulation of risk and financial openness [Medidas basadas en el control de cambios dirigidas a los bancos: cómo equilibrar la regulación nacional del riesgo y la apertura financiera]

2015/2 Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World [Evolución temporal de los tratados de inversión: práctica e interpretación en un mundo cambiante]

2015/1 The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey [El paisaje de las políticas de inversión internacional en manos de inversores con control estatal: encuesta de investigación]

2014

2014/3 Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice [Tratados de inversión y reclamaciones interpuestas por accionistas: análisis sobre la práctica de los tratados]

2014/2 Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law [Tratados de inversión y demandas interpuestas por accionistas por perjuicios indirectos: lecciones de los sistemas de derecho mercantil avanzados]

2014/1 Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey [Legislación en materia de tratados de inversión, desarrollo sostenible y conducta empresarial responsable: encuesta de investigación]

2013

2013/4 Temporal validity of international investment agreements: a large sample survey of treaty provisions [Validez temporal de los acuerdos internacionales de inversión: un estudio de amplia base sobre disposiciones de tratados]

2013/3 Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency [Los tratados de inversión como derecho de sociedades: demandas de accionistas y problemas de coherencia]

2013/2 Lessons from Investment Policy Reform in Korea [Lecciones de la reforma de la política de inversión en Corea]

2013/1 China Investment Policy: an Update [Política de inversión en China: situación actual]

2012

2012/3 Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community [Solución de diferencias entre inversores y estados: documento de alcance para la comunidad relacionada con las políticas de inversión]

2012/2 Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey [Disposiciones en materia de solución de diferencias en los acuerdos internacionales de inversión: estudio de amplia base]

2012/1 Corporate greenhouse gas emission reporting: A stocktaking of government schemes [Declaración de las emisiones de gases de efecto invernadero por las empresas: un balance de los planes públicos]

2011

2011/2 Defining and measuring green FDI: An exploratory review of existing work and evidence [Definir y cuantificar la IED ecológica: una revisión exploratoria de los trabajos y datos existentes]

2011/1 Environmental concerns in international investment agreements: a survey [Una revisión de los acuerdos de inversión internacionales desde la perspectiva de la protección del medio ambiente]

2010

2010/3 OECD's FDI Restrictiveness Index: 2010 Update [Índice de la OCDE de restricción a la IED: Actualización 2010]

2010/2 Foreign state immunity and foreign government controlled investors [Inmunidad en estados extranjeros e inversores extranjeros con control estatal]

2010/1 Intellectual property rights in international investment agreements [Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de inversión internacional]

2006

2006/4 OECD's FDI regulatory restrictiveness index: Revision and extension to more economies [Índice de la OCDE de restricción regulatoria a la IED: revisión y ampliación a más economías]

2006/3 Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements [Interpretación de la «cláusula paraguas» en los acuerdos de inversión]

2006/2 Investor-State Dispute Settlement in Infrastructure Projects [Solución de diferencias entre inversores y estados en proyectos de infraestructuras]

2006/1 Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview [Mejorar el sistema de solución de diferencias entre inversores y estados: visión general]

2005

2005/3 Corporate Responsibility Practices of Emerging Market Companies - A Fact-Finding Study [Prácticas de responsabilidad corporativa de las empresas de mercados emergentes: estudio de investigación]

2005/2 Multilateral Influences on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises [Influencias multilaterales en las directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales]

2005/1 Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures [Transparencia y participación de terceros en los procedimientos de solución de diferencias entre inversores y estados]

2004

2004/6 Mobilising Investment for Development: Role of ODA - The 1993-2003 Experience in Vietnam [Movilizar la inversión para el desarrollo: el papel de la asistencia oficial al desarrollo y experiencia en Vietnam entre 1993 y 2003]

2004/5 ODA and Investment for Development: What Guidance can be drawn from Investment Climate Scoreboards? [Asistencia oficial al desarrollo e inversión para el desarrollo: orientaciones que pueden extraerse de los indicadores del clima de inversión]

2004/4 Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law [Expropiación indirecta y derecho de los estados a regular en el derecho internacional sobre inversión]

2004/3 Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law [Norma sobre trato justo y equitativo en el derecho internacional sobre inversión]

2004/2 Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law [Trato de nación más favorecida en el derecho internacional sobre inversión]

2004/1 Relationships between International Investment Agreements [Relaciones entre los acuerdos internacionales de inversión]

2003

2003/2 Business Approaches to Combating Corrupt Practices [Enfoques empresariales para combatir las prácticas corruptas]

2003/1 Incentives-based Competition for Foreign Direct Investment: The Case of Brazil [Competencia a base de incentivos para la inversión extranjera directa: el caso de Brasil]

2002

2002/2 Managing Working Conditions in the Supply Chain: A Fact-Finding Study of Corporate Practices [Gestionar las condiciones laborales en la cadena de suministros: estudio de investigación sobre prácticas corporativas]

2002/1 Multinational Enterprises in Situations of Violent Conflict and Widespread Human Rights Abuses [Empresas multinacionales en situaciones de conflicto violento y violación generalizada de los derechos humanos]

2001

2001/6 Codes of Corporate Conduct: Expanded review of their contents [Códigos de conducta corporativos: revisión ampliada de su contenido]

2001/5 The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and other corporate responsibility instruments [Directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales y otros instrumentos de responsabilidad corporativa]

2001/4 Public policy and voluntary initiatives: What roles have governments played? [Políticas públicas e iniciativas voluntarias: ¿Qué papel han desempeñado los gobiernos?]

2001/3 Making codes of corporate conduct work: Management control systems and corporate responsibility [Lograr que los códigos de conducta corporativos funcionen: sistemas de control de la gestión y responsabilidad corporativa]

2001/2 Corporate Responsibility: Results of a fact-finding mission on private initiatives [Responsabilidad corporativa: resultados de una misión de investigación sobre iniciativas privadas]

2001/1 Private Initiatives for Corporate Responsibility: An Analysis [Iniciativas privadas en materia de responsabilidad corporativa: un análisis]

2000

2000/5 Recent trends, policies and challenges in South East European countries [Tendencias recientes, políticas y retos en los países de la Europa del este y la Europa meridional]

2000/4 Main determinants and impacts of FDI on China's economy [Principales determinantes y repercusión de la IED en la economía de China]

2000/3 Lithuania: Foreign Direct Investment Impact and Policy Analysis [Lituania: Repercusión de la inversión extranjera directa y análisis de políticas]

2000/2 Investment Patterns in a Longer-Term Perspective [Patrones de inversión con una perspectiva de largo plazo]

2000/1 Bribery and the business sector: Managing the relationship [El cohecho y el sector empresarial: gestionar las relaciones]

1999

1999/3 Rules for the Global Economy: Synergies between Voluntary and Binding Approaches [Reglas sobre la economía mundial: sinergias entre un enfoque voluntario y uno vinculante]

1999/2 Deciphering Codes of Corporate Conduct: A Review of their Contents [Descifrar los códigos de conducta corporativos: una revisión de su contenido]

1999/1 Southeast Asia: the Role of FDI Policies in Development [Sudeste asiático: el papel de las políticas de IED en el desarrollo]

1998

1998/1 Survey of OECD work on international investment [Estudio sobre los trabajos de la OCDE en materia de inversión internacional]