

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE ANTES Y DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA: EFECTOS, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Juan Pablo Arístegui¹

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa que unifica la *doble identidad* de la Comunidad Europea y de la Unión Europea (UE), y otorga explícitamente personalidad jurídica internacional a esta última. Tres han sido las mayores modificaciones introducidas por este tratado: i) clarificación acerca de las competencias exclusivas y compartidas de la UE; ii) un más importante papel para el Parlamento Europeo; y iii) la radicación exclusiva en la UE de las competencias relativas a la inversión extranjera directa (IED), hasta el momento competencia fundamentalmente de los Estados miembros de la Unión. Estas reformas han desencadenado numerosos problemas interpretativos cuyas consecuencias legales son todavía inciertas. En cualquier caso, la IED se incorpora a la política comercial común (PCC) de la Unión y, en ese sentido, se necesitará desarrollar un modelo de tratado de inversión de la UE. En cuanto a los tratados bilaterales de inversión (TBI) de los que forman actualmente parte los Estados miembros de la Unión, no existe certeza sobre cuál será su devenir, pero es muy posible que deban ser renegociados o terminados/denunciados. Este escenario incumbe a muchos países del mundo fuera de Europa. El objetivo de este artículo es averiguar cómo puede afectar a nuestra región y en particular a Chile.

Introducción

Como apunta Rafael Leal-Arcas, la evolución de la UE consiste en dos direcciones: la ampliación (*enlargement*) y la profundización (*greater integration*) de la Unión.¹ El Tratado de Lisboa (TdL), vigente a partir del 1 de diciembre de

¹ Profesor de Derecho e Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

2009, es la última pieza de dicha evolución. Mediante este acuerdo internacional, los Estados miembros enmiendan las actuales fuentes de derecho de la UE, a saber, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y otorgan personalidad jurídica internacional a la UE. Sus disposiciones buscan reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción.²

Dentro de sus disposiciones más novedosas, el TdL transfiere la competencia sobre la inversión extranjera directa IED desde los Estados miembros a la UE, pasando a formar parte la IED de la PCC de la Unión³, lo que implica una nueva cesión de soberanía de los Estados miembros con el objetivo declarado de alcanzar unidad en la política comercial, lo que a su vez permitiría una posición internacional más concertada en los temas económicos mundiales.

Esta extensión de la competencia exclusiva de la UE en materia de IED debería permitirle concluir acuerdos comprensivos de comercio e inversión, a la vez que ofrece, según Stephen Woolcock, la oportunidad de fortalecer la capacidad de la UE para moldear la política internacional sobre inversión así como mejorar el acceso a los mercados de terceros países claves, como China e India.⁴ Sin embargo, la competencia exclusiva de la UE sobre la IED tras el TdL encierra diversas interrogantes jurídico-políticas que no se encuentran resueltas, lo que indica que será necesario un período de transición relativamente largo. Algunas de las preguntas más relevantes dicen relación con lo siguiente:

- Si mantendrán los Estados miembros competencia para negociar y concluir TBI en el futuro.
- Cuál es el estatus legal de los actuales TBI concluidos por los Estados miembros.
- Si la UE tendrá capacidad para concluir tratados internacionales de inversión comparables a los TBI.⁵

Leal-Arcas, Rafael, "The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon", en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, 4, 2010, pp. 463-514.

2 Preámbulo del Tratado de Lisboa.

3 Véase al respecto, Bungenber, Marc, "Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon Treaty", en *European Yearbook of International Economic Law*, Vol. 1, Parte 1, 2010, pp. 123-151.

4 Woolcock, Stephen, *The EU Approach to International Investment Policy After the Lisbon Treaty*, European Commission Directorate-General for External Policies, Policy Department, 2010, p. 6. Disponible en http://www.acp-eu-trade.org/library/files/Woolcock_EN_011010_The%20EU%20approach%20to%20international%20investment%20policy%20after%20Lisbon.pdf.

5 Estas tres interrogantes han sido abordadas en: Endeder, Carrier, "Bilateral Investment Treaties and

- El alcance de la nueva competencia exclusiva de la UE, dado que el TdL no define qué se entiende por IED.
- La necesidad de definir los principales elementos de la política sobre inversión de la UE (esto comprende un acuerdo acerca de los estándares de protección, la resolución de conflictos y la manera de abordar el objetivo de la Unión relativo a la promoción de la *inversión sustentable*).
- Definir los criterios para decidir cuáles terceros países deberían tener prioridad cuando la UE comience a negociar acuerdos internacionales de inversión.
- Cómo debería manejarse la transición desde los TBI de los Estados miembros a los acuerdos de inversión de la UE.⁶

Como se aprecia, hay poca deferencia hacia los países *extra* UE en cuanto a las consecuencias que puede tener la nueva competencia de la Unión en materia de IED. El efecto sobre otros países de los cambios operados en el derecho comunitario es evidente y, sin embargo, no se ve una postura decidida de las instituciones de la UE en cuanto a estudiar los mismos. Siendo justos, lo anterior se explica por cuanto ni siquiera existe claridad de cómo afectará esta nueva competencia a los Estados miembros de la Unión, pero no cabe duda que habrá también consecuencias más allá de la UE. De hecho, los países de la UE mantienen cientos de TBI con Estados *extra* UE, muchos de los cuales están vigentes con países de nuestra región.⁷

Lo anterior plantea algunos desafíos y oportunidades para muchos países del mundo en vías de desarrollo. Por lo mismo, y no obstante que los intereses de acceso de mercado de la UE estén puestos en gigantes como China e India,⁸ los países de nuestra región deberían estar conscientes de lo que puede ocurrirles en un futuro cercano. Con seguridad nos enfrentaremos a extensas re-negociaciones de nuestros TBI o incluso a la denuncia de alguno de ellos. Por otro lado, nos veremos compelidos a negociar con un bloque regional con personalidad jurídica internacional que querrá imponer su parecer.

the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, 3, pp. 851-882.

6 Estos últimos cuatro puntos son los problemas identificados en el informe de Woolcock, op. cit., p. 1.

7 Se estima que los países de la UE han concluido alrededor de 1.300 TBI. Solo Chile tiene vigente con países de la UE casi 20 TBI.

8 Véase Woolcock, Stephen, op. cit, p. 23.

El desafío está, entonces, en la capacidad de anticiparse a los cambios que vendrán de manera de poder contener una eventual avalancha de negociaciones, renegociaciones y/o denuncias de TBI. Un ejemplo de lo anterior, en el contexto chileno, posiblemente será el acuerdo de asociación económica entre Chile y la UE de 2002, que es el más avanzado acuerdo bilateral de libre comercio en vigor de la UE que incluye cuestiones relativas a inversión.

Por otra parte, el actual escenario europeo en materia de protección de la inversión extranjera no es nada halagüeño para los inversionistas de afuera de Europa. Reina hoy la inseguridad jurídica y, por lo tanto, nuestras empresas necesitan un mayor diálogo con sus gobiernos para adelantarse a posibles problemas y alcanzar, por ejemplo, acuerdos con la Unión, como en su oportunidad lo hizo EE.UU. a través de un memorando de entendimiento.⁹ La oportunidad, sin embargo, es lograr un acuerdo internacional de inversión con la UE que refleje menor asimetría, por cuanto hasta el momento los TBI revelan un desequilibrio entre los derechos del inversionista y el derecho a regular de los Estados.

Teniendo lo anterior en mente, cabe preguntarse si la asimetría de los TBI se puede atenuar –al menos en parte– con la reformulación de los estándares de protección, con una mayor definición del mecanismo de resolución de conflictos y, en particular, con la inclusión de lo que la propia UE ha llamado *inversión sustentable*. Por consiguiente, el TdL debería alertar a los Estados en vías de desarrollo para aprovechar la oportunidad de modificar el actual sistema hacia una inversión más cualificada que no suponga solo incremento en la tasa de riqueza (si lo hay), sino que implique un desarrollo de calidad, asumiendo las dificultades que encierra el concepto y definición de desarrollo y de desarrollo sustentable.

Complementa lo anterior la necesidad de que los TBI no se erijan como potenciales disuasivos de la capacidad regulatoria de los Estados. Este llamado *chilling effect* (o *regulatory chill*) no proviene naturalmente de los estándares de protección de estos tratados; es decir, los TBI no limitan por sí mismo la capacidad regulatoria de los Estados, pero, en caso de violación de sus disposiciones, obligan a compensar daños definidos en foros distintos de los nacionales y bajo criterios que no toman en consideración muchas veces el derecho público de los Estados. Se sostiene que, ante esta realidad, los Estados pueden

9 El memorando de entendimiento entre EE.UU. y ocho países del este de Europa puede visitarse en: <http://www.eurunion.org/eu/2003-News-Releases/EU/NR-59/03-EU-COMMISSION-EIGHT-ACCEDING-COUNTRIES-AND-US-SIGN-BILATERAL-INVESTMENT-UNDERSTANDING.html>

incurrir en un congelamiento regulatorio para evitar ahuyentar la inversión extranjera, así como eventuales demandas internacionales. Esto, sin embargo, atenta contra la función misma del Estado y sus poderes públicos, y puede afectar los objetivos detrás del desarrollo sustentable.

El riesgo que existe con el movimiento jurídico y político del que seremos testigos es que los cambios estructurales que supondrá el TdL en materia de IED no redunden en cambios reales y concretos a favor de los países (y empresas) *extra* UE. De ser así, se producirá un cambio gatopardiano, es decir, que todo cambie para que nada cambie.

A continuación se revisa el orden jurídico de la UE en relación a los TBI antes y después de la entrada en vigor del TdL. Luego, se ahonda en la tesis según la cual la asimetría de los TBI puede atenuarse mediante la reformulación de los TBI en aquellas cuestiones más estructurales así como en la profundización de la idea de *inversión sustentable*. Por último, se concluye con una recapitulación orientada a llamar la atención de las autoridades de la región y de Chile en cuanto al rol y actitud que deberían asumir para enfrentar esta realidad pauteada desde afuera, de manera de tomar ventaja y aprovechar la coyuntura para mejorar un sistema reconocidamente irregular.

1. El orden jurídico de la UE en relación a los TBI

La estructura jurídica supranacional de la UE es compleja. Si bien no es un Estado federal como los Estados Unidos porque los países miembros mantienen su independencia soberana, tampoco es una organización puramente intergubernamental como las Naciones Unidas dada la cesión de competencias soberanas desde los países miembros a la Unión propiamente tal.¹⁰

Hasta antes de entrar en vigor el TdL, la fuente primaria del derecho comunitario consistía en un conjunto de tratados que formaban la base de todo lo que la UE hacía, conocidos como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) o Tratado de Roma de 1957 y el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado de Roma es el que disciplina las instituciones más relevantes de la UE, considerado entonces como una especie de *constitución*, cuyo alcance incluye las políticas económicas, sociales, ambientales y regionales. Hoy, después del TdL, el TCE ha pasado a llamarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por su parte, en Maastricht los gobiernos de los Estados miembros acordaron trabajar

¹⁰ Véase, *How the European Union Works: Your Guide to the EU Institutions*, Comisión Europea, <http://www.eurunion.org/infores/HowEUWorks072007.doc>.

juntos en materia de política y seguridad exteriores y en el área de justicia y asuntos de seguridad interior. Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema comunitario existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres *pilares*, estructura que es tanto política como económica y es la base actual de la UE.¹¹ Sin embargo, ese tratado no otorgó personalidad jurídica internacional a la UE, sino que quien ostentaba la capacidad internacional era la Comunidad Europea, que debía negociar en ocasiones junto a los países miembros para alcanzar acuerdos mixtos, como el de Chile en materia de comercio internacional en 2002.¹²

Las competencias de la Unión Europea están divididas en tres categorías principales: exclusivas, compartidas y de apoyo. En cuanto a las primeras, es la Comunidad quien tiene el poder absoluto para regular sobre las materias que caen dentro de esa competencia.¹³

En cuanto a las competencias compartidas, la UE y los Estados miembros comparten poder regulatorio en algunas áreas. Si la Unión nada hace en una determinada área compartida, los Estados tienen la opción de tomar la iniciativa; si, en cambio, la Unión regula un área compartida, los países pueden no obstante elevar los mínimos a estándares superiores que los impuestos por la UE y apuntar a grados de desarrollo más ambiciosos.¹⁴

En relación a las competencias de apoyo, por último, la Unión se limita a establecer objetivos generales en un determinada materia,¹⁵ pero los Estados miembros retienen el poder regulatorio exclusivo en estos campos de acción.

Según esta división de competencias, bajo el Tratado de Roma –o TCE– tanto la UE como los Estados miembros retenían control regulatorio sobre diferentes aspectos de la inversión extranjera. Como apunta Jan Ceysens, la UE puede ejercer sus competencias mediante la adopción de medidas relativas a la inversión extranjera siempre y cuando actúe dentro de los límites conferi-

11 *Ibíd.*, p. 5.

12 Véase el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica y sus Estados Miembros y la República de Chile suscrito el 18 de noviembre de 2002 y vigente desde el 1 de febrero de 2003: http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/TEXT0_UE.pdf. A pesar del nombre, cabe advertir que a este acuerdo se le conoce como acuerdo de asociación económica entre Chile y la UE. Lo destacado es del autor.

13 Entre otras: unión aduanera, la política económica y monetaria, derecho de la competencia, comercio internacional y conclusión de algunos acuerdos internacionales.

14 Entre estas competencias se encuentran la seguridad alimentaria, el empleo, el medio ambiente, la contaminación y la energía, el transporte, las telecomunicaciones, los derechos humanos, etc.

15 Como el deporte, el turismo, la educación, etc.

dos por el Tratado de Roma.¹⁶ Este tratado, en efecto, contiene un conjunto de disposiciones relativas a la inversión extranjera. Los artículos 43 y del 48 al 56 establecen, por ejemplo, el derecho de establecimiento que opera entre los países miembros. Los artículos 56 a 60 se refieren al movimiento de capitales entre países miembros o entre estos y terceros países. Junto a otras normas atinentes,¹⁷ todas ellas de alguna manera pueden entrar en contradicción con los TBI concluidos por los Estados miembros.

Ahora bien, a pesar de que el Tratado de Roma contiene disposiciones relativas a la inversión extranjera, no confiere competencia exclusiva sobre la cuestión a la UE ni le otorga el poder de concluir acuerdos internacionales sobre inversión con Estados *extra* UE, puesto que esto último cae dentro de la competencia de los Estados miembros. En efecto, los países de la UE han efectivamente negociado y concluido cientos de TBI desde el Tratado de Roma. Sin embargo, en el último tiempo, algunos solapamientos –que a veces suponen violación del derecho comunitario– han sido revelados por la justicia comunitaria y arbitral. Estos problemas se han producido tanto con TBI *intra* UE como con TBI *extra* UE. En cuanto a estos últimos, tras el TdL, las incompatibilidades anteriores se suman a otras debido a la competencia exclusiva de la UE en materia de IED.

1.1. La inversión extranjera y los TBI *intra* UE

Los TBI *intra* UE son aquellos tratados de inversión celebrados entre un Estado actualmente miembro de la Unión y otro sobreviviente. Esto es producto de la ampliación del número de Estados que forman parte de este bloque regional, originalmente compuesto por 6 Estados y en la actualidad, por 27. La mayoría de estos TBI son el resultado de la incorporación a la Unión de 12 países de Europa central y del este. Se entiende, entonces, que estos países tenían vigente un TBI con países de la Unión antes de su acceso a la misma. Los problemas que plantea esta situación nos son menores, como tampoco es menor el número de TBI vigentes *intra* UE: aproximadamente 190 en la actualidad.¹⁸

El problema central es el de la relación que existe entre el derecho de la UE

¹⁶ Ceysens, Jan, “Towards a Common Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution”, en *Legal Issues of Economic Integration*, 32, 2005, pp. 259-291.

¹⁷ Artículos 181, 310 del Tratado de Roma.

¹⁸ Véase el siguiente documento de la UNCTAD: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intltemlD=2344&lang=1>

y las obligaciones que los países han contraído bajo un determinado TBI,¹⁹ cuestión que a su vez supone el problema de si la inversión *intra* UE está gobernada por el derecho de la Unión o por el derecho doméstico de los Estados miembros; si el TBI *intra* UE es derogado por el derecho de la UE; y si el arbitraje Estado-inversor bajo un determinado TBI *intra* UE está o no en conflicto con el orden jurídico de la Unión.

Aunque estas cuestiones --de importancia práctica y académica-- no constituyen el argumento central de esta publicación (además, por su relevancia merecen un estudio singularizado), cabe mencionar de todos modos el caso más citado en la literatura, que revela los complejos temas que ha planteado la existencia de TBI *intra* UE en relación al derecho internacional público como al orden jurídico de la UE, resuelto en 2007 por un tribunal arbitral internacional bajo las reglas de la UNCITRAL.

Bajo el TBI entre Checoslovaquia y Países Bajos de 1991 --que, luego de la separación entre la República Checa y en la República Eslovaca en 1993, fuera asumido exclusivamente por la República Checa--, la empresa *Eastern Sugar B. V.* demandó en 2003 a esta última por supuestos actos discriminatorios en contra de la transnacional, materializados en tres decretos que la afectaban considerablemente.²⁰ El Tribunal consideró que la República Checa había violado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo 3(1) del TBI porque uno de los decretos mencionados estaba *dirigido* hacia la empresa de forma indebida, configurándose de esa manera una medida discriminatoria y no razonable²¹, y condenó a ese país al pago de 25 millones de euros.

La República Checa ingresó a la UE en 2004 mediante el Tratado de Acceso del 16 de abril de 2003. Como Países Bajos ya era miembro comunitario, ese TBI se transformó en un tratado *intra* UE. El argumento del gobierno checo, por consiguiente, consistió en la falta de jurisdicción del tribunal arbitral en consideración a que el TBI bajo el cual se nombró al mismo había terminado. Dada la competencia del tribunal arbitral, este estimó que el Tratado de Acceso a la UE no disponía **expresamente** que el TBI terminara por la nueva situación jurídica relativa de ambos países (énfasis añadido).²² Tampoco decía nada

19 Stanimir, Alexandrov, "The Future of Investment Treaty Protection in Eastern Europe", en *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009.

20 *Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic*, Decisión Parcial, SCC No. 088/2004, UNCITRAL (Mar. 27, 2007).

21 *Ibid.*, párrafos 335-338.

22 *Ibid.*, párrafos 143.

al respecto el TBI. Para llegar a esta conclusión, el tribunal se concentró en el artículo 59 (en relación con el 42) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), rechazando, sorprendentemente, los argumentos del gobierno checo basados en el artículo 30 de la misma convención. Además, el tribunal ni siquiera se refirió al artículo 307 del TCE (actual 351 del TFUE).

El artículo 59 de la CVDT contiene lo que la doctrina denomina *abrogación tácita*. “Estaremos en este supuesto cuando todas las Partes celebren posteriormente otro Tratado sobre la misma materia y conste o se deduzca la intención de las Partes de regirse por el Tratado posterior. También en los casos en que los Tratados sean incompatibles o no aplicables simultáneamente”.²³ El gobierno checo alegó la última de las hipótesis (art. 59 (1)). Además, señaló que si el TBI sobrevivía después del ingreso de la República Checa a la UE se estaría contradiciendo la regla comunitaria que exige tratamiento igualitario (cuestión zanjada por el Tribunal de Justicia Europeo –TJE– en el caso *Matteucci c. Bélgica*),²⁴ así como el principio de confianza mutua.

A diferencia del artículo 59 de la CVDT que se ubica en la Parte V, Sección Tercera, relativa a la terminación y suspensión de los tratados, el artículo 30 se ubica en la Parte III, Sección Segunda, relativa a la aplicación de los tratados. Este artículo contiene lo que la doctrina llama *tratados sucesivos incompatibles*. Son reglas de carácter subsidiario para resolver los conflictos que puedan plantearse sobre la misma materia. Lo interesante de este artículo es precisamente ese carácter subsidiario, puesto que, en caso que los exigentes requisitos del artículo 59 no fueran capaces de cumplirse, los tratados deberían aplicarse de conformidad con lo que señala el artículo 30 de la CVDT, claro está, cuando exista incompatibilidad, cuestión que el tribunal arbitral no entró a analizar.

Por último, el artículo 307 del TCE ni siquiera fue considerado por los árbitros porque solo se aplica cuando el conflicto entre tratados ocurre entre uno o más Estados miembros en relación con otro u otros terceros Estados, cuestión que no ocurre en este caso, aunque el tribunal igualmente hubiera podido fijarse en esta regla clave comunitaria para interpretar los problemas de jurisdicción aludidos por el gobierno checo.²⁵

23 Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17^{ffi} ed., (Tecnos) 2009, p. 219.

24 TJE, 235/ 87, *Matteucci v. Begium*, [1988] ECR, 5589, párrafo 23.

25 Artículo 307 del TCE (actual 351 TFUE) dice lo siguiente (sobre estas hipótesis, volveremos más abajo): “1. Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

De acuerdo con el tribunal UNCITRAL, bajo el TCE los TBI *intra* UE permanecen aplicables hasta que sean terminados, cuestión que, desde una perspectiva comunitaria, no es una respuesta satisfactoria. Por consiguiente, *Eastern Sugar* es un caso que tiene importancia más allá de sí mismo. Por eso la Comisión europea ha instado a los Estados miembros a terminar los TBI *intra* UE para evitar choques entre las obligaciones TBI y las obligaciones comunitarias, al punto que algunos países efectivamente han terminado sus TBI como fue el caso entre Italia y Hungría en 2009.

Cabe advertir, por último, que los problemas planteados sobre los TBI *intra* UE no se verán modificados ni agravados específicamente con la entrada en vigor del TdL.

1.2. La inversión extranjera y los TBI *extra* UE antes del Tratado de Lisboa

En cuanto a los TBI *extra* UE celebrados antes del TdL, han surgido problemas todavía más recientemente que aquellos vistos arriba. Y, si bien las consecuencias se han concentrado en pocos Estados miembros, las posibilidades de conflictos entre los TBI y el derecho comunitario es una cuestión que potencialmente afecta a todos los países miembros, cuestión que, como se verá, se ha acentuado una vez en vigor el TdL, aunque por otros motivos.

De acuerdo con el artículo 307 (2) del TCE, los Estados miembros “recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades” entre aquellos convenios celebrados con anterioridad al TCE o con anterioridad a la adhesión al mismo.²⁶ En base a este artículo, se iniciaron en 2003 negociaciones entre la Comisión Europea, EE.UU. y ocho países del centro-este europeo para asegurarse que los TBI entre estos últimos dos eran compatibles con el derecho europeo.²⁷

No fue sino hasta el año 2009 cuando hubo oportunidad para que la Comisión Europea identificara ciertas incompatibilidades de algunos TBI *extra* UE previos a la entrada en vigor del TdL. Dos son los casos más relevantes: la Comisión Europea c. la República de Austria²⁸ y la Comisión Europea c.

2. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común”.

26 Ver cita anterior.

27 Endeder, Carrier, op. cit., pp. 869-70.

28 Ver C-205/06, European Commission v. Republic of Austria, 2009, E.C.R.

la República de Suiza.²⁹ En ambos casos, la Comisión inició sendos procedimientos por infracción del artículo 307 (2) del TCE, al considerar que estos países habían fallado al no armonizar las disposiciones contenidas en sus TBI *extra* UE concluidos con anterioridad a su acceso a la Unión.

Dichos TBI contenían cláusulas bajo las cuales cada parte garantizaba al inversor de la otra parte la libre transferencia de capitales relacionada con la inversión.³⁰ En ambos casos, como señala Anderer, la Comisión objetó dichas cláusulas sosteniendo que las mismas impedían que Austria y Suiza cumplieran con las obligaciones del TCE, en particular, con lo dispuesto en los artículos 57 (2), 59 y 60 del TCE relativos a la regulación de los movimientos de capital, los que en ocasiones pueden ser restringidos por la UE.³¹

Más allá de la interpretación de la Comisión del artículo 307 (2) –la cual se ve reforzada si se relaciona este artículo con lo contenido en el artículo 10 del TCE que establece el deber de cooperación y lealtad–, estos casos, al igual que el de *Eastern Sugar* visto más arriba, suponen la posibilidad cierta de que cientos de TBI *extra* UE puedan verse contestados por la Comisión Europea ante el TJE, en particular por los problemas derivados de la libre transferencia de capitales relacionada con la inversión,³² y por el derecho de establecimiento, según el cual la protección de la inversión extranjera se extiende incluso antes que la misma se materialice o ingrese al país.

1.3. La inversión extranjera y los TBI extra UE después del Tratado de Lisboa **Limitaciones a la competencia de la UE en materia de IED**

Como señalamos en la introducción, una de las mayores modificaciones introducidas por el TdL es la radicación exclusiva en la UE de las competencias relativas a la inversión extranjera directa. El artículo 207 del TFUE establece: “La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e

29 Ver C-249/06, *European Commission v. Republic of Sweden*, 2009, E.C.R.

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.* Véase nota 21.

32 De acuerdo a una conversación privada con el profesor y miembro del Comité de Inversiones Extranjeras, Carlos Dettleff, algunos TBI chilenos contiene normas que han sido exigidas por el Banco Central de Chile en orden a la libre transferencia de capitales que coincidirían en este sentido con las disposiciones exigidas por la Comisión Europea; es decir, desde este punto de vista, los TBI chilenos que contengan semejante cláusula no estaría sujetos a modificaciones.

industrial, las **inversiones extranjeras directas**, [...]” (énfasis añadido). Que la política comercial común se extienda a la IED bajo el TdL significa que la UE tiene la competencia exclusiva para negociar y concluir tratados de inversión en relación con la IED.³³

Existe acuerdo entre los especialistas en cuanto a que la IED, aunque no se encuentre definida en el TdL, no contempla la inversión de cartera o inversión de portafolio. Lo que se entiende por inversión de portafolio no es, sin embargo, una cuestión clara, por lo que una manera de definirla es negativamente, es decir, como todo aquello que no sea IED.³⁴ En consecuencia, los acuerdos internacionales de inversión comprensivos de las inversiones de portafolio, como algunos capítulos de inversión de los TLCs de EE.UU. o el modelo de TBI de ese mismo país, deberán ser negociados tanto por la UE como por los Estados miembros; es lo que se conoce como *acuerdos mixtos*.

Aparte de esta limitación relativa al alcance de la IED, otros autores han deducido del enunciado del artículo 207 del TFUE que la competencia de la UE en materia de IED se restringe a aquella vinculada al comercio internacional. Sin embargo, esta interpretación –que tuvo exponente en las deliberaciones del tratado–³⁵ no fue finalmente incluida en el texto y todo conduce a la intención de ampliar las competencias de la Unión hacia la IED, con la excepción mencionada arriba sobre la inversión de portafolio.

Otra aparente limitación dice relación con el tema del estándar sustantivo de trato en contra de la expropiación, que para algunos debería quedar fuera de la competencia de la UE y permanecer en los Estados miembros.³⁶ Lo anterior podría derivarse de la relación entre los artículos 207 (6) del TFUE,

33 El artículo 2(i) del TFUE establece: “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”

34 En el contexto de la UE, el TJE ha señalado que la participación de 25% en una empresa constituye IED, aunque ha demostrado flexibilidad para analizar casos concretos. Queda, no obstante, igualmente abierto el problema en tanto no hay acuerdo sobre qué debe entenderse por *control y manejo efectivo*. Como apunta Markus Burgstaller, parece razonable ante este escenario mirar hacia las definiciones contenidas en otros instrumentos jurídicos internacionales, como la definición dada por el FMI y la de la OCDE. Véase, Burgstaller, Markus, “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member Status”, en *European Yearbook of International Economic Law*, número especial sobre International Investment Law and the EU Law, 2011, p. 63.

35 Un representante (Sr. Hain) enfatizó la necesidad de aclarar en el tratado que no era la intención quitarle a los Estados miembros la competencia de concluir TBI. Sin embargo, ninguna aclaración fue hecha ni tampoco se incluyó limitación alguna en el texto del tratado. Véase: <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/866/Art23Hain.pdf>.

36 Esta es la opinión del catedrático de derecho internacional Javier Díez-Hochleitner que puede leerse en el blog *aquiescencia*: <http://aquiescencia.net/2010/07/05/javier-diez-hochleitner>.

que dice que “el ejercicio de las competencias [de la Unión] no conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados Miembros”, y el artículo 345 del TFUE que señala: “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. Sin embargo, fuera del reconocimiento general de que la propiedad cumple una función social, el TJE ha interpretado restrictivamente el artículo 345 en el sentido que su alcance no deja a los Estados miembros el poder de decidir las condiciones bajo las cuales una expropiación puede ocurrir.³⁷

En conclusión, la única limitación de la UE en materia de IED es que su competencia no alcanza a la inversión de portafolio, pero no obstante puede –después del TdL– concluir tratados de inversión comprensivos. La nueva competencia de la UE cubre el acceso a mercados, los estándares de trato pre y post establecimiento, los requisitos de desempeño, la resolución de disputas y la expropiación directa e indirecta.³⁸

El futuro de los TBI vigentes extra UE

Fuera de las limitaciones que tiene la UE en materia de IED analizadas arriba, quedan por resolver otras interrogantes que atañen más directamente a países no comunitarios. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 307 (2) del TCE (actual 351 (2) del TFUE), sobre los Estados miembros recae la obligación de terminar aquellos TBI incompatibles con el derecho comunitario. El problema, no obstante, es que el TdL no contiene ninguna disposición que reconozca a los Estados miembros el derecho a mantener los TBI *extra* UE vigentes. Tampoco el TdL establece un período de transición, aunque todo indica que estos TBI, en tanto se solapan o contrapongan al derecho comunitario, deben terminarse o renegociarse.³⁹ No se sabe cuál será el camino a seguir.

En este panorama de incertidumbre, pueden presentarse diversos escenarios. Así, por ejemplo, se podría establecer un tiempo de transición para la terminación o renegociación de los TBI *extra* UE basándose en las decisiones del Consejo Europeo de 1961 y 1969, que establecía directrices sobre la duración de los acuerdos comerciales con terceros Estados. Otro camino para

37 Véanse los casos del TJE citados en la nota 50 del artículo de Burgstaller, Markus, op. cit., nota 34.

38 Esta afirmación, no obstante, cuenta con detractores, dentro de los cuales los más relevantes son algunos de los países más poderosos de la UE que consideran demasiado amplia la competencia de la UE en relación a la IED.

39 Cabe recordar que la mayoría de los TBI contienen cláusulas de protección post-terminación; en algunos casos, por muchos años después de terminado el tratado. Por consiguiente, incluso una vez terminados estos TBI, los inversionistas gozan de las garantías en ellos establecidas.

la transición sería la conclusión de un acuerdo marco de inversión de la UE con terceros Estados que dejara los detalles a los Estados miembros. Hasta el momento lo más avanzado parece ser una propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que establece un arreglo de transición para los TBI de los Estados miembros con terceros Estados.⁴⁰

Ahora bien, la exigencia de la UE hacia sus Estados miembros de renegociar o terminar los TBI⁴¹ puede traer consecuencias jurídicas de conformidad con el derecho comunitario, pero no ocurre igual en el plano internacional. En efecto, de acuerdo con el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), que es el tratado normativo que regula los TBI en todo aquello sobre lo que estos nada digan, las partes no pueden invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 42 y 59 de la CVDT,⁴² relativo este último a la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación por la celebración de un tratado posterior, no puede concluirse que los Estados miembros de la UE estén obligados a terminar los TBI vigentes sencillamente porque los Estados partes de los BIT *extra* UE no son partes de la Unión Europea. Sin embargo, a *contrario sensu*, de acuerdo con el llamado de atención hecho por Woolcock, “Los terceros países, en aras de ganar influencia en las negociaciones o escapar de su aplicación, podrían empezar a cuestionar la validez de sus propias obligaciones en el marco del TBI *vis-à-vis* los inversores europeos”.⁴³ En otras palabras, se desliza entre líneas que los países *extra* UE podrían argumentar que los Estados partes de los TBI vigentes con ellos no son capaces de asegurar su cumplimiento, lo cual podría constituir una razón suficiente para, por su lado, no cumplirlos.

En segundo lugar, si la UE concluyera en el futuro un TBI sin la concurrencia de los Estados miembros, el mayor problema que enfrentaría sería no poder resolver las eventuales disputas de inversión ante el CIADI, que constituye en la actualidad la institución arbitral más importante en materia

40 Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo, para establecer un arreglo de transición para los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, Comisión Europea, Bruselas 7 de julio de 2010, COM(2010)344 final.

41 Cabe aclarar que los Reglamentos de la UE tienen aplicación directa en los Estados miembros y forman parte así de su derecho interno. Las Directivas, por su parte, requieren de una implementación previa.

42 Véase el apartado I.I. de este trabajo donde dichos artículos están citados con motivo de los problemas que sufren los TBI *intra* UE.

43 Woolcock, Stephen., *op. cit.*, p. 54.

de disputas Estado-inversionista. En efecto, de acuerdo con el artículo 67 del Convenio de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el mismo quedará abierto a la firma de los *Estados* miembros del Banco (Banco Mundial). En otras palabras, la UE, al no ser un Estado, no puede formar parte de este Convenio.⁴⁴

El artículo 67 del Convenio CIADI puede, por supuesto, modificarse. Sin embargo, según su artículo 66 (1), para enmendarlo se requiere de la aceptación o aprobación de todas las partes del mismo, cuestión que impide pensar realistamente que llegue a ocurrir. Por consiguiente, como afirma Anderer, los inversores extranjeros que tengan una diferencia con un Estado miembro de la Unión necesariamente deberían llevar sus disputas ante el TJE.⁴⁵ No poder llevar las disputas ante el CIADI y tener que ventilarlas ante el TJE es un obstáculo que puede llevar a los inversionistas extranjeros a replantear su inversión en Europa.

2. El derecho a regular y el desarrollo sustentable en el contexto de los acuerdos internacionales sobre inversión, y su importancia en los TBI extra UE después del Tratado de Lisboa

Hemos advertido más arriba que el derecho a regular y el desarrollo sustentable son dos cuestiones diferentes, al punto que puede existir el primero y no alcanzarse los objetivos del segundo. Sin embargo, se trata de cuestiones relacionadas, puesto que el derecho a regular es condición necesaria del desarrollo sustentable, aunque, en ningún caso, suficiente.

Por su parte, la noción de *desarrollo sustentable* –sumamente exitosa desde que fuera acuñada en el Informe Brundtland (Nuestro Futuro Común) en 1987–, aunque continúa sin un contenido normativo demasiado exacto (parte de su virtud y de su problema), juega un rol que trasciende lo político,⁴⁶ sobre todo si tomamos en cuenta alguna jurisprudencia, no solo en el área ambiental, sino que en el comercio internacional,⁴⁷ hermano de la inversión extran-

44 Diferente es la situación de la Organización Mundial del Comercio –OMC–, organización respecto de la cual pueden formar parte, de acuerdo con el tratado constitutivo de la misma, tanto Estados naciones como organizaciones intergubernamentales y de integración, como es el caso de la UE, que efectivamente es miembro de la OMC.

45 Enderer, Carrier, op. cit., p. 880.

46 Rodrigo Hernández, A., “El concepto de desarrollo sostenible en el Derecho internacional”, en *Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas*, Agenda ONU, n° 8/2006-07.

47 Véase, Informe del Órgano de Apelación de la OMC, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp I), Doc. WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

jera. Por consiguiente, la inclusión del objetivo del desarrollo sustentable en el régimen de protección de la inversión extranjera inevitablemente pasa por una definición de lo que se entiende por derecho a regular o intereses regulatorios.

La tendencia que revelan los últimos modelos de TBI de algunos países desarrollados⁴⁸ a definir con más precisión el límite entre el poder regulatorio y los derechos de los inversionistas responde, entre otras cosas, a que la jurisprudencia arbitral en materia de inversión extranjera ha demostrado en importantes decisiones poca deferencia hacia el derecho público del Estado y su derecho a regular en áreas sensibles como el medio ambiente y la salud pública,⁴⁹ revelando que los TBI están estructuralmente diseñados en base a una asimetría.

Esta asimetría entre los derechos del inversionista versus el derecho a regular del Estado se acentúa, en desmedro de los países en vías de desarrollo, si se tiene en cuenta que los TBI continúan siendo en su gran mayoría tratados bilaterales de *iure* pero no de *facto*. En otras palabras, hay una doble asimetría, una relativa al desequilibrio entre los derechos del Estado frente a los del inversionista extranjero y otra en relación a los flujos de inversión cubiertos por los TBI. Mary Hallward-Driemeier lo expuso en sencillos términos en 2003 cuando, en base a estudios prácticos, concluyó que los TBI no solo no atraen inversión sino que son tratados con *dientes*, que pueden *morder*.⁵⁰ Que los TBI puedan morder significa, por una parte, que dichos acuerdos cuentan con la posibilidad de hacer efectivas sus disposiciones en arbitrajes internacionales a los que generalmente se ha prestado el consentimiento con anterioridad y, por otra, que las obligaciones que pesan sobre el Estado anfitrión pueden mermar la voluntad regulatoria de los Estados en determinadas áreas. En verdad, ambas cuestiones son expresiones de un mismo problema visto desde ángulos diferentes.

Si los flujos reales de inversión entre dos países vinculados por un TBI fueran similares, habría bilateralidad tanto de *iure* como de *facto*, y, no obstante, dicho TBI podría igualmente *morder* en términos de su incidencia en las políticas pú-

48 Es el caso de EE.UU., Canadá, Bélgica, Luxemburgo, etc.

49 Véase, *Metalclad Corporation v. México*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1; *Ethyl Corporation v. Canada*, 38 I.L.M. 708 (1999) (NAFTA Arb. Trib. (1998)); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2.

50 Véase, Hallward-Driemeier, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite*, World Bank, 2003. Disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636541

blicas de los Estados. Por lo tanto, la afirmación relativa a que los TBI deberían asegurar el derecho a regular e inclinarse hacia una inversión más sustentable, aunque valedera para todas las diferentes realidades, lo es todavía con más fuerza para los casos en que los TBI son además unilaterales en términos prácticos.

En suma, hay que distinguir entre las dos asimetrías relacionadas y el objetivo de la sustentabilidad. Los TBI son, por supuesto, bilaterales, pero, muchas veces, en términos reales son muy dispares porque los flujos de inversión son predominantemente unilaterales. Por su parte, los TBI han revelado ser asimétricos si comparamos los derechos del inversionista con el derecho a regular de los Estados; este último muchas veces limitado (*chilling effect*) para evitar conflictos con el inversionista.⁵¹ La incorporación del paradigma de la sustentabilidad en los TBI permitiría –en teoría– alcanzar el objetivo de la inversión sustentable; pero la inversión sustentable exige sin duda plena capacidad regulatoria de los Estados.

Resulta fundamental determinar qué se entiende por inversión sustentable, cuál es su contenido, etc. Por otra parte, todavía no es claro que el objetivo detrás de la inversión sustentable garantice efectivamente sustentabilidad o, incluso, que este objetivo fomente al Estado anfitrión a regular.⁵² Y por último, tampoco está claro que detrás de este loable fin no se esconda un nuevo tipo de intervencionismo. En efecto, si la manera de implementar el objetivo *desarrollo sustentable* en el plano interno deja de ser una prerrogativa estatal y pasa a definirse en un tratado, surge el problema de quién define y llena de contenido la *inversión sustentable*.

Sin embargo, las críticas al actual sistema de TBI permiten afirmar que la incorporación del desarrollo sustentable (con sus debilidades) colaboraría a atenuar la asimetría existente entre los derechos del inversionista y el derecho a regular del Estado anfitrión (no así la unilateralidad de los flujos de inversión). A continuación, se identifican los intereses regulatorios que podrían reforzarse en los TBI para alcanzar una mayor simetría; luego tocaremos el problema del desarrollo sustentable, aunque es común en la literatura ver ambas cuestiones sin distinguirlas o incluso confundiéndolas; para terminar con una breve referencia a la importancia de lo anterior en el contexto de la UE.

51 La asimetría se produce precisamente porque el inversionista extranjero está más protegido que el inversionista nacional si existe un TBI entre su Estado nacional y el Estado anfitrión (algo similar ocurre con los contratos de inversión extranjera). Si el primero tuviera los mismos derechos que el nacional, claramente no podríamos afirmar la existencia de esta desigualdad.

52 En materia ambiental, por ejemplo, una democracia puede estar estructuralmente diseñada para contaminar, aunque abrace el concepto de desarrollo sustentable.

2.1. El derecho a regular o los intereses regulatorios de los Estados anfitriones

Este es un tema poco estudiado hasta el momento en la literatura, aunque en el último tiempo se han publicado varios trabajos en esta dirección.⁵³ Posiblemente esto se explica porque no ha sido sino hasta un tiempo relativamente reciente que las diferencias entre los inversionistas extranjeros y los Estados anfitriones se ventilan masivamente en arbitrajes internacionales. Además, como sabemos, estos arbitrajes han sido mayoritariamente entre inversionistas de países desarrollados en contra de Estados en vías de desarrollo; Estados que hasta hace poco no habían reaccionado como lo hacen hoy ante el rigor de estos tratados. Por ejemplo, aunque sea una cuestión más simbólica que práctica, Estados como Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado el Convenio de Washington por considerar una afronta a sus soberanías las decisiones alcanzadas en el CIADI. Argentina, por su parte, ha tenido que defenderse varias veces en arbitrajes de inversión por la crisis financiera de 2001, sin que se hayan atendido las razones de políticas públicas que motivaron las demandas, con el consecuente desagrado y desgarró que ello ha supuesto.⁵⁴

Cuando las diferencias, por último, han involucrado a países desarrollados, como ha ocurrido en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la alerta en cuanto a la asimetría en materia de derechos del inversionista *vis-à-vis* el derecho a regular de los Estados ha sido más temprana. En efecto, el Capítulo 11 del TLCAN ya no es el mismo ni los modelos de TBI de EE.UU. y Canadá son similares a ese Capítulo, puesto que se han incorporado disposiciones que buscan garantizar mejor los intereses regulatorios de los Estados.

Lars Markert recientemente ha identificado cuáles serían estos intereses regulatorios, diferenciando a su vez entre el actual régimen (*statu quo*) de aquel otro que se está estableciendo poco a poco en nuevos TBI o acuerdos internacionales de inversión plurilaterales.⁵⁵

53 Véase Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección de la inversión y regulación de servicios públicos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Documento de Proyecto, LC/W.382, Santiago, Chile, 2011; y Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicancias para la formulación de políticas públicas* (en especial, referencias a los servicios de agua potable y saneamiento), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, Santiago, Chile, 2010; Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, (Oxford University Press) 2010.

54 Para una mirada a este problema en Argentina, véase Barraguirre, J., *Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina*, en Colección de Documentos de Proyectos, CEPAL, 2010, pp. 13-30.

55 Markert, Lars, "Balancing Investor's and Host States Rights. What Alternatives for Treaty-Makers?", en *European Yearbook of International Economic Law*, número especial sobre International Investment Law and the EU Law, 2011, pp. 141-171.

El derecho a regular, entonces, estaría conectado en materia de inversión extranjera con el estado de necesidad, con las medidas para la protección de la seguridad nacional y del orden público, con la protección ambiental y de la salud, con los estándares sociales y laborales, con las excepciones culturales, con los derechos humanos y, por último, con la regulación de la economía en tiempos de crisis.⁵⁶ Como se puede ver, muchas de estas cuestiones conjugadas coinciden con los pilares del desarrollo sustentable: crecimiento económico, protección ambiental y protección social.

Todos estos intereses regulatorios no se ven *per se* limitados por los TBI, pero las cláusulas de estos tratados *abren la puerta* a ciertas interpretaciones anti-regulatorias lo que, a su vez, puede terminar en una disuasión regulatoria. Por lo tanto, el poder regulatorio permanece después de los TBI con la aprensiones del caso.

La más amplia libertad en materia regulatoria en los TBI dice relación con las disposiciones sobre la admisión, puesto que la admisión de una inversión debe por lo general cumplir con la legislación nacional en vigor del Estado anfitrión, lo que permite regularla sin que esto suponga una violación del tratado. Incluso los modelos de TBI de Canadá y EE.UU., que extienden la protección de la inversión al pre establecimiento, contienen un conjunto de excepciones que precisamente buscan resguardar el poder regulatorio en un conjunto de áreas (o intereses) claves del país.⁵⁷ Una vez que la inversión ha ingresado, la historia es distinta.

Igual afirmación podría hacerse de la expropiación, directa e indirecta. En efecto, nada en los TBI apunta a negar el derecho de los Estados a expropiar, siempre y cuando no sea discriminatoria, se haga por un interés público, se observe un debido proceso y se compense de manera pronta, adecuada y efectiva (lo que se conoce como la fórmula Hull). Es en este último punto, y en relación a la expropiación indirecta, donde más problemas ha tenido la jurisprudencia al momento de abordar problemas reales, siendo incapaz todavía de fijar un límite claro entre regulaciones que deban compensarse de aquellas otras que no.⁵⁸

56 *Ibíd.*, p. 148.

57 Es el caso del TLC Chile-EE.UU., donde existen disposiciones expresas en orden a excluir del pre-establecimiento algunos sectores, como el de las energías provenientes de combustibles fósiles en el caso de Chile, de manera de compatibilizar con las disposiciones constitucionales chilenas.

58 Ver, Newcombe, A, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", en *ICSID Review-FILJ*, Vol. 20, 2005.

En respuesta a esta situación, los nuevos modelos de TBI han incorporado disposiciones que deberían guiar y limitar a los tribunales arbitrales en los casos difíciles, como las que se hallan en los actuales modelos de TBI de EE.UU. y de Canadá y en algunos capítulos de inversión de los TLC suscritos por esos países, como, por ejemplo, lo dispuesto en el TLC Chile-EE.UU. letra b) del número 4 del Anexo 10-D (Expropiación) que señala que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente”.

Junto a tales disposiciones que buscan retener poder regulatorio, como apunta Markert, hay otras instituciones en el derecho internacional que van más allá de la inversión extranjera y que han tenido hasta el momento poco rendimiento, lo cual no significa que no puedan tenerlo, y que apuntan precisamente a permitir a los Estados más margen de maniobra regulatoria.⁵⁹

Una de ellas es la interpretación sistémica reconocida en el CVDT, en su artículo 31.3.c, que señala que, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.⁶⁰ Dejando al margen el problema de lo que se entienda por *pertinente*, esta regla es una puerta de entrada a otros regímenes respecto de los cuales los Estados también han asumido compromisos, como el del medio ambiente y el de los derechos humanos, y que deberían tenerse en cuenta al momento de juzgar una disposición de un TBI.⁶¹

Otra institución relevante es la del estado de necesidad, esgrimida como un *estado económico de necesidad* por Argentina en diversos arbitrajes internacionales con motivo de la crisis financiera de 2001.⁶² El estado de necesidad exige requisitos muy estrictos para su configuración, lo que ha impedido el éxito de su invocación. Además, la necesidad, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, solo opera como circunstancia que excluye la ilicitud y, por lo tanto, la responsabilidad internacional, pero no exime del

59 Es lo que Markert subtitula como *Statu quo in international law beyond IIAs*, op. cit., pp. 155 y ss.

60 En inglés, lengua oficial del Convenio, el término *pertinente* es *relevant*.

61 Ver, Hirsch, “Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations”, en Muchlinski, Ortino y Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p.154 y ss.

62 Barraguirre, J., op. cit.

cumplimiento una vez desaparecida la ilicitud ni exime de la indemnización que quepa,⁶³ lo que puede inducir a un congelamiento regulatorio.

Por último, está aquella categoría de normas denominadas *ius cogens*, definidas como normas imperativas que no admiten pacto en contrario.⁶⁴ Este tipo de normas podría ampliar el espectro regulador de los Estados si consideramos que estos deben velar por el cumplimiento de las mismas dentro de sus territorios, cuestión sobre la cual se ha discutido mucho en relación a los derechos humanos. Por consiguiente, una supuesta violación de un TBI debería eventualmente revisarse si estuviera presente una norma imperativa en el caso concreto puesto que, en caso de estarlo, aquella se vería desplazada por esta última.

Ahora bien, en caso de que los Estados se pongan de acuerdo en la necesidad de incorporar en los nuevos TBI el derecho a regular de forma explícita, habría que definir dónde y cómo incorporarlo. Esto no es un problema baladí. Es muy distinto reconocer este derecho en el preámbulo que en estándares de trato específicos o, por último, estructurar este derecho como excepciones generales al estilo del artículo XX del GATT. En la práctica estatal, todas estas alternativas son posibles de verificar en la actualidad, a veces en solitario, otras veces combinadas, aunque no resuelvan por sí mismas los problemas que puedan ocurrir en el futuro, puesto que deberán ser sometidas al cedazo de la interpretación arbitral, a menos que se incluya una cláusula –como la que se encuentra en el artículo 40 del Acuerdo Comprensivo sobre Inversión de la ASEAN– que exija poner de acuerdo a los Estados sobre el sentido y alcance de una disposición cuando exista un arbitraje, y de oficio, o cuando el Estado involucrado así lo requiera, cuestión de por sí polémica.⁶⁵

2.2. El desarrollo sustentable en el contexto de la inversión extranjera

Este último tiempo se ha escrito mucho sobre la relación entre el desarrollo sustentable y los acuerdos internacionales sobre inversión.⁶⁶ Y con seguridad

63 Véase el artículo 27 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito de 2001, que codifica el derecho consuetudinario en la materia (texto en español: A/RES/56/83).

64 Véase el artículo 53 de la CVDT.

65 De acuerdo con el artículo 40.2 de este tratado –que, según la información disponible, aún no ha entrado en vigor–, el Tribunal tiene solicitar, de oficio o a petición de parte, una interpretación conjunta de cualquier disposición del tratado que esté en disputa. Los Estados miembros tiene 60 días para entregar la decisión conjunta de interpretación y, en caso contrario, cualquier interpretación individual entregada por algún Estado miembro deberá ser tenida en cuenta por el Tribunal.

66 Un buen exponente de lo último que se discute al respecto es el libro *Sustainable Development in World*

se continuará discutiendo sobre la conveniencia de *contaminar* la protección de la inversión extranjera con el paradigma del desarrollo sustentable. En todo caso, la tendencia parece apuntar hacia esa dirección. Basta recordar lo dispuesto en la Agenda 21 de la Cumbre de Río donde se declara que la IED es necesaria para el desarrollo sustentable,⁶⁷ o bien la incorporación de este concepto en el preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁶⁸

Al margen de lo anterior, es importante averiguar si la IED se presenta como neutra o si, por el contrario, favorece o desfavorece el desarrollo sustentable de los países. De acuerdo con Andrew Newcombe,⁶⁹ el régimen de protección de la inversión extranjera no es un impedimento serio para el desarrollo sustentable. Pero, en caso de afirmar, nos dice Newcombe, que la IED debe ser una fuerza positiva para el desarrollo sustentable, la protección de la inversión debería ser consistente con los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sustentable.⁷⁰

Esos principios dicen relación con el uso sustentable de los recursos naturales; con la equidad y erradicación de la pobreza; con las responsabilidades comunes, pero diferenciadas; con el enfoque precautorio; con la participación y acceso a la información y a la justicia; con la buena gobernanza; y con el principio de la integración de los objetivos económicos, sociales, ambientales y de derechos humanos.

La conclusión a que llega Newcombe es que el régimen de protección de la inversión extranjera no es un impedimento ni subvierte los principios detrás del desarrollo sustentable, en particular porque los Estados no dejan de retener su poder regulatorio y, por consiguiente, pueden actuar de conformidad con estos principios sin que necesariamente sean desafiados en juicios arbitrales. Sin embargo, concluye también que el régimen no promueve activamente el desarrollo sustentable y sugiere que una de las formas para lograrlo es que se asegure que la toma de decisiones relacionadas con el desarrollo,

Investment Law, editado por Marie-Claire Cordonier Segger y Andrew Newcombe en 2010.

67 Véase el párrafo 2.23 de la Agenda 21.

68 El Acuerdo de Marrakech (abril de 1994), en virtud del cual se crea la OMC, contempla en su preámbulo el objetivo de un desarrollo sustentable en relación con la utilización (óptima, señala el acuerdo) de los recursos mundiales.

69 Newcombe, Andrew, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 3, 2007.

70 Newcombe sigue los principios identificados en la Resolución de la International Law Association 3/2002 (New Delhi Principles), publicada como documento de las NUdoc. A/57/329.

como es el caso de un TBI, sea el resultado de un proceso que promueva el desarrollo sustentable, cuestión que puede alcanzarse, por ejemplo, a través de evaluaciones ambientales estratégicas o de evaluaciones de impacto de sustentabilidad.⁷¹

A este respecto resulta muy atinente el Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sustentable de 2005 del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (sigla en inglés, IISD).⁷²

Como expone Katia Fach, dos son las ideas más importantes de este modelo, apuntadas tanto en el preámbulo como en el texto del Modelo:

En primer lugar, se considera que la inversión extranjera no debe generar cualquier tipo de desarrollo, sino únicamente aquel que sea sostenible. El Modelo del Instituto canadiense está optando claramente por el elemento cualitativo de la inversión, frente a una priorización cuantitativa-cumulativa que, siendo la práctica tradicional en muchos países en vías de desarrollo, se ha constatado que no ofrece buenos resultados medioambientales ni sociales en el largo plazo. En segundo lugar, para alcanzar este desarrollo sostenible es necesario, que los Acuerdos de Inversión se instrumentalicen de forma que permitan alcanzar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los sujetos involucrados: fundamentalmente, inversores, Estado anfitrión y Estado local.⁷³

Como se aprecia, los esfuerzos por llenar de sustancia al concepto *desarrollo sustentable* son reveladores de la necesidad de otorgarle un contenido normativo capaz de ser introducido con un rendimiento real en regímenes como el del comercio y, ahora, el de la inversión extranjera. La duda que todavía cabe es que dichos esfuerzos provienen, por regla general, de países desarrollados a pesar de que –en teoría– la inversión sustentable de alguna manera rebaja los actuales estándares de protección de la propiedad de los inversionistas extranjeros. Por otro lado, fuera de los movimientos ciudadanos ambientalistas, en los países en vías de desarrollo los gobiernos no aprecian el objetivo del desarrollo sustentable de la misma manera que los países desarrollados, pues,

71 Newcomb, Andrew, op. cit., p. 402 y ss.

72 Ver <http://www.iisd.org/investment/model/>

73 Fach, K., “Construyendo un nuevo Derecho internacional de las inversiones: Las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 18, 2009.

en cierta medida ,puede retardar los objetivos del crecimiento económico o del desarrollo a secas, sin adjetivos como el de *sustentabilidad*. La UE sin embargo está *obligada* a dar prioridad al tema.

2.3. El debate en la UE sobre el tema...

La UE cuenta entre sus principios rectores al desarrollo sustentable. La nueva competencia exclusiva de la UE en materia de IED tras la entrada en vigencia del TdL debe, por consiguiente, seguir la prescripción del Título V del TUE relativo a la Acción Exterior de la Unión.

El artículo 21, que inicia el Capítulo 1 del Título V del TUE, señala en el número 2.d lo siguiente: “La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental **de los países en desarrollo**, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza;” (énfasis añadido).

Adicionalmente, si la protección de la inversión extranjera está contrapunteada por los objetivos detrás del desarrollo sustentable, por supuesto que también favorecería a la propia UE y sus Estados miembros. Buscar que la inversión sea sustentable implica que los Estados no pierdan su poder regulatorio en áreas sensibles que permitan el objetivo de la sustentabilidad. La discusión en la UE hoy se centra, entonces, en las ventajas de un nuevo trato en materia de inversiones que les permita profundizar su política social y ambiental sin que esto a su turno signifique una desprotección de sus inversionistas en el extranjero.⁷⁴

3. Recapitulación y conclusiones

La UE ha sufrido cambios importantes tras la entrada en vigor, en diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa en materia de IED (entre otras cosas). Estos cambios implican que la UE, a partir de esa fecha, tiene competencia exclusiva sobre la IED, quedando sin embargo fuera de la misma la denominada inversión de portafolio. Ello significa que la UE puede celebrar tratados internacionales sobre protección de inversiones, al estilo de los TBI, con países *extra* UE sin la anuencia de los Estados miembros, a menos que incluyan cuestiones relativas a la inversión de portafolio, en cuyo caso estaríamos fren-

⁷⁴ Woolcock, Stephen, op. cit., p. 49 y ss.

te a tratados mixtos en que se necesitaría del consentimiento adicional de aquellos Estados.

Pero esta realidad, simplemente expuesta, presenta múltiples interrogantes que han motivado cientos de estudios que no coinciden en los efectos posibles de esta nueva competencia, pero sí en la necesidad de un tiempo de transición más o menos largo. Tres escenarios pueden distinguirse claramente: el futuro de los TBI *intra* UE; el futuro de los TBI *extra* UE; y si la UE llevará a cabo TBI por sí misma o delegará esa capacidad, y durante cuánto tiempo. Un cuarto problema, relacionado con todos los escenarios anteriores, es la reconocida necesidad de redefinición de los estándares de trato y, en general, de los derechos de los inversionistas versus el derecho a regular de los Estados. A su vez, ese derecho a regular está relacionado con los objetivos del desarrollo sustentable, objetivo que el TUE exige en relación con la política exterior de la Unión y en particular en aquella llevada a cabo con países en vías de desarrollo. La intención de este artículo ha sido presentar estos escenarios exponiendo las dificultades y tratando de develar los temores y las suspicacias que pueden surgir tanto en la UE como en los países de la región (América Latina).

Todo apunta a que los TBI, ya sean *intra* o *extra* UE, deben ser renegociados o incluso denunciados para no verse expuestos a ser contrarios al derecho comunitario. Esto, en el caso de los *extra* UE, supone desafíos y oportunidades para los países de la región. Caben dudas acerca de la conciencia de esta situación y de la manera que asumirán los Estados este desafío una vez en marcha el proceso de renegociaciones. El llamado entonces es a estar preparados, lo que supone contar con una política al respecto, cuestión que no siempre existe en los países latinoamericanos.

Asimismo, se presentan muchas oportunidades. En particular, la posibilidad de atenuar la asimetría intrínseca de los TBI en cuanto a los derechos de los inversionistas en relación al derecho a regular de los Estados, que, según revela la jurisprudencia arbitral –que se encarga de aplicar estos tratados–, no refleja la deferencia esperada hacia el derecho público de los Estados y no incluye los principios de derecho administrativo en la solución de sus casos.

Por consiguiente, el *nuevo trato* que debería proponerse desde la UE representa una oportunidad siempre y cuando los Estados tengan claro qué es lo que realmente buscan a través de estos tratados: si quieren figurar como países atractivos porque someten sus diferencias a foros internacionales o si esperan que la IED promueva el desarrollo sustentable, para lo cual los TBI

no deberían erigirse como potenciales disuasivos de la potestad regulatoria de los Estados. O un camino intermedio que permita entregar fuertes derechos de propiedad a los inversionistas extranjeros a la vez que salvaguardar la capacidad regulatoria de los Estados para poder avanzar en áreas donde es menester regular y por ende afectar las inversiones.

En conclusión, los Estados en vías de desarrollo, es decir, toda nuestra región, tienen que conocer y aprovechar las oportunidades que esta situación no buscada nos presenta. En particular, creo que los países de la región deberían estar concientes de: i) el momento de la negociaciones; ii) las propuestas que pueden hacer; iii) exigir la participación de los órganos relevantes de la UE; iv) exigirles claridad acerca de las competencias e interpretaciones en caso que no se presenten de manera clara; y v) respecto de las renegociaciones de los actuales BIT, exigir clarificación sobre el futuro de las obligaciones y la inclusión de cláusulas relativas al derecho a regular, al desarrollo sustentable y a los derechos humanos; etc.⁷⁵

En suma, los países de la región han sido llamados a asumir una actitud proactiva, lo que no debe confundirse con que un país tenga muchos o pocos TBI, sino que dice relación con el contenido de los mismos. Está por primera vez la posibilidad de terminar los TBI o de transformarlos en instrumentos que promuevan objetivos de política interna alineados con un desarrollo más cualificado y no solo el incremento en la riqueza, si cabe afirmar que los TBI colaboran en esto último.

75 Ver al respecto lo señalado por Moerenhout, Tom, y Pérez Aznar, Facundo, “Competence Shift in FDI from the UE members to the EU”, en *Trade and Investment Law Clinic*, Final Paper, IISD, 2010, p. 29-30.