





# MECANISMOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS: LA NECESIDAD DE RETOMAR EL OBJETIVO ORIGINAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN

Roberto Echandi Gurdián

## RESUMEN

Durante las últimas dos décadas, el debate sobre el derecho internacional de la inversión ha girado alrededor de los pros y los contras de los procedimientos de Solución de Controversias Internacionales entre Inversionistas y Estados (“SCIE”; “ISDS” por sus siglas en inglés). Este artículo sostiene que dicho debate ha distraído la atención de la comunidad académica y de política pública de lo que debería ser el foco principal del debate sobre el derecho internacional de las inversiones: a saber, fomentar el grado de certeza y previsibilidad a largo plazo en las relaciones entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la Inversión Extranjera Directa (IED). Dicho objetivo implica mitigar el riesgo político que suele afectar a los proyectos de IED para que se establezcan, operen y se expandan en los países receptores. Este artículo resume una investigación reciente liderada por el autor que demuestra la inexistencia de una infraestructura legal adecuada, tanto a nivel nacional como internacional, que permita a los Estados anfitriones y a los inversores gestionar sus conflictos con la suficiente antelación antes de que los problemas de los inversionistas se conviertan en disputas legales. La carencia de tal infraestructura no solo está sobrecargando al ISDS como el único medio para lidiar con las quejas entre inversionistas y Estados, sino que también genera un costo de oportunidad significativamente alto tanto para los inversionistas como para los Estados. Este artículo sostiene que los Mecanismos de Gestión de Conflictos entre Inversionistas y Estados (“Investor-State Conflict Management Mechanisms, (CMMs)” por sus siglas en inglés) pueden llenar ese vacío de infraestructura legal. Al incorporar los CMMs en el marco del régimen internacional de inversiones, el derecho internacional de las inversiones podría retomar su fundamento original de contribuir a aumentar la confianza de los inversores para promover mayores flujos de IED hacia países en desarrollo.

**Palabras claves:** inversión, gestión de conflictos, solución de diferencias inversionista-Estado, retención y expansión de inversión extranjera directa.

## ABSTRACT

Over the last two decades, the debate around International Investment Law has gravitated around the pros and cons of investor-State dispute settlement (ISDS) procedures. This article argues that such debate has distracted the attention of investment stakeholders away from what should be the main focus of the debate about international investment law: that is, to foster the degree of

El autor es PhD en Derecho Internacional, Especialista Líder en Comercio e Inversión, Banco Mundial, Miembro no residente del World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Berna, Suiza y Miembro del Grupo Editorial del Journal of World Investment and Trade. Todas las opiniones y errores expresados en esta nota no representan los puntos de vista del Grupo del Banco Mundial y son responsabilidad exclusiva del autor.

Este artículo está basado en Echandi (próximo 2021). Agradezco a Monserrat Monge su valioso apoyo en las labores de traducción.

long-term certainty and predictability in investor-State relations required to mitigate political risk thereby facilitating FDI projects to establish, operate and expand in host countries. This article summarizes recent research lead by the author demonstrating the lack of appropriate legal infrastructure, both at a domestic and international level, enabling host States and investors to manage their conflicts early enough before investors discontinue their investment projects and grievances escalate into full-blown legal disputes. Such absence of legal infrastructure is not only overemphasizing ISDS as the only outlet to deal with grievances between investors and States but is also claiming a significantly high opportunity cost for investors and States alike. Last but not least, this article argues that Investor-State Conflict Management Mechanisms (CMMs) can fill such legal infrastructure vacuum. By incorporating CMMs into the framework of international investment regime, international investment law could re-take its original rationale of contributing to enhance investors' confidence to undertake foreign direct investment (FDI) projects beyond their home States.

**Key words:** investment, conflict management, investor-state dispute settlement, retention and expansion of foreign direct investment.

## INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas, el debate sobre el derecho internacional de la inversión alrededor de los pros y los contras de los procedimientos de solución de controversias internacionales entre inversionistas y Estados (ISDS). (UNCITRAL, 2020; Franck, 2005, 2018; Kingsbury & Schill, 2009; Miller & Hicks, 2015; Oldenski, 2015; Omanski, 2018; Van Harten, 2007) Este debate que aún está en curso, ha generado una reacción negativa en contra de este régimen normativo internacional pese a que es relativamente joven y que, por lo tanto, sin duda debe ser modernizado y ajustado conforme a la curva de aprendizaje resultante de su aplicación. Sin embargo, una consecuencia negativa de dicho debate ha sido la desviación de la atención de la academia y de los gestores de política pública de lo que debería ser el foco principal del derecho internacional de la inversión.

Este artículo busca llamar la atención sobre un problema que hasta ahora no ha sido adecuadamente evaluado en el contexto de la regulación internacional de inversiones. Nos referimos aquí al significativo número de proyectos de IED que cada año se cancelan en los países en desarrollo como consecuencia de problemas no resueltos entre inversionistas y dependencias públicas. Investigaciones recientes (Banco Mundial, 2019) demuestran que alrededor de un 25% de todos los

proyectos que se descontinúan en países en desarrollo cada año no es por problemas de índole macroeconómico, o cambios en la estrategia de las empresas, o inestabilidad política, sino precisamente por problemas de índole regulatorio y conductas de agencias regulatorias.

Asimismo, el presente artículo resume una investigación reciente dirigida por el autor (Echandi, 2013, 2014; Banco Mundial, 2019) que concluye que la no retención de la IED en muchos países se debe a la inexistencia de una infraestructura legal, tanto a nivel nacional como internacional, que permita a los Estados receptores e inversionistas gestionar sus conflictos de manera lo suficientemente temprana, de tal manera que dichos problemas se resuelvan antes de que los inversionistas opten por desmantelar o cancelar la expansión de sus proyectos de inversión. La inexistencia de dicha infraestructura no solo está sobrecargando el sistema de adjudicación internacional (ISDS) como el único medio efectivo para lidiar con los agravios que afectan a inversionistas, sino que también genera un costo de oportunidad altísimo para todas las partes involucradas.

Este ensayo argumenta que los Mecanismos de gestión de conflictos entre inversores y Estados ("MGC", "CMM" por sus siglas en inglés, "Conflict Management Mechanisms") pueden suplir ese vacío de infraestructura legal. Además, se argumenta que incorporar los CMMs dentro del marco del régimen internacional de inversiones contribuiría a que éste último retome su objetivo original de contribuir a generar confianza entre inversionistas para emprender proyectos de (IED) más allá de sus Estados de origen. (Álvarez, 2011; Vandeveld, 2010). La evidencia sugiere que los CMMs pueden aprovechar los acuerdos internacionales de inversión (AII) para fomentar los patrones deseados de comportamiento administrativo en los Estados receptores de una manera no litigiosa. (Banco Mundial, 2019). Al abordar las quejas entre inversionistas y Estados mucho antes de que se conviertan en disputas legales, los CMM permiten tanto a los inversionistas como a los Estados abordar los problemas que surgen en el curso de las operaciones de inversión, contribuyendo así a la permanencia y expansión a largo plazo de los proyectos de IED en el Estado receptor de la inversión.

Además de esta introducción, este artículo tiene cuatro secciones adicionales. La primera de ellas se refiere a la dinámica de la economía política de las relaciones entre inversionistas y Estados. Comienza explicando

coloquialmente esa dinámica. Para hacer que un tema tan complejo sea más fácil de comprender y más agradable para el lector, la explicación se ha enmarcado dentro de una analogía de las relaciones humanas. Este enfoque hará muy evidente el alcance limitado del debate actual sobre el derecho internacional de las inversiones. La siguiente sección trata sobre los mecanismos de gestión de conflictos entre inversores y Estados, así como sus fundamentos conceptuales. El siguiente aparte, CMMs: Resultados de investigaciones y proyectos piloto recientes resume la investigación reciente dirigida por el autor que se centró en el análisis empírico de los patrones de conducta del gobierno que conllevan la frustración de proyectos de IED, así como una serie de proyectos piloto que pusieron a prueba el concepto de CMMs y los protocolos específicos para el diseño de CMMs propuestos por la literatura. La sección “Conclusiones” resume e incluye algunas reflexiones finales.

### **LA DINÁMICA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA DE LAS RELACIONES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS: COMENZANDO CON UNA ANALOGÍA**

En el comercio transfronterizo, el productor exporta bienes o servicios desde su base de operaciones sin que ello implique una reubicación para atender un mercado. En el caso de las IED la situación es muy diferente. La IED presupone necesariamente la necesidad de que los inversionistas establezcan sus instalaciones productivas en el extranjero, lejos de sus países y jurisdicciones de origen, lo que los obliga a operar en entornos legales, económicos, sociales y culturales que no son tan familiares como aquellos en los que están acostumbrados a operar. Por tanto, la IED es intrínsecamente una actividad riesgosa. Este tipo de inversiones son más que simples transacciones. Implican relaciones multidimensionales entre diferentes actores: hay inversores extranjeros, gobiernos, inversores nacionales y sociedad civil (Echandi, 2015; H. C. Gonstead, 2013).

La IED implica necesariamente la creación de una relación continua entre una empresa transnacional que elige invertir en el extranjero y el gobierno receptor de la inversión. Con suma frecuencia, los estados tienden a priorizar la promoción y la atracción de nuevas inversiones. Esto es importante, pero es solo una pequeña parte de la historia. Los verdaderos y más significativos beneficios de la IED para el desarrollo vienen más

adelante en la relación, ya que la empresa extranjera aporta capital, emplea personal local, proporciona bienes y servicios, genera exportaciones, comparte tecnología y conocimientos, fuentes de proveedores locales y ayuda a diversificar y mejorar la economía. (Banco Mundial, 2017) La materialización de estos beneficios potenciales necesariamente implican tiempo. Por lo tanto, para efectos de política pública, el punto crítico es comprender la idea de que para que la IED contribuya al desarrollo social y económico, es primordial garantizar que la relación entre el inversor extranjero y el país receptor funcione en el largo plazo.

Dichas relaciones tienen múltiples dimensiones, pero una forma de visualizarlas es seguir un enfoque secuencial como el ciclo de vida de la inversión que comprende cuatro etapas básicas (Echandi, 2015; Banco Mundial, 2017). Primero, comenzando con la etapa en la que se atraen los inversionistas extranjeros a invertir en el país anfitrión. En segundo lugar, la etapa en la que se establece dicha inversión. En tercer lugar, la etapa en la que la inversión comienza a operar y con suerte comienza a expandirse, lo que lleva a la cuarta etapa en la que dicho proyecto de inversión genera encadenamientos productivos con otras empresas locales, “enraizando” la IED con la economía nacional.

Por lo tanto, si un país quiere asegurar que los inversionistas extranjeros vengán, se queden y contribuyan al desarrollo, es importante que los gobiernos adopten ciertos comportamientos en cada etapa de la relación, con el objetivo de mejorar la calidad de la interacción entre la empresa extranjera y la economía nacional, asegurándose de que el mayor número de inversiones lleguen a la etapa final del ciclo, el punto en el que se crean los encadenamientos productivos para hacer avanzar al aparato productivo local dentro de cadena de valor y generar más y mejores empleos para mejorar la calidad de vida de la población. (Banco Mundial, 2017).

Probablemente, la forma más fácil de comprender las complejidades de la economía política de las relaciones entre los actores involucrados en la IED es invocar una analogía. En cierto modo, como todo fenómeno involucrando relaciones humanas, las diferentes etapas de la IED se asemejan a las que ocurren en el matrimonio de una pareja. Tanto la inversión como los matrimonios conllevan un compromiso a largo plazo e implican comprometer importantes recursos en términos de tiempo y esfuerzo. Por tanto, ni embarcarse

en un proyecto de IED ni casarse son decisiones que deben tomarse a la ligera.

Como los matrimonios, las inversiones presuponen la necesidad y el interés de las partes de buscar una relación. Al igual que las personas, muchos inversionistas pueden optar por permanecer solteros y no asumir el riesgo de invertir en el extranjero y permanecer en sus mercados nacionales. Sin embargo, existen muchos incentivos y motivos para que tanto los seres humanos como los inversionistas asuman el riesgo de entablar relaciones a largo plazo. Los inversionistas pueden que necesiten acceso a recursos naturales que solo se encuentren en otros países, o a una masa de consumidores en mercados más grandes, o localizarse en aquellos países que les permitan prosperar en un mercado mundial significativamente competitivo. Esta es la primera etapa del ciclo: tener claridad sobre si se buscará una relación y las razones para hacerlo. Esto es lo que corresponde a la visión y estrategia del ciclo que se muestra en la figura 1 que se expone más abajo.

En segundo lugar, al igual que en las relaciones humanas, no es fácil para los inversionistas identificar al socio más adecuado que permitirá a su empresa alcanzar sus objetivos. Al mismo tiempo, muchos países pueden estar buscando atraer cierto tipo de inversionistas; muchos gobiernos aspiran atraer grandes empresas multinacionales que puedan generar miles de empleos. Como en la vida real, no es fácil encontrar a la pareja

ideal. Además, como en las relaciones humanas, dependiendo de los criterios que se utilicen, algunas personas pueden resultar más atractivas que otras. En la relación de inversión algunos países tendrán mucho más atractivo que otros para cierto tipo de inversores. Por ejemplo, los países ricos en recursos naturales resultarán extremadamente atractivos para los inversores que participan en actividades extractivas. Los países con grandes mercados internos también serán atractivos para aquellos inversionistas cuyo interés es copar esos mercados y servir a esos consumidores vendiendo sus bienes y servicios. Sin embargo, los gobiernos de esos países pueden estar buscando otro tipo de inversionistas para quienes quizás no sean tan atractivos. A menudo, en esas situaciones, los gobiernos tienden a incurrir en enormes gastos para proporcionar incentivos de inversión para atraer inversores, como dotes en las relaciones humanas. Sin embargo, la evidencia demuestra que, en la mayoría de los casos, esos costosos incentivos no pueden compensar aspectos críticos, como la falta de seguridad jurídica, disponibilidad de mano de obra, o conectividad, o condiciones de acceso a mercados externos, que con frecuencia representan los verdaderos obstáculos para la competitividad de los inversionistas.

Además, al igual que los seres humanos, los valores y criterios que guían la búsqueda de ambas partes de sus respectivos socios pueden no estar en sintonía con sus necesidades o sus propias realidades. Por ejemplo,

FIGURA 1. EL CICLO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED)



si bien algunos gobiernos pueden estar buscando atraer empresas orientadas a la exportación en actividades de alta tecnología, es posible que no puedan proporcionar los recursos humanos o la infraestructura o el entorno empresarial que esas empresas necesitan para operar. Además, algunos países pueden ni siquiera estar en el radar de ciertos inversores “ideales” que la mayoría de los gobiernos pueden estar intentando atraer. De hecho, la visibilidad es un desafío para muchas economías pequeñas, que a menudo llegan a la prensa económica internacional solo cuando ocurre un desastre natural importante o un conflicto civil. En efecto, al igual que en las relaciones humanas, la reputación cuenta mucho e importa en el campo de la inversión internacional.

Por último, pero no menos importante, en esta fase de atracción de inversiones, que en las relaciones humanas sería la etapa de “cortejo” de una relación, las asimetrías de información y la construcción de imagen juegan un papel importante. Al igual que en las relaciones humanas, donde las personas cuidan su imagen para ser aceptadas, los gobiernos incurren en costosas campañas de promoción de inversiones que intentan mostrar a la mayor cantidad posible de inversores sus atributos. Los gobiernos, como las personas, harán todo tipo de promesas a sus socios potenciales para convencerlos de que “digan que sí”. Los gobiernos prometerán que se comportarán de manera justa, transparente y lícita. Para ello, mostrarán los distintos acuerdos internacionales de inversión (AII) como prueba de su compromiso por una relación segura y predecible. La fase de atracción de inversiones concluirá con una decisión de las partes, es decir, el inversionista, por un lado, y el gobierno por otro lado, a menudo representados por su agencia de promoción de inversiones (API) de seguir adelante con un proyecto de inversión en particular. Una vez que se tome tal decisión, se iniciará la preparación para los trámites y el establecimiento del proyecto de inversión. La “boda” entre el inversor y el país anfitrión, materializada en forma de anuncio de inversión, se difundirá luego a través de los medios de comunicación.

Una vez más, como en las relaciones románticas humanas, donde se planean muchas bodas y, sin embargo, alguien se arrepiente a las puertas de la boda, en el contexto de la inversión, a pesar de que haya habido un anuncio formal, un proyecto de inversión puede que nunca se llegue a materializar. A menudo, los proyectos de inversión se cancelan a pesar del interés

de los inversores en establecer sus negocios en el país anfitrión. Las barreras legales o burocráticas tienden a frustrar una gran cantidad de proyectos de IED. Por ejemplo, en Etiopía, según los registros de la Comisión de Inversiones de Etiopía (EIC), alrededor del 98% de las cancelaciones de proyectos de IED entre 2008 y 2018 tuvieron lugar en su fase de establecimiento, es decir, antes de la emisión de una los permisos para iniciar operaciones. (Banco Mundial, 2018).

Continuando con la analogía, si finalmente se lleva a cabo una celebración de boda, en el mundo de las inversiones el establecimiento y la inauguración de un proyecto de inversión a menudo representa un importante evento de celebración. Al igual que los flashes fotográficos y la fanfarria en las bodas, en el mundo de las inversiones, tanto el gobierno como los inversores a menudo celebran el inicio de operaciones de una planta de producción o negocio invitando a la prensa y organizando eventos llenos de optimismo y entusiasmo debido a los muchos puestos de trabajo que se generen y las mejores perspectivas económicas para todas las partes involucradas. Contrariamente a lo que piensan muchos funcionarios del gobierno, ese no es el final, sino solo el comienzo de la relación real, que requerirá un esfuerzo significativo para que funcione a largo plazo. Al igual que en las relaciones románticas, después del período optimista de planear y celebrar la boda, la pareja debe volver a la realidad y comenzar a enfrentar juntos la vida cotidiana.

La interacción constante indudablemente hará que la pareja deba abordar con regularidad una serie de desacuerdos, ya sea sobre asuntos triviales o más importantes. Un tema que puede ser importante para uno puede no serlo para el otro. Además, como parte de convertirse en una nueva familia nuclear, la pareja de recién casados también tendrá que comenzar a interactuar con su respectiva familia política. La mayoría de esos familiares políticos pueden tener sus propios puntos de vista con respecto a la elección de pareja de sus parientes. Algunos pueden estar muy contentos con la nueva unión, algunos pueden estar menos entusiasmados y algunos pueden estar indiferentes. Sin embargo, independientemente de sus opiniones sobre las perspectivas de éxito del matrimonio de los recién casados, ninguno de esos familiares políticos tiene entre sus prioridades sentirse responsable de hacer que ese

nuevo matrimonio funcione y tenga éxito a largo plazo. Lo mismo ocurre en el mundo de las inversiones.

Cuando un inversionista establece la empresa en el país anfitrión, a menudo después de haberse beneficiado del apoyo de la agencia de promoción de inversiones de ese país, también tendrá que interactuar con una plétera de agencias públicas adicionales que operan a nivel nacional y subnacional. Iniciar y emprender operaciones obliga a los inversionistas extranjeros a obtener una serie de permisos y licencias, lo que genera una interacción constante entre los inversionistas y el aparato regulador de la administración pública. Estas agencias tienen prioridades regulatorias específicas que responden a un abanico diverso de temas, como hacer cumplir las normas ambientales, laborales, tributarias, de salud, seguridad y de cualquier otro tipo. Al igual que los parientes políticos, estas agencias tienen sus propias prioridades basadas en sus respectivos mandatos legales. Y, al igual que los familiares políticos, no es probable que promover la salud del nuevo matrimonio de sus familiares se sitúe entre sus prioridades principales. De hecho, la mayoría de los organismos especializados se centran exclusivamente en el ejercicio de sus actividades reguladoras. Rara vez, o nunca, se recuerda explícitamente a estas autoridades reguladoras la importancia de llevar a cabo sus funciones de manera que no se dañe la relación entre el inversor y el Estado receptor. Es más, con frecuencia, la mayoría de estas autoridades reguladoras ni siquiera conocen la existencia de acuerdos internacionales de inversión, y menos aún de su contenido.

En este contexto, no es de extrañar que, una vez más, como en muchos matrimonios, la interacción con los suegros u otros familiares políticos genere tensiones con el miembro recién llegado. Dichas tensiones pueden conllevar a desacuerdos, discusiones e incluso divorcios. En el contexto de las inversiones, no es sorprendente que más del 70% de las disputas entre inversionistas y Estados sometidas a arbitraje internacional involucren conductas regulatorias emprendidas por agencias reguladoras subnacionales o especializadas. (Echandi, 2019). Además, y continuando con la analogía de un matrimonio, muchos divorcios ocurren de manera relativamente silenciosa, y tienen lugar por consentimiento mutuo de ambas partes, sin ningún litigio en los tribunales. Sin embargo, hay divorcios que tienden a ser particularmente conflictivos, implicando costosas y largas batallas legales con muchos abogados

involucrados y fricciones que incluso llegan a airearse públicamente. De nuevo, lo mismo ocurre con la relación entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la IED.

El aumento de casos de arbitraje entre inversores y Estados en las últimas dos décadas ha atraído la atención de muchos académicos y responsables políticos. A tal punto que la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) prácticamente no sólo ha influido, sino prácticamente monopolizado la evolución y el debate sobre el derecho internacional de la inversión. Antes de abordar este punto con más detalle y volver a la analogía del matrimonio, es importante subrayar dos puntos importantes con respecto a la analogía entre el ciclo de la IED y los matrimonios.

Primero, como en la vida real, no se debe asumir que las relaciones matrimoniales deben mantenerse a toda costa. La vida y las circunstancias cambian, afectando el bienestar, los valores y el carácter de las personas. A veces es mejor para muchas personas dejar una relación que continuar en una que ya no es constructiva. Una vez más, ocurre lo mismo con la relación inversionista-Estado. De hecho, no toda retención de IED debe percibirse como algo bueno y no toda interrupción de la IED como algo malo.

Por ejemplo, puede ser que la interrupción de la IED se deba a motivos económicos (por ejemplo, incrementos en la estructura de costos de mano de obra) o que derive de la ejecución de ciertas políticas (por ejemplo, la introducción de una regulación discriminatoria). O incluso dentro de la última categoría, puede ser que el proyecto de IED sea descontinuado debido a la eliminación de un subsidio (por ejemplo, el fin de una exención fiscal). Los cambios en la estructura salarial, por ejemplo, pueden estar asociados a una mejora en el ingreso per cápita en el país anfitrión que conduzca a un cambio en la ventaja comparativa. En este caso, la interrupción de la IED sería una forma de ajuste del sistema económico que podría ser bien recibida. En el extremo opuesto del espectro, preservar las exenciones fiscales u otros incentivos durante mucho tiempo solo para retener la IED que de otra manera no sería económicamente viable puede correr el riesgo de perpetuar actividades ineficientes. Por lo tanto, como en los divorcios de la vida real, la interrupción de la IED puede ocurrir tanto por las razones “correctas” como por las “incorrectas”.

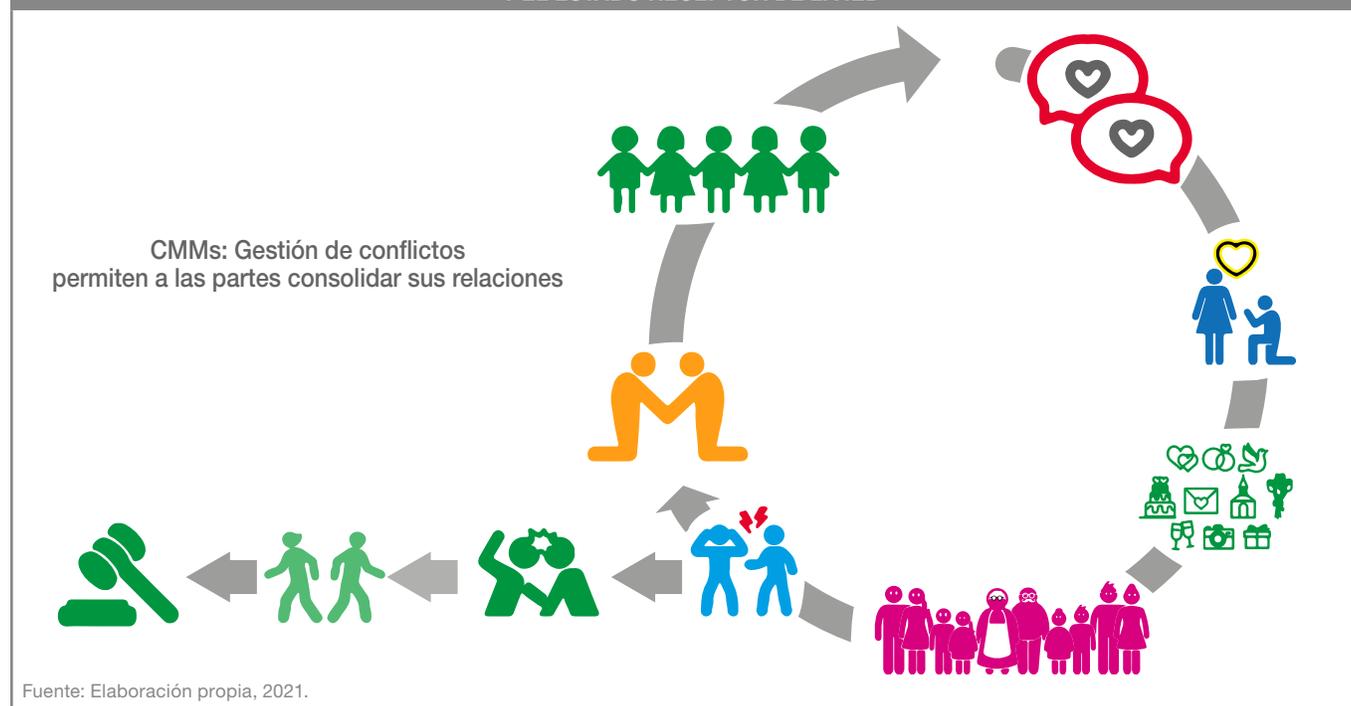
Es importante aclarar que, en el contexto del derecho internacional de la inversión, el tipo de interrupción de la IED que se debe intentar evitar es aquel que NO es intencional por parte de la mayoría de los gobiernos. Nos referimos a la no continuación de proyectos de IED en razón de no haber atendido oportunamente los conflictos entre inversionistas y agencias públicas que surjan como resultado de una conducta gubernamental “irregular” –entendiendo por “irregular” una conducta que no se ajusta a los cánones legales o procedimentales razonablemente esperados por los inversionistas afectados, así como funcionarios gubernamentales razonables–, con base en su lectura de los tratados, leyes, regulaciones y prácticas aplicables en el país anfitrión. (Banco Mundial, 2019). Dada la multiplicidad de agencias reguladoras que en la vida real pueden afectar los proyectos de IED, la razón fundamental del derecho internacional de inversiones en este contexto debería ser proporcionar principios y normas básicos que sirvan como parámetros mínimos para guiar la conducta administrativa no solo entre el gobierno y los inversores, sino también a lo interno de las múltiples agencias dentro del gobierno.

Antes de abordar con más detalle las causas y dinámicas del conflicto inversionista-Estado y los mecanismos

para abordarlo, el segundo punto a destacar para concluir la analogía entre la IED y el ciclo del matrimonio es subrayar el propósito principal de la relación inversionista-Estado: a saber, el generar una serie de beneficios para ambas partes, pero particularmente una serie de efectos que contribuyan al desarrollo socioeconómico en el Estado receptor. Así como los matrimonios pueden dar lugar a descendencia, la relación inversor-Estado puede conducir a mantener un número estable de puestos de trabajo, transferencia de conocimientos técnicos, tecnología, exportaciones, etc. Adicionalmente, al igual que los vástagos de una relación matrimonial, la IED también puede generar encadenamientos productivos con empresas locales, comenzando a obtener insumos tangibles o intangibles en forma de servicios que se integran en el proceso productivo de las primeras. (Banco Mundial, 2017). Este es el efecto económico multiplicador de la inversión en la economía nacional. Sin embargo, todos estos efectos requieren tiempo y presuponen el éxito de la relación inversionista-Estado a pesar de las inevitables dificultades que pueden surgir en el curso normal de las operaciones entre inversores y autoridades públicas del país anfitrión.

La figura 2 a continuación ilustra la analogía entre la relación inversionista-Estado y los matrimonios que

FIGURA 2. LA ANALOGÍA ENTRE EL MATRIMONIO Y LA RELACIÓN ENTRE EL INVERSIONISTA EXTRANJERO Y EL ESTADO RECEPTOR DE LA IED



hemos estado discutiendo. Como muestra el gráfico, la falta de un manejo adecuado de los problemas y desacuerdos entre las partes puede escalar a conflictos y, si no se resuelven, puede conducir a divorcios, que pueden ser silenciosos o implicar caras y ruidosas batallas litigiosas. El problema actual que afecta el debate sobre el derecho internacional de las inversiones es que se está prestando la atención exclusivamente a los pros y los contras de la resolución de disputas de arbitraje internacional. Y es que, cuando la relación inversionista-Estado llega a esa etapa, la relación ya se ha roto, la IED se ha perdido y las partes ya se han desviado del camino que les hubiera permitido maximizar plenamente los beneficios potenciales de la IED. Es así como el problema del debate actual sobre el derecho Internacional de la inversión es que muchos gobiernos y casi todos los académicos conciben el papel de esta rama del derecho internacional económico exclusivamente como un instrumento para lidiar con litigios entre inversionistas y estados, y no como un instrumento para fomentar mejores relaciones entre estos sujetos. Dentro de esta lógica, muchos incluso se han cuestionado si el régimen internacional de inversiones debería desmantelarse por completo (Sornarajah, 2016). Debido a que los divorcios litigiosos son desagradables y costosos, se argumenta que no debería haber regímenes legales que se ocupen de este problema. Este es el gran peligro de esta concepción del derecho Internacional de la inversión. Si trasladamos esta discusión al contexto del derecho de familia, tales opiniones parecerían absurdas. En efecto, el derecho de familia busca salvaguardar la armonía y los intereses de los miembros del núcleo familiar. A nadie en su sano juicio se le ocurriría afirmar que la función del derecho de familia es exclusivamente regular divorcios. Sin embargo, en el contexto del derecho internacional de la inversión es precisamente en este punto en donde desgraciadamente se ubica la discusión actual.

Como se mostrará en la sección “*CMMs: Resultados de investigaciones y proyectos piloto recientes*” de esta nota, una reciente investigación empírica demuestra que la abrumadora mayoría de los “divorcios” que afectan las relaciones entre inversores y Estados se producen de forma silenciosa, sin disputas legales ni litigios. (Banco Mundial, 2019). Debido a su bajo perfil, estos divorcios silenciosos han pasado desapercibidos tanto por la literatura académica como por la mayoría de los gobiernos, convirtiéndose en un punto ciego en la formulación de políticas de inversión.

Con tendencia a concentrarse en el debate sobre ISDS, la mayor parte de la atención de la academia, los responsables políticos y las organizaciones de la sociedad civil cuando se discuten los pros y los contras del derecho internacional de inversiones ha tendido a olvidar que, históricamente, uno de los objetivos de los AII fue contribuir a generar un clima de inversión predecible, minimizando la prima de riesgo para los inversores internacionales al invertir en el exterior. (Álvarez, 2011; Van de Velde, 2010). Se suponía que los AII, si se implementaban en la práctica, deberían aumentar la confianza de los inversores extranjeros en los países en desarrollo, contribuyendo así a generar flujos crecientes de inversión productiva en esos países. (Salacuse y Sullivan, 2009).

Es evidente que el aumento de los litigios socava el desarrollo de relaciones armoniosas a largo plazo entre los inversores extranjeros y los Estados receptores. Además, como se explicará con más detalle la evidencia muestra que las conductas administrativas que se supone los AII deben prevenir son precisamente las que conducen a quejas y conflictos que también erosionan la relación entre el inversionista y el Estado, lo que hace que los inversionistas extranjeros frecuentemente suspendan sus proyectos de inversión en los países en desarrollo.

La necesidad de concebir los AII como instrumentos para contribuir a fomentar relaciones armoniosas entre los inversores extranjeros y los Estados receptores, en lugar de ser exclusivamente un marco legal para la resolución de controversias, es un punto más que filosófico. Tiene implicaciones muy concretas y prácticas, en particular para los países en desarrollo. Alrededor del 25% de los inversores extranjeros que invierten en países en desarrollo optan por retirarse totalmente o abstenerse de llevar a cabo proyectos de inversión ya planificados, no como resultado de riesgos como la inestabilidad macroeconómica, conflictos civiles o guerras, sino más bien por agravios desatendidos entre inversores y organismos públicos que surgen de situaciones irregulares. conducta de gobierno que nunca llega a los tribunales internacionales. (Banco Mundial, 2019). Por lo tanto, cantidades significativas de IED –una estimación conservadora muestra que alrededor de USD 100 mil millones al año– se están perdiendo en los países en desarrollo como consecuencia de no abordar con suficiente

antelación los conflictos que surgen entre inversores y agencias reguladoras.

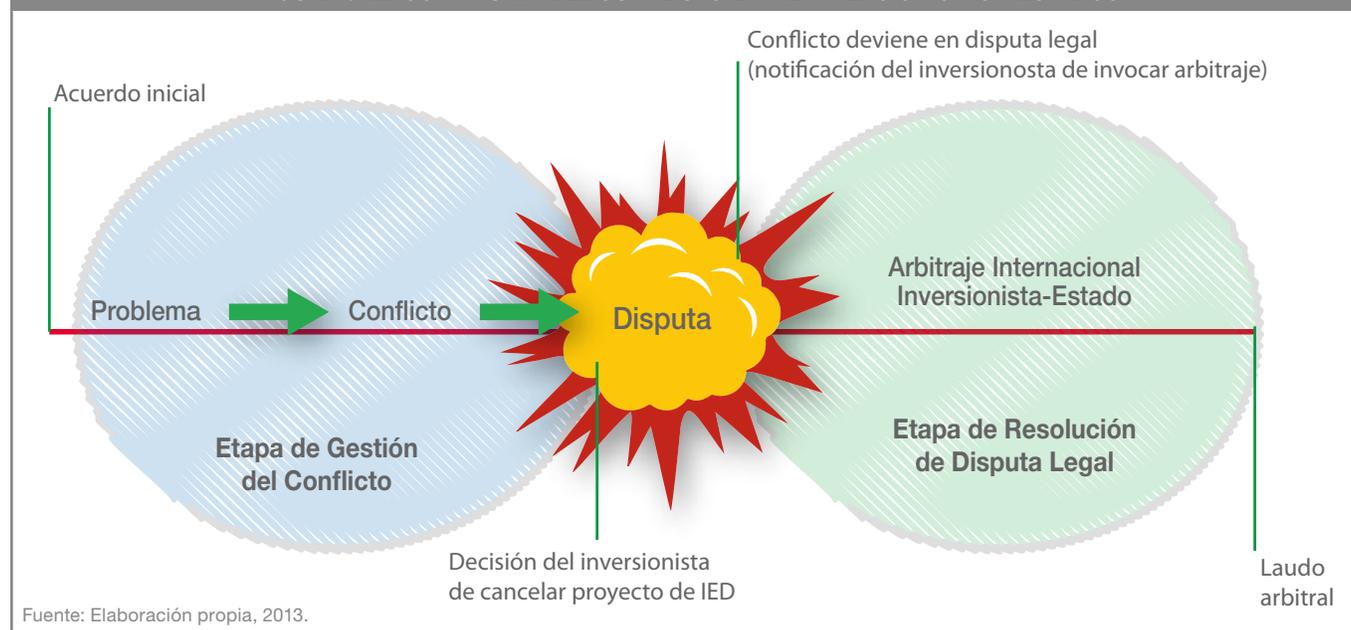
Por lo tanto, paradójicamente, a pesar de los importantes esfuerzos y las costosas campañas de promoción de inversiones que muchos gobiernos en todo el mundo emprenden para atraer la IED, la mayoría de ellos ni siquiera son conscientes de la hemorragia de IED que cada año sufren como resultado de conducta gubernamental irregular. Estudios recientes han demostrado que ese resultado se debe a la falta de una infraestructura jurídica adecuada, tanto a nivel nacional como internacional, que permita a los Estados receptores y a los inversores identificar y gestionar adecuadamente sus conflictos con la suficiente antelación para evitar desinversiones de IED y escalada de disputas. (Banco Mundial, 2019). Llenar este vacío es precisamente la razón fundamental de los mecanismos de gestión de conflictos entre inversores y Estados (CMM).

### MECANISMOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS

Los mecanismos de gestión de conflictos entre inversores y Estados (MMC) se pueden definir como aquellos instrumentos institucionales o contractuales que están destinados a permitir que los Estados receptores y los inversores aborden eficazmente sus

problemas en una etapa muy temprana, evitando que sus conflictos escalen y se conviertan en disputas legales sometidas a adjudicación. (Echandi, 2013, Echandi y H. C. Gonstead, 2017). El concepto de gestión de conflictos tiene sus raíces en la distinción entre la noción de “conflicto” por un lado y “disputa legal” por el otro. Si bien el conflicto es un proceso que implica expresar insatisfacción, desacuerdo o expectativas no satisfechas entre cualquier nivel de interacción humana, una disputa legal es en cambio uno de los productos del conflicto. Si bien los conflictos suelen ser amorfos e intangibles, una disputa legal es tangible y concreta en el sentido de que tiene problemas, posiciones y expectativas de una reparación o consecuencia prevista en un ordenamiento jurídico. (Costantino y Sickles-Merchant, 1996; Smith y Martinez, 2009). Además, si bien los conflictos suelen resolverse entre las partes mediante el uso flexible de diversas técnicas de resolución de problemas, la resolución de disputas legales implica la aplicación e interpretación de normas legales (ya sean contratos, leyes, reglamentos o tratados internacionales) por parte de un tercero, ya sea un juez, un árbitro o un tribunal, que resuelve la disputa sobre la base de normas y principios legales legítimos previamente acordados o vigentes entre las partes. (Franck, 2007; H. C. Gonstead, 2011).

FIGURA 3. EL CONTINUUM DEL CONFLICTO ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS



La distinción entre las etapas de “gestión de conflictos” y de “resolución legal de disputas” en el contexto de la relación inversor-Estado es una distinción que tiene muchas implicaciones prácticas. Aunque los CMMs pueden ser útiles para prevenir disputas, su función más importante es evitar que los conflictos entre inversores y Estados induzcan a los primeros a renunciar y cancelar sus inversiones. Por lo tanto, la gestión de conflictos no es un concepto sinónimo a la prevención de disputas. Como se indicó anteriormente, recientes investigaciones (Banco Mundial, 2019; Echandi, 2019) demuestran que solo una pequeña fracción –menos del 10%– de los inversionistas que descontinúan sus proyectos de IED debido a conflictos con agencias gubernamentales invocan procedimientos arbitrales internacionales para reclamar compensación por daños. La abrumadora mayoría de los inversionistas que han desmantelado o cancelado sus operaciones debido a conductas administrativas irregulares se retira en silencio, mucho antes incluso de ni siquiera considerar un litigio internacional. Es así como, aunque un proceso arbitral se pueda prevenir con éxito, con frecuencia es ya demasiado tarde para evitar el retiro o la cancelación de proyectos de expansión de IED que previamente se habían planificado. Por lo tanto, aunque los CMM pueden ser una excelente herramienta para prevenir disputas legales, la lógica no opera viceversa. Una política de prevención de disputas exitosa puede sin embargo ser completamente ineficaz para prevenir desmantelamiento o cancelaciones de expansión de proyectos de IED. Con su enfoque en la fase de resolución de disputas, si tienen éxito, las políticas de prevención de disputas pueden prevenir litigios, pero no necesariamente ser útiles para apoyar la relación inversionista-Estado y permitir la retención y expansión de IED. (UNCTAD, 2010).

El andamiaje institucional de los Estados es complejo, tiene varios niveles y es administrativamente complicado. No es fácil para los gobiernos identificar y abordar un conflicto relacionado con una inversión antes de que se convierta en una disputa legal. El objetivo de los CMM es permitir que una agencia administrativa o un cuerpo colegiado dentro del gobierno que pueda actuar como coordinador, tenga la capacidad de organizar rápidamente una respuesta estatal adecuada a una queja mientras aún se encuentra en una etapa temprana del conflicto.

La literatura reconoce dos tipos principales de CMMs, a saber, contractuales o institucionales. (Echandi, 2013). Como su denominación indica, los CMM contractuales se acuerdan previamente por las partes dentro de un contrato y se integran en el cuerpo del acuerdo entre inversores y países. Esta técnica resulta especialmente útil para los contratos que impliquen partenariados público-privados (PPPs por sus siglas en inglés “public-private partnerships”). Los CMM institucionales en cambio, no necesitan de la existencia de contrato alguno, sino que existen dentro de la estructura administrativa de los países receptores de la IED. Estos CMMs institucionales son administrados por una agencia coordinadora que está a cargo de identificar, filtrar, rastrear e intentar resolver los conflictos entre inversionistas y estados en una etapa temprana, de igual forma que las diversas oficinas de ombudsman establecidas recientemente en muchos países, que han sido inspirados por la experiencia del Ombudsman de Inversiones Extranjeras de Corea del Sur. (Figueiredo de Oliveira, 2020).

Durante la última década, la literatura ha comenzado a abogar por la integración de enfoques innovadores de diseño de sistemas de disputas en el derecho internacional de inversiones (Frank, 2007; H. C. Gonstead, 2020a, 2020b). Como parte de dicho esfuerzo, algunos trabajos académicos han comenzado a sugerir elementos para desarrollar protocolos de procedimientos para establecer CMM inversionista-Estado que comprenden ocho pasos fundamentales. (Echandi, 2013, 2014).

Primer paso, la realización de diagnóstico. Este paso implica comprender el tipo, los sectores y las agencias más frecuentemente involucradas en las quejas entre inversionistas y Estados en un país en particular. En segundo lugar, el establecimiento de una agencia coordinadora o una instancia del gobierno para administrar el CMM, incluyendo la administración de una herramienta tecnológica que permita rastrear las quejas y estimar la cantidad de IED y el número de puestos de trabajos potencialmente en riesgo de perderse debido al conflicto. En tercer lugar, ejecución de campañas de intercambio de información, por medio de la cual la agencia coordinadora alerta a otras agencias públicas e inversionistas sobre la existencia y funcionamiento del CMM que se establecerá. En cuarto lugar, mecanismos de alerta temprana que implican procedimientos que permitan a la agencia principal conocer de la existencia de una queja y abordarla lo antes posible.

En quinto lugar, evaluación jurídica y económica del conflicto, determinando posible responsabilidad jurídica para el Estado en caso de que el conflicto eventualmente escale a nivel de una disputa legal, así como estimación del número de puestos de trabajo y montos de la IED en riesgo de perderse si el conflicto no se resuelve a tiempo. Sexto, métodos de resolución de problemas, técnicas de negociación u otros métodos que le permitan a la agencia coordinadora interactuar con las partes en el conflicto para buscar una solución al problema. Séptimo, toma de decisión políticas: protocolos para escalar el asunto a las máximas autoridades de la administración cuando no se hayan encontrado soluciones a nivel técnico. Y por último, pero no menos importante, como un octavo paso, establecer los mecanismos e incentivos adecuados para asegurar la ejecución y cumplimiento de la decisión política.

Tanto el concepto de CMM como los protocolos referidos anteriormente, fueron puestos a prueba como parte de un proyecto liderado por el autor y ejecutado entre 2013 y 2019 por el equipo de promoción y política de inversiones del Grupo del Banco Mundial (GBM). El análisis y conclusiones de dicho proyecto ya han sido publicados. (Banco Mundial, 2019). No obstante, para efectos de este artículo, en la siguiente sección se presenta un resumen sucinto.

## **CMMS: RESULTADOS DE INVESTIGACIONES Y PROYECTOS PILOTO RECIENTES**

La investigación publicada recientemente por el GBM en cooperación con la Comisión Europea (Banco Mundial, 2019), se centró en dos puntos críticos. En primer lugar, se enfocó en encontrar evidencia empírica que demuestre la hipótesis de la existencia del continuum del conflicto entre inversionistas y Estados. Para estos efectos, se examinó la evidencia empírica disponible sobre la naturaleza, sectores y la dinámica de la economía política de conflictos de inversión entre inversionistas extranjeros y los gobiernos de los Estados receptores. Dicha data se posteriormente se contrastó con la evidencia empírica disponible sobre los mismos aspectos, pero en la etapa de adjudicación de disputas arbitrales internacionales entre inversionistas y Estados. En segundo lugar, el proyecto de investigación también puso a prueba la viabilidad de los protocolos CMM propuestos por la literatura (Echandi, 2013), a través de una serie de proyectos piloto llevados

a cabo en ocho países en diferentes regiones del mundo. (Banco Mundial, 2019).

### **Resultados de la investigación empírica**

El proyecto de investigación empírica comenzó con un conjunto de seis encuestas diferentes realizadas por el GBM, cinco realizadas por la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) entre 2008 y 2013, y otra realizada por el Equipo de Promoción y Política de Inversiones (IPP) del GBM. en 2017. En conjunto, estas encuestas abarcan casi una década y más de 2.500 inversores internacionales que invierten en países en desarrollo. Estas encuestas se dirigieron a inversionistas internacionales, tanto de países desarrollados como en desarrollo, y formularon una serie de preguntas para explorar cómo la conducta del gobierno ha influido en sus decisiones de permanecer o expandir sus proyectos de IED en países en desarrollo o, por el contrario, retirar o cancelar planes de inversión.

Con base en los datos de esta encuesta, la investigación abordó las siguientes cinco preguntas: (i) ¿en qué medida los riesgos políticos derivados de la conducta del gobierno han influido en las decisiones de los inversores? (ii) ¿cuáles son los tipos específicos de conducta del gobierno que han sido más perjudiciales para la IED durante la última década? (iii) si se pueden identificar patrones de conducta gubernamental disruptiva con respecto a la IED, ¿han afectado a los diferentes tipos de IED de manera similar? y, (iv) ¿qué dice la evidencia empírica con respecto a los medios que los inversionistas han utilizado para lidiar con las quejas que surgen de la conducta del gobierno?

En segundo lugar, el proyecto de investigación del GBM fue más allá de los datos de la encuesta y contrastó los hallazgos de las percepciones de los inversores con las tendencias fácticas identificadas por análisis empíricos recientes sobre casos de solución de controversias entre inversores y estados (ISDS) (Echandi, 2019; Frank, 2018). En particular, el estudio se centró en cuatro aspectos clave relevantes: (i) verificar si las opiniones de los inversionistas con respecto a los tipos de conducta gubernamental que generan el retiro y cancelación de proyectos de IED coinciden o no con el tipo de conducta gubernamental sujeta a adjudicación internacional inversionista-Estado, (ii) si los tipos de conducta que generan mayor impacto en el retiro de IED y la cancelación de la expansión coinciden con los

tipos de conducta más frecuentemente controvertidos en los procedimientos de ISDS, (iii) si los sectores y tipo de IED afectados por el retiro de inversiones existentes o la cancelación de las planificadas coinciden con las más habituales en las tendencias ISDS, y (iv) ¿qué revelan los datos empíricos sobre el contexto en el que los inversores optarían por invocar ISDS?

### *Análisis de la evidencia disponible sobre conflictos entre inversionistas y Estados*

Los datos de las encuestas referidas anteriormente mostraron cuatro tendencias básicas: Primero, los inversores internacionales han clasificado sistemáticamente el riesgo político entre las principales limitaciones que afectan sus decisiones sobre localización de IED. En este contexto, el riesgo político se define como la probabilidad de que las fuerzas o eventos políticos interrumpen el funcionamiento de las empresas multinacionales (Luo, 2008). De hecho, los inversionistas identificaron el riesgo político como la restricción más importante para la IED en las economías en desarrollo durante las encuestas realizadas entre 2008-2013, lo que concuerda con el hecho de que, en 2017, el 86% de los inversionistas encuestados consideraron que el entorno legal y regulatorio era importante o críticamente importante al tomar decisiones de inversión. (Banco Mundial, 2019).

Entre 2008 y 2013, cuando se pidió a los inversores que especificaran qué tipo de riesgo político les importaba más, sus preocupaciones no se centraron en variables como la guerra, los disturbios civiles o el terrorismo. En cambio, los inversores se vieron constantemente más perturbados por los riesgos políticos relacionados con conductas de la administración del Estado receptor, tales como cambios regulatorios adversos, incumplimiento de contrato o restricciones a transferencias y convertibilidad de pagos relacionados con inversiones. Tal conclusión explica por qué en 2017, el 45% de los inversores encuestados calificaron las garantías de protección de la inversión como de importancia crítica o factores decisivos al invertir en el extranjero, en particular, el más alto entre todos los factores del clima de inversión. Además, más del 80% de los inversores calificaron varios tipos de protecciones legales como importantes, críticas o importantes. (Banco Mundial, 2019).

En segundo lugar, ambos conjuntos de encuestas mostraron de una forma constante que un promedio

del 25% de los inversionistas encuestados, retiraron totalmente o cancelaron los planes de expansión de la IED ya planificados debido a una conducta administrativa. Las quejas relacionadas con expropiación, transferencias y restricciones de convertibilidad, incumplimiento de contrato y cambios regulatorios adversos se han clasificado continuamente entre las acciones que más inciden en retiros de IED y cancelaciones de expansión. A pesar de ser los riesgos regulatorios con mayor impacto, la frecuencia expropiaciones e incumplimiento de contratos han tendido sin embargo a disminuir durante la última década. No obstante, los riesgos asociados con cambios regulatorios adversos y repentinos han tendido a incrementarse durante el período, tanto en términos de frecuencia como de impacto. Los problemas relacionados con las restricciones de transferencias y convertibilidad se han mantenido constantemente en la mitad de la curva en términos de frecuencia e impacto.

Por otro lado, la encuesta de 2017 reveló dos tipos adicionales de conducta gubernamental con una frecuencia e impacto significativos en la retención y expansión de la IED: a saber, la falta de transparencia y previsibilidad en el trato con las agencias públicas y las demoras en la obtención de permisos gubernamentales necesarios para iniciar u operar una inversión. Estos dos tipos de riesgos regulatorios, junto con cambios regulatorios adversos repentinos, significan que la mayor parte de las quejas que conducen a desinversiones de IED se relacionan con la forma en que las agencias gubernamentales realizan sus funciones regulatorias rutinarias.

En tercer lugar, en relación con la identificación de los sectores que concentran la mayoría de las desinversiones de IED como resultado de riesgos regulatorios, los datos muestran que el riesgo político afecta a todos los sectores y tipos de inversión. Sin embargo, dado que la composición total global de la IED ha cambiado con el tiempo, la participación relativa de los diferentes sectores en las desinversiones totales de IED que se producen debido a la alteración de la conducta del gobierno también ha tendido a evolucionar. Si bien en la década de 1970 la mayoría de las desinversiones de IED estaban asociadas con expropiaciones ocurridas en el sector de recursos naturales, en 2017 los datos mostraron una mayor frecuencia de retiro de IED entre los inversores en el sector de servicios. Actualmente, los servicios comprenden la mayor parte de la IED en todo el mundo. Además, el comercio de servicios en el modo 3

(IED en actividades de servicio) se ve intrínsecamente afecto por la aplicación de leyes y reglamentaciones horizontales y sectoriales. A medida que ha aumentado la frecuencia de los riesgos políticos que surgen de la conducta del gobierno relacionada con la promulgación y operación de regulaciones, se deduce que el sector de servicios será particularmente vulnerable.

Los datos también muestran que los inversores en el sector de servicios no solo se ven afectados con mayor frecuencia por riesgos regulatorios que la manufactura, sino que también son más sensibles a dichos riesgos y, como resultado, retiran y cancelan los planes de expansión con mayor frecuencia. Es así como no es de extrañar que los inversores en servicios sean también los que sitúan las garantías de protección a las inversiones como el punto más importante de una agenda de clima de inversión en los países en desarrollo y sean los que más valoran los acuerdos internacionales de inversión.

La frecuencia relativamente menor de retiros de IED actividades extractivas de naturales no debe interpretarse como que el sector primario ahora se ve menos afectado por los riesgos políticos. Esa conclusión sería incorrecta. Esta tendencia puede tener más que ver con el hecho de que este tipo de proyectos de IED son más difíciles de retirar simplemente porque están vinculados a la ubicación donde se encuentran los recursos naturales. Además, con la excepción de África, el sector primario representa una proporción significativamente menor del volumen total de IED en los países en desarrollo. La IED en recursos naturales es particularmente vulnerable a los riesgos de expropiación y al incumplimiento de contrato, especialmente en las actividades extractivas. En razón de que las expropiaciones se han vuelto menos frecuentes, el sector primario ha disminuido su exposición a este tipo de riesgo político. La dificultad práctica del retiro, y el riesgo inherente de este tipo de IED hacia este tipo de prácticas gubernamentales, explica por qué el conflicto inversionista-Estado en la IED que busca recursos naturales se ubica entre los primeros lugares que al final escalan a la resolución legal de disputas entre inversionista y Estado. (Echandi, 2019).

En cuarto lugar, con respecto a la cuestión de cómo los inversores afrontan los riesgos políticos que surgen de las conductas gubernamentales, el conjunto de encuestas realizadas durante el período revela una paradoja: por un lado, la negociación directa con autoridades gubernamentales se encuentra entre los medios de

mitigación de riesgos más utilizados por inversores extranjeros en países en desarrollo para abordar este tipo de problemas. Sin embargo, cuando se les pregunta a los inversionistas sobre la eficacia de dichas gestiones, la abrumadora mayoría expresan un alto grado de insatisfacción. Este hallazgo muestra que, cuando surgen problemas, el primer paso de los inversores es entablar consultas con las autoridades de los gobiernos receptores, en lugar de recurrir al litigio. Además, este punto también demuestra que las altas tasas de retiros de IED y cancelaciones de expansión resultan no solo de la conducta disruptiva, sino también de la falta de una respuesta oportuna y adecuada por parte de las autoridades involucradas en la resolución de ese problema. (Banco Mundial, 2019).

Este hecho evidencia la existencia de varios factores que impiden a los gobiernos responder oportuna y apropiadamente a los inversionistas extranjeros cuando estos intentan involucrarse con las autoridades públicas para resolver un problema o reclamo relacionado con la inversión. El análisis de la experiencia de ISDS durante los últimos treinta años proporciona importantes pistas para explicar la economía política detrás de esta tendencia.

#### *Análisis de la evidencia empírica disponible sobre litigios inversionista-Estado*

Al contrastar los hallazgos derivados de los datos de la encuesta con los hallazgos derivados del análisis empírico sobre ISDS, se revelaron cinco tendencias básicas.

En primer lugar, la evidencia empírica muestra una clara correlación entre los tipos específicos de conducta del gobierno que inducen desinversiones de IED y los que conducen a reclamos de ISDS. Las infracciones más comunes alegadas por los inversionistas en los procesos del ISDS son las que vulneran las obligaciones relacionadas con el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, la protección y seguridad plenas o medidas similares, arbitrarias, irrazonables y discriminatorias. Al examinar la correlación con los cuatro tipos de categorías de conducta del gobierno que conducen a desinversiones de IED, resulta que la falta de transparencia y previsibilidad de las agencias gubernamentales, así como los cambios regulatorios adversos, parecen ser la principal fuente de controversia entre los inversores y los gobiernos anfitriones. Por lo tanto, esta es un área en la

que coinciden los datos empíricos de las encuestas a los inversores y los datos del ISDS. (Echandi, 2019).

En segundo lugar, la investigación mostró que, además de las expropiaciones indirectas, los tipos más comunes de conducta regulatoria que infringen los AII también tienden a coincidir con los que los inversionistas alegan con mayor frecuencia: violaciones de obligaciones sobre trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y medidas arbitrarias, irrazonables y discriminatorias. Esta tendencia es muy reveladora, ya que todos estos tipos de conducta están comprendidos en un único estándar de protección incluido en muchos AII, así como en el derecho internacional consuetudinario denominado Estándar Mínimo de Trato que los gobiernos de Estados receptores a la IED están obligados a proporcionar a los extranjeros. (Echandi, 2019).

El Estándar Mínimo de Trato es un compromiso que impone a los gobiernos no una obligación de generar un resultado específico a favor de los inversionistas (una obligación de resultados), sino más bien una obligación de conducta, prescribiendo la forma en que deben comportarse los gobiernos en su acción regulatoria rutinaria. Este estándar pide que la acción del gobierno sea transparente, coherente y razonable en el desempeño de sus acciones, que use soluciones proporcionadas a los problemas que enfrentan los gobiernos y actúe de manera consistente con las expectativas planteadas a los inversionistas extranjeros en base a compromisos por escrito asumidos por los gobiernos, ya sea a través de contratos, leyes, regulaciones o autorizaciones. Este hallazgo corrobora los datos de las encuestas que ubican la falta de transparencia y previsibilidad en el trato con las agencias públicas y los cambios regulatorios adversos repentinos como la conducta gubernamental más frecuente que induce la desinversión de IED.

En tercer lugar, un hallazgo clave que complementa el anterior es que alrededor del 70% de los reclamos sometidos a ISDS involucraron medidas adoptadas por agencias subnacionales o entidades reguladoras específicas para un sector. (Franck, 2008; UNCTAD, 2010). Esto confirma que uno de los desafíos clave de los regímenes administrativos modernos es cómo fomentar la ejecución de políticas coherentes dentro de una compleja estructura de administración pública. Esto revela una tensión entre el paradigma del estado único en el que se fundamenta el Derecho Internacional, que concibe al Estado como un ente monolítico y sujeto de

derecho, y la realidad que muestra que los Estados se componen de numerosas agencias operando en varios niveles. Parece existir una brecha entre la ley “en los libros” y la realidad. En este sentido, la evidencia sugiere que los AII en general, y ISDS en particular, han estado generando presión para que los Estados se comporten de acuerdo con el paradigma legal de un Estado único, un resultado que no siempre es fácil de lograr. El hecho de que la mayoría de las medidas que generan disputas ISDS hayan sido tomadas por autoridades reguladoras subnacionales o autónomas evidencia el desafío que enfrentan muchos gobiernos para asegurar este nivel mínimo de coherencia en el quehacer administrativo. (Echandi, 2019).

En cuarto lugar, el examen de los sectores económicos donde más frecuentemente ocurre la actividad legal litigiosa de ISDS revela un claro patrón de economía política. A saber, la evidencia empírica demuestra claramente que, aunque disputas inversionista-Estado suelen suceder en una amplia gama de sectores económicos, la mayoría de ellas tienden a surgir en sectores económicos caracterizados por altos niveles de intervención estatal. En primer lugar, hay servicios que muchos países consideran de “interés público” y, por lo tanto, están sujetos a una estrecha supervisión estatal, como los servicios públicos (distribución de agua y electricidad) y otros servicios altamente regulados como las telecomunicaciones, el transporte y, en menor grado, los servicios financieros. En segundo lugar, otra área donde ISDS tiende a ocurrir con mayor frecuencia es en los servicios donde las asociaciones público-privadas son típicas, como la construcción y la infraestructura de energía y transporte. Una tercera área donde ISDS tiende a ocurrir con mayor frecuencia es en el sector de recursos naturales, como actividades extractivas (petróleo, gas y minería) y la agricultura, la pesca y la silvicultura. (Echandi, 2019).

En quinto lugar, los datos también muestran que solo una parte muy pequeña de los inversores que retiran o cancelan los planes de expansión de la IED optan por invocar ISDS. La tasa de frecuencia de los inversores que desinvertieron en países en desarrollo en todas las encuestas fue de alrededor del 25% del total de entrevistados. Teniendo en cuenta que hoy en día hay más de 100.000 filiales extranjeras que llevan a cabo múltiples proyectos de inversión en todo el mundo (UNCTAD, 2018), e incluso suponiendo que solo

la mitad de ellas invirtieron en países en desarrollo, una tasa del 25% de desinversiones de IED representaría más de 10.000 potenciales reclamaciones de ISDS contra países en desarrollo. Incluso recortando esta estimación aproximada a la mitad -5.000 casos-, daría lugar a una cifra que aún sería más de ocho veces mayor a los 600 casos ISDS presentados contra países en desarrollo entre 1987 y 2017. (UNCTAD, 2018).

El hecho de que la mayoría de los inversores extranjeros que estén desmantelando totalmente o cancelando sus planes de expansión de inversión y que, sin embargo, se abstienen de invocar ISDS tiene una implicación práctica. Los gobiernos deben tener cuidado de no caer en la trampa de confundir los mecanismos para evitar disputas ISDS –prevención de disputas– con mecanismos para evitar que los inversionistas retiren o cancelen sus proyectos de IED. La retención y expansión de inversiones y la prevención de disputas son dos cosas relacionadas pero muy diferentes, y una puede no necesariamente implicar a la otra.

### Hallazgos de los proyectos piloto de CMMs

Los datos explicados en la sección anterior demuestran que el concepto del continuum del conflicto entre inversores y Estados se ha probado empíricamente. Esta sección va un paso más allá, y se centra en la evaluación de los mecanismos sobre cómo gestionarlo. Los CMMs desarrollados por la literatura especializada se pusieron a prueba en una serie de pilotos gestionados por el Banco Mundial entre 2015 y 2019. El Banco Mundial desarrolló un programa no solo para probar los CMMs, sino también para buscar dos objetivos concretos adicionales. En primer lugar, estos pilotos deberían poder implementarse dentro de plazos que correspondieran a ciclos políticos de administraciones gubernamentales (entre 3 y 4 años como máximo. En segundo lugar, el programa debería conllevar un diseño de CMMs como una herramienta cuya efectividad pueda medirse en términos de indicadores objetivos de impacto. (Banco Mundial, 2017).

El diseño de dicha herramienta comenzó con la revisión de la literatura (Echandi, Krajcovicova y Qiang 2015) y una serie de estudios de casos que observan diferentes experiencias y buenas prácticas en todo el mundo sobre cómo los diferentes gobiernos han abordado los riesgos políticos asociados con la conducta gubernamental. (UNCTAD, 2010, 2011). La investigación

encontró que la mayoría de los responsables de la formulación de políticas aún no han asociado el tema de la retención y expansión de la IED con el tema del riesgo político derivado de conducta gubernamental y las disputas internacionales de inversión asociadas a ésta última. Sin embargo, varios gobiernos, han comenzado a tomar ciertas medidas. En este sentido, se evidencian dos patrones fundamentales. (Banco Mundial, 2019).

En primer lugar, los países que han reconocido la importancia de retener y expandir la IED han implementado programas específicos de atención al inversionista en la fase de post-establecimiento (“aftercare”). Un caso particular que vale la pena mencionar es el de Corea del Sur con su Oficina del Defensor de la Inversión Extranjera (OFIO), considerada como uno de los programas de “aftercare” más sofisticados del mundo. (Kim, 2017). Una segunda línea de políticas emprendidas por muchos gobiernos ha priorizado un enfoque centrado en el lado del riesgo político de la ecuación, en lugar de la retención y expansión de la inversión, la atención se ha centrado en prevenir ISDS. Esta ha sido la experiencia de varios países latinoamericanos que, durante las últimas dos décadas, han sido los más afectados por reclamos presentados por inversionistas extranjeros a arbitraje de Inversión Internacional bajo AIIs. Es así como, no es de extrañar, que la última década, el tema de la prevención de disputas entre inversionistas y Estados (ISDS) haya comenzado a resonar con fuerza entre los países latinoamericanos, que comenzaron a dar pasos pioneros en este campo. (Pawlak y Rivas, 2008).

Estos dos conjuntos de experiencias revelan que algunos países han comenzado a concentrar su atención en el comienzo del continuum del conflicto entre inversionista y Estado, se enfocan en abordar los problemas que afectan a los inversionistas en una etapa temprana antes de que hayan escalado a conflictos y pongan a la IED en riesgo de retiro o cancelación de expansión. Otros países, en cambio, parecen haberse centrado en el lado opuesto del espectro del continuum, es decir, en la prevención de disputas. En estos últimos casos, los gobiernos frecuentemente afectados por ISDS han comenzado a enfocar sus esfuerzos de coordinación interinstitucional en responder y gestionar adecuadamente las disputas de ISDS y, más recientemente, en los esfuerzos para prevenir la escalada de disputas legales internacionales –prevención de disputas. El problema con ambos enfoques es que ninguno de ellos conecta

completamente los puntos entre los dos extremos del continuo conflicto inversionista-Estado.

Si bien el *aftercare* puede ser útil para la retención de la inversión, normalmente las agencias de promoción de inversión no tienen potestades para solucionar problemas relacionados con conductas de otras agencias gubernamentales que pueden estar poniendo a la IED en riesgo de retirada o cancelación de expansión. Es muy difícil para las agencias de promoción de inversiones siquiera enterarse de los conflictos que surgen con aquellos inversionistas que se han establecido en el país receptor sin haber tenido contacto con esas agencias de promoción de inversiones. La investigación del Banco Mundial demuestra que una parte significativa de los conflictos no detectados surgen con inversionistas cuyas actividades se orientan a suplir el mercado nacional, en particular en los sectores de servicios, así como inversionistas que participan en asociaciones públicas / privadas y otros contratos gubernamentales. Los inversionistas que invierten en recursos naturales, particularmente en extractivos, a menudo interactúan directamente con los ministerios a cargo de la minería, la energía y / o el medio ambiente. En esos casos, los inversionistas generalmente no ingresan al país receptor de la inversión gracias al apoyo de agencias de promoción de inversiones y, por lo tanto, no suelen buscar a estas últimas para brindarles asistencia cuando tratan con sus contrapartes gubernamentales. Además, con frecuencia las agencias de promoción de inversiones no tienen el mandato, las atribuciones legales o la influencia política para tratar con otras agencias gubernamentales cuya conducta puede poner la IED en riesgo de pérdida.

Por otro lado, las políticas de prevención de disputas se enfocan en prevenir la escalada de los conflictos en disputas legales internacionales, pero no en la retención y expansión de IED. Las agencias interesadas en prevenir el arbitraje inversionista-Estado son a menudo las encargadas de implementar los AII, los Ministerios de Comercio e Inversiones y / o los Ministerios de Justicia o las Fiscalías Generales que están a cargo de representar al Estado anfitrión en los procedimientos de arbitraje internacional (en adelante, agencias”). Estas agencias competentes a menudo tienen personal con habilidades técnicas y, en ciertas circunstancias, pueden incluso tener suficiente influencia política para resolver ciertas disputas de ISDS. Sin embargo, debido a que el mandato de estas agencias competentes se centra en negociar,

implementar o hacer cumplir los AIIs, tradicionalmente se involucran en los conflictos entre inversionistas y Estados una vez que dichos conflictos ya se han convertido en disputas legales. (Banco Mundial, 2019).

Sobre la base de la revisión de las prácticas utilizadas en varias regiones del mundo y la literatura especializada, el Banco Mundial desarrolló una herramienta de CMM que denominó “Mecanismo de Respuesta Sistémica para la Inversión” (“Systemic Investment Response Mechanism, SIRM”). Dicha herramienta busca permitir a los gobiernos a identificar, rastrear y resolver oportunamente los conflictos que surjan entre inversionistas y Estados y que estén poniendo a la IED en riesgo de desinversión. El SIRM recopila datos e identifica patrones sobre el origen de conflictos suscitados por agencias públicas que afectan negativamente a las inversiones y cuantifica la inversión retenida, expandida o perdida como consecuencia de abordar o no abordar esos conflictos oportunamente. El SIRM implica el empoderamiento de una agencia gubernamental y el establecimiento de un mecanismo intergubernamental para abordar sistemáticamente las quejas que surgen de la conducta del gobierno, reduciendo así este tipo de riesgos políticos en su origen. La agencia gubernamental coordinadora llama la atención sobre los problemas que afectan las inversiones para abordarlos, de ser necesario al mayor nivel político, antes de que dichos conflictos escalen a disputas legales. (AfDB, FMI y Banco Mundial, 2017).

El Banco Mundial ha puesto a prueba hasta ahora el SIRM / CMM en al menos ocho países de América Latina, Europa del Este y del Sur, Asia Central, Oriente Medio, Asia del Norte y Sudeste y África Oriental. Hasta finales de 2019, con solo una excepción, todos los pilotos SIRM todavía estaban en ejecución. (Banco Mundial, 2019) Dependiendo del contexto particular del país anfitrión, algunos pilotos han avanzado más rápidamente que otros. Por lo tanto, aunque puede ser pronto para una muestra lo suficientemente amplia para generar datos estadísticamente relevantes, los pilotos brindan alguna evidencia preliminar con respecto al tipo de problemas que afectan a los inversionistas, los tipos de conducta administrativa que más frecuentemente generan conflictos, los sectores más comunes y tipos de IED afectados por conductas regulatorias e incluso algunas –aunque muy iniciales– estimaciones sobre la magnitud de las inversiones en riesgo que ya se

hayan retenido y ampliado. En síntesis, estos proyectos piloto han probado la viabilidad de que los gobiernos puedan establecer CMMs eficaces en la práctica.

Con respecto al *continuum* de conflictos entre inversionistas y Estados, los datos generados hasta ahora a partir de los pilotos SIRM / CMM confirman claramente los hallazgos de la investigación empírica sobre el impacto de la conducta del gobierno en la retención y expansión de la IED. Los pilotos demuestran que la cantidad de quejas que son lo suficientemente graves como para poner en riesgo la inversión tiende a ser significativamente menor que la cantidad de problemas menores que enfrentan los inversionistas en sus operaciones rutinarias y que generalmente pueden tratarse exitosamente con programas de *aftercare*. A pesar de ser menos frecuentes que estos problemas menores, los proyectos piloto del Banco Mundial demuestran que el impacto económico de conflictos que ponen en riesgo de pérdida a la IED es significativo. En un solo proyecto piloto, y solo contando tres proyectos específicos de IED donde la cantidad de inversión efectivamente retenida / expandida ha sido debidamente verificada de acuerdo con la metodología del Banco Mundial, resultó en un año en una suma de USD 200 millones en inversión retenida, USD 20 millones en reinversiones y una estimación conservadora de USD 10 millones en ahorros de costos públicos derivados de la prevención verificada de tres procedimientos de arbitraje inversionista-Estado que los inversionistas afectados estaban listos para comenzar si no se resolvían sus conflictos. (Banco Mundial, 2019).

En relación con el tipo de conducta administrativa que tiende a generar mayores riesgos de pérdida de IED, los proyectos piloto demuestran nuevamente que, entre todos los riesgos regulatorios que surgen de la conducta del gobierno, los patrones de conducta regulatoria repentina / arbitraria parecen ser el tipo más común de quejas que ponen en riesgo la inversión. Aunque cada piloto tiene un período de muestra diferente, excepto para un solo país, en todos los demás pilotos el tipo de conducta más común que genera conflictos graves se ubica dentro de esta categoría. Profundizando en más detalles dentro de esta misma categoría, demuestra que el abuso de autoridad, el abuso de discreción al interpretar leyes y regulaciones y la falta de transparencia son la fuente más común de quejas. Este hallazgo resuena con la tendencia revelada por

la investigación empírica de que las presuntas violaciones al estándar mínimo de tratamiento es la garantía de protección de inversiones más frecuente invocada en los procedimientos de ISDS y la más frecuentemente trasgredida según laudos arbitrales internacionales.

Cabe señalar además que las conductas percibidas como arbitrarias por los inversores que han invocado el SIRM /CMM en los proyectos piloto tienden a concentrarse en cuestiones relacionadas con temas fiscales, como el cumplimiento de incentivos ofrecidos a los inversores –tanto en términos de derechos de aduana o beneficios de impuestos– trámites aduaneros, cancelación o falta de renovación de licencias requeridas para operaciones tanto de minería como de servicios, problemas relacionados con la renovación / cancelación de arrendamientos de tierras, demoras en permisos ambientales y laborales o infracciones de inspección que conducen a la cancelación de operaciones. (Banco Mundial, 2019).

En lo que respecta a sectores económicos, los proyectos piloto han demostrado que surgen reclamaciones en todos los sectores: primario, manufacturero y de servicios. Sin embargo, una vez más, siguiendo la misma tendencia evidenciada por la investigación empírica, la mayoría de las quejas tienden a concentrarse significativamente en los sectores primario y terciario. La cancelación o no renovación de los arrendamientos de tierras, las licencias de exploración y las concesiones sobre actividades extractivas, las infracciones por presuntas violaciones de los requisitos de contenido local o las normas laborales y la retirada de permisos ambientales tienden a concentrar los conflictos en la IED en recursos naturales. Los problemas tributarios, las denuncias de incumplimiento de contrato, la cancelación de arrendamientos de tierras y licencias de operación, así como las multas impuestas por presuntas infracciones regulatorias, tienden a ser el tipo más común de agravios que afectan la IED en el sector de servicios.

Los pilotos también han confirmado los hallazgos de la investigación empírica sobre los tipos más frecuentes de IED afectados por riesgos regulatorios. En este sentido, los inversores involucrados en actividades orientadas a la exportación como parte de cadenas de valor globales (CGV) experimentan un número significativamente menor de quejas. Parece que el hecho de que la mayor parte de esta IED opere dentro de zonas económicas especiales o parques industriales, en cierto

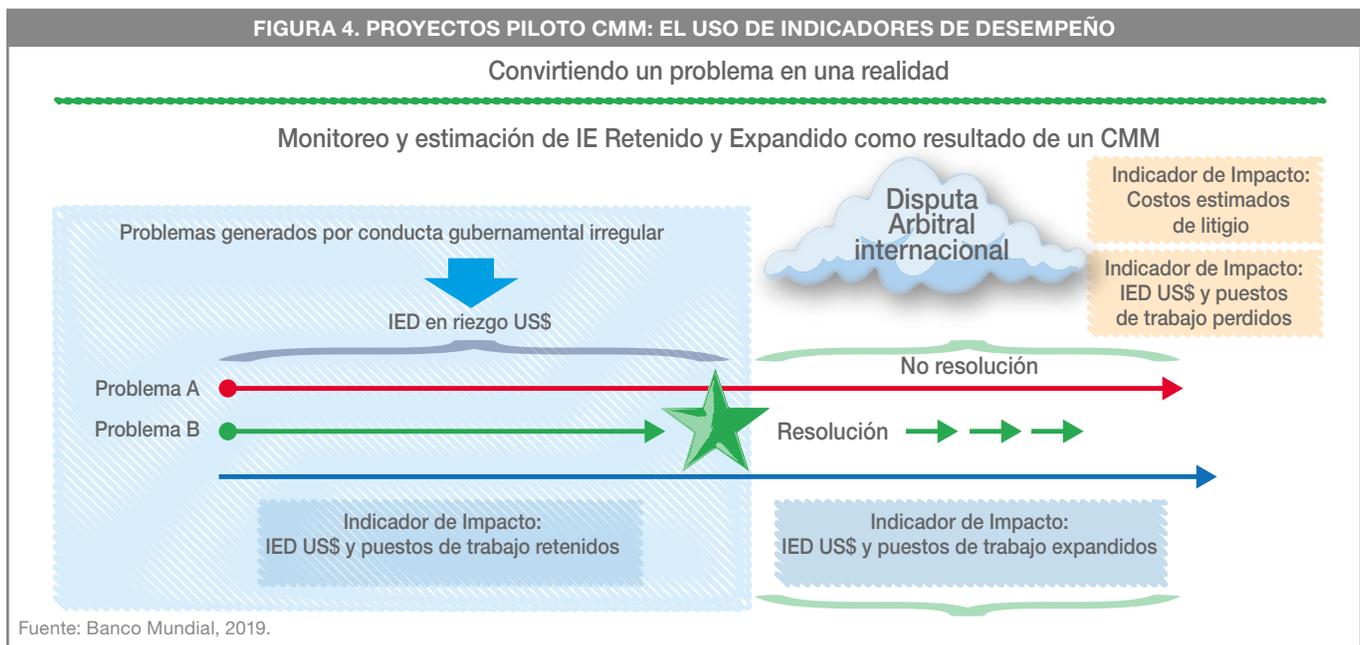
modo la protege del desafío de interactuar con una red descoordinada de múltiples niveles de agencias públicas. En cuanto a qué tipo de agencias tienden a generar con mayor frecuencia quejas entre inversionistas y Estados, una vez más, los pilotos SIRM coinciden con la investigación empírica, revelando el papel fundamental que juegan las agencias reguladoras especializadas y subnacionales en la generación de la mayoría de los conflictos.

En tercer lugar, aunque aún está en curso, los proyectos piloto de SIRM / CMM también proporciona lecciones prácticas muy útiles, tanto sobre el funcionamiento de los CMM como sobre su operatividad desde una perspectiva de economía política. Con respecto a las lecciones operacionales aprendidas hasta ahora, los pilotos muestran que, aunque los CMMs requieren ajustes específicos en cada país, hay una serie de retos prácticos comunes que tienden a surgir en todos los países, por ejemplo, la composición y el posicionamiento de la agencia coordinadora, el diseño y despliegue de la herramienta de seguimiento con tecnologías de información (TIC) para registrar, dar seguimiento y medir el impacto de la resolución –o no resolución– de quejas, y los protocolos de coordinación para asegurar la colaboración interinstitucional en la resolución de conflictos entre inversores y Estados. Una situación similar ocurre con la dinámica de economía política dentro de la cual deben operar los CMMs. En este sentido, y a pesar de la naturaleza altamente idiosincrática

de cada país, los pilotos SIRM / CMM han comenzado a revelar algunas tendencias interesantes.

Primero, un hallazgo fundamental derivado de la observación de técnicas exitosas de resolución de problemas en los pilotos SIRM es el papel fundamental que desempeñan los acuerdos internacionales de inversión (AIIs), más que la legislación nacional, para permitir que la agencia coordinadora del SIRM / CMM negocie a la “luz de la ley” al buscar la colaboración de sus agencias pares para intentar resolver una queja en particular. Lo mismo puede decirse del efecto persuasivo que la presión diplomática informal ejercida por los gobiernos de los Estados de origen de los inversores puede tener al invocar compromisos internacionales previamente acordados con los países anfitriones. Los pilotos demuestran que, en lugar de fomentar políticas orientadas al poder, los AIIs están comenzando a desempeñar un papel catalizador en el fomento de patrones de negociación basados en reglas entre diferentes agencias a lo interno del país receptor de la inversión, incluso en beneficio de los inversores nacionales.

Los pilotos SIRM/CMM también han demostrado la importancia de utilizar indicadores de impacto para medir el efecto de estos mecanismos, y cómo dichos indicadores pueden cambiar la economía política del conflicto entre inversionistas y Estados hacia una dinámica positiva para políticos y funcionarios gubernamentales. Como se muestra en la Figura 4 a continuación, los



pilotos han implicado la creación de una herramienta de seguimiento para medir la inversión y los puestos de trabajo que corren el riesgo de perderse como resultado de una queja entre inversionista y Estado.

Tan pronto como la agencia líder registra la queja, la agencia coordinadora realiza una primera evaluación para determinar “temperatura” del conflicto con el inversionista. Eso se hace examinando diferentes variables objetivas, como cuánto tiempo ha permanecido sin resolver el problema, cuál es el costo que dicho problema le está generando al inversionista, si el inversionista ya se ha puesto en contacto con otra agencia gubernamental para abordar el problema, si el asunto también se ha comunicado a la embajada del país de origen en el Estado anfitrión, etc. Con estos criterios objetivos, el organismo coordinador puede hacerse una idea de hasta qué punto la queja en cuestión se ha degradado dentro de la línea continua del conflicto entre inversionista-Estado. Una vez que se toma esa determinación, se lleva a cabo una evaluación legal, básicamente examinando la probabilidad de que la queja en cuestión, en caso de que eventualmente escalara a nivel de disputa legal, implicara alguna responsabilidad en razón de cualquier AII. Por último, pero no menos importante, la evaluación también implica una estimación de la cantidad de inversión en riesgo y/o cuántos puestos de trabajo, así como su ubicación geográfica pueden también estar en riesgo de perderse si el proyecto de IED se discontinúa.

La cantidad de inversiones y puestos de trabajo que corren el riesgo de perderse como resultado de la queja dejarían de estar inmediatamente en riesgo si el conflicto se resolviera de manera efectiva. Por tanto, lógicamente, se deduce que dicha inversión y puestos de trabajo originalmente en riesgo se convertirían en puestos de trabajo e inversión retenidos como resultado del funcionamiento del SIRM / CMM. Además, si como resultado de la resolución del conflicto, los inversionistas optaran por expandir sus operaciones en un entorno en el que su confianza y nivel de confort en el país mejoraran, dicha inversión y los empleos asociados equivaldrían a la inversión y los empleos expandidos / generados.

En resumen, al medir los efectos positivos de mantener la relación inversionista-Estado en lugar de enfocarse en los costos del conflicto y las disputas, los pilotos SIRM / CMM han tendido a generar dinámicas

de economía política que inducen a comportamientos gubernamentales positivos, y que corresponden a los esperados como resultado de la aplicación de los AII y las leyes nacionales en la mayoría de las jurisdicciones.

El centrarse en medir resultados que pueden ser políticamente atractivos para que los gobiernos los anuncien públicamente, ha actuado como incentivo para que la burocracia administrativa utilice los SIRM / CMM. De hecho, medir la cantidad de IED y puestos de trabajo que puede generar una intervención de burócratas a nivel técnico como resultado de abordar oportunamente los conflictos entre inversores y Estados ha sido mucho más productivo que medir los costos o las consecuencias negativas de no hacerlo. Pocos funcionarios gubernamentales están interesados en medir los efectos negativos que, si se divulgan públicamente, pueden afectar negativamente el desempeño de la administración o afectar sus puestos de trabajo. Por el contrario, la mayoría de los funcionarios de gobierno han estado mucho más interesados en medir los resultados positivos que su eficiente desempeño puede tener en aspectos políticamente valiosos para sus jefes. ¿Qué más valioso para un político actual que publicitar cómo su administración está contribuyendo a retener y expandir empleos, inversiones y exportaciones? Además, ¿no son estos mismos resultados los que debería promover el derecho internacional de inversiones?

En resumen, las pruebas piloto de SIRM / CMM han demostrado una forma muy práctica para que los países aprovechen los AII de una manera no litigiosa para inducir patrones de comportamiento deseados entre las agencias reguladoras nacionales. Desde esta perspectiva, se podría argumentar que los SIRM / CMM son herramientas no sólo para ejecutar y maximizar los potenciales beneficios de los AII en la práctica, sino también para sintonizar a estos tratados con su objetivo original: a saber, mitigar los riesgos políticos en las transacciones de inversión transfronterizas.

## CONCLUSIONES

Desde un punto de vista histórico, el propósito original de los AII fue mitigar el riesgo del comportamiento oportunista de las autoridades gubernamentales en los países en desarrollo receptores de IED, aumentando así la confianza de los inversores para emprender proyectos productivos más allá de sus Estados de origen.

Sin embargo, investigaciones recientes han demostrado dicha función de mitigación del riesgo político no está siendo alcanzada y está afectando negativamente tanto a los Estados receptores y a los inversionistas. Los procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado persiguen el cumplimiento de las reglas y disciplinas, pero después de que el daño ya se ha hecho y la relación inversionista-Estado ya se ha roto, lo que lleva al inversionista a retirar o cancelar la expansión de un proyecto de inversión. Para que los AII cumplan su función de desarrollo, deben establecerse mecanismos para garantizar que sus disposiciones influyan realmente en el comportamiento de los gobiernos, mucho antes de que la relación entre el inversor y el Estado se deteriore hasta tal punto que los inversionistas opten por interrumpir sus proyectos de IED. En pocas palabras, desde este punto de vista, una función clave de los AII es contribuir a retener y ampliar la IED.

Independientemente de cuán obvia pueda ser esta conclusión, sorprendentemente ni el mundo académico ni la comunidad de negociadores de AIIs han prestado atención a los aspectos prácticos de cómo implementar esos tratados en la práctica para lograr ese objetivo. La implementación efectiva de AIIs debería implicar mecanismos que aseguren que sus disposiciones en la práctica influyan el comportamiento de dependencias públicas, mejorando así la confianza entre los inversores y contribuyendo a la retención y expansión de las inversiones y sus externalidades en la economía receptora. Evidentemente, la actividad ISDS no implica la implementación de AIIs, sino más bien lo contrario. Implica la existencia de una patología en la aplicación efectiva de dichos tratados. Sin embargo, a pesar de la controversia que el ISDS ha generado en la comunidad académica y de negociadores, estos últimos no han prestado atención a si los AII están efectivamente contribuyendo a retener y ampliar la IED. Este es el punto ciego del derecho internacional de la inversión que este artículo ha intentado revelar.

Este artículo ha argumentado que investigaciones recientes han demostrado que, de hecho, es a través del uso de CMMs que los países pueden implementar de manera efectiva los AII. Los resultados de dicha investigación corroboran las conclusiones del trabajo pionero

de Cottier sobre la gobernanza multinivel (Cottier, 2011) y de Kingsbury y Schill sobre el derecho administrativo global (Kingsbury y Schill, 2009). Este ensayo ha mostrado cómo las tendencias en la evolución de los conflictos entre inversores y Estados evidencian uno de los desafíos más crítico para los gobiernos en tiempos de la globalización: a saber, como garantizar un comportamiento coherente a nivel de Estado frente al derecho internacional a pesar de la fragmentada gobernanza administrativa existente en la mayoría de los gobiernos en todo el mundo.

Así como la globalización está presionando a los inversionistas para que compitan en mercados cada vez más interactivos y competitivos, también está presionando a los gobiernos para que establezcan mecanismos que garanticen un nivel mínimo de coherencia administrativa entre decenas, cientos o incluso miles de agencias que componen la administración pública, tanto a nivel nacional como nivel subnacional. La capacidad para garantizar una conducta gubernamental coherente y regular basada en las normas y principios fundamentales de los AII entre una plétora de actores administrativos se está convirtiendo en un desafío para los gobiernos. Sin embargo, ese desafío no debe ignorarse promoviendo la eliminación de las normas internacionales que fomentan la disciplina administrativa. Por el contrario, esto exige mecanismos más eficientes, creativos y pragmáticos para fomentar el estado de derecho, especialmente si se quiere aprovechar la IED para el desarrollo. Este es precisamente el papel estratégico que los CMMs pueden cumplir.

Hoy en día, la demanda política más frecuente y urgente que la sociedad civil plantea a sus respectivos gobiernos es la generación de empleo y mejores niveles de vida. Estos objetivos no se pueden alcanzar si los proyectos de inversión se cancelan constantemente. Los CMMs ofrecen una gran oportunidad tanto a los burócratas como a los gobiernos en su conjunto. Al incorporar mecanismos para cuantificar los resultados de sus esfuerzos para retener y expandir la inversión, así como sus puestos de trabajo y externalidades asociadas, los CMMs brindan a los funcionarios públicos un incentivo para comportarse de acuerdo a los cánones de conducta que los AII pretenden promover.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	En español	En inglés
AfDB	Banco Africano de Desarrollo	African Development Bank
Aftercare	Fase de post-establecimiento	
AII	Acuerdos Internacionales de Inversión	
BM	Banco Mundial	
CGV	Cadenas Globales de Valor	
CMM	Mecanismo de Gestión de Conflicto Inversionista-Estado	Investor-State Conflict Management Mechanisms
EIC	Comisión de Inversiones de Etiopía	
FMI	Fondo Monetario Internacional	
GBM	Grupo del Banco Mundial	
IED	Inversión Extranjera Directa	
IPP	Equipo de Promoción y Política de Inversiones	
ISDS	Procedimientos de Solución de Controversias Internacionales Inversionista-Estado	Investor-State Dispute Settlement
MIGA	Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones	Multilateral Investment Guarantee Agency
OFIO	Oficina del Defensor de la Inversión Extranjera de Corea del Sur	
PPP	Partenariados Público-Privados	
SIRM	Mecanismo de Respuesta Sistémica para la Inversión	Systemic Investment Response Mechanism
TIC	Tecnologías de Información y Comunicación	
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	

## BIBLIOGRAFÍA

- A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (“SDSD”) to Strengthen Investor-State and Community Relationships. (2017). 18 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 551 Recuperado de: [https://cardozo.jcr.com/wp-content/uploads/2017/05/CAC315\\_crop.pdf](https://cardozo.jcr.com/wp-content/uploads/2017/05/CAC315_crop.pdf)
- A New Dance on the Global Stage: Introducing a Cultural Value-Based Toolbox to Optimize Problem-Solving, Innovation, and Growth.* (2020b). 34 Ohio St. J. on Disp. Resol. [TBD].
- AfDB, FMI y Banco Mundial. (2017). *The G-20 Compact with Africa: A Joint AfDB, IMF and WBG Report*. G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting March 17-18, 2017 Baden-Baden, Germany. Recuperado de: <https://www.compactwithafrica.org/content/dam/Compact%20with%20Africa/2017-03-30-g20-compact-with-africa-report.pdf>
- Alvarez, J. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment* (Pocketbooks of the Hague Academy of International Law), The Netherlands
- Banco Mundial. (2019). *Retention and Expansion of Foreign Direct Investment*. (Vol. 2). Political Risk and Policy Responses World Bank Group. Washington, D.C.: World Bank Group. Recuperado de: <http://documents.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/Political-Risk-and-Policy-Responses-Ethiopia-SIRM-Early-Warning-System-Project-Description>. (2018). Recuperado de: <https://ewdata.rightsindevelopment.org/projects/603292-ethiopia-sirm/>
- Connecting the dots between International Trade & Investment Regulation, Investment Climate Reform & Development.* (2015). APEC Australian Study Center, Current Issues in Asia Pacific Foreign Direct Investment, RMIT University, Melbourne. Recuperado de: <http://mams.rmit.edu.au/cwgz1keqt2r8.pdf>
- Costantino, C. y Sickles- Merchant, C. (1996). *Designing Conflict Management Systems*, (San Francisco: Jossey-Bass).

- Echandi, R. (2021). [Próxima publicación]. *Straightening the Rationale of International Investment Law from Litigation to Consolidating Relationships: the Role of Investor-State Conflict Management Mechanisms*. St Thomas University Law Journal, Minneapolis, Minnesota.
- Echandi, R. y H.C. Gonstead, M. (2017). *Investor-State Conflict Management: Systemic Investment Response Mechanisms (SIRMS) and Shared Decisions System Design (SDSD)*. En Cottier T. & Nadakavukaren, K. (Eds). *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K. Recuperado de: <https://www.e-elgar.com/shop/gbp/elgar-encyclopedia-of-international-economic-law-9781784713539.html>
- Echandi, R. y Sauvé, P. (Eds). (2013). *Complementing investor-State dispute resolution: a conceptual framework for investor-State conflict management*. Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge University Press.
- Echandi, R.; Krajcovicova, J. y Qiang C.Z. (2015). *The impact of investment policy in a changing global economy : a review of the literature*. World Bank Policy Research Working Paper, No. WPS7437, Washington D.C. Recuperado de: <http://documents.worldbank.org/curated/en/664491467994693599/The-impact-of-investment-policy-in-a-changing-global-economy-a-review-of-the-literature>
- Figueiredo de Oliveira, R. (2020). The useful institution of an investment ombudsperson. *Columbia FDI Perspectives*, No. 273. Recuperado de: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-273-Figueiredo-de-Oliveira-FINAL.pdf>
- Franck, S. (2018). *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*. Oxford University Press.
- From Paper to People: Building Conflict Resolution Capacity and Frameworks for Sustainable Implementation of IIAs to Increase Investor-State Satisfaction. (2011). *Investor-state disputes: prevention and alternatives to arbitration II*, 55. (Susan D. Franck & Anna Joubin-Bret eds. Recuperado de: [https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf)
- From problem to potential: The need to go beyond investor–state disputes and integrate civil society, investors and state at the local level. (2013). *Poverty and the international economic legal system: duties to the world’s poor*, 225. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/publication/296710204\\_From\\_problem\\_to\\_potential\\_The\\_need\\_to\\_go\\_beyond\\_investor-state\\_disputes\\_and\\_integrate\\_civil\\_society\\_investors\\_and\\_state\\_at\\_the\\_local\\_level](https://www.researchgate.net/publication/296710204_From_problem_to_potential_The_need_to_go_beyond_investor-state_disputes_and_integrate_civil_society_investors_and_state_at_the_local_level)
- H. C. Gonstead, M. (2020a). Remedy Without Diagnosis: How to Optimize Results by Leveraging the Appropriate Dispute Resolution and Shared Decision-Making Process, 88 *FORDHAM L. REV.* 2165 (2020). Recuperado de: <http://fordhamlawreview.org/issues/remedy-without-diagnosis-how-to-optimize-results-by-leveraging-the-appropriate-dispute-resolution-and-shared-decision-making-process/>
- Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design. (2007). *Minnesota Law Review*, 92: 161-230.
- Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*. (2014). TDM 1. Recuperado de: <https://transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2083>
- Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*. (2010). New York and Geneva. United Nations. United Nations Publication, Sales No. E.10.II.D.11.
- Kim, J.I. (2017). Foreign Investment Ombudsman of Korea, Office of the Foreign Investment Ombudsman, KOTRA, Seoul, Korea, 2017. <http://ombudsman.kotra.or.kr/eng/au/message.do>
- Kingsbury, B. y Schill, S. (2009). Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 09-46. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=657655](https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=657655)
- Miller, S. y Hicks, G. (2015). *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check*. Washington, D.C: Center for Strategic & International Studies. Recuperado de: [https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy\\_files/files/publication/150116\\_Miller\\_InvestorStateDispute\\_Web.pdf](https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/150116_Miller_InvestorStateDispute_Web.pdf)
- Osmanski, E. (2018). Investor-State Dispute Settlement: Is There a Better Alternative? *Journal of International Law*, 639. Recuperado de: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol43/iss2/13/>
- Pawlak D. y Rivas J.A. (2008). Managing Investment Treaty Obligations and Investor-State Disputes: A Guide for Government Officials, in Mourra, M. (Ed). *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts*. Kluwer Law International, Wolters Kluwer, The Netherlands.
- Salacuse, J. y Sullivan, N.P. (2009). Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain. En Sauvant, K. y Sachs, L (Eds). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. Oxford University Press.

- Smith, S. y Martinez, J. (2009). An analytic framework for dispute systems design. *Harvard Negotiation Law Review*, 14: 126.
- Sornarajah, M. (2016). *International Law as Development Law: The Obsolescence of a Fraudulent System*. European Yearbook of International Economic Law.
- The Debate on Treaty-Based Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications. (2019). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. 34 (1). Recuperado de: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy024>
- The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. (2005). *Fordham Law Review*, 73: 1521.
- UNCITRAL. (2020). *United Nations Commission on International Trade Law. Possible reform of investor-State dispute settlement mechanisms (ISDS), Dispute prevention and mitigation -Means of alternative dispute resolution*. Note by the Secretariat, A/CN.9/WGIII/WP.190, 15 January 2020, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform).
- UNCTAD. (2011). *United Nations Conference on Trade and Development, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II", Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution*. Held on 29 March 2010 in Lexington, Virginia, USA (New York and Geneva: United Nations), United Nations, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8.
- Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press. Recuperado de: <https://global.oup.com/academic/product/investment-treaty-arbitration-and-public-law-9780199217892?cc=us&lang=en&>
- Vandeveldt, K. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*. Oxford University Press.
- World Bank Group. (2017). *Investment Policy and Promotion Diagnostics & Tools: Maximizing the Potential Benefits of FDI for Competitiveness and Development*. Washington D.C. Recuperado de: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/666341500008847215/pdf/117475-PUBLIC-WP-13-7-2017-12-8-30-SPIRAToolKitGuide.pdf>