



Replanteamiento de las leyes nacionales de inversión

Un estudio de las leyes del pasado
y del presente para informar la
formulación de políticas futuras

IISD REPORTE



© 2023 International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
Esta publicación tiene licencia bajo un [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) es un centro de investigación independiente que trabaja con el objetivo de impulsar aquellas soluciones que permitan lograr un clima estable, la gestión sostenible de los recursos y economías justas. Nuestro trabajo estimula a que se tomen mejores decisiones y se emprendan acciones significativas para ayudar a que prosperen tanto las personas como el planeta. Arrojamus luz sobre lo que se puede alcanzar cuando se unen los Gobiernos, las empresas, las organizaciones sin fines de lucro y las comunidades. El personal del IISD, que está integrado por más de 120 personas, además de más de 150 asociados y asesores, proviene de todas partes del mundo y de varias disciplinas. Contamos con oficinas en Winnipeg, Ginebra, Ottawa y Toronto, por lo que nuestras actividades repercuten en la vida de las poblaciones de casi 100 países.

El IISD es una organización benéfica registrada en Canadá y figura como organización exenta de impuestos bajo el artículo 501(c)(3) del Código del Servicio de Impuestos Internos (IRS) en los Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo de la provincia de Manitoba y lleva adelante sus proyectos con los fondos provenientes de Gobiernos que se encuentran dentro y fuera de Canadá, los organismos de las Naciones Unidas, las fundaciones, el sector privado y las personas.

Replanteamiento de las leyes nacionales de inversión: Un estudio de las leyes del pasado y del presente para informar la formulación de políticas futuras

julio de 2023

Escrito por Jonathan Bonnitcha, Suzy H. Nikiéma y Taylor St John

Foto: iStock

Agradecimientos

Los autores desean agradecer la ayuda de Sarah Brewin, Kudzai Mataba, Josef Ostřanský y Aishwarya Nair en la elaboración del presente informe, así como la asistencia en la investigación de Sotonye Belonwu, David Duckett, Abas Kinda y Dih Wu.

Los autores agradecen a Tarald Gulseth Berge, Georgios Dimitropoulos, Hélène François, Jarrod Hepburn, Makane Moïse Mbengue, Massimo Meloni y Stephen Thomsen por sus valiosos comentarios sobre el borrador de este informe.

Cualquier otro error u omisión es responsabilidad de los autores.

Oficina central

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Sitio web: [iisd.org](https://www.iisd.org)

Twitter: [@IISD_news](https://twitter.com/IISD_news)



Descargo de responsabilidad

Este estudio, y en particular el análisis de las leyes nacionales de inversión que figura en la sección 3.4, está basado en la legislación contenida en el Navegador de Leyes de Inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>) al 1 de marzo de 2022. El estudio se llevó a cabo entre marzo y junio de 2022. A menos que se indique lo contrario, este documento no tiene en cuenta las revisiones de las leyes de inversión que puedan haberse producido desde entonces.



Resumen Ejecutivo

Las leyes nacionales de inversión son instrumentos de política versátiles, que pueden desempeñar un conjunto amplio y variado de funciones. Estas leyes varían mucho de un país a otro y han cambiado considerablemente a lo largo del tiempo. Con frecuencia, se ha subestimado la importancia de las leyes de inversión, llegando incluso a confundirlas con versiones nacionales de los tratados de inversión.

Este informe representa un recurso para los responsables de formular políticas que estén interesados en reformar la legislación nacional sobre inversiones de sus países. El informe consta de cuatro secciones: una introducción y tres secciones sustantivas. La Sección 2 describe cómo han cambiado las leyes nacionales de inversión a lo largo del tiempo. La Sección 3 examina las leyes de inversión contemporáneas e identifica siete funciones principales que estas leyes desempeñan en la actualidad. La Sección 4 mira hacia el futuro e identifica las lecciones del pasado y presenta un marco para los responsables de formular políticas que se planteen reformar sus leyes de inversión.

El informe destaca tres conclusiones principales.

1. Las leyes de inversión han cambiado con el tiempo y pueden rediseñarse para hacer frente a nuevos desafíos y oportunidades.

Las leyes nacionales de inversión han cambiado considerablemente a lo largo del tiempo en muchos países. Las primeras leyes de inversión surgieron en los países en desarrollo en la década de 1950, y a lo largo de las décadas de 1960 y 1970, estas leyes solían estar impulsadas por objetivos de las políticas nacionales. Estos objetivos incluían dar cohesión a las leyes heredadas de la época colonial, fomentar una mayor coordinación entre los ministerios y aplicar el plan de desarrollo del país. Como resultado, las funciones y el contenido de las leyes de inversión variaban ampliamente.

En la década de 1980, las leyes de inversión se reconcieron como herramientas mediante las cuales las normas internacionales, en gran medida relacionadas con la protección de las inversiones, podían incorporarse a la legislación nacional. Muchos países en desarrollo redactaron nuevamente sus leyes de inversión entre 1980 y 2010, muchas veces de forma que estuvieran más alineadas con los tratados de inversión. La inclusión de incentivos fiscales también se hizo más prominente en esos años. Estos cambios en la función y el contenido reflejaron un cambio de mayor nivel en los objetivos de las políticas, ya que los Estados se centraron más en el objetivo de atraer y promover la inversión. Las organizaciones internacionales también empezaron a emitir orientaciones para las leyes nacionales de inversión, pero sus orientaciones diferían: el Banco Mundial recomendaba leyes con un contenido alineado con los tratados de inversión, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo recomendaba leyes alineadas con consideraciones más ligadas al desarrollo, mientras que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha mostrado escéptica acerca de la necesidad de leyes de inversión.



Entre 1980 y 2010, la tendencia a volver a redactar las leyes de inversión para incorporar las normas de los tratados de inversión fue generalizada, pero nunca universal. Incluso entre los países en desarrollo, hubo una variedad de enfoques. Durante esos años, varios países desarrollados también redactaron o volvieron a redactar leyes de inversión; estas leyes se centraban únicamente en la admisión y selección de la inversión extranjera entrante y estaban impulsadas por objetivos de política nacional, no por orientaciones o normas internacionales.

Desde la década de 2000, la preocupación generada por las leyes de inversión inspiradas en los tratados de inversión se ha vuelto más destacada. Dichas leyes corren el riesgo de quedar desconectadas del sistema jurídico nacional más amplio y plantean muchos de los mismos riesgos jurídicos y preocupaciones políticas que los tratados de inversión al viejo estilo. Estas preocupaciones están dando lugar a un renovado interés en las leyes nacionales de inversión y a una creciente diversidad en la práctica. Este informe documenta la forma en que los países han cambiado sus leyes de inversión en el pasado con el fin de ayudar a los responsables de formular políticas que se están replanteando estas leyes en la actualidad.

2. Las leyes nacionales de inversión son instrumentos versátiles de política interna y varían mucho en la actualidad.

Las leyes de inversión vigentes en la actualidad varían mucho en estructura y contenido. Los observadores anteriores han tratado de situar las leyes de inversión en un espectro que va desde las leyes que tratan de **controlar** la inversión hasta las que tratan de **facilitar** la inversión. Sin embargo, es importante ir más allá del debate sobre los **objetivos** de políticas que las leyes de inversión pretenden alcanzar y explorar también las diversas **funciones** que desempeñan. Esto es así por tres razones. En primer lugar, centrarse únicamente en la cuestión de los objetivos pasa por alto el hecho de que las leyes de inversión regulan una serie de cuestiones que surgen en diferentes fases del proceso de inversión. En segundo lugar, centrarse en los objetivos oculta el hecho de que las leyes que comparten objetivos similares de alto nivel, como promover o facilitar la inversión, pueden perseguir esos objetivos de maneras muy diferentes. En tercer lugar, identificar y aclarar la diversidad de funciones de las leyes de inversión ayuda a explicar la diversidad de **contenido** de estas leyes: una ley de inversión que regula la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras contendrá disposiciones diferentes a las de una ley de inversión que trata sobre la concesión de incentivos a la inversión.

Desde el punto de vista conceptual, sugerimos que es útil considerar que las leyes de inversión implican una investigación en tres fases que tiene en cuenta lo siguiente

1. El **objetivo u objetivos** de políticas que la ley pretende lograr (por ejemplo, promover la inversión sostenible, coordinar la acción de todo el gobierno);
2. La **función o funciones** que cumple la ley (por ejemplo, regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras); y
3. La estructura y el **contenido** de la ley (por ejemplo, si la ley se aplica a todas las inversiones o solo a las inversiones extranjeras; si la ley aborda el importe de la indemnización debida en caso de expropiación, etc.).



Cada paso de la investigación implica pasar de cuestiones más generales a otras más específicas.

Organizamos nuestro estudio de las leyes de inversión por la función o funciones que desempeñan las leyes. A través de nuestro estudio de 70 leyes de inversión, identificamos siete funciones principales de las leyes de inversión.

- **Regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras.** Al menos el 60% de las leyes examinadas versan sobre la admisión. Una pequeña minoría de leyes adopta un enfoque de “lista positiva” en el que la inversión extranjera solo se permite en los sectores enumerados en la lista. En cambio, otros adoptan un enfoque de “lista negativa”, en el que se permite la inversión extranjera en todos los sectores excepto en los enumerados. Entre los Estados que adoptan un enfoque de lista negativa, hay variaciones en cuanto a los sectores que se cierran y en cuanto a la forma en que se administra la aprobación de las inversiones. Algunos regímenes de entrada solo certifican el cumplimiento de los requisitos reglamentarios establecidos; en otros, los responsables de la toma de decisiones tienen más discrecionalidad para decidir sobre la conveniencia de una inversión, por ejemplo, por medio de la selección de inversiones propuestas en sectores que, en principio, están abiertos a la inversión.
- **Concesión y administración de incentivos a la inversión.** Al menos el 80% de las leyes de inversión que examinamos trataban de incentivos a la inversión, con mucha diversidad en cuanto a los sectores que podían acogerse a ellos, el valor de los incentivos y otros elementos de diseño.
- **Facilitación de la inversión.** Una minoría importante de leyes de inversión se ocupa de la facilitación, entendida en el sentido específico de abordar los impedimentos prácticos a la inversión. Estas disposiciones pueden conferir poderes a una agencia de promoción de la inversión o establecer “ventanillas únicas” para las aprobaciones y los permisos relacionados con las inversiones.
- **Garantizar la protección jurídica a la inversión.** Aproximadamente el 70% de las leyes de inversión que hemos examinado garantizan la protección jurídica a los inversionistas. Las protecciones más comúnmente incluidas son las garantías de indemnización en caso de expropiación y las garantías de libre transferencia de fondos relacionados con una inversión. Sin embargo, sigue siendo poco frecuente que las leyes de inversión proporcionen toda la gama de protecciones que suelen encontrarse en los tratados. Por ejemplo, menos del 10% de las leyes incluyen disposiciones de trato justo y equitativo. Incluso entre las leyes que incluyen protecciones aparentemente similares, como las disposiciones sobre indemnización por expropiación, existen importantes diferencias en la redacción de estas disposiciones.
- **Establecer y/o especificar un sistema de gestión de las controversias entre inversionistas y Estados.** Casi el 70% de las leyes que hemos examinado tratan expresamente de la solución de controversias en materia de inversiones. Lo hacen de diversas maneras. Algunas establecen nuevas instituciones nacionales destinadas a prevenir o resolver las controversias en materia de inversiones; otras afirman la primacía de los tribunales nacionales; otras reconocen en principio la posibilidad de la solución de controversias entre inversionistas y Estados por medio del arbitraje internacional, sujeto a un acuerdo específico que brinde el consentimiento; y, por



último, algunas dan su consentimiento por adelantado en nombre del Estado a la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

- **Especificar las obligaciones y responsabilidades de los inversionistas.** Las leyes de inversión no son más que una parte del marco jurídico nacional que rige la inversión, y los inversionistas seguirán normalmente sujetos a las leyes de aplicación general relacionadas con sus actividades: derecho contractual, derecho medioambiental, derecho de sociedades, derecho laboral, derecho tributario, etcétera. Algunas leyes de inversión, para evitar dudas, aclaran que eso es así, mientras que otras leyes de inversión destacan áreas específicas en las que los inversionistas deben cumplir con obligaciones conforme a la legislación nacional. Otras leyes de inversión van más allá e imponen a los inversionistas obligaciones que van más allá de las contenidas en el marco jurídico nacional.
- **Control y supervisión de la inversión extranjera.** Esta función ha recibido relativamente poca atención hasta la fecha, en parte porque el control depende tanto de las prácticas burocráticas como de los poderes conferidos por la ley. Dicho esto, algunas leyes imponen a los inversionistas la obligación de informar a una agencia de inversiones (o a algún organismo similar), posiblemente previendo que dicha agencia desempeñe un papel en la supervisión y verificación del cumplimiento de la legislación nacional.

3. No existe un modelo estándar de las funciones y el diseño de una ley de inversiones. El diseño adecuado varía en función del contexto y de la función o funciones que los responsables de formular políticas quieran que cumpla la ley.

Proporcionamos un marco para que los responsables de formular políticas reflexionen sobre las leyes nacionales de inversión. El marco no recomienda un diseño o contenido jurídico específico, ni presupone que una ley de inversiones será necesaria o apropiada en todas las circunstancias. Por el contrario, el objetivo del marco es animar a los responsables de formular políticas a plantearse las preguntas adecuadas, cuyas respuestas dependerán del contexto nacional y de los objetivos de las políticas.

Un marco para replantearse una ley nacional de inversiones

Como primer paso para evaluar si reformar o adoptar una ley de inversión, los países deben aclarar el objetivo último que la ley pretende alcanzar. Para la mayoría de los Estados, su objetivo último será promover el desarrollo sostenible. El desglose de este objetivo último puede poner de relieve otros objetivos inmediatos que se considera que contribuyen a materializar el desarrollo sostenible. Dichos objetivos específicos podrían incluir lo siguiente:

- fomentar la inversión en los sectores prioritarios, entre otras cosas señalando a los inversionistas que la inversión en los sectores prioritarios es bienvenida;
- maximizar los beneficios (y minimizar los costos) asociados con la inversión para la economía nacional y para terceros interesados, como las comunidades locales;
- garantizar que las inversiones estén debidamente reguladas;



- afirmar (o impugnar) las normas de protección de las inversiones contenidas en los tratados de inversión;
- garantizar que la inversión no ponga en peligro la seguridad nacional; y
- fomentar una mayor coordinación y coherencia en la actuación de todas las entidades gubernamentales.

Surge entonces el desafío de diseñar y redactar una ley de inversiones que pueda ayudar a materializar objetivos abstractos de este tipo. Para ayudar a llevar a la práctica los objetivos de políticas, recomendamos que los responsables de formular políticas se centren en las funciones que la ley pretende desempeñar, y en cómo se relacionan estas funciones con su objetivo último de promover el desarrollo sostenible, así como con los objetivos y prioridades nacionales de políticas más inmediatos.

Proporcionamos un marco como guía para el debate interno dentro del gobierno, para ayudar a los responsables de formular políticas a reflexionar sobre las funciones que desempeña su legislación actual y articular las funciones que desean que desempeñe una ley. En algunos contextos, puede ser más apropiado que la inversión sea regida por una combinación de leyes de aplicación general y leyes específicas del sector, en lugar de por una ley de inversión. Es importante debatir estas cuestiones internamente antes de decidir si se necesita una ley y, en caso afirmativo, decidir cómo diseñarla.

A. Articulación y evaluación de las funciones de la actual ley de inversiones

Cualquier replanteamiento de las leyes de inversión debe empezar por aclarar sus funciones.

- ¿Cuáles son las funciones previstas de nuestra actual ley de inversiones?
- ¿Cumple nuestra actual ley de inversiones las funciones previstas?
- ¿Cumple nuestra actual ley de inversiones alguna función no deseada?
- ¿Siguen siendo necesarias o pertinentes las funciones previstas y reales de la ley en el contexto nacional e internacional actual?
- Para cada función que todavía se considera necesaria y pertinente, ¿cómo cumple la ley de inversiones esta función?

B. Articulación de las funciones deseadas

No existe una práctica óptima ni un conjunto de funciones que las leyes de inversión "deban" incluir; que una función concreta sea pertinente y necesaria depende del contexto del país.

- ¿Qué funciones queremos que cumpla una ley de inversiones?
- ¿Qué relación guarda esto con los objetivos generales de la política de inversión?
- ¿Cuáles esperamos que sean nuestros objetivos al cabo de 5 años? ¿En 10 años?



C. Comparación de herramientas de políticas

Una ley de inversiones es una herramienta de política nacional. Puede ser una herramienta útil o no, dependiendo del contexto, de las otras herramientas disponibles y de los objetivos inmediatos de políticas de un gobierno.

- ¿Es una ley de inversiones el instrumento adecuado para desempeñar una función determinada?
- ¿Sería mejor abordar algunas funciones asignadas a la ley de inversiones a través de otro instrumento?
- ¿Podría la ley de inversiones llenar temporalmente un vacío de la capacidad reguladora para determinadas funciones?

D. Diseño de una ley de inversiones que cumpla las funciones deseadas

Las cuestiones de contenido y diseño deben considerarse solo después de que las funciones deseadas estén claras. Entre las cuestiones transversales que deben tenerse en cuenta, independientemente de las funciones deseadas, están las siguientes:

- ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la ley?
- ¿Cómo se relacionará la ley con las leyes/normas de aplicación general del país?
- ¿Cuál es la mejor estructura institucional para la administración o aplicación de la ley de inversiones?

E. Consideración de objetivos, implicaciones y riesgos asociados con funciones específicas

Si un gobierno está considerando mantener (o añadir) una función específica en una ley de inversiones, entonces es necesario revisar diferentes modelos y examinar los riesgos y las implicaciones de cada uno de ellos. Mucho dependerá de cómo se relacionen los objetivos más amplios de políticas con el desempeño de una función determinada; por ejemplo, si el propósito de establecer nuevas normas que rijan la admisión y la aprobación de la inversión extranjera es enviar una señal de apertura a los inversionistas extranjeros, impulsar la reforma económica nacional, aumentar la supervisión de las posibles inversiones que planteen riesgos para la seguridad nacional, o alguna combinación de estos y otros objetivos. Más allá de las cuestiones y consideraciones específicas para cada función, identificamos riesgos o implicaciones comunes:

- **Admisión:** Algunas opciones, por ejemplo, cuando la aprobación se concede automáticamente tras la expiración de un plazo determinado, pueden plantear riesgos para los países con una capacidad burocrática limitada para evaluar las solicitudes, especialmente si la autorización de la inversión se cruza con evaluaciones de impacto ambiental o de otro tipo.
- **Incentivos:** Ciertos incentivos fiscales crean riesgos graves, entre ellos el riesgo de agotar los fondos públicos para apoyar inversiones que se habrían producido de todos modos. Los incentivos pueden estar mejor situados en la legislación tributaria general, y los avances en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico



en cuanto a un impuesto mínimo global pueden crear la necesidad de replantear o eliminar los incentivos fiscales.

- **Facilitación de la inversión:** Esto plantea pocos riesgos graves, pero la legislación puede no ser la herramienta adecuada para abordar los impedimentos prácticos a la inversión, y hacerlo puede acarrear costos. También puede resultar difícil identificar los impedimentos reales.
- **Protección jurídica de los inversionistas (extranjeros):** Ciertas protecciones, como las disposiciones de estabilización o de trato justo y equitativo, plantean riesgos graves, similares a los tratados de inversión de estilo antiguo, y existen riesgos adicionales de interacción involuntaria con contratos, tratados y otras leyes.
- **Sistemas de gestión de las controversias de inversión:** Ciertos enfoques plantean graves riesgos jurídicos y financieros, por ejemplo, el consentimiento al arbitraje internacional, y también pueden afectar al papel del poder judicial nacional.
- **Obligaciones de los inversionistas (extranjeros):** Aunque plantean pocos riesgos graves, plantean problemas prácticos. Puede cuestionarse la conveniencia de singularizar determinados tipos de obligaciones (medioambientales, laborales, de información) en una ley de inversiones en lugar de remitirse a otras leyes nacionales.
- **Control y supervisión de las inversiones:** Esto plantea pocos riesgos graves, pero puede haber desafíos en el diseño regulatorio e institucional.



Índice

1.0 Introducción	1
1.1 ¿Por qué se elaboró este informe?	1
1.2 Cuestiones que aborda este informe	2
1.3 ¿Qué es una ley de inversión?	3
1.4 Estructura del informe	5
2.0 Pasado: La evolución de las leyes nacionales de inversión	7
2.1 Leyes nacionales de inversión motivadas por prioridades nacionales, 1950-1979	9
2.2 Funciones de las primeras leyes de inversión	10
2.3 Leyes nacionales de inversión motivadas por normas internacionales, 1980-2010	16
3.0 Presente: Funciones y contenido de las leyes de inversión en la actualidad	21
3.1 Más allá de la distinción entre el control y la facilitación	22
3.2 Siete funciones principales de las leyes de inversión	23
3.3 Contextos más amplios en los que los Estados adoptan leyes de inversión	26
3.4 Estudio general de las leyes de inversión contemporáneas	32
4.0 Futuro: ¿Qué lecciones se pueden extraer del diseño y funcionamiento de las leyes de inversión?	41
4.1 Razones para replantear las leyes de inversión	43
4.2 Preguntas orientativas para el replanteamiento de las leyes de inversión	44
4.3 Consideraciones relativas a funciones específicas	47



1.0 Introducción

1.1 ¿Por qué se elaboró este informe?

Las leyes nacionales de inversión son instrumentos de política versátiles. Pueden desempeñar muchas funciones y los gobiernos pueden utilizarlas para garantizar que la inversión se rija de acuerdo con los objetivos inmediatos de sus políticas a nivel nacional y el objetivo final de promover el desarrollo sostenible. Sin embargo, en los debates sobre políticas, a menudo se las considera como leyes que desempeñan una función principal, que suele ser la de proporcionar incentivos o protección jurídica a los inversionistas. Esta visión limitada pasa por alto la amplia gama de funciones que desempeñan las leyes de inversión en la actualidad y subestima el potencial que tienen como instrumentos de política para ayudar a los gobiernos a alcanzar sus objetivos en materia de política y desarrollo.

El objetivo de este informe es ayudar a los responsables de formular políticas a replantearse sus leyes nacionales de inversión. Se trata de un recurso que estos actores pueden utilizar para obtener más información sobre los diferentes objetivos de políticas que han llevado a los Estados a promulgar leyes de inversión y para aclarar las diversas funciones que pueden desempeñar estas leyes. También es una herramienta para reflexionar sobre la reforma. La sección final describe un marco para utilizar durante los debates sobre la reforma, que incluye preguntas y consideraciones para ayudar a los responsables de formular políticas a reflexionar sobre las funciones que cumple actualmente una ley de inversión, a articular las funciones que desean que esta cumpla y, posteriormente, a diseñarla o redactarla en consecuencia.

En la actualidad, existen leyes nacionales de inversión vigentes en muchos países en desarrollo, pero estas leyes varían considerablemente en cuanto a sus funciones y contenido. Pueden ser de interés para los responsables de políticas por diversas razones.

- Quizás los responsables de políticas estén evaluando la eficacia de los incentivos fiscales previstos en la ley nacional de inversiones y se estén preguntando: ¿funcionan como se esperaba los incentivos que ofrecemos a determinados tipos de inversionistas? Si no funcionan, ¿por qué no? ¿Podríamos orientar los incentivos que ofrecemos de forma más específica? ¿Son habituales los incentivos en las leyes de otros países?
- Quizás una controversia con un inversionista se convierta en un caso de arbitraje, utilizando la ley nacional de inversiones como base para sentar la jurisdicción. Esta experiencia puede llevar a los responsables de formular políticas a plantearse preguntas sobre las normas que establece la ley, tales como ¿por qué existe una disposición sobre trato justo y equitativo en nuestra ley nacional de inversiones si no aparece en nuestra constitución ni en ninguna otra parte de nuestra legislación? ¿Las leyes de otros países incluyen una disposición como tal? ¿La han eliminado otros Estados y, en caso afirmativo, qué ocurrió cuando lo hicieron?
- Quizás una empresa extranjera realice una inversión en un sector de relevancia en materia de seguridad nacional, lo que lleva a los funcionarios electos y a los responsables de políticas a plantearse si es necesario actualizar el procedimiento de selección y aprobación establecido en la ley nacional de inversión.



- Quizás se estén negociando o reformando tratados bilaterales o regionales de inversión, lo que lleva a los responsables de formular políticas a preguntarse: ¿cómo se relacionan entre sí nuestros tratados y nuestras leyes nacionales? ¿Son complementarias sus funciones y su contenido? ¿Siguen sirviendo a nuestros objetivos de políticas y promoviendo el desarrollo sostenible?
- Quizás los debates más amplios sobre la reforma de las leyes de inversión lleven a los responsables de políticas a preguntarse: ¿está desfasada nuestra legislación en materia de inversiones? ¿Han avanzado nuestros objetivos de políticas, pero nuestra legislación sigue reflejando objetivos más antiguos?
- Quizás el clima de inversión ha sido revisado por una organización externa, y dicha revisión recomendó reformar el marco jurídico que rige la inversión, incluida la actualización de una ley nacional de inversión existente o incluso la redacción de una nueva. La reforma del marco jurídico puede ser recomendable como una forma de mejorar la coordinación entre los Ministerios y otras instituciones.

Es posible que los responsables de formular políticas quieran interiorizarse sobre las leyes nacionales de inversión y considerar la posibilidad de crearlas, reformarlas, sustituirlas o eliminarlas en cualquiera de estas circunstancias. El presente informe pretende ser un recurso que estos actores puedan utilizar para saber cómo han evolucionado y se han reorientado las leyes nacionales de inversión a lo largo del tiempo, las diversas funciones que pueden desempeñar y cómo varían en la actualidad en todo el mundo. También mira hacia el futuro, estableciendo una agenda positiva para las leyes nacionales de inversión que puede ayudar a los responsables de políticas a replantearse qué funciones pueden y deben desempeñar estas leyes.

1.2 Cuestiones que aborda este informe

A diferencia de la abundante literatura y el animado debate sobre los tratados de inversión, existen relativamente pocos recursos sobre las leyes nacionales de inversión. En ocasiones, estas leyes se consideran meras contrapartidas nacionales de los tratados de inversión, pero hay muchas razones para pensar en ellas por separado. Históricamente, estas leyes surgieron de forma independiente y por razones diferentes a las de los tratados. Los gobiernos pueden utilizar, y utilizan, las leyes de inversión para responder a muchas presiones internas diferentes o para trabajar en aras de objetivos de política interna, lo que explica en parte las diferencias en su contenido.

Sección 2. Preguntas sobre el pasado

- ¿Cuándo y cómo surgió y se difundió la idea de las leyes nacionales de inversión?
- ¿Por qué algunos países, aunque no todos, tienen leyes nacionales de inversión? Y, en el caso de los países que sí las tienen, ¿en qué medida se parecen entre sí?

Sección 3. Preguntas sobre el presente

- ¿Qué funciones cumplen las leyes nacionales de inversión vigentes?
- ¿Qué tan comunes son determinadas funciones en las leyes nacionales de inversión contemporáneas? ¿En qué medida se parecen o difieren los contenidos de estas leyes?



Sección 4. Preguntas sobre el futuro

- ¿Qué lecciones deberían informar la formulación de leyes nacionales de inversión en el futuro?
- ¿Qué preguntas deberían hacerse los responsables de políticas al plantear la reforma de las leyes nacionales de inversión?

Antes de abordar estas preguntas, es necesario debatir una cuestión aún más fundamental: ¿qué es una ley de inversión?

1.3 ¿Qué es una ley de inversión?

En casi todos los sistemas jurídicos, la inversión extranjera se rige por muchos cuerpos legales diferentes: derecho contractual, derecho medioambiental, derecho de sociedades, derecho laboral, derecho tributario, etc. A los efectos del presente estudio, el concepto de ley de inversión se refiere a algo más específico que una ley que se aplica de manera general en un país, incluidas las inversiones. El concepto de ley de **inversión** connota leyes que se centran específicamente en la inversión de alguna manera. Sin embargo, esta aclaración no constituye una definición completa, y el problema de la definición no es exclusivo de nuestro estudio, ya que no existe una definición única y ampliamente aceptada del concepto de ley de inversión.

Una forma de abordar el problema de la definición es examinar la aparición histórica de las leyes de inversión. En la sección 2, sugerimos que la idea de una ley nacional de inversión — también denominada, en este contexto, “código de inversión”— surgió en las décadas de 1950 y 1960. Las leyes de inversión de ese período se entendían como leyes que definían el marco jurídico básico que regía la inversión extranjera directa entrante en un país y los movimientos transfronterizos de capital asociados. Teniendo en cuenta la evolución de los últimos 40 años (analizada en las secciones 2.2 y 2.3), se trata de una definición demasiado restrictiva para nuestros fines, pero constituye un punto de referencia útil.

Otra forma de abordar el problema de la definición es simplemente observar el título de una ley. Desde este punto de vista, cualquier ley que utilice la palabra “inversión” en su título constituye una ley de inversión. Este enfoque ofrece importantes perspectivas sobre las variaciones en términos de la función, el contenido y el alcance de las leyes de inversión. Sin embargo, también plantea sus propios inconvenientes. Si se consideran las leyes de dos países que, por lo demás, son idénticas, ¿realmente deberíamos excluir una de ellas del alcance de nuestro estudio únicamente por una diferencia en las palabras utilizadas en su título?

Dicho esto, hemos decidido resolver el reto de la definición en tres etapas. En primer lugar, comenzamos con las leyes cuyos títulos las identifican claramente como “ley de inversión”, “ley de inversión extranjera” o “código de inversión”. En segundo lugar, revisamos estas leyes, que son más de un centenar, para identificar sus funciones principales. A estos efectos, identificamos siete funciones principales de las leyes nacionales de inversiones:

- Regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras
- Conceder y administrar incentivos a la inversión
- Facilitar la inversión (entendido en un sentido específico)



- Garantizar la protección jurídica a la inversión
- Establecer y/o especificar un sistema de gestión de las controversias entre inversionistas y Estados
- Especificar las obligaciones y responsabilidades de los inversionistas
- Controlar y supervisar la inversión extranjera

Como tercer paso, ampliamos nuestra definición para incluir toda ley que desempeñe cualquiera de estas siete funciones, siempre que su aplicación esté dirigida específicamente a la inversión. (De este modo, excluimos de nuestra concepción de “leyes de inversión”, por ejemplo, a las leyes fiscales de aplicación general, que son relevantes para los inversionistas, pero no están dirigidas específicamente a la inversión).

Cuadro 1. ¿Ley de inversión o ley de inversión extranjera?

Una cuestión importante relacionada con el alcance de cualquier ley de inversión es si se aplica a todas las inversiones dentro de una jurisdicción o solo a la inversión **extranjera**. De acuerdo con estudios académicos y de política existentes, nuestra concepción de una ley de inversión incluye tanto las leyes específicas para las inversiones extranjeras como las leyes que se aplican a todas las inversiones, independientemente de su origen.

Una cuestión de política relacionada es si las leyes de inversión **deberían** aplicarse por igual a todas las inversiones o solo a las inversiones extranjeras. Estas preguntas no pueden responderse de manera sensata hasta que no se hayan articulado las funciones de la ley. Por ejemplo, si la única función de una ley es regular la selección y aprobación de nuevas inversiones por motivos de seguridad nacional, entonces puede ser más apropiado que la ley se aplique únicamente a las inversiones extranjeras. Si las funciones de la ley incluyen la facilitación de las inversiones o la especificación de las obligaciones de los inversionistas, entonces puede ser más apropiado que la ley se aplique a todas las inversiones.

Por esta razón, es posible que partes de una misma ley de inversión difieran en su ámbito de aplicación. Por ejemplo, la Ley de Inversión de Myanmar se aplica, en principio, tanto a las inversiones nacionales como a las extranjeras. Sin embargo, el capítulo X reconoce que los inversionistas **extranjeros** están sujetos a restricciones adicionales en cuanto a los sectores en los que pueden invertir; por otro lado, el capítulo XV concede a los inversionistas **extranjeros** derechos adicionales para transferir capital al extranjero que van más allá de los derechos de los inversionistas nacionales.



Esto nos deja con una concepción de las “leyes de inversión” que es al menos tan amplia como la concepción incorporada en la base de datos del Navegador sobre Leyes de Inversión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y en los trabajos de los académicos que se dedican a este tema.¹ Asimismo, insistimos en que muchas leyes que son directamente relevantes para la inversión quedan fuera de nuestra definición de “ley de inversión”. Las leyes específicas de cada sector —por ejemplo, las leyes mineras, bancarias y de telecomunicaciones— suelen desempeñar un papel importante en la regulación de la inversión en un sector determinado, pero quedan fuera de nuestra definición. Del mismo modo, las leyes que establecen jurisdicciones especiales, como las zonas económicas especiales, son importantes, pero quedan fuera de nuestra definición porque no abarcan a toda la jurisdicción de un país.² Estos límites definitorios, algo artificiales pero necesarios, sirven para subrayar que una ley de inversión es solo una parte del marco jurídico que regula la inversión extranjera en un país determinado y no necesariamente la parte más importante.³

1.4 Estructura del informe

Este informe consta de tres secciones sustantivas, centradas en el pasado, el presente y el futuro de las leyes nacionales de inversión. La sección 2 muestra que las primeras leyes nacionales de inversión solían reflejar las prioridades de política interna; en las décadas de 1950 a 1970, los Estados decidían los objetivos de política interna y luego diseñaban leyes de inversión para alcanzar esos objetivos. A partir de la década de 1980, surgió una nueva tendencia, ya que las leyes de inversión de muchos países **en desarrollo** comenzaron a reflejar los estándares internacionales en lugar de las prioridades de política nacional. En esa época, comenzaron a aparecer en algunas leyes nacionales de inversión normas derivadas de tratados de inversión, como el trato justo y equitativo. Otra tendencia, que surgió en la década de 1970, fue la promulgación de leyes centradas en la selección de la inversión extranjera entrante por parte de los países **desarrollados**.

La sección 3 examina las funciones y el contenido de las leyes de inversión contemporáneas. Identificamos y analizamos siete funciones principales de estas leyes, relacionadas con la admisión, los incentivos, la facilitación de la inversión, las protecciones jurídicas, la solución de controversias, las obligaciones de los inversionistas y el control de las inversiones. Los gobiernos adoptan leyes para cumplir distintos objetivos de políticas y en diversas circunstancias, lo que ayuda a explicar por qué las leyes de distintos países desempeñan funciones diferentes y por qué las leyes que desempeñan las mismas funciones pueden diferir drásticamente en la forma en que lo hacen. Exploramos cómo el contexto en el que se adopta una ley determina sus funciones, utilizando cuatro leyes nacionales como ejemplo. Esta sección concluye con un estudio de las leyes de inversión de los países en desarrollo donde

¹ Véase, por ejemplo: Chaisse, J., & Dimitropoulos, G. (2023). Domestic investment laws and international economic law in the liberal international order. *World Trade Review*, 22(1), 1–17, en 14; Hepburn, J. (2023). The past, present, and future of domestic investment laws and international economic law. *World Trade Review*, 22(1), 18–34, en 19; y Dimitropoulos, G. (2023). The right to hospitality in international economic law: Domestic investment laws and the right to invest. *World Trade Review*, 22(1), 90–108, en 96.

² De manera similar, Chaisse & Dimitropoulos, nota 1 *supra*, en 14.

³ De manera similar, Chaisse & Dimitropoulos, nota 1 *supra*, en 9–15.



se identifica la frecuencia con la que se da cada una de las siete funciones y describe las variaciones dentro de cada función.

La sección 4 presenta una mirada hacia el futuro y se pregunta qué lecciones se pueden extraer de este análisis para el diseño y la aplicación de las leyes de inversión de aquí en adelante. Esboza un marco para los responsables de la formulación de políticas que estén contemplando revisar las leyes nacionales de inversión e identifica diversas consideraciones y preguntas que deberían plantearse y que son específicas a cada una de las siete funciones.



2.0 Pasado: La evolución de las leyes nacionales de inversión

MENSAJES CLAVE

- Las leyes nacionales de inversión surgieron por primera vez en la década de 1950 en los países en desarrollo.
- Si bien las disposiciones y el contenido de las primeras leyes de inversión variaban entre sí, la mayoría se basaban en objetivos de política nacional.
- En la década de 1970, los países desarrollados comenzaron a promulgar leyes de inversión que describían los procedimientos de aprobación o selección, pero no incluían otras disposiciones.
- En la década de 1980, las normas internacionales comenzaron a influir en las leyes nacionales de inversión de los países en desarrollo, y algunos de ellos adaptaron las disposiciones de los tratados de inversión a su legislación.
- Muchos países han modificado considerablemente sus leyes nacionales de inversión a lo largo del tiempo, a medida que cambiaban sus objetivos de política nacional.

¿Cuándo, dónde y por qué surgió la idea de definir el marco jurídico básico que rige la inversión extranjera directa entrante en una ley nacional única e integral? Sorprendentemente, se sabe muy poco sobre la historia de las leyes nacionales de inversión, especialmente en comparación con la historia bien documentada de los tratados de inversión. Las leyes de inversión surgieron aproximadamente al mismo tiempo que los tratados de inversión modernos, pero por razones diferentes y con distintos proponentes. Inicialmente, muchos países en desarrollo promulgaron leyes nacionales de inversión para garantizar que la inversión extranjera se rigiera de acuerdo con la política nacional y los objetivos de desarrollo, pero esos objetivos de políticas eran muy diferentes: algunos Estados buscaban principalmente atraer inversiones o cierto tipo de inversiones, mientras que otros también buscaban cuestionar la concepción occidental del derecho económico internacional.⁴

Las leyes nacionales de inversión comenzaron a aparecer después de la Segunda Guerra Mundial, y los estudiosos citan la ley de inversión de Israel de 1950 como uno de los primeros ejemplos, y quizás el primero, de un instrumento de política que buscaba definir el marco jurídico básico que regulaba la inversión extranjera directa entrante mediante una ley única e integral.⁵ Muchas de las características que han llegado a definir las leyes de inversión ya estaban presentes en la ley israelí, incluidos los incentivos fiscales y la creación de una agencia

⁴ Olaoye y Sornarajah destacan las leyes de inversión como una herramienta para cuestionar la concepción occidental del derecho internacional. Describen seis períodos diferentes de las leyes nacionales de inversión: colonial, descolonización (1950-1969), Nuevo Orden Económico Internacional, liberalización (1990-2003), reacción adversa (2004-2014), reforma y reajuste (2015-presente). Olaoye, K., & Sornarajah, M. (2023). Domestic investment laws, international economic law, and economic development. *World Trade Review*, 22(1), 109–132.

⁵ Buxbaum, R. & Riesenfeld, S. (1985). Investment codes. En R. Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. Elsevier, en 344; Burgstaller, M. & Waibel, M. (2011). Investment codes. En R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, en 11.



para aprobar nuevas inversiones, expedir licencias y prestar asistencia a los inversionistas extranjeros.⁶ En 1951, Turquía promulgó una ley similar, que eliminaba las restricciones a los extranjeros para ejercer profesiones y creaba un comité para autorizar las inversiones entrantes y las transferencias al exterior de divisas fuertes.⁷

Sin embargo, salvo estas pocas excepciones, en la década de 1950 eran raras las leyes destinadas a definir el marco jurídico básico que regulaba la inversión extranjera. En 1951, la Organización de las Naciones Unidas realizó una encuesta entre los Gobiernos de Asia sobre “las leyes y reglamentos que regulaban el tratamiento de las inversiones extranjeras en sus territorios, incluidos el envío de dividendos, intereses y beneficios, la fiscalidad, etc.”, y ninguno de los países encuestados contaba con una ley de inversión integral.⁸ Estas leyes también eran poco frecuentes en los países africanos durante la década de 1950, muchos de los cuales seguían bajo ocupación militar o control colonial y, tras la independencia, aún no habían articulado políticas de inversión.⁹ La situación era ligeramente diferente en algunos países latinoamericanos, como Perú, por ejemplo, que aprobó un Código Minero en 1950 que incluía todas las disposiciones que se consideraban pertinentes para los inversionistas extranjeros en la minería, el principal sector que recibía inversión extranjera.¹⁰ Las leyes específicas de cada sector siguen siendo importantes, incluso en la actualidad, y pueden tener diversas relaciones con las leyes de inversión; en ocasiones, los gobiernos han probado primero las disposiciones de una ley específica de un sector y luego las han replicado en una ley de inversión general.¹¹

El panorama general es que, a lo largo de la década de 1950, eran poco frecuentes las leyes destinadas a definir el marco jurídico que regulaba la inversión extranjera mediante un instrumento único e integral; por ejemplo, un informe de las Naciones Unidas de 1955 sobre el capital extranjero en América Latina no menciona ninguna ley de inversión que abarque todos los sectores.¹² Las leyes de inversión no se tornaron más comunes hasta la década de 1960, tal como se explica a continuación.

⁶ Littell, N. (1952). Improvements in legal climate for investments abroad. *Virginia Law Review*, 38(6), 729–744, en 733–6.

⁷ *Ibid.* en 731.

⁸ Secretaría de la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente. (1951). *Foreign investment laws and regulations of the countries of Asia and the Far East* (UN Doc No. ST/ECAFE/1). Naciones Unidas, en vii. Véase también: Alexander, C. H. (1952). Foreign investment laws and regulations of the countries of Asia and the Far East. *International and Comparative Law Quarterly*, 1(1), 29–39.

⁹ La encuesta de la ONU fue remitida en 1949, e incluso en algunos casos, la completaron las autoridades coloniales. Por ejemplo, la encuesta de Indonesia fue respondida por funcionarios holandeses. Secretaría de la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente, nota 8 *supra*, en 35.

¹⁰ Littell, nota 6 *supra*, en 742.

¹¹ Knieper, R. (1989) The new investment code of the Central African Republic: Profound changes. *ICSID Review*, 4(1), 90–99, en 94.

¹² En cambio, el informe subraya: “Las respuestas a estas preguntas [sobre el clima de inversión] se encuentran en parte en disposiciones constitucionales, leyes y reglamentos que, en la mayoría de los países, representan un conjunto desordenado más que una serie de medidas coordinadas”. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (1955). *Foreign Capital in Latin America* (UN Doc No E/CN.12/360 y ST/ECA/28). Naciones Unidas, en 16.



2.1 Leyes nacionales de inversión motivadas por prioridades nacionales, 1950-1979

En muchos países, las leyes nacionales de inversión surgieron tras su independencia, como instrumentos de política para alinear la inversión extranjera con los nuevos objetivos de desarrollo a nivel nacional. Esta tendencia fue especialmente pronunciada en los países africanos. En una encuesta de las Naciones Unidas de 1963, se observó que 17 países africanos redactaron leyes de inversión “casi simultáneamente” a principios de 1962.¹³ Dicha encuesta estableció una relación directa entre los países que estaban ganando independencia, formulando políticas económicas y de desarrollo generales, y redactando leyes de inversión. Las leyes nacionales de inversión se consideraban “la contrapartida jurídica del plan de desarrollo”: una herramienta para aportar coherencia y orden a los acuerdos jurídicos, heredados del período colonial, que se superponían entre sí y eran obsoletos. También se tomaban como una herramienta para garantizar que el marco jurídico que regulaba la inversión fuera propicio para el desarrollo.¹⁴

La primera ola de leyes nacionales de inversión guardaba una estrecha relación tanto con la planificación económica como con los objetivos de desarrollo nacional. El estudio de las Naciones Unidas de 1963 sobre las leyes africanas en materia de inversiones afirma:

La planificación económica da expresión concreta a las aspiraciones que conducen a la independencia y a la legislación en materia de inversiones que facilita la realización de los planes de desarrollo. No es de extrañar, por lo tanto, que el primer conjunto de leyes que sufrió cambios rápidos fuera precisamente el que afecta a las inversiones.¹⁵

La encuesta describió las leyes de inversión como una herramienta para ayudar a transformar las leyes heredadas de forma fragmentada en sistemas jurídicos más coherentes que apoyen el desarrollo.¹⁶

En 1963, 20 de los 30 países africanos encuestados habían recopilado todos los elementos básicos del marco que regulaba la inversión en una única ley, supuestamente integral. Todas las antiguas colonias francesas tenían una ley de inversión, excepto Togo, y algunas de estas leyes eran similares: la República Centroafricana, Chad, la República del Congo y Gabón, por ejemplo, solo presentaban pequeñas diferencias entre sus leyes. Por el contrario, ninguna de las antiguas colonias británicas tenía una ley de inversiones, excepto Ghana.¹⁷ La Comisión Económica para África de las Naciones Unidas alentó a los países que no contaban con leyes nacionales de inversión a redactarlas, sugiriendo que “estuvieran contenidas en

¹³ Comisión Económica para África. (1963). *Investment laws and regulations in Africa* (UN Doc No. E/CN.14/INR/28). Naciones Unidas, en 1.

¹⁴ *Ibid.*, en 5.

¹⁵ *Ibid.*, en 1. [La traducción al español nos pertenece].

¹⁶ *Ibid.*, en 5.

¹⁷ Es posible que el Banco Mundial haya participado en la elaboración de la ley de Ghana. El estudio de las Naciones Unidas de 1963 señala que la Ley de Inversión de Ghana “introdujo un nuevo elemento”, según el cual, en caso de controversia sobre el monto de indemnización, como último recurso, “el asunto se someterá a arbitraje a través de la agencia del BIRF”. *Ibid.*, en 35. [La traducción al español nos pertenece].



un instrumento jurídico de fácil acceso y comprensión”.¹⁸ La redacción de estas leyes se consideraba una forma de lograr mayor coordinación entre los Ministerios:

Todavía hay mucho margen para mejorar la coordinación entre el plan de desarrollo y la ley de inversión. Estos dos documentos suelen ser elaborados por Ministerios diferentes. No sería erróneo afirmar que, a menudo, la mano izquierda no sabe lo que hace la derecha.¹⁹

Se asumió que una mayor coordinación y debate entre los Ministerios en torno a la inversión iría de la mano con la cohesión o la sustitución de las leyes heredadas de la época colonial.²⁰

Si bien los Estados africanos fueron pioneros en la adopción de leyes nacionales de inversión a principios de la década de 1980, 60 países de todo el mundo, que contaban con políticas diversas en materia de inversión extranjera (incluidos los programas económicos socialistas), ya habían adoptado leyes de inversión.²¹

2.2 Funciones de las primeras leyes de inversión

Aunque existen diferencias importantes entre las primeras leyes de inversión, también hay muchas similitudes. Probablemente, esto refleja semejanzas en las prioridades internas de los países en desarrollo.²² Otras disposiciones comunes a estas primeras leyes corresponden al contexto histórico en el que fueron adoptadas. Por ejemplo, dado que muchas monedas no eran convertibles en las décadas de 1960 o 1970, las disposiciones que regulaban el cambio de divisas y la transferencia de capitales dentro y fuera de los países eran importantes. En el resto de esta sección, describimos cuatro funciones que eran comunes a muchas de las primeras leyes de inversión, aunque no a todas.

2.2.1 Regulación de la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras

Las disposiciones que regulaban la admisión y aprobación de nuevas inversiones eran un elemento importante de muchas de las primeras leyes de inversión y constituían el objetivo principal de algunas de ellas, como es el caso de la Ley de Desarrollo Industrial de Botsuana de 1968. La premisa en la que se basaba esta ley, al igual que muchas de las primeras leyes, era que la inversión extranjera no estaba permitida a menos que fuera aprobada: las empresas

¹⁸ *Ibid.*, en 36. [La traducción al español nos pertenece].

¹⁹ *Ibid.*, en 36. [La traducción al español nos pertenece].

²⁰ *Ibid.*, en 36.

²¹ Buxbaum y Riesenfeld, nota 5 *supra*, en 346.

²² Los estudios de esos años solían identificar algunas disposiciones clave que reflejaban las prioridades políticas de los gobiernos de los países en desarrollo y se centraban en ellas. Por ejemplo, un informe de las Naciones Unidas de 1955 se centraba en los procedimientos de aprobación, las disposiciones sobre transferencias, los incentivos y la fiscalidad, la expropiación y el incumplimiento (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *supra*, nota 12). Otro informe de 1956 de la Secretaría de las Naciones Unidas se centra en la entrada de capital privado extranjero, las restricciones a las transferencias y los incentivos (sin mencionar la expropiación). Véase: Secretario General de las Naciones Unidas. (1956). *El flujo internacional de capital privado* (E/3021). Naciones Unidas, pág. 45.



debían solicitar licencias y los criterios de aprobación estaban relacionados con el desarrollo industrial a nivel nacional.²³

Muchas de las primeras leyes de inversión establecían una junta, comité o agencia de revisión para examinar las nuevas inversiones propuestas, compuesta por representantes de varios Ministerios.²⁴ Por ejemplo, la Ley de Ghana de 1972 estableció una Junta de Inversiones de Capital conformada por un funcionario del Banco Central, uno del Ministerio de Finanzas, uno del Ministerio de Industria y otros, según fuera necesario. Esta junta se creó para fomentar la comunicación y la coordinación interministerial, así como para proporcionar a los inversionistas una entidad única que pudiera conceder autorizaciones para nuevas inversiones, expedir licencias y servir de enlace entre el inversionista y los organismos gubernamentales, según procediera.²⁵ Algunas leyes combinaban el proceso de revisión o aprobación con la concesión de incentivos. Por ejemplo, la ley de Indonesia de 1967 estableció una Junta Nacional de Coordinación de Inversiones para evaluar las inversiones propuestas y, posteriormente, otorgar deducciones fiscales a las empresas que recibieran aprobación.²⁶

Como instrumentos para alcanzar los objetivos nacionales de desarrollo, muchas de las primeras leyes de inversión incluían requisitos sobre la utilización de productos y recursos locales, la contratación y capacitación de empleados a nivel local o la transferencia de tecnología. En ocasiones, estos requisitos se formulaban como criterios que la junta o el comité de revisión debían utilizar para decidir si concedían la aprobación inicial a la inversión.²⁷ En otros casos, se formulaban como objetivos de la ley; por ejemplo, la ley de Sudán de 1974 tenía por objeto, entre otros, fomentar las inversiones que utilizaran materiales locales y proporcionaran oportunidades de empleo.²⁸ Posteriormente, en las décadas de 1980 o 1990, muchos de estos requisitos u objetivos fueron eliminados, tal como se explica en la sección 2.3.

Otras leyes buscaban ejercer mayor control sobre sectores específicos o sobre la economía en general, exigiendo una mayor participación o propiedad local. El Decreto sobre la Promoción de Empresas Nigerianas de 1977 encomendó a la Junta de Promoción de Empresas Nigerianas que contribuyera a “garantizar que los nigerianos asumieran el control de la economía nigeriana en el menor tiempo posible”.²⁹ En un informe constitucional de 1974, Papúa Nueva Guinea también estableció una nacionalización progresiva que se basaba en gran medida en estudios de las Naciones Unidas, en particular en un Informe del Grupo de Personalidades Eminentes.³⁰ El informe de Papúa Nueva Guinea recomendaba que las

²³ Artículo 10.2a, Ley de Desarrollo Industrial de Botsuana, 1968.

²⁴ Ahojja, K. (1964). Investment laws and regulations in Africa. *The Journal of Modern African Studies*, 2(2), 300–303, en 302.

²⁵ Artículos 1–7, Ghana, Proclamación, Consejo Nacional de Redención, 9 de enero de 1973.

²⁶ Ley No. 1, 1967, Republica de Indonesia, debatida en Buxbaum y Riesenfeld, nota 5 *supra*, en 347.

²⁷ Artículo 7, Ordenanza sobre Incentivos al Desarrollo Industrial, Tonga, 1977.

²⁸ Capítulo II, Ley de Fomento y Promoción de la Inversión Industrial, Sudán, 1974.

²⁹ Artículo 2, Nigeria, Decreto sobre la Promoción de las Empresas de 1977. [La traducción al español nos pertenece].

³⁰ Informe del Grupo de Personalidades. (1974). *Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales* (UN E/5500/Rev.1/ST/ESA/6). Naciones Unidas.



empresas extranjeras fueran transferidas progresivamente a manos de dicho país “con el fin de lograr un mayor control de nuestra economía”.³¹

Incluso en la década de 1970, la nacionalización progresiva no era habitual en las leyes de inversión, y actualmente ninguna ley (que nosotros conozcamos) la contempla. Sin embargo, las preocupaciones sobre el control y la influencia extranjera indebida sobre las economías nacionales no han desaparecido, ni se limitan a los países en desarrollo. En la década de 1970, surgieron leyes en varios países desarrollados que trataban de abordar estas preocupaciones estableciendo procedimientos de control de las inversiones, tal como se explica a continuación.

2.2.1.1 Ley de control de las inversiones en los países desarrollados, desde 1970 en adelante

Las preocupaciones sobre el control y la influencia extranjera sobre la economía nacional suelen surgir cuando hay altos niveles de inversión extranjera en un país, especialmente cuando dicha inversión se concentra en sectores sensibles o proviene de un solo país de origen. Estas preocupaciones están presentes hoy en muchos países y también fueron importantes en épocas anteriores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. En respuesta a estas preocupaciones, en la década de 1970, comenzó a surgir un nuevo tipo de legislación que establecía un procedimiento para controlar o aprobar las inversiones extranjeras en los países desarrollados que importaban capital del exterior, como Canadá y Australia.

Estas leyes se diferencian de las leyes de inversión anteriores en que solo cumplían una función, la selección de las inversiones, y que normalmente seleccionaban las inversiones en función del interés nacional o la seguridad nacional. Aunque estas leyes se centraban en menor medida en cuestiones de desarrollo industrial que las primeras leyes de los países en desarrollo, existe una clara intersección en su contenido y funcionamiento. Por ejemplo, la Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras de Canadá de 1973 establece:

El grado de control de la industria, el comercio y los negocios canadienses que ha sido adquirido por personas que no son canadienses y el efecto que ello tiene en la capacidad de los canadienses para mantener un control efectivo sobre su entorno económico es una cuestión de interés nacional”.³²

La ley requería que las inversiones propuestas por personas no canadienses fueran revisadas y aprobadas, utilizando criterios tales como la importancia de la participación de nacionales canadienses, el efecto sobre el empleo y el procesamiento de recursos en Canadá, y la compatibilidad con las políticas industriales y económicas nacionales.³³

Los procedimientos de selección surgieron por razones similares en otros países alrededor de la misma época. Por ejemplo, en 1975 entró en vigor en Australia una legislación de selección muy similar, en la que las inversiones privadas que superaban un umbral determinado

³¹ Artículos 150 y 151, Papúa Nueva Guinea, Informe del Comité de Planificación Constitucional, 1974. [La traducción al español nos pertenece].

³² Artículo 3 (1) Canadá, Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras, 1973.

³³ Artículo 2 (2) Canadá, Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras, 1973.



requerían la aprobación de la Junta de Revisión de Inversiones Extranjeras, que se analiza con más detalle en la sección 3.3.³⁴ En el mismo año, el Gobierno de los Estados Unidos creó el Comité de Inversiones Extranjeras, un organismo de revisión de las inversiones extranjeras cuyas competencias se han ampliado con el tiempo.³⁵ Los sistemas de selección de Australia y Estados Unidos han evolucionado y, en los últimos años, se han vuelto notablemente más sólidos. Sin embargo, el funcionamiento de la selección de inversiones en estos países debe entenderse a la luz del contexto general de apertura del entorno jurídico nacional a la inversión extranjera en cada caso. En principio, la inversión extranjera está sujeta a las mismas leyes que cualquier otra inversión una vez que ha sido autorizada.

En los últimos años, la selección de las inversiones ha suscitado un interés considerable, ya que muchos países han mejorado o implementado marcos de selección: la UNCTAD concluyó que, entre 1995 y 2023, 37 países introdujeron un marco regulatorio para la selección de inversiones extranjeras.³⁶ Grandes economías emergentes, como China, la India y Sudáfrica, ahora cuentan con sistemas de selección de las inversiones, al igual que un número cada vez mayor de Estados de la Unión Europea.³⁷ En 2020, entró en vigor el nuevo marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, cuyo objetivo es fomentar la cooperación entre los Estados miembros en materia de control de las inversiones por motivos de seguridad o de orden público.³⁸ La Comisión Europea incluso sugirió que los Estados miembros que no contaran con un mecanismo de control lo establecieran.³⁹

Si bien las leyes de control de las inversiones están diseñadas para cumplir una función común, difieren en los detalles de su diseño: en particular, varían en cuanto a los factores que activan el control (sector, tamaño de la inversión, país de origen del inversionista, etc.) y en cuanto a los criterios en términos de políticas que se utilizan para el control (interés nacional, beneficio neto, orden público, seguridad nacional, etc.).⁴⁰ Estas leyes no incorporan las normas de los tratados de inversión ni las mejores prácticas articuladas por las organizaciones internacionales; por el contrario, a menudo se adoptaron como respuesta directa a la presión política interna.

³⁴ Ley de Adquisiciones y Absorciones Extranjeras, Australia, 1975.

³⁵ Baltz, M. J. (2017). Institutionalizing neoliberalism: CFIUS and the governance of inward foreign direct investment in the United States since 1975. *Review of International Political Economy*, 24(5), 859–880.

³⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2023). *The evolution of FDI screening mechanisms: Key trends and features* (Monitoreo de Políticas de Inversión No. 25). Véase también, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2019). *National security-related screening mechanisms for foreign investment: An analysis of recent policy developments* (Monitoreo de Políticas de Inversión No. 22).

³⁷ China: Medidas sobre la revisión de la seguridad de la inversión extranjera, emitidas el 19 de diciembre de 2020; India: Reglamento para la gestión de divisas, 2017; Sudáfrica: Ley de modificación de la competencia de 2018; Comisión Europea, Lista de mecanismos de selección notificados por los Estados miembros (actualizado el 10 de mayo de 2022). <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfcc5283/library/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47/details?download=true>

³⁸ Unión Europea. (2019). Establecimiento de un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión. Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo.

³⁹ Comisión Europea. (2020, 25 de marzo). *Comunicación de la Comisión Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países* (págs. 1–2).

⁴⁰ Véase Bonnitcha, J. (2020). *El Retorno del Control de las Inversiones como una Herramienta de Políticas*. Investment Treaty News. <https://www.iisd.org/itn/es/2020/12/19/el-retorno-del-control-de-las-inversiones-como-una-herramienta-de-politicas/>



Las bases para la selección y las condiciones relativas a la aprobación de inversiones contenidas en estas leyes difieren de los procedimientos de aprobación mencionados anteriormente en esta sección. En particular, las leyes de selección normalmente no imponen condiciones “desarrollistas”, como requisitos sobre el empleo de ciudadanos nacionales, el uso de contenido nacional o la fabricación para la exportación, que solían aparecer en las leyes de selección de las inversiones de los países en desarrollo, como la ley de Botsuana de 1968 a la que se hace referencia más arriba.

2.2.2 Concesión y administración de incentivos a la inversión

Algunas de las primeras leyes de inversión, aunque no todas, incluían incentivos destinados a fomentar la inversión. De hecho, conceder incentivos era el único objetivo de algunas de las primeras leyes, como la Ley de Fomento de las Industrias Pioneras de Lesoto de 1969. Las leyes que ofrecían incentivos diferían en diversos aspectos; esta variación se analiza de forma más sistemática en la sección 3.4, ya que existe una variedad similar en las disposiciones actuales en materia de incentivos.

En la década de 1960, ya existía una preocupación por los incentivos fiscales a la inversión. Tras analizar los incentivos comunes, un estudio realizado por un oficial de las Naciones Unidas concluyó que los países competían en una carrera a la baja al ofrecer incentivos fiscales: “Los distintos países africanos compiten entre sí concediendo exenciones fiscales, lo que debilita su posición colectiva”.⁴¹ Incluso en las décadas de 1980 y 1990, cuando comenzaron a replantearse otros elementos de las leyes de inversión, las organizaciones internacionales seguían desaconsejando los incentivos a la inversión, ya que, tal como señala un estudio, “hay pocas pruebas de que los incentivos a la inversión (que se han utilizado durante los últimos 40 años en diversas partes del mundo) sean eficaces como medio para aumentar las inversiones”.⁴²

Un aspecto destacable de algunas de las primeras leyes es que las prioridades en materia de políticas o los objetivos de desarrollo estaban vinculados a la concesión de incentivos. Por ejemplo, Liberia especificó que no se concederían incentivos a menos que una empresa respondiera a las prioridades generales establecidas por el Consejo de Planificación Nacional, garantizara el empleo permanente de liberianos, dejara abierta la opción de que los liberianos participaran en la propiedad y utilizara materias primas y suministros de Liberia.⁴³ De manera similar, en la ley de Lesoto de 1969, los incentivos estaban disponibles para los inversionistas nacionales y extranjeros, pero para recibirlos, la empresa debía demostrar a la Junta de Industrias Pioneras de Lesoto que contribuiría al desarrollo económico del país.⁴⁴ Dicho esto, otras leyes diseñadas para promover el desarrollo industrial no incluían ningún incentivo. La

⁴¹ Ahooja, nota 24 *supra*, en 302.

⁴² Voss, J. (2001). Basic elements for foreign investment legislation in the NIS: An introductory note. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 16(1), 61–104, en 148.

⁴³ Sección 4, Ley por la que se modifica el Código de Incentivos a la Inversión de la República de Liberia.

⁴⁴ Artículo 7 (1), Lesoto, Ley de Fomento de las Industrias Pioneras de 1969.



ley de Malawi de 1966 contiene muchos detalles sobre el proceso de aprobación de nuevas inversiones, pero no menciona los incentivos.⁴⁵

2.2.3 Definición de políticas relacionadas con la expropiación

En la sección 3.4 de este documento, se analizan las protecciones jurídicas conferidas a los inversionistas (extranjeros) en las leyes de inversión contemporáneas, y se llega a la conclusión de que las protecciones más comunes son las garantías de indemnización en caso de expropiación y las garantías de libre transferencia de fondos relacionados con una inversión. Estas protecciones no existían o no se parecían a las leyes de inversión anteriores. Al examinar estas últimas, resulta más adecuado considerarlas como una definición de las políticas nacionales que regulan la expropiación de la propiedad privada en general, en lugar de como una garantía de protecciones jurídicas solo para los extranjeros.

En 1964, un estudio sobre las leyes nacionales de inversión señaló que “tanto en el derecho nacional como en el internacional, los derechos de una empresa nacionalizada y del gobierno se encuentran mal definidos”, ya que los derechos otorgados diferían en las leyes nacionales y los Estados tenían opiniones diferentes sobre el derecho internacional.⁴⁶ No existía un conjunto de políticas o normas que fuera más común o ampliamente reconocido como la mejor práctica en materia de expropiación. Las disposiciones relacionadas con la expropiación variaban considerablemente y muchos países definían la expropiación sin hacer referencia al derecho o las normas internacionales, sino a otras leyes nacionales o a la Constitución. Por ejemplo, la Ley de Inversión de Kenia de 1964 hacía referencia a la disposición constitucional keniana sobre la expropiación de propiedades.⁴⁷

2.2.4 Establecimiento y/o especificación de un sistema de gestión de las controversias entre inversionistas y Estados

La sección 3.4.5 del presente documento explica que el 70 % de las leyes de inversión contemporáneas establecen o especifican un sistema para gestionar las controversias, pero que lo hacen de diferentes maneras. Se observa una variedad similar en las primeras leyes de inversión; algunas hacían referencia a los procedimientos constitucionales pertinentes o a los procedimientos judiciales nacionales, mientras que otras establecían disposiciones especiales para la solución de controversias con inversionistas extranjeros, incluida la referencia al arbitraje.

⁴⁵ Malawi, Ley de Desarrollo Industrial, 21 de diciembre de 1966.

⁴⁶ Ahooja, nota 24 *supra*, en 302.

⁴⁷ Artículo 8, Ley de Protección de las Inversiones Extranjeras de Kenia, 1964, con referencia a la sección 19 de la Constitución de Kenia:

No se podrá tomar posesión obligatoriamente de ningún bien de ningún tipo, ni se podrá adquirir obligatoriamente ningún interés o derecho sobre ningún bien de ningún tipo, salvo que se cumplan las siguientes condiciones, a saber: (a) que la expropiación o la adquisición sea necesaria en interés de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública, la salud pública, la planificación urbana y rural, o el desarrollo o la utilización de cualquier bien de manera que se promueva el beneficio público; (b) que la necesidad sea tal que justifique razonablemente las dificultades que pueda causar a cualquier persona que tenga un interés o derecho sobre la propiedad; y (c) que la ley aplicable a dicha expropiación o adquisición contemple el pago rápido de una indemnización completa. [La traducción al español nos pertenece].



Por ejemplo, la ley keniana de 1964 mencionada anteriormente remitía a los inversionistas al Tribunal Supremo de Kenia, sin establecer ningún acuerdo especial con respecto a las controversias en materia de inversiones.⁴⁸ Por el contrario, la Ley de Inversiones de Ghana de 1972 elude todos los tribunales locales y, en caso de controversia sobre el importe de la expropiación, remite a los inversionistas a un árbitro designado por las partes o, en caso de no producirse dicha designación, da su consentimiento para que la controversia se someta a arbitraje en virtud del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).⁴⁹ Como se señala en la sección 3.4.5 2(d), la diferencia entre una ley que reconoce, en principio, la validez del arbitraje y una ley que da su consentimiento al arbitraje es significativa, como se ha demostrado en varios casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) con jurisdicción basada en las leyes nacionales de inversión.

2.3 Leyes nacionales de inversión motivadas por normas internacionales, 1980-2010

En la década de 1980, se replantearon las leyes nacionales de inversión. La visión anterior de estas leyes como instrumentos de política para alinear la inversión con la política nacional o los objetivos de desarrollo fue sustituida gradualmente por una visión de estas leyes como instrumentos para incorporar las normas internacionales al derecho interno. Algunos observadores comenzaron a considerar estas leyes como corolarios nacionales de los tratados de inversión, con la misma función de proporcionar protección jurídica a los inversionistas extranjeros. Como observa Hepburn, los tratados de inversión y las leyes de inversión no se percibían como competidores entre sí; por el contrario, las leyes de inversión se adoptaban comúnmente como parte de un paquete de reformas en consonancia con las nuevas ideas sobre la inversión extranjera o siguiendo el consejo de observadores externos.⁵⁰ Muchos países en desarrollo reescribieron sus leyes de inversión entre 1980 y 2010, a menudo con el fin de que estuvieran más alineadas con sus tratados de inversión. En esta subsección, se describen las tendencias generales de esos años y, a continuación, en la sección 3 del documento, se analizan con más detalle las funciones y el contenido, ya que muchos de los cambios introducidos entre 1980 y 2010 siguen apareciendo en las leyes actuales.

Los llamados a que se incorporaran normas o procedimientos internacionales a las leyes nacionales de inversión cobraron mayor influencia en la década de 1980, aunque anteriormente ya existían. Los grupos de inversionistas transnacionales habían mostrado un interés activo por las leyes nacionales de inversión en décadas anteriores y, aunque gran parte de lo que estos grupos buscaban podía conciliarse con leyes motivadas por prioridades nacionales y de desarrollo, también presionaron para que se incorporaran normas y procedimientos internacionales a las leyes nacionales. Por ejemplo, en 1950, la Asociación Internacional de Abogados, una asociación privada de profesionales del derecho, aprobó una

⁴⁸ Artículo 8, Ley de Protección de las Inversiones Extranjeras de Kenia, 1964, con referencia a la sección 19 de la Constitución de Kenia.

⁴⁹ Artículo 11.3, Ghana, Proclamación del Consejo Nacional de Redención (Establecimiento).

⁵⁰ Hepburn, J. (2023). The past, present, and future of domestic investment laws and international economic law. *World Trade Review*, 22(1), 18–34, en 21.



resolución para estudiar la legislación y los procedimientos de cada país con el fin de alcanzar seis objetivos; entre los que se incluyen:

eliminar las restricciones innecesarias al establecimiento y operación de empresas de origen extranjero; garantizar un trato justo y equitativo a las empresas de origen extranjero; y desarrollar un orden uniforme para el arbitraje de controversias entre personas de diferentes nacionalidades y entre gobiernos e inversionistas de fondos de origen extranjero.⁵¹

Varios factores contribuyeron a que, en la década de 1980, se generalizara la consideración de las leyes de inversión como instrumentos a través de los cuales se podían incorporar las normas internacionales al derecho interno. Uno de esos factores fue el cambio ideológico generalizado y los nuevos compromisos internacionales en favor de la liberalización — por ejemplo, en las décadas de 1980 y 1990, muchos países en desarrollo se adhirieron a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y acogieron el artículo 8 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional—. Estos nuevos compromisos a menudo tuvieron efectos sobre el contenido de las leyes de inversión, por ejemplo, limitando el uso de requisitos de desempeño o restringiendo la capacidad de los Estados para controlar las transferencias de fondos. Otro factor fue que las organizaciones internacionales comenzaron a proporcionar asistencia técnica para la formulación de leyes nacionales de inversión —y posteriormente, a publicar directrices al respecto—, lo que promovió la idea de que existía un conjunto de mejores prácticas internacionales para estas leyes. El Banco Mundial publicó las *Directrices sobre el Trato de la Inversión Extranjera Directa*, en 1992; un grupo de expertos vinculados al Banco Mundial y a la OCDE publicaron los *Elementos Básicos para la Legislación sobre la Inversión Extranjera*, en 2001 (los *Elementos Básicos*); la OCDE elaboró un *Marco de Políticas para la Inversión*, en 2006; y la UNCTAD estableció el *Marco de Políticas de Inversión para la Inversión Sostenible*, en 2012.⁵² Si bien estos documentos definían estas prácticas de forma diferente, tal como se explica a continuación, la idea de que existiera un conjunto de normas internacionales o mejores prácticas para las leyes nacionales de inversión se expandió considerablemente (algo que no existía antes de la década de 1980).⁵³

La difusión de los tratados bilaterales de inversión fue otro factor que contribuyó a que esta nueva visión de las leyes de inversión se generalizara. En esa época, los tratados bilaterales de inversión en ocasiones eran considerados una fuente de buenas prácticas y normas internacionales, y las leyes nacionales de inversión se comparaban cada vez más

⁵¹ Littell, nota 6 *supra*, en 729. Algunos de estos objetivos, como la referencia al “trato justo y equitativo”, se hacen eco de términos que ya se debatían a nivel internacional en 1950, en particular en la Carta de La Habana (1948), concebida para crear una Organización Internacional del Comercio, así como en muchos tratados de libertad, comercio y navegación firmados durante esos años. Otros, como los derechos previos al establecimiento, no aparecerían en las negociaciones internacionales hasta más tarde.

⁵² Banco Mundial. (1992). *Marco Jurídico para el Tratamiento de la Inversión Extranjera. Volumen II: Directrices*; Voss, nota 42 *supra*; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). *Policy framework for investment*. https://www.oecd.org/en/publications/policy-framework-for-investment_9789264025875-en.html; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2012). *Investment policy framework for sustainable development*. <https://unctad.org/publication/investment-policy-framework-sustainable-development-2012-edition>.

⁵³ Preámbulo, Decreto No. 732 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, 14 de octubre de 1999.



con los tratados o se interpretaban a través de su relación con estos. Algunas orientaciones incluso alentaban a los Estados a armonizar sus tratados con las leyes de inversión, reconceptualizando estas leyes como un mecanismo para incorporar las normas de los tratados en el derecho interno. Por ejemplo, los *Elementos Básicos* mencionados anteriormente establecen que “lo ideal es que las leyes de inversión refuercen los tratados [de inversión] reiterando su contenido bajo la forma de legislación nacional”.⁵⁴

Considerar las leyes de inversión como herramientas para reforzar los tratados de inversión dio lugar a varios cambios en las funciones y el contenido de dichas leyes. Utilizamos dos ejemplos para dar una idea general de dichos cambios. En primer lugar, los procedimientos para la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras se modificaron drásticamente: durante las décadas de 1980 y 1990, muchos países suavizaron los requisitos o eliminaron por completo los procedimientos de aprobación. Por ejemplo, la Ley de Inversión de 1988 de la República Centroafricana eliminó el aparato institucional, establecido en leyes anteriores, para aprobar las inversiones y autoriza a cualquier persona a invertir sin necesidad de aprobación.⁵⁵ Algunas leyes van aún más lejos: prohíben al gobierno utilizar requisitos de desempeño o decretan que, si las autoridades competentes no han registrado una inversión en un plazo de 30 días, el registro se concede automáticamente; los riesgos de disposiciones como tales se analizan en la sección 4. Además, las leyes nacionales anteriores solían regular la convertibilidad de la moneda y las transferencias de fondos, pero en la década de 1980, las disposiciones sobre la libre transferencia de fondos se hicieron más comunes en las leyes nacionales, reflejando el contenido de los tratados de inversión. La ley de Camerún de 1990, como muchas otras redactadas durante esos años, garantiza que los inversionistas puedan transferir fondos dentro y fuera del país libremente.⁵⁶

En segundo lugar, mientras que las leyes de inversión anteriores contenían disposiciones de aplicación general sobre la expropiación, a menudo haciendo referencia a otras leyes nacionales o a la Constitución, en las décadas de 1980 y 1990, algunas leyes nacionales comenzaron a incluir normas de protección derivadas de los tratados, u otras protecciones jurídicas, que solo se otorgaban a la inversión extranjera. Por ejemplo, la disposición sobre expropiación de la ley de Egipto de 1989 se redactó para cumplir con “la Constitución egipcia, así como los 15 tratados bilaterales de inversión que Egipto ha celebrado hasta la fecha y que, en general, contienen disposiciones detalladas al respecto”.⁵⁷ Algunas directrices internacionales como los *Elementos Básicos*, mencionados anteriormente, sugerían introducir en las leyes nacionales “principios de trato que son comunes en la práctica de los tratados”, como el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.⁵⁸ Los *Elementos Básicos*, al igual que las directrices del Banco Mundial, también recomendaban el requisito de otorgar

⁵⁴ Voss, nota 42 *supra*, en 64.

⁵⁵ Artículos 8 a 10, República Centroafricana, Código de Inversiones (*Loi No. 88.004 du 9 Mai 1988 portant Code des Investissements en République Centrafricaine*). Véase también, Knieper, nota 11 *supra*, en 94.

⁵⁶ Artículo 81(1), Camerún, Ley Ordenanza 90/7 de noviembre de 1990. Véase, Kofele-Kale, N. (1991). Investment codes as instruments of economic policy: A Cameroon case study. *The International Lawyer* 25(4), 821–858.

⁵⁷ Marchais, B. P. (1989). The new investment law of the Arab Republic of Egypt. *ICSID Review*, 4(2), 297–309, en 305. Artículo 8, Egipto, Ley No. 230 para 1989.

⁵⁸ Voss, nota 42 *supra*, en 97.



consentimiento al arbitraje internacional.⁵⁹ Las leyes que incluyen tanto el trato justo y equitativo como el consentimiento al arbitraje crean riesgos similares relacionados con una amplia interpretación por parte de los tribunales, al igual que sucede con algunos tratados de inversión, tal y como se explica en la siguiente sección.

La reformulación de las leyes de inversión inspirada en los tratados de inversión u otros estándares internacionales provocó que estas leyes se desconectaran del sistema jurídico nacional en general. Un observador del régimen especial de Vietnam para la inversión extranjera lo describió como un “enclave jurídico” y argumentó que, aunque un enclave jurídico puede ser útil a corto plazo para atraer inversiones extranjeras, a largo plazo, un clima de inversión sólido y un marco jurídico estable es preferible a una estrategia de enclave.⁶⁰ Este es un punto importante que retomaremos en la sección 4 para analizar qué funciones deben cumplir las leyes de inversión y qué funciones se desempeñan mejor mediante el fortalecimiento del marco jurídico más amplio. Las organizaciones internacionales reconocieron que las leyes de inversión se habían convertido en enclaves aislados y recomendaron que “no distrajeran la atención de los esfuerzos encaminados a desarrollar el marco jurídico general”.⁶¹ Los Elementos Básicos consideraban que las leyes de inversión eran temporales; desde este punto de vista, deberían facilitar la absorción de las normas internacionales en los sistemas jurídicos nacionales de forma temporal.⁶² Aunque en algunos países se han reformado o derogado las leyes de inversión, en general no han sido temporales. En otros países, siguen existiendo de forma separada al marco jurídico más amplio, e incluso tienen prioridad sobre él; por ejemplo, la Ley de Inversión de Jordania de 2014 establece que tiene prioridad sobre otras leyes.⁶³

La tendencia a reformular las leyes de inversión para incorporar las normas internacionales fue generalizada, pero nunca universal. Cabe destacar que esta tendencia primero se tornó evidente en la estructura y el contenido de las leyes de inversión de los países en desarrollo. A medida que los países desarrollados comenzaron a redactar o a reescribir sus leyes de inversión durante esos años, siguieron guiándose por prioridades nacionales y la selección de las inversiones, tal como se explica en la sección 2.2.1.1. Las directrices de las organizaciones internacionales también han variado con el tiempo y según cada país. El Marco de Políticas de Inversión de la OCDE, por ejemplo, no considera que las leyes de inversión sean estrictamente necesarias, pero señala que, en determinadas circunstancias, estas pueden mejorar la transparencia:

Muchos países, incluidos los Miembros de la OCDE, no cuentan con una ley específica sobre inversiones. Una ley de este tipo no es garantía ni requisito previo para un marco sólido de la política de inversión. Las políticas de inversión pueden incorporarse en otras leyes (por ejemplo, la Constitución, las leyes que regulan el comportamiento de las empresas o la legislación específica de cada sector). Si bien

⁵⁹ Voss, nota 42 *supra*, en 148.

⁶⁰ Thuyet, P. V. (1999). Vietnam’s legal framework for foreign investment. *The International Lawyer*, 33, 765–799.

⁶¹ Voss, nota 42 *supra*, en 67–8.

⁶² Voss, nota 42 *supra*, 67–8.

⁶³ Artículo 44, Jordania, Ley de Inversión, No. 30 para el Año 2014. Véase también Dimitropoulos, Nota 1 *supra*.



una ley de inversión puede añadir transparencia al régimen de inversiones aplicable, también puede generar incertidumbre si es incompatible con otras leyes.⁶⁴

El Banco Mundial y la UNCTAD también prestan asistencia técnica en relación con las leyes nacionales de inversión, pero tienden a recomendar la adopción de leyes de inversión si los países aún no las tienen.⁶⁵ Los enfoques de las tres organizaciones son distintos entre sí y también han cambiado con el tiempo.⁶⁶ A grandes rasgos, el Banco Mundial ha recomendado contenidos alineados con los tratados de inversión, mientras que la UNCTAD ha recomendado contenidos alineados con consideraciones más desarrollistas, y la OCDE no siempre ha considerado necesarias las leyes de inversión, aconsejando en su lugar un marco jurídico no discriminatorio de aplicación general y, solo si es necesario, un mecanismo de control por razones esenciales de seguridad. En la actualidad, existe una gran variedad de funciones y contenido en las leyes de inversión, en parte, debido a la diversidad de las directrices internacionales, aunque también esto responde a otras razones.

La siguiente sección analiza siete funciones de la legislación contemporánea en materia de inversiones. Curiosamente, aunque algunas de estas funciones no eran habituales en las leyes anteriores, su ausencia en ocasiones ha llamado la atención de los observadores. Por ejemplo, tras estudiar la Ley de Inversiones de Tanzania de 1990, un observador señaló que “impone muy pocas obligaciones a los inversionistas”, a pesar de que “existen obligaciones [...] que bien podrían haberse incluido”, como “las relacionadas con la protección del medio ambiente, la protección de los consumidores, los derechos e intereses de los trabajadores” y otras cuestiones.⁶⁷

⁶⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2015). *Marco de Políticas para la Inversión*. https://www.oecd.org/en/publications/policy-framework-for-investment-2015-edition_9789264208667-en.html, en 2.

⁶⁵ Aunque hay excepciones, especialmente en la práctica reciente de la UNCTAD; por ejemplo, en su examen de políticas de inversión de Costa de Marfil, la UNCTAD recomendó que se derogara la ley de inversiones vigente, ya que el marco jurídico y normativo general del país era claro y estaba bien desarrollado.

⁶⁶ Berge, T. G., & Fauchald, O. K. (2023). International organizations, technical assistance, and domestic investment laws. *World Trade Review*, 22(1), 147–172.

⁶⁷ Maina Peter, C. (1991). Promotion and protection of foreign investments in Tanzania: A new investment code. *ICSID Review*, 6(1), 42–64, en 61.



3.0 Presente: Funciones y contenido de las leyes de inversión en la actualidad

MENSAJES CLAVE

- Es más útil pensar en las funciones que cumple una ley de inversión que clasificarla como una herramienta de control o facilitación.
- Identificamos siete funciones comunes en las leyes de inversión contemporáneas; mientras que algunas leyes buscan desempeñar solo una función, otras desempeñan varias.
- Además de sus funciones previstas, el contenido y la estructura de las leyes nacionales de inversión están determinados por el contexto en el que se adoptan y los objetivos de políticas que pretenden alcanzar.
- Analizamos cuatro leyes de inversión recientemente promulgadas en China, Myanmar, Australia y Sudáfrica, y explicamos cómo las funciones que desempeña cada una de ellas se vieron determinadas por el contexto en el que se adoptaron y los objetivos de políticas que se pretendían alcanzar.
- Analizamos 70 leyes de inversión para evaluar la frecuencia con la que aparecen determinadas funciones y comenzamos a trazar un mapa de las variaciones con que dichas leyes abordan esas funciones.

En esta sección, ofrecemos una descripción de la función y el contenido de las leyes nacionales de inversión vigentes actualmente en todo el mundo. Como se ha mostrado en la sección anterior, las leyes de inversión se promulgaron por diferentes motivos, en diferentes épocas y en diferentes países. Esta diversidad plantea dificultades a la hora de organizar una revisión general.

En la sección 3.1, comenzamos destacando una distinción utilizada en gran parte de los estudios existentes sobre las leyes de inversión. Según este punto de vista, es posible marcar una diferencia entre las leyes de inversión que tienen por objeto **regular y controlar** la inversión extranjera y las que procuran **facilitar y promover** la inversión extranjera. Si bien esta distinción se centra en algunas de sus diferencias, pasa por alto el hecho de que las diferentes leyes de inversión regulan distintos tipos de cuestiones surgidas en diferentes etapas del proceso de inversión.

En la sección 3.2, sugerimos que un punto de partida más útil es reconocer que las diferentes leyes de inversión tienen diferentes **funciones** subyacentes. Mediante una revisión de sus versiones actuales, identificamos siete funciones principales, reconociendo que algunas leyes desempeñan varias de dichas funciones. En la sección 3.3, analizamos las leyes de inversión de Australia, China, Myanmar y Sudáfrica. Estos ejemplos muestran que la función o las funciones y el contenido de la ley de inversión de un país suelen reflejar el contexto histórico y político en el que se promulgó. Teniendo en cuenta este marco y contexto, la sección 3.4 ofrece una descripción general de las disposiciones que se encuentran habitualmente contenidas en las leyes de inversión actuales.



3.1 Más allá de la distinción entre el control y la facilitación

En las últimas décadas, muchos académicos han clasificado las leyes de inversión como aquellas destinadas ya sea a regular y controlar la inversión, ya sea a facilitarla y promoverla. En 1992, Parra argumentó que estos dos objetivos diferentes daban lugar a dos tipos distintos de leyes, observando que las leyes de los países desarrollados tienen una orientación hacia el control, mientras que las de los países en desarrollo están orientadas a la promoción.⁶⁸ Unos años antes, Buxbaum y Riesenfeld sostuvieron que la regulación y la facilitación debían considerarse como dos extremos de un espectro y que, aunque ninguna ley nacional era totalmente una u otra cosa, eran los Estados desarrollados importadores de capital los que tendían a situarse en los extremos de dicho espectro: “Es posible situar a un país como Canadá, con su Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras, en un extremo del espectro, y a otro como Singapur, con su legislación sobre incentivos fiscales, en el otro extremo”.⁶⁹ En trabajos más recientes, Burgstaller y Waibel adoptan una postura similar, argumentando que las inversiones “normalmente reflejan un compromiso entre el control y la facilitación de la inversión extranjera”.⁷⁰

La distinción entre los objetivos de control y facilitación resulta útil para comprender algunas de las diferencias que presentan las leyes de inversión. Salacuse, por ejemplo, describe un cambio en la ley de inversión de Turquía en 2003, que pasó de un sistema que exigía que las inversiones extranjeras propuestas fueran evaluadas y aprobadas antes de ser admitidas a un nuevo sistema en el que solo se exigía la notificación de la inversión, sin necesidad de aprobación previa.⁷¹ Se trata de un cambio hacia un marco más facilitador que rige la admisión de nuevas inversiones extranjeras.

Sin embargo, existen al menos tres problemas a la hora de utilizar el espectro de control-facilitación para comprender las leyes de inversión y sus disposiciones. En primer lugar, esta distinción corre el riesgo de ocultar el hecho de que diferentes leyes de inversión rigen distintas cuestiones que surgen en diferentes etapas del proceso de inversión. Por ejemplo, la Ley de Adquisiciones y Absorciones Extranjeras de Australia regula la entrada y admisión de nuevas inversiones extranjeras, mientras que la Ley de Protección de las Inversiones de Sudáfrica se centra en la protección de las inversiones que ya se encuentran legalmente establecidas en Sudáfrica. Considerar la primera como una ley de “control” y la segunda como una de “facilitación” pasa por alto el punto más importante: que ambas leyes regulan cuestiones diferentes que surgen en etapas totalmente distintas del proceso de inversión.

En segundo lugar, la distinción entre control y facilitación oculta las diferencias entre las leyes de inversión que comparten objetivos de alto nivel similares. Por ejemplo, la Ley de

⁶⁸ El autor analizó las leyes de cinco países desarrollados, todos los cuales eran principalmente importadores de inversiones cuando se redactaron las leyes en cuestión: Australia, Canadá, Japón, Nueva Zelanda y España. Parra, A. R. (1992). Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 7(2), 428–45, en 434.

⁶⁹ Buxbaum y Riesenfeld, nota 5 *supra*, en 345.

⁷⁰ Burgstaller y Waibel, nota 5 *supra*, en 2.

⁷¹ Salacuse, J. (2017). *The three laws of international investment*. Oxford University Press, en 107.



Promoción de las Inversiones de Malasia aborda exclusivamente la concesión de incentivos a la inversión. Por el contrario, como se ha señalado anteriormente, la Ley de Protección de las Inversiones de Sudáfrica ofrece protección jurídica a las inversiones extranjeras establecidas legalmente. La Ley de Promoción de la Inversión Extranjera de Corea del Sur difiere de nuevo, al proporcionar la base jurídica para el establecimiento y el funcionamiento del conocido Defensor del Pueblo para la Inversión Extranjera de dicho país. Las tres leyes podrían describirse como facilitadoras en cierto sentido. Sin embargo, los incentivos fiscales, las garantías jurídicas y las instituciones de asistencia al inversionista (en inglés, *aftercare institutions*) son estrategias diferentes para facilitar la inversión, con efectos e implicancias potencialmente distintas.

En tercer lugar, la distinción entre control y facilitación tiende a simplificar demasiado la forma en que las leyes de inversión regulan una cuestión determinada. Por ejemplo, la parte II de la Ley de Promoción de las Inversiones de Kenia establece el marco jurídico que regula la emisión de certificados de inversión tanto a inversionistas nacionales como extranjeros. Para determinar si se expide un certificado, la Autoridad de Inversiones de Kenia debe tener en cuenta una serie de criterios de desarrollo nacional especificados en el artículo 4(2) de dicha ley. De conformidad con el artículo 12, la concesión de un certificado de inversión faculta al inversionista a obtener las licencias necesarias para operar en industrias reguladas por otras leyes. La función de este marco podría describirse como de control, ya que integra los criterios de desarrollo nacional en el funcionamiento de un mecanismo de selección. Pero también cumple una función de facilitación, ya que proporciona un marco común para que tanto los inversionistas nacionales como los extranjeros obtengan las licencias necesarias para operar en industrias que, de otro modo, estarían cerradas a nuevas inversiones. En lugar de tratar de situar el marco para el otorgamiento de certificados de inversión en algún punto de un espectro imaginario que va desde las leyes de control a las de facilitación, resulta más útil observar que esta parte de la ley se ocupa de la admisión de la inversión extranjera, antes de pasar a un examen más detallado sobre la manera en que la ley regula la **admisión** de la inversión en las industrias reguladas.

Dados estos problemas relacionados con el espectro de control-facilitación, proponemos una forma diferente de organizar nuestra revisión de las leyes de inversión.

3.2 Siete funciones principales de las leyes de inversión

Un punto de partida de mayor utilidad para revisar las leyes de inversión es reconocer que las diferentes leyes cumplen distintas funciones. Para ello, identificamos siete funciones principales. Algunas leyes de inversión buscan cumplir solo una de estas funciones, mientras que otras desempeñan varias. Las siete funciones son las siguientes:

- **Regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras.** Se trata de una función común a muchas leyes de inversión, que tiene sus orígenes en las primeras leyes de inversión de los países en desarrollo descritas en la sección 2.2. La mayoría de las leyes de inversión actualmente vigentes en los países en desarrollo



desempeñan esta función de una u otra manera.⁷² También constituye la función principal —y normalmente la única— de las leyes de control de las inversiones de los países desarrollados mencionadas en la sección 2.2.1.1. Si bien esta función es común a la mayoría de las leyes de inversión, existe una considerable diversidad en la forma en que regulan la admisión de nuevas inversiones. Para cumplir esta función, estas leyes suelen establecer o conferir poderes a una agencia de inversiones o a algún organismo gubernamental similar.⁷³ El marco que regula la admisión y la aprobación de nuevas inversiones extranjeras suele ser la parte más compleja de una ley de inversión.

- **Concesión y administración de incentivos a la inversión.** También es una función común —aunque problemática— de muchas leyes de inversión, especialmente en los países en desarrollo. Si bien la concesión de incentivos a la inversión no es algo inaudito en los países desarrollados,⁷⁴ estos países casi nunca incluyen estos incentivos en sus leyes de inversión.⁷⁵ Al igual que la función de regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones, esta función se institucionaliza normalmente mediante el establecimiento o el otorgamiento de poderes a una agencia de inversiones.
- **Facilitación de la inversión.** La facilitación de la inversión, entendida en un sentido estricto y específico,⁷⁶ se refiere a la función transversal de las leyes de inversión a la hora de abordar los obstáculos prácticos para la inversión, independientemente del contenido sustantivo de las leyes y políticas.⁷⁷ Al igual que las dos funciones anteriores, esta suele estar relacionada con la creación de una agencia de inversiones y la concesión de poderes a esta. Por ejemplo, la ley de Kiribati prevé la creación

⁷² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2016). *Investment laws: A widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*. https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2016d5_en.pdf, en 5.

⁷³ De manera similar, Dimitropoulos, nota 1 *supra*, en 98.

⁷⁴ Jensen, N. M., & Malesky, E. (2018). *Incentives to pander: How politicians use corporate welfare for political gain*. Cambridge University Press.

⁷⁵ Véanse los artículos 9, 26, 27 de la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera de Corea del Sur, donde se establece una excepción.

⁷⁶ El objetivo de promover y facilitar la inversión, entendido en un sentido diferente y más amplio, también puede considerarse un objetivo de alto nivel de muchas leyes de inversión. Por las razones expuestas en la sección 3.1, no consideramos que esta concepción amplia de la facilitación sea útil desde el punto de vista analítico.

⁷⁷ Esto es coherente con la definición de facilitación de las inversiones que, según se afirma, sustenta la Iniciativa de la Declaración Conjunta de la OMC(JSI), véase: Organización Mundial del Comercio. (2023). *Acuerdo sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo en la OMC*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invfac_public_s/2024_09_24_ifd_factsheet_spanish.pdf, en 1. Sin embargo, observamos que los debates en torno a la JSI han considerado la inclusión de muchas cuestiones que no guardan relación con la función de facilitar las inversiones tal y como la entendemos. Entre ellas se incluyen los requisitos para establecer procesos de apelación y revisión de los actos administrativos que afectan a la inversión (lo que, en términos del presente documento, se refiere a la función de establecer o especificar un sistema para gestionar las controversias entre inversionistas y Estados), las disposiciones que garantizan la libre circulación de capitales (lo que, en términos del presente documento, se refiere a la función de garantizar la protección jurídica de la inversión extranjera) y disposiciones que especifican normas de conducta empresarial responsable (que, en términos del presente documento, se relacionan con la función de especificar las obligaciones y responsabilidades de los inversores). Para el análisis de la gama de cuestiones que se han debatido en el contexto de la JSI de la OMC, véase: Bernasconi-Osterwalder, N., Campos, S. L., & van der Ven, C. (2020). *The proposed multilateral framework on investment facilitation: An analysis of its relationship to international trade and investment agreements*. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/system/files/2020-09/multilateral-framework-investment-facilitation-en.pdf>



de un “servicio integrado de atención al cliente” para facilitar la inversión mediante el intercambio de información con los inversionistas y la asistencia a estos en la tramitación de los procesos regulatorios.⁷⁸

- **Garantizar la protección jurídica a la inversión.** Esta es una función de las leyes de inversión de muchos países en desarrollo, que se ha vuelto más común en las últimas décadas, como se describe en la sección 2.3. A diferencia de las leyes de inversión de estos países, aquellas vigentes en los países desarrollados rara vez ofrecen garantías jurídicas a los inversionistas (extranjeros).⁷⁹ Ninguna ley de inversión de los países desarrollados ofrece el conjunto de protecciones que suelen encontrarse en los tratados de inversión.
- **Establecer y/o especificar un sistema de gestión de las controversias entre inversionistas y Estados.** Se trata de una función que desempeñan muchas leyes de inversión de los países en desarrollo. Existen diferencias considerables en cuanto a la forma en que estas leyes regulan la solución de controversias en materia de inversiones. Algunas establecen instituciones nacionales para prevenir y resolver las demandas de los inversionistas en una fase temprana, mientras que otras disponen que las controversias en materia de inversiones están sujetas a la legislación nacional y deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria de los tribunales nacionales.⁸⁰ Un número significativamente menor de leyes de inversión de los países en desarrollo prevén el consentimiento por adelantado al arbitraje entre inversionistas y Estados.
- **Especificar las obligaciones y responsabilidades de los inversionistas.** Las leyes de inversión no son más que una parte del marco jurídico nacional que rige la inversión. Sería imposible recopilar las obligaciones y responsabilidades de un inversionista en un único instrumento jurídico, entre otros motivos, porque el alcance de las obligaciones pertinentes dependerá del tipo de inversión que realice el inversionista, y ningún país pretende hacerlo. En cambio, las obligaciones de los inversionistas se encuentran contenidas en una serie de leyes y reglamentos —códigos de construcción, ley de protección del consumidor, derecho medioambiental, derecho de sociedades, derecho laboral, derecho tributario, entre otros—, así como en los contratos en los que el inversionista es parte. No obstante, un número significativamente menor de leyes de inversión sí imponen obligaciones en torno a la inversión extranjera. Estas varían desde la obligación de informar periódicamente sobre una inversión, cuya base jurídica se encuentra, por ejemplo, en la Ley de Inversión Extranjera de China⁸¹ hasta obligaciones más generales relacionadas con la preservación del medioambiente, como ilustra la Ley de Protección y Desarrollo de las Inversiones de Zimbabue.⁸²

⁷⁸ Artículo 7 de la Ley de Inversión Extranjera de 2018 de Kiribati.

⁷⁹ Artículo 3(2) de la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera de Corea del Sur, por ejemplo, otorga a los inversionistas extranjeros el derecho a recibir trato nacional, pero esto está sujeto a cualquier excepción prevista por otras leyes.

⁸⁰ Secciones 28(1)–(2) de la Ley de Inversión Extranjera de las Islas Salomón de 2005.

⁸¹ Artículo 34, Ley de Inversión Extranjera. Para más detalles, <https://www.china-briefing.com/news/chinas-foreign-investment-information-reporting-system-how-does-it-work/>

⁸² Sección 21.



- **Control y supervisión de la inversión extranjera.** Las leyes de inversión de muchos países en desarrollo también desempeñan una función de control y supervisión, que por lo general está a cargo de una agencia de inversiones. Por ejemplo, el Código de Inversiones de Benín (2020) confiere a la Comisión de Control de las Inversiones la responsabilidad de “verificar el cumplimiento de las inversiones, la observancia de los compromisos del inversionista y certificar el período final de establecimiento del inversionista”.⁸³

Esta lista de las posibles funciones que pueden desempeñar las leyes de inversión no es exhaustiva. Por ejemplo, la UNCTAD identifica un papel más amplio de promoción de la inversión que incluye la comercialización de un país como destino de inversión. Esta función a veces se confiere a las agencias de inversiones mediante las leyes de inversión. Aunque es distinta de las funciones de administrar incentivos y facilitar la inversión, comparte el objetivo común de fomentar y atraer la inversión.⁸⁴ No obstante, las siete funciones que hemos optado por destacar sirven para ilustrar un punto clave: las leyes de inversión regulan muchos tipos diferentes de cuestiones que surgen en distintas etapas del proceso de inversión.

Diferenciar las funciones de las leyes de inversión es solo el primer paso del análisis. En relación con cada función, también hay cuestiones transversales sobre cómo la ley de inversión se integra al sistema más amplio de leyes e instituciones de un país. Algunas cuestiones clave son las siguientes:

- El ámbito de aplicación de la ley de inversión, incluyendo qué “inversionistas” e “inversiones” están cubiertos y si existen límites sectoriales o geográficos (por ejemplo, como es el caso de las zonas económicas especiales). El ámbito de aplicación adecuado de la ley depende de la función que desempeñe.
- Cómo se relaciona la ley de inversión con otras partes del sistema jurídico de un Estado.
- Qué estructura institucional establece y/o utiliza la ley para su propio cumplimiento y aplicación.

Retomaremos estas cuestiones en la sección 4.

3.3 Contextos más amplios en los que los Estados adoptan leyes de inversión

Además de distinguir entre las diversas funciones que desempeñan las leyes de inversión, también es importante observar los diferentes contextos históricos e institucionales en los

⁸³ Artículo 9.

⁸⁴ UNCTAD, *supra* note 72. Yackee, J. (2015) Do investment promotion agencies promote bilateral investment treaties? En A. Bjorklund (Ed.), *Yearbook on international investment law and policy 2013-2014* (págs. 529–552). Oxford University Press, en 532, Descripción de las actividades de promoción de inversiones que suelen realizar las agencias de promoción de las inversiones:

Se dedican a crear una imagen del país; facilitan las inversiones y prestan servicio a los inversionistas, por ejemplo, proporcionándoles información y respondiendo a sus preguntas; intentan generar inversiones mediante diversas actividades de marketing (envíos directos por correo, anuncios, presentaciones dirigidas a inversionistas potenciales); y pueden participar en la promoción de políticas.



que se adoptan dichas leyes. En esta sección, exploramos cómo el contexto ha dado forma a cuatro leyes de inversión. La idea principal que se desprende de estos estudios de caso es la diversidad de circunstancias y objetivos de políticas que determinan el contenido y la estructura de las leyes de inversión. Estos factores contextuales ayudan a explicar por qué las leyes de distintos países desempeñan diferentes funciones; también ayudan a explicar por qué las leyes que cumplen funciones comunes pueden diferir drásticamente en la forma en que lo hacen. Estas observaciones tienen implicancias para los Estados que están considerando la promulgación de una nueva ley de inversión o la modificación de una ley existente, lo que exploramos en la sección 4.

3.3.1 Ley de Inversión de China: la ley de inversión como herramienta para la reforma económica nacional

En marzo de 2019, China promulgó una nueva Ley de Inversión Extranjera. El contenido y el funcionamiento previsto de esta ley se detallaron con mayor precisión en el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Inversión Extranjera, publicado en diciembre de 2019.

La Ley de Inversión Extranjera cumple varias funciones. La más importante es que regula la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras. Lo hace mediante la adopción y formalización del principio de trato nacional previo al establecimiento, que está sujeto a una lista negativa de ámbitos en los que se restringe la inversión extranjera.⁸⁵ La ley también prevé una revisión transversal de las inversiones por motivos de seguridad nacional.⁸⁶ Esto representa un cambio importante en la forma en que se regulan las nuevas inversiones extranjeras en China; anteriormente, todas las inversiones nuevas requerían una revisión y aprobación caso por caso.⁸⁷ La Ley de Inversión Extranjera también tiene varias funciones adicionales más allá de regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones. Se ocupa de la protección de las inversiones⁸⁸ y del establecimiento de nuevos mecanismos tanto para la solución de controversias en materia de inversiones⁸⁹ como para el control y la supervisión de la inversión extranjera.⁹⁰

Para entender la estructura y el contenido de la Ley de Inversión Extranjera, es importante considerar el papel que desempeña dicha ley en los procesos más amplios de reforma económica interna en China. A partir de 2013, este país puso a prueba el enfoque de lista negativa para la admisión de nuevas inversiones en un número cada vez mayor de zonas de

⁸⁵ Artículo 4.

⁸⁶ Artículo 35.

⁸⁷ Kong, Q. (2019). *New Foreign Investment Law is milestone in China's opening-up process*. CGTN. <https://news.cgtn.com/news/3d3d414e32597a4d33457a6333566d54/index.html>

⁸⁸ Capítulo III.

⁸⁹ Artículo 26, véase también «外商投资企业投诉工作办法» [Medidas sobre el trabajo relacionado con las demandas de empresas con inversión extranjera (FIE)] (República Popular China) Ministerio de Comercio, 25 de agosto de 2020.

⁹⁰ Artículo 34.



libre comercio.⁹¹ Estas pruebas se consideraron un éxito. En este contexto, la función de la Ley de Inversión Extranjera era aplicar este cambio de política a nivel nacional. Dado el tamaño de China, un reto práctico constante al que se enfrenta el Gobierno central en materia de gobernanza de las inversiones es el control de la conducta de los Gobiernos subnacionales.⁹² Esta preocupación específica se refleja en toda la Ley de Inversión Extranjera a través de disposiciones dirigidas específicamente a los Gobiernos subnacionales y se aclara que esta ley es vinculante para ellos.⁹³ También se refleja en el diseño del mecanismo de denuncia, cuyo objetivo es facilitar la supervisión central y la rectificación de la conducta de los Gobiernos subnacionales que no cumplan con la Ley de Inversión Extranjera.⁹⁴

Diversos factores del ámbito internacional también influyeron en la elaboración de esta ley de China. La preocupación de Estados Unidos en relación con la transferencia forzosa de tecnología bajo el anterior régimen de inversión de China se convirtió en un punto álgido de la guerra comercial entre estos dos países durante la presidencia de Trump.⁹⁵ En 2018, tanto Estados Unidos como la Unión Europea presentaron demandas contra China ante la OMC en relación con el presunto incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual. La mayoría de los comentaristas creen que esta presión internacional influyó, al menos en cierta medida, en la formulación de las disposiciones de protección de las inversiones de la Ley de Inversión Extranjera china.⁹⁶ A diferencia de las disposiciones de protección de las inversiones que suelen figurar en los tratados de inversión, varias de estas disposiciones en el marco de la Ley de Inversión Extranjera se centran específicamente en prohibir y prevenir la transferencia forzosa de tecnología.⁹⁷ También reflejan las consideraciones **internas** mencionadas anteriormente: el artículo 22 prohíbe a los departamentos administrativos eludir la prohibición de la transferencia forzosa de tecnología mediante vías administrativas, como la retención de los permisos necesarios.

3.3.2 Ley de Inversión de Myanmar: la ley de inversión como señal de cambios en el régimen, y el papel de los asesores extranjeros

En la sección 2, se explicó que las nuevas leyes de inversión suelen adoptarse en momentos de cambios significativos en el régimen político de un Estado. Algunos ejemplos son las leyes de

⁹¹ Jie Huang. (2018). *Nationwide regulatory reform starting from China's free trade zones: The case of the negative list of non-confirming measures*, p. 89. <https://academic.oup.com/book/34982/chapter-abstract/298644598?redirectedFrom=fulltext>

⁹² Véase en términos generales, Zhenyu Xiao. (2022). *The evolution of the settlement of investor-state disputes in China* (tesis doctoral), Universidad de New South Wales.

⁹³ Arts. 23, 24 y 25.

⁹⁴ Zhenyu Xiao, nota 92 *supra*, pág. 200.

⁹⁵ Zhang, S. (2022). Protection of foreign investment in China: The foreign investment law and the changing landscape. *European Business Organization Law Review*, 23, en 1055. <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-022-00247-1>

⁹⁶ Zhou, W., Jiang, H., & Kong, Q. (2020). *Technology transfer under China's foreign investment regime: Does the WTO provide a solution?* *Journal of World Trade*, 54(3) en 470. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+World+Trade/54.3/TRAD2020021>

⁹⁷ Artículo 22.



inversión adoptadas por muchos Estados africanos en la década de 1960, poco después de su independencia, y aquellas promulgadas por los antiguos Estados soviéticos tras la disolución de la URSS en 1991.⁹⁸ Si bien la mayoría de las leyes de inversión de estas dos oleadas de cambios políticos han sido posteriormente modificadas o sustituidas, los cambios políticos y regulatorios de alto nivel siguen siendo un factor que influye en su redacción en la actualidad.

Un ejemplo es la actual Ley de Inversión de Myanmar, promulgada en 2016. Al igual que la Ley de Inversión Extranjera de China, esta ley cumple múltiples funciones, entre ellas regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones, establecer un sistema de incentivos a la inversión, garantizar la protección de las inversiones y establecer un nuevo mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones. Dos factores contextuales desempeñaron un papel importante en la elaboración de esta ley. El primero fue la transición de un gobierno alineado con los militares a un régimen cuasidemocrático que comenzó en 2011.⁹⁹ En 2012, al inicio de este proceso de transición, Myanmar aprobó una nueva Ley de Inversión Extranjera. En comparación con la ley de 1988, la ley de 2012 y los reglamentos promulgados en virtud de ella reflejaban una actitud más positiva del nuevo gobierno hacia la inversión extranjera, tanto a través de disposiciones que permitían un mayor porcentaje de propiedad extranjera en muchos sectores como a través del aumento de los incentivos disponibles para los inversionistas.¹⁰⁰ El objetivo de **mostrar** una mayor apertura a la inversión extranjera también jugó un papel importante en la elaboración de la Ley de Inversión de 2016. El Gobierno de Myanmar llegó a la conclusión de que la consolidación de las distintas leyes que regían la inversión extranjera y la inversión nacional en una única ley que regulase tanto a los inversionistas extranjeros como a los nacionales enviaría una señal positiva a los inversores extranjeros de que probablemente recibirían un trato justo y no discriminatorio.¹⁰¹ El objetivo de políticas más amplio de atraer más inversión extranjera también se reflejó en el contenido de la nueva ley, tanto en el cambio hacia un enfoque de “lista negativa” calificada (aunque administrada de forma poco fiable) para la aprobación de nuevas inversiones como en el fortalecimiento de las disposiciones relativas a la protección de las inversiones.

Otro factor que influyó en el desarrollo de la Ley de Inversión de 2016 es la participación de expertos extranjeros. Por ejemplo, la idea de que la promulgación de una única ley de inversiones que abarcara tanto las inversiones nacionales como las extranjeras enviaría una señal positiva a los inversionistas extranjeros provino originalmente de los expertos de la Corporación Financiera Internacional (CFI) que asesoraban al Gobierno de Myanmar.¹⁰² Esto se vio reforzado por un informe de la OCDE de 2014. Posteriormente, los asesores de

⁹⁸ Voss, nota 42 *supra*, en 67.

⁹⁹ Tras un golpe de Estado en febrero de 2021, Myanmar vuelve a estar bajo un régimen militar.

¹⁰⁰ Tun, A. H. (2012). *Myanmar state media details new foreign investment law*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-investment-idUSBRE8A204F20121103>; Morgan, Lewis & Bockius LLP. (2013). *Myanmar's Foreign Investment Law 2012: a short commentary*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca12c950-e5a7-4164-b9be-88d46acefd99>

¹⁰¹ Bonnitca, J. (2017). *Investment laws of the ASEAN states: A comparative review*. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/publications/report/investment-laws-asean-countries-comparative-review>.

¹⁰² Bonnitca, J. (2022). The impact of investment treaties on the Rule of Law in Myanmar. En N. J. Calamita & A. Berman (Ed.), *Investment treaties and the rule of law promise* (pp. 127–165), Cambridge University Press.



la CFI desempeñaron un papel importante, aunque controvertido, en la configuración de la estructura y el contenido de la Ley de Inversión de 2016.¹⁰³ Esta dinámica no pertenece exclusivamente a Myanmar. Los expertos extranjeros han desempeñado un papel importante en la configuración de la estructura y el contenido de las leyes nacionales de inversión en muchos otros países en desarrollo.¹⁰⁴

3.3.3 Ley de Adquisiciones y Absorciones Extranjeras de Australia: la selección de las inversiones como mecanismo para garantizar el apoyo público a la apertura a la inversión extranjera

La ley de inversión vigente en Australia —la Ley de Adquisiciones y Absorciones Extranjeras— se promulgó en 1975. Al igual que muchas leyes de inversión de países desarrollados, su única función es regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones mediante el establecimiento de un marco para la selección de las inversiones extranjeras. Aunque la ley se ha modificado en varias ocasiones, los cambios introducidos a lo largo del tiempo no han previsto la inclusión de funciones adicionales.

Durante la década de 1960 y principios de 1970, Australia experimentó un auge económico en el sector de los recursos naturales. Esto provocó un fuerte aumento de la propiedad extranjera, particularmente en la industria minera. A mediados de la década de 1970, el creciente control extranjero de los recursos naturales australianos se convirtió en una “cuestión política explosiva”¹⁰⁵ y el gobierno introdujo una serie de medidas administrativas que restringían la inversión extranjera entrante.¹⁰⁶ En este contexto, la promulgación de la Ley de Inversión de Australia en 1975 y la creación de la Junta de Revisión de Inversiones Extranjeras en 1976 para administrar dicha ley representaron un cambio hacia un marco de inversión menos restrictivo que los acuerdos que le precedían inmediatamente.¹⁰⁷

Al establecer un marco para la selección de las inversiones extranjeras en función de una prueba de “interés nacional”, la ley de inversión de Australia contribuyó a disipar la preocupación pública sobre la falta de gestión de estas inversiones. Sin embargo, dado que el funcionamiento del mecanismo de control parte de la presunción de que la inversión extranjera suele ser de interés nacional, la gran mayoría de las inversiones propuestas

¹⁰³ Bonnitca, J., & Phillips Williams, Z. (2023). The impact of investment treaties on domestic governance in developing countries, *Law & Policy* (en curso).

¹⁰⁴ Berge, T. L. & St John, T. (2020). Asymmetric diffusion: World Bank ‘best practice’ and the spread of arbitration in national investment laws. *Review of International Political Economy*, 28(3), 584–610; Berge & Fauchald, nota 66 *supra*.

¹⁰⁵ Galligan, B. (1987). The regulation of direct foreign investment in the Australian mining sector, *Australian Journal of Political Science*, 22(1), en 37. <https://doi.org/10.1080/00323268708402012>

¹⁰⁶ Bell, H. F. (1976). Australian government policy in relation to foreign direct investment. *The Australian Quarterly*, 48(1), 47–49.

¹⁰⁷ Para obtener información más detallada, Hunt, D. (2020). The changing role of the FIRB and the politics of Foreign Investment in Australia. *Australian Journal of Political Science*, 55(3), 330–331. <https://doi.org/10.1080/10361146.2020.1766415>



finalmente son aprobadas, aunque en ocasiones deben cumplir ciertas condiciones.¹⁰⁸ El ejemplo australiano ilustra la importancia del contexto político e histórico para comprender los fundamentos de una ley que, si se lee fuera de contexto, podría interpretarse como una actitud restrictiva hacia la inversión extranjera.

Aunque algunos observadores han considerado que [la ley] [...] restringe el acceso de los inversionistas extranjeros al mercado australiano, se puede argumentar de forma convincente que, a lo largo de los años, ha desempeñado precisamente la función contraria, manteniendo a Australia abierta a la inversión extranjera directa frente a la presión política para que sea más restrictiva.¹⁰⁹

3.3.4 Sudáfrica: la ley nacional de inversión como un sustituto parcial de los tratados de inversión

Entre las leyes de inversión, la Ley de Protección de las Inversiones de 2015 de Sudáfrica es algo inusual, ya que no regula la admisión o aprobación de nuevas inversiones extranjeras.¹¹⁰ Sus funciones se limitan a garantizar ciertos estándares de protección jurídica a las inversiones y, en menor medida, a establecer un sistema de mediación en las controversias relativas a inversiones que complementa la función de los tribunales nacionales.¹¹¹

La Ley de Protección de las Inversiones se promulgó en un momento en que Sudáfrica estaba poniendo fin a sus tratados bilaterales de inversión “antiguos”. En 2007, un grupo de inversionistas italianos inició una demanda ISDS contra la aplicación de la legislación de acción afirmativa de Sudáfrica al sector de la extracción de granito. Aunque la demanda finalmente fue resuelta, la experiencia suscitó una profunda preocupación en el Estado sudafricano por las posibles restricciones que los tratados de inversión imponían a las políticas destinadas a corregir las injusticias del apartheid. Una revisión de los tratados de inversión de Sudáfrica, conducida por el Departamento de Comercio e Industria a lo largo de tres años, suscitó serias preocupaciones sobre el contenido de los tratados de inversión y las circunstancias en las que se habían adoptado.¹¹²

En respuesta a ello, en 2012, Sudáfrica inició un proceso para terminación de sus antiguos tratados de inversión.¹¹³ En este contexto, el Gobierno sudafricano trató de garantizar a los inversionistas extranjeros que sus inversiones seguirían gozando de protección jurídica en virtud del derecho sudafricano¹¹⁴ y de armonizar dichas protecciones con la Constitución de

¹⁰⁸ Para obtener los datos más recientes sobre aprobaciones de inversiones, consulte el Tesoro del Gobierno de Australia. (2022). *Quarterly report on foreign investment 1 July–30 September 2022*. https://treasury.gov.au/sites/default/files/2022-12/p2022-344038_1_0.pdf

¹⁰⁹ Drysdale, P. (2011). A new look at Chinese FDI in Australia. *China & World Economy*, 19(4), 56. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1749-124X.2011.01250.x>

¹¹⁰ La sección 7, que versa sobre el establecimiento de nuevas inversiones, se incluye únicamente para aclarar que la Ley de Protección de las Inversiones no aborda esta cuestión, la cual se rige por otras leyes.

¹¹¹ Véase sección 13.

¹¹² Mossallam, M. (2015). *Process matters: South Africa's experience exiting its BITs* (Documento de Trabajo GEG 2015/97).

¹¹³ Investment Treaty News. (2012). *News in brief*. <https://www.iisd.org/itn/en/2012/10/30/news-in-brief-9/>

¹¹⁴ Mossallam, nota 112 *supra*, en 23.



dicho país.¹¹⁵ Tanto el enfoque como el contenido de la Ley de Protección de las Inversiones reflejan su función pretendida como sustituto parcial de la protección que proporcionaban los tratados de inversión “antiguos”.

3.4 Estudio general de las leyes de inversión contemporáneas

En esta sección, ofrecemos un estudio sobre las leyes nacionales de inversión contemporáneas. Este estudio se basa en dos fuentes. La primera es el Navegador de Leyes de Inversión de la UNCTAD, la fuente de información más completa en esta materia.¹¹⁶ La UNCTAD enumera 129 economías que cuentan con una ley de inversión¹¹⁷ y otros 23 países, no incluidos en este recuento inicial, que poseen una ley de selección de las inversiones, lo que también entra dentro de nuestra concepción de una ley de inversión. Posteriormente, investigadores de nuestra organización llevaron a cabo la revisión de una selección de 70 de estas leyes de inversión, centrándose específicamente en las funciones que desempeñan. Aunque no se trata de una lista representativa —tanto las leyes de selección de las inversiones como las leyes para las que no se dispone de traducción al inglés no se encuentran suficientemente representadas—, esta revisión ofrece una idea aproximada de lo habituales que son las diferentes disposiciones en las leyes de inversión. También hemos recurrido a la codificación de las leyes de inversión de la UNCTAD, que puede consultarse a través del Navegador de Leyes de Inversión, como fuente de información complementaria.

3.4.1 Admisión

De las leyes de inversión examinadas, al menos el 60 % versan sobre la admisión y el establecimiento de nuevas inversiones. La utilización de un enfoque de “lista positiva”, según el cual la inversión extranjera solo se permite en los sectores enumerados en la lista, actualmente es poco frecuente; nuestra revisión no identificó ningún ejemplo claro de enfoques de lista positiva en la actualidad.¹¹⁸ Sin embargo, identificamos una pequeña minoría de países que mantienen variaciones del enfoque de lista positiva. Un ejemplo es la Ley Federal sobre Inversión Extranjera de 2018 de los Emiratos Árabes Unidos, en la que la propiedad extranjera mayoritaria de las inversiones solo es posible en los sectores incluidos en

¹¹⁵ Carim, X. (2013). *South Africa and bilateral investment treaties* [Presentación de PowerPoint]. Presentación en el evento de la SAIIA “How Should Foreign Investments Into South And Southern Africa Be Regulated And Protected?” Sandton, 6 de septiembre, 2013. <https://www.saiia.org.za/wp-content/uploads/2015/05/2013-09-06-Pres-Xavier-Carim-SA-BITs-DTI.pdf>; Forere, M. A. (2018). The new South African Protection of Investment Act: Striking a balance between attraction of FDI and redressing the apartheid legacies. En F. Morosini (Ed.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*, en 252.

¹¹⁶ Inevitablemente, mantener actualizada la información sobre las leyes nacionales, que se modifican y sustituyen constantemente, plantea dificultades. Por ejemplo, en 2021, Siria promulgó una nueva ley de inversiones que no figura en la base de datos de la UNCTAD. La base de datos tampoco incluye la Ley de Inversiones Extranjeras de Turkmenistán de 2008, que substituyó a la Ley de Inversiones de Turkmenistán de 1992.

¹¹⁷ El término “economías” refleja el hecho de que este recuento incluye a Kosovo, Palestina y Taiwán.

¹¹⁸ En 2016, la UNCTAD destacó “nueve leyes, principalmente en África” que adoptan un enfoque de lista positiva (UNCTAD, nota 72 *supra*, en 5). No hemos podido identificar con certeza ninguna de estas leyes, aunque es posible que muchos de los países, como China, hayan cambiado su enfoque en el periodo transcurrido.



la lista.¹¹⁹ (El efecto práctico de esta ley también debe entenderse a la luz del gran número de zonas económicas especiales que existen en los Emiratos Árabes Unidos, que suelen estar más abiertas a la inversión extranjera).¹²⁰

El enfoque basado en una lista negativa —en el que se permite la inversión extranjera en todos los sectores, excepto en los enumerados identificados específicamente como restringidos o cerrados a la inversión extranjera— es más común y cada vez más popular.¹²¹ Por ejemplo, Vietnam adoptó un enfoque de lista negativa en su nueva Ley de Inversión, aprobada en 2020.¹²²

Incluso entre los Estados que adoptan un enfoque de lista negativa existen variaciones significativas tanto en el contenido de la lista de sectores “cerrados” y “restringidos” como en la forma en que se gestiona la aprobación de las inversiones. Por ejemplo, según los términos de la Ley de Inversión de Myanmar, las inversiones en sectores abiertos a la inversión extranjera no requieren la aprobación de la Comisión de Inversiones de dicho país. Sin embargo, en la práctica, la aprobación de esta Comisión mediante una “ratificación” (en inglés, *endorsement*) sigue siendo necesaria para operar en el país y es una condición formal para la autorización de arrendamientos y la concesión de incentivos a la inversión de los que normalmente depende una inversión.¹²³ Por el contrario, en virtud de la Ley de Inversión Extranjera de China, la aprobación de las inversiones tanto en los sectores restringidos como en los abiertos no es otorgada por una agencia de inversiones centralizada, sino por los departamentos pertinentes y las unidades subnacionales del gobierno.¹²⁴ Esta aprobación sigue estando sujeta a las condiciones y restricciones que se aplican a los inversionistas chinos sobre la base del trato nacional.

También existen diferencias importantes entre los regímenes de entrada que solo verifican el cumplimiento de los requisitos regulatorios y los regímenes en los que la discrecionalidad sobre la conveniencia de una inversión recae en un responsable de la toma de decisiones, como suele ocurrir en los regímenes de selección de inversiones. Un ejemplo del primer caso es el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera y Transferencia de Tecnología de Nepal (2019), que parece exigir que las nuevas inversiones extranjeras obtengan la aprobación previa del Órgano de Aprobación de Inversiones Extranjeras.

Sin embargo, la ley exige que este órgano apruebe la inversión en un plazo de siete días si todos los documentos que constituyen la solicitud se han completado en la forma requerida. Las leyes de selección de las inversiones de los países desarrollados suelen adoptar un enfoque diferente. La posición por defecto suele ser que los posibles inversionistas extranjeros deben notificar su intención de realizar inversiones que cumplan con determinados “requisitos”.

¹¹⁹ Artículo 6 y 10, Ley Federal por Decreto N.º (19) de 2018 relativa a la inversión extranjera directa, Emiratos Árabes Unidos.

¹²⁰ Agradecemos a Georgios Dimitropoulos por señalar este punto.

¹²¹ UNCTAD, nota 72 *supra*.

¹²² Scoles, S., & Solomon, M. (2020). *Key outcomes for foreign investors in Vietnam's new law on investment*. White & Case. <https://www.whitecase.com/insight-alert/key-outcomes-foreign-investors-vietnams-new-law-investment>

¹²³ Entrevista 8, citada en Bonnitche, nota 102 *supra*.

¹²⁴ Artículos 4, 6 y 7.



Dichas inversiones deben ser aprobadas, a menos que el organismo de selección tome medidas activas para prohibirlas, dentro de un plazo determinado. La decisión de prohibir o imponer condiciones a la inversión propuesta suele implicar la aplicación de criterios abstractos por parte del responsable de la toma de decisiones, como la “seguridad nacional” o el “interés nacional”.¹²⁵

Como se ha señalado, en algunos regímenes de admisión de inversiones, se considera que la aprobación de una inversión propuesta ha sido concedida una vez transcurrido un plazo determinado. Por ejemplo, en virtud del artículo 7 del Código de Inversiones de Burkina Faso, las nuevas inversiones requieren la autorización del ministro de Industria, pero dicha autorización se considera concedida si no responde a la solicitud de autorización en un plazo de tres meses. Si bien estos plazos están diseñados para fomentar la evaluación oportuna de las solicitudes, la posibilidad de que los proyectos se aprueben por defecto plantea riesgos particulares para los países en desarrollo que pueden tener una capacidad burocrática limitada para evaluar las solicitudes. Estos plazos son especialmente problemáticos cuando el proceso de autorización de las inversiones se cruza con otros procesos regulatorios, por ejemplo, la presentación y revisión de evaluaciones de impacto ambiental y social.

3.4.2 Incentivos

Al menos el 80 % de las leyes de inversión que hemos revisado hacen referencia a los incentivos fiscales a la inversión. Si bien la codificación de la UNCTAD sugiere que las disposiciones relativas a estos incentivos son algo menos comunes,¹²⁶ dichas disposiciones se encuentran en una clara mayoría de las leyes de inversión. En las últimas décadas, el consenso en materia de política económica ha cambiado decisivamente en contra de la conveniencia de algunas categorías de incentivos fiscales. Los riesgos políticos asociados a los incentivos fiscales incluyen el peligro de agotar los fondos públicos para apoyar inversiones que se habrían realizado de todos modos, y el riesgo de que centrarse en el entorno fiscal desvíe la atención de otras reformas del entorno económico y regulatorio que tendrían beneficios más generalizados. Por lo tanto, se trata de un ámbito con gran potencial de reforma.

Existen diferencias significativas en los distintos regímenes de incentivos administrados en virtud de las leyes nacionales de inversión, por ejemplo, en cuanto a los sectores que son elegibles para recibir incentivos fiscales, la variedad y el valor de los incentivos, y el entorno fiscal general, que constituye el marco en el que estos se conceden. Los programas de incentivos establecidos en virtud de las leyes de inversión también reflejan una serie de opciones menos evidentes en cuanto al diseño del sistema. Por ejemplo, en virtud de la Ley de Inversión de Benín,

- tanto los inversionistas nacionales como los extranjeros pueden beneficiarse de incentivos fiscales;¹²⁷

¹²⁵ Para más detalles, véase la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, nota 36 *supra*; véase también Bonnitcha, nota 40 *supra*.

¹²⁶ La codificación de la UNCTAD identifica 80 leyes de inversión que contienen disposiciones sobre incentivos.

¹²⁷ Artículo 4.



- la concesión de incentivos fiscales a un proyecto elegible parece implicar una decisión discrecional, en contraposición a la concesión automática a los proyectos que cumplen con los criterios de elegibilidad;¹²⁸ y
- la duración máxima de los incentivos fiscales depende del tamaño de la inversión en cuestión.¹²⁹

Estas son solo algunas de las características que los Estados deben tener en cuenta a la hora de evaluar si incluyen o modifican un sistema de incentivos a la inversión en una ley nacional de inversión.

3.4.3 Facilitación de la inversión

Una minoría significativa de las leyes de inversión que hemos examinado versa sobre la facilitación de las inversiones, entendida en el sentido específico de abordar los obstáculos prácticos a la inversión.¹³⁰ Estas disposiciones son más comunes en las leyes de inversión de los países en desarrollo y, por lo general, implican la concesión de poderes a una agencia de inversiones. Un ejemplo es la Ley de la Comisión de Promoción de las Inversiones de Nigeria (1995), que confiere una serie de funciones a dicha Comisión, entre las que se incluyen:

(d) Recopilar, cotejar, analizar y difundir información sobre las oportunidades de inversión y las fuentes de capital de inversión, y asesorar, previa solicitud, sobre la disponibilidad, elección o idoneidad de socios en proyectos de empresas conjuntas.

[...]

(j) Ayudar a los inversionistas nuevos y existentes proporcionándoles servicios de apoyo.

En tales casos, la propia ley de inversión proporciona relativamente poca información sobre cómo una agencia debe desempeñar estas funciones en la práctica. Para comprender cómo las agencias de inversiones cumplen su función en torno a la facilitación de las inversiones, es necesario examinar las regulaciones y políticas establecidas en virtud de la ley en cuestión, así como conocer las prácticas cotidianas de la agencia pertinente.

Otra forma en que las leyes de inversión buscan facilitar la inversión es mediante el establecimiento de ventanillas únicas para las aprobaciones y permisos relacionados con la inversión extranjera. Las ventanillas únicas se ocupan de cuestiones que van más allá de las aprobaciones relacionadas con la admisión de nuevas inversiones; normalmente tratan de agilizar el proceso de obtención de permisos y aprobaciones de otros Ministerios u organismos relacionados con el desarrollo y la operación de la inversión, lo que podría incluir aprobaciones de uso del suelo, permisos de construcción, visados y similares. Las ventajas y

¹²⁸ Artículo 32.

¹²⁹ Artículo 29.

¹³⁰ La codificación de la UNCTAD identifica 13 leyes que desempeñan esta función, aunque su concepción de la facilitación de las inversiones no coincide exactamente con la nuestra.



los problemas asociados al establecimiento y funcionamiento de las ventanillas únicas se han examinado detalladamente en la literatura sobre las políticas de facilitación de la inversión.¹³¹

La codificación de la UNCTAD sugiere que el 20 % de las leyes de inversión prevén el establecimiento de una ventanilla única. La Proclamación sobre la Inversión de Etiopía, por ejemplo, establece que la Comisión de Inversiones de Etiopía “prestará servicios de ventanilla única a los inversionistas a los que haya expedido permisos de inversión de conformidad con la presente Proclamación; coordinará los organismos pertinentes y sincronizará sus funciones diarias”.¹³² Del mismo modo, el artículo 26 de la Ley de Inversión de Indonesia prevé el establecimiento de un “Servicio Único Integrado” para “ayudar a los inversionistas a obtener comodidad en el servicio, facilidades fiscales e información sobre inversiones”. En Indonesia, no existe un requisito general de aprobación para invertir en sectores designados como abiertos a la inversión extranjera en la nueva lista de inversiones,¹³³ pero normalmente se requerirá una serie de licencias, dependiendo del sector que involucre la inversión. Por la autoridad que le confiere el Reglamento Presidencial, elaborado en virtud del artículo 26, la Junta de Coordinación de Inversiones de Indonesia gestiona un portal de “presentación única en línea” destinado a centralizar y agilizar el proceso de obtención de muchas de estas licencias.¹³⁴

3.4.4 Garantía de protección jurídica a la inversión

De las leyes de inversión que hemos revisado, aproximadamente el 70 % garantiza protección jurídica a los inversionistas. Las protecciones más comunes son las garantías de indemnización en caso de expropiación y las garantías (a menudo con condiciones) de libre transferencia de fondos relacionados con una inversión. En líneas generales, esto coincide con la codificación de la UNCTAD. La UNCTAD identifica 103 (de un total de 152) leyes de inversión que contienen disposiciones relativas a la libre transferencia de fondos. Se trata de la disposición de protección de las inversiones más común en las leyes nacionales de inversión y en la que existe un grado relativamente alto de similitud en su estructura interna: la mayoría establece el principio básico de que los fondos relacionados con una inversión pueden transferirse fuera del país en moneda libremente convertible, pero este derecho está sujeto a condiciones y/o excepciones.¹³⁵ Las disposiciones relativas a la indemnización en caso de expropiación también son comunes, y se encuentran en algo más del 60 % de todas las leyes de inversión. Sin embargo, existen diferencias importantes en la redacción de estas disposiciones. Algunas incorporan, en la legislación nacional, el estándar de indemnización “rápida, adecuada y efectiva”, que, tal como han argumentado extensamente los países occidentales, constituye

¹³¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2017). *Global action menu for investment facilitation*. https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf

¹³² Sección 24.

¹³³ Reglamento Presidencial N.º 10 de 2021. Para consultar comentarios, véase Dawborn, D., Tang, V., Arwiko, T. & Ayuyantrie, R. (2021). *Indonesia's new investment list increases FDI opportunities for foreign investors*. Hiswara Bunjamin & Tandjung. <https://www.hbtlaw.com/latest-thinking/indonesia%E2%80%99s-new-investment-list-increases-fdi-opportunities-foreign-investors>

¹³⁴ <https://oss.go.id/en>

¹³⁵ UNCTAD, nota 72 *supra* en 8.



el estándar de indemnización perteneciente al derecho internacional consuetudinario. Otras adoptan criterios diferentes, posiblemente debido a los esfuerzos por garantizar la coherencia con los estándares jurídicos en materia de indemnización a nivel nacional.¹³⁶

Un número menor —algo menos de la mitad de las leyes de inversión que hemos examinado— garantiza el trato nacional a los inversionistas **extranjeros**. Una vez más, existen diferencias muy significativas entre estas leyes, tanto en el alcance de la garantía de trato nacional como en las excepciones a las que está sujeta. El artículo 8 de la Ley de Inversión Extranjera de Albania, por ejemplo, establece que “el inversionista extranjero goza de los mismos derechos y obligaciones que el inversionista albanés, salvo en los casos determinados por la ley”. Esto confirma la posición por defecto de la mayoría de los países, en los que las leyes de aplicación general —leyes medioambientales, corporativas, laborales, contractuales, etc.— se aplican por igual a los inversores nacionales y extranjeros que operan en el país, salvo que dichas leyes dispongan específicamente lo contrario. El artículo 2 de la Ley de Inversiones del Perú va más allá al establecer que el trato nacional está sujeto únicamente a las excepciones previstas en la Constitución y en la propia Ley de Inversiones. El artículo 8 de la Ley de Inversiones de Sudáfrica incluye una garantía general de trato nacional, sujeto a una serie de excepciones específicas, entre ellas las relacionadas con la contratación pública, las subvenciones y las medidas de acción afirmativa adoptadas para corregir la discriminación y las desventajas históricas.

Sigue siendo poco habitual que las leyes nacionales de inversión ofrezcan toda la gama de protecciones que suelen incluirse en los tratados de inversión. Por ejemplo, según el recuento de la UNCTAD, solo 13 leyes de inversión contienen disposiciones sobre trato justo y equitativo, lo que representa algo menos del 10 % de las leyes. Un ejemplo es el artículo 12 del Código de Inversiones de Burkina Faso (2018). El hecho de que estas disposiciones sean relativamente poco comunes refleja que otras partes del marco jurídico nacional del Estado suelen abordar las cuestiones de equidad procesal y responsabilidad gubernamental con mucha más especificidad que una promesa general de trato justo y equitativo. Las disposiciones de nación más favorecida casi nunca se encuentran en las leyes nacionales de inversión, lo que refleja el hecho de que estas leyes son instrumentos unilaterales y no bilaterales.

Otras disposiciones potencialmente problemáticas parecen ser más comunes en las leyes de inversión que en los tratados de inversión. Por ejemplo, muchas de las leyes adoptadas por los antiguos Estados soviéticos recientemente independizados contienen cláusulas de estabilización calificadas que protegen a los inversionistas de cambios posteriores en la legislación en materia de inversiones. Dichas cláusulas suscitan especial preocupación cuando se combinan con el consentimiento a la ISDS, ya que pueden impedir cambios jurídicos necesarios a lo largo del tiempo, por ejemplo, cambios en los marcos regulatorios o en la fijación de precios del carbono necesarios para hacer frente al reto del cambio climático. Sin embargo, incluso en este caso, existen variaciones y matices en la redacción de las leyes de inversión. El artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera de Azerbaiyán (1992) protege la inversión extranjera frente a los cambios legislativos durante 10 años a partir del momento

¹³⁶ UNCTAD, nota 72 *supra* en 7. La Ley de Protección de las Inversiones de Sudáfrica, por ejemplo, simplemente hace referencia al estándar constitucional sudafricano sobre expropiación e indemnización.



de establecimiento de la inversión, pero excluye los cambios cuya finalidad sea la protección del medioambiente. La Ley de Inversiones de Mongolia (2013) permite la estabilización, pero solo en lo que respecta a los impuestos; establece un sistema especial para administrarla mediante la concesión de certificados de estabilización.¹³⁷

3.4.5 Solución de controversias

De las leyes de inversión que revisamos, casi el 70 % aborda expresamente la solución de controversias en materia de inversión. Sin embargo, lo hacen de distintas maneras. En primer lugar, estas leyes pueden establecer nuevas instituciones nacionales destinadas a prevenir o resolver controversias en materia de inversión, como es el caso de las leyes de China y Myanmar, mencionadas anteriormente.¹³⁸ En segundo lugar, las leyes nacionales de inversión pueden aclarar la relación entre los tribunales nacionales y los procesos de resolución internacionales, en particular la ISDS. Pueden hacerlo de la siguiente manera:

- Afirmando la primacía de los tribunales nacionales. El Código de Inversiones de Yibuti (1984) es un ejemplo de ello.¹³⁹
- Reconociendo, en principio, la validez de la ISDS sujeto a un acuerdo específico entre la entidad estatal pertinente y el inversionista, con el consentimiento de ambos. La Ley de Inversión Extranjera de Turquía (2003) es un ejemplo de ello.¹⁴⁰
- Otorgando consentimiento por adelantado a la ISDS en nombre del Estado. Por ejemplo, se ha interpretado que el artículo 18(2) de la ley de Kirguistán otorga el consentimiento implícito del Estado a la ISDS en cualquier controversia entre un inversionista extranjero y un organismo estatal. Según el recuento de la UNCTAD, 55 leyes de inversión —una minoría significativa— entran en esta última categoría, aunque las ambigüedades en su redacción dejan una incertidumbre real sobre si un tribunal de ISDS las interpretaría como una concesión de consentimiento.

3.4.6 Obligaciones de los inversionistas

Las leyes de inversión son solo una parte del marco jurídico nacional que rige la inversión en un Estado. Independientemente del contenido de estas leyes, los inversionistas suelen seguir estando sujetos a las leyes de aplicación general relacionadas con sus actividades: derecho de sociedades, derecho laboral, derecho medioambiental, las leyes que regulan la propiedad y la tenencia de tierras, las leyes que rigen el almacenamiento y el uso de datos, por nombrar algunas. Para evitar dudas, algunas leyes de inversión aclaran cuando esto aplica. Por ejemplo,

¹³⁷ Capítulo V.

¹³⁸ Para un análisis más detallado del diseño y la función de los organismos de prevención y gestión de controversias en materia de inversiones, véase: Bonnitche, J., & Williams, Z. (2022). *Investment dispute prevention and management agencies: Toward a more informed policy discussion*. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/publications/investment-dispute-prevention-and-management-agencies>. Sin embargo, es importante señalar que estas agencias no siempre son establecidas en virtud de las leyes nacionales sobre inversiones.

¹³⁹ Artículo 43.

¹⁴⁰ Artículo 3(e).



el artículo 6 de la Ley de Inversión Extranjera de China establece: “Los inversionistas extranjeros y las empresas con capital extranjero que realicen actividades de inversión en el territorio de China deberán respetar las leyes y regulaciones chinas, y no perjudicar la seguridad de China ni dañar ningún interés público”. Otras leyes de inversión destacan ámbitos específicos del derecho interno que los inversionistas deben cumplir. Por ejemplo, el artículo 18(e) de la Ley de Inversión Privada de Angola (2018) exige a los inversionistas que cumplan con las obligaciones ambientales nacionales.¹⁴¹

Más allá de reiterar la obligación de los inversionistas de cumplir con la legislación nacional pertinente, las obligaciones más comunes parecen ser las relacionadas con el mantenimiento de registros y la presentación de informes. El artículo 13 de la Ley Federal sobre Inversión Extranjera de los Emiratos Árabes Unidos (2018), por ejemplo, impone a los inversores extranjeros la obligación de llevar una contabilidad e informar periódicamente al Comité de Inversión Extranjera Directa. La Ley de Inversión de Egipto contiene un tipo de disposición diferente, que afirma la capacidad de los inversionistas de elegir, a su discreción, si asignar o no un porcentaje de sus beneficios al desarrollo social y permite al ministro responsable crear una lista en la que se reconozca a los inversionistas que lo hagan.¹⁴² Un pequeño subgrupo de leyes de inversión impone a los inversionistas obligaciones generales que van más allá de lo que se establece en otras partes del marco jurídico nacional. El artículo 21 de la Ley de Protección y Desarrollo de las Inversiones de Zimbabue,¹⁴³ por ejemplo, obliga a todos los inversionistas a garantizar que “los productos fabricados, las obras realizadas y los servicios prestados por ellos cumplan con las normas nacionales **e internacionales**”.¹⁴⁴

3.4.7 Control y supervisión de las inversiones

Una última función que cumplen algunas leyes de inversión, y que hasta la fecha ha recibido relativamente poca atención, es la supervisión y el control de las inversiones. Esto se debe, en parte, a que no parece ser la función principal de muchas leyes de inversión. Sin embargo, también puede deberse a que esta función es más difícil de comprender a partir de un análisis textual de las disposiciones jurídicas; el funcionamiento de cualquier sistema de supervisión depende tanto de las prácticas burocráticas como de los poderes conferidos por la ley en cuestión. En la codificación de su base de datos en línea, la UNCTAD no trata de identificar las disposiciones de las leyes de inversión que desempeñan esta función y, en nuestra investigación interna del International Institute for Sustainable Development (IISD),

¹⁴¹ La codificación de las leyes de inversión realizada por la UNCTAD identifica las obligaciones de los inversionistas en relación con una serie de cuestiones específicas que, tras un examen más detallado, no imponen ninguna obligación a los inversionistas extranjeros más allá del cumplimiento de la legislación nacional. Consideramos que las obligaciones de los inversionistas son un ámbito de investigación futura en el que se debe hacer una distinción entre los diferentes tipos de obligaciones y, una vez concluida esta investigación, se podrán presentar cifras más precisas, por ejemplo, sobre el número de leyes que imponen obligaciones a los inversores que no se encuentran en ninguna otra parte de la legislación nacional.

¹⁴² Artículo 15, Ley de Inversión de Egipto (2017) Véase también el Reglamento Ejecutivo de la Ley de Inversión No. 72 Cap. II, Arts. 2 & 3. <https://www.gafi.gov.eg/English/StartaBusiness/Laws-and-Regulations/PublishingImages/Pages/BusinessLaws/law%20no.72.pdf>

¹⁴³ Sección 21.

¹⁴⁴ La negrita nos pertenece.



nos costó mucho articular una forma fiable de identificar las disposiciones relacionadas con esta función.

Dicho esto, las disposiciones de algunas leyes de inversión implican que desempeñan algunas funciones de supervisión y control. La Ley de Inversiones de Myanmar, por ejemplo, aclara que los poderes de la Comisión de Inversión de Myanmar incluyen lo siguiente:¹⁴⁵

Verificar si el inversionista y su inversión cumplen con la presente Ley y sus normas, regulaciones, notificaciones, órdenes, directivas y procedimientos, y disposiciones contenidas en los contratos, y, en caso contrario, garantizar que el inversionista las cumpla y tomar medidas contra el inversionista y sus inversiones que no cumplan con dichas disposiciones, de conformidad con la legislación.

En términos más generales, las leyes de inversión que imponen a los inversores la obligación de informar a una agencia de inversiones (o algún organismo similar) prevén que dicha agencia desempeñe una función de supervisión y verificación del cumplimiento de la legislación nacional. En los países con escasa capacidad burocrática, las agencias de inversiones pueden desempeñar un papel desmesurado en la regulación económica, ya que interactúan directamente con los inversionistas extranjeros. Se trata de un área importante que requiere mayor investigación.

¹⁴⁵ Artículo 25(k).



4.0 Futuro: ¿Qué lecciones se pueden extraer del diseño y funcionamiento de las leyes de inversión?

MENSAJES CLAVE

- Muchos gobiernos comparten el mismo objetivo general: promover el desarrollo sostenible. Los gobiernos pueden adaptar las funciones y el contenido de su ley de inversión para que contribuya a alcanzar este resultado.
- No existe un modelo “predefinido” para las leyes de inversión: varían en función, estructura y contenido.
- Las leyes de inversión pueden reformularse para abordar nuevos retos y oportunidades, y reflejar las prioridades actuales en materia de gobernanza de las inversiones a nivel nacional e internacional.
- Cualquier replanteamiento de las leyes de inversión debe comenzar por aclarar sus funciones previstas y cómo la ley debe cumplir cada función, teniendo en cuenta lo siguiente:
 - Algunas funciones que actualmente desempeñan las leyes nacionales de inversión podrían gestionarse de mejor manera a través de otros instrumentos o herramientas.
 - Se pueden asignar algunas funciones nuevas a las leyes de inversión para sentar las bases o llenar un vacío en cuestiones emergentes.
- Es posible que una ley de inversión no sea necesaria en todas las circunstancias. En algunos contextos, puede ser más adecuado que las inversiones se rijan por una combinación de leyes de aplicación general y leyes específicas de cada sector, en lugar de por una ley de inversión.

Como se señaló al comienzo de este informe, hay una serie de circunstancias que pueden llevar a un gobierno a revisar su ley de inversión. Entre ellas, se podrían incluir la reevaluación de los incentivos fiscales previstos en la ley, la experiencia a raíz de una costosa controversia en materia de inversiones, el asesoramiento de una organización internacional, el desarrollo de nuevos marcos regionales o internacionales de inversión, la necesidad de reflejar nuevos objetivos en la política de inversión y las preocupaciones sobre la seguridad nacional, entre otras. Sea cual fuere la motivación, esta puede ser una oportunidad para reflexionar más ampliamente sobre los objetivos, las funciones y el contenido de la legislación en materia de inversiones.



Varios países han revisado sus leyes de inversión en la última década, mientras que otros han iniciado o están considerando iniciar un proceso de revisión.¹⁴⁶ Si bien estas reformas varían y reflejan contextos muy diferentes en los que se producen, en esta sección se exponen las cuestiones y consideraciones subyacentes comunes a las que se enfrentan los responsables de la formulación de políticas cuando emprenden la revisión de una ley de inversión.

Como primer paso, para evaluar si se debe reformar o adoptar una ley de inversión, los responsables de formular políticas deben aclarar el objetivo final que persigue la ley. Para la mayoría de los Estados, este objetivo será promover el desarrollo sostenible. Los Estados deben considerar la posibilidad de garantizar que este objetivo final se encuentre reconocido explícitamente en la ley, tanto como herramienta para ayudar a la interpretación y aplicación como como señal para los inversionistas y otras partes interesadas.¹⁴⁷ Para ayudar a alcanzar su objetivo final de promover el desarrollo sostenible, los responsables de políticas pueden articular objetivos de menor nivel como prioridades de política. Estos objetivos específicos podrían incluir la promoción de la inversión en sectores prioritarios, la garantía de una regulación adecuada de la inversión y la facilitación de la coordinación entre los distintos organismos gubernamentales.

Una medida fundamental para los responsables de políticas es plasmar sus objetivos en la práctica. ¿Cómo deben formular y redactar los responsables de políticas una ley de inversión para cumplir sus objetivos? Recomendamos que estos actores se centren en las funciones de la ley para abordar este desafío. Deben identificar las funciones que se pretende que la ley cumpla y, a continuación, reflexionar sobre cómo estas funciones se relacionan con los objetivos de políticas específicos, así como con el objetivo final de promover el desarrollo sostenible.

Una vez articuladas las funciones esperadas de la ley, el siguiente paso es garantizar que el enfoque general y sus contenidos específicos estén diseñados para desempeñar esas funciones. El enfoque y el contenido deben analizarse cuidadosamente para garantizar que la ley de inversión sea adecuada para su propósito y contribuya realmente al desarrollo sostenible. Con este fin, en esta sección se examinan las consideraciones relacionadas con cada una de las siete funciones de las leyes de inversión identificadas en la sección anterior.

¹⁴⁶ Desde 2015, se han adoptado aproximadamente 121 medidas relativas a la política de inversión en todo el mundo anualmente. A pesar de las diferencias en sus enfoques, las tendencias recientes muestran que tanto los países en desarrollo como los países desarrollados están revisando activamente sus leyes de inversión. Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2022). *Informe sobre las inversiones en el mundo: Reformas fiscales internacionales e inversión sostenible*, en 56. <https://unctad.org/es/publication/informe-sobre-las-inversiones-en-el-mundo-2022>. Véase, también, Olaoye, K., & Sornarajah, M. (2023). Domestic investment laws, international economic law, and economic development. *World Trade Review*, 22(1), 109–132.

¹⁴⁷ Según la UNCTAD, en 2016 solo 13 de las 111 leyes hacían referencia explícita al concepto de “desarrollo sostenible” en su preámbulo. Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2016). *Investment laws, a widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*. Monitoreo de Políticas de Inversión, en 4. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/155/investmentlaws-a-widespread-tool-for-the-promotion-and-regulation-of-foreign-investment>



Estas tareas son relevantes tanto para los países que están elaborando una nueva ley de inversión como para los que están reformando o revisando su legislación vigente, y para los que actualmente no lo están haciendo. Garantizar que una ley de inversión contribuya al desarrollo sostenible y cumpla las funciones para las que ha sido concebida es una tarea permanente; en el caso de los países que actualmente no están revisando su legislación, las preguntas y orientaciones que figuran a continuación pueden alentar a los responsables de políticas a contemplar su ley de inversión desde una nueva perspectiva e incluso a iniciar una revisión o reforma.

4.1 Razones para replantear las leyes de inversión

La evolución de las leyes de inversión descrita en las secciones 2 y 3 muestra que muchos países han reformado sus leyes a lo largo del tiempo. En esta sección, se exponen tres razones por las que los países podrían querer replantearse hoy en día, especialmente los países en desarrollo, que tradicionalmente han sido los principales innovadores en esta materia y que también se enfrentan a mayores riesgos derivados de leyes obsoletas, ya que se encuentran en la primera línea frente a múltiples crisis complejas de escala mundial.

En primer lugar, las leyes de inversión deben reformarse a la luz de los retos y oportunidades del siglo XXI. Estas leyes suelen surgir en épocas de agitación, entre otras cosas, para fomentar una mayor coherencia, llenar los vacíos de los marcos jurídicos existentes o abordar retos políticos urgentes relacionados con el desarrollo. Las leyes de inversión pueden considerarse una herramienta que ayude a los Estados a abordar retos más generales de la época actual, como el cambio climático, las desigualdades de género y las preocupaciones en materia de salud pública. El papel de la inversión para hacer frente a estos retos implica que los Estados garanticen que sus leyes de inversión respalden sus ambiciones, y reconozcan al mismo tiempo que estas leyes no son la panacea, sino solo una parte de una respuesta política más amplia a estos retos. Las leyes de inversión también pueden considerarse una herramienta que ayuda a los Estados a aplicar nuevas normas o políticas en ámbitos como las empresas y los derechos humanos, la financiación climática y el impuesto mínimo global. Los acontecimientos a nivel mundial en ámbitos como estos pueden hacer necesario que los Estados actualicen sus leyes de inversión o, al menos, las reevalúen.

En segundo lugar, las leyes de inversión deben ser reformadas para adaptarse a sus contextos nacionales más amplios y dinámicos. Como se muestra en la sección 3.3 mediante los ejemplos de China, Myanmar, Australia y Sudáfrica, los Estados adoptan o reforman sus leyes de inversión en contextos diferentes, por diversas razones, y esta diversidad de circunstancias y objetivos da forma a las leyes resultantes. Las diferentes funciones son relevantes para diferentes contextos nacionales o en distintos momentos. Las leyes de inversión son una herramienta de política interna y deben ajustarse al contexto nacional más amplio, incluidos los objetivos específicos de políticas del país en cuestión.

Por último, las leyes de inversión deben reformarse para reducir los riesgos jurídicos. Las leyes mal diseñadas pueden generar riesgos importantes, especialmente si incluyen funciones de protección de las inversiones y solución de controversias. Los peligros asociados a estas funciones pueden ser similares a los que plantean los tratados de inversión antiguos, sobre



todo si la ley prevé el consentimiento por adelantado a la ISDS. Otros riesgos son semejantes a los que plantean los contratos desequilibrados entre inversionistas y Estados, como amplias cláusulas de estabilización o incentivos fiscales contraproducentes. Si no se reducen estos riesgos, pueden producirse costosas controversias en materia de inversiones, pérdidas de ingresos fiscales y una restricción indebida del espacio de políticas de un Estado para regular en aras del interés público.

4.2 Preguntas orientativas para el replanteamiento de las leyes de inversión

Los responsables de formular políticas que estén reevaluando sus leyes de inversión pueden encontrar útil el siguiente marco para la toma de decisiones. Este no recomienda un diseño ni un contenido jurídico específicos, ni da por sentado que una ley de inversión sea necesaria o adecuada en todas las circunstancias. En cambio, este marco consiste en una serie de preguntas que los responsables de políticas pueden debatir y analizar internamente; su objetivo es alentar a estos actores a formular las preguntas adecuadas, cuyas respuestas dependerán del contexto nacional y de los objetivos de políticas.

4.2.1 ¿Siguen siendo pertinentes las funciones asignadas a la ley de inversión vigente?

Si un país cuenta con una ley de inversión vigente, cualquier proceso de replanteamiento debería comenzar con una evaluación de las funciones previstas y reales de la ley actual. Para responder a esta primera pregunta, los gobiernos podrían considerar las siguientes subpreguntas:

- **¿Cuáles son las funciones previstas de la ley de inversión?** Tener claridad sobre las funciones previstas es esencial para analizar si: (a) la ley está cumpliendo esas funciones y (b) si esas funciones siguen siendo pertinentes en la actualidad.
- **¿Cuáles son las funciones reales de la ley de inversión?** ¿Qué rol desempeña en la práctica, y no solo sobre el papel? ¿Está la ley de inversiones desempeñando alguna función no prevista?
 - La ley puede estar desempeñando funciones no previstas que resulte útil e importante formalizarlas o, por el contrario, puede estar cumpliendo funciones no deseadas y no previstas. Por ejemplo, una agencia de inversiones puede estar desempeñando un papel importante en la práctica, pero sus facultades no están formalizadas o no están suficientemente claras en la ley de inversión vigente.
- **¿Siguen siendo necesarias las funciones previstas y reales de la ley dado el contexto nacional e internacional actual?**
 - Una función puede haber sido esencial y legítima en un contexto pasado, pero ya no es pertinente en la actualidad. Por ejemplo, las reformas de las leyes fiscales o el proceso de negociación de contratos entre inversionistas y Estados pueden significar que la concesión de incentivos fiscales basados en los beneficios a



través de una ley de inversión ya no sea necesaria para alcanzar los objetivos relacionados con la atracción de inversiones.

- **Para cada función que se considere necesaria, ¿cumple la ley de inversión dicha función?** En el caso de las funciones que se consideren necesarias, pero que no estén contempladas en la ley actual, ¿por qué es así? ¿El problema radica en cómo aborda la ley dicha función, o es mejor que dicha función se contemple en otra ley diferente?
 - Por ejemplo, los responsables de formular políticas pueden considerar que la función de gestionar las controversias entre inversionistas y Estados sigue siendo necesaria, pero pueden determinar que, por ejemplo, si la única disposición relacionada con las controversias en la legislación actual es el consentimiento por adelantado del Estado a la ISDS, tal vez sea necesario reconsiderar la forma en que la ley cumple esta función.
 - Del mismo modo, es posible que siga siendo necesario contar con un sistema para regular la admisión de nuevas inversiones extranjeras, pero tal vez sea necesario revisar el proceso y los criterios mediante los cuales se seleccionan las posibles inversiones.

4.2.2 ¿Es una ley de inversión el instrumento adecuado para desempeñar las funciones deseadas?

Una ley de inversión solo debe encargarse de las funciones necesarias que esté en condiciones de cumplir. No existe una “mejor práctica” en este sentido; la necesidad de una función depende del contexto del país. Incluso si se considera que una o varias funciones son necesarias, si otras partes del marco jurídico y regulatorio las desempeñan adecuadamente, puede que no sea necesaria una ley de inversión. Singapur, por ejemplo, no tiene una ley de inversión, al igual que Brasil, Mauricio, Botsuana o Hong Kong; y todos han logrado atraer y retener una gran cantidad de inversión extranjera entrante.

Para decidir si una ley de inversión es el instrumento adecuado para desempeñar las funciones deseadas, los responsables de políticas podrían considerar lo siguiente:

- **¿Sería mejor abordar algunas de las funciones asignadas a la ley de inversión mediante otro instrumento?**
 - Las leyes de inversión son más adecuadas que otras para desempeñar determinadas funciones, por ejemplo, regular la admisión y aprobación de nuevas inversiones extranjeras.
 - Algunas funciones —por ejemplo, imponer obligaciones a los inversionistas (extranjeros)— son importantes, pero pueden no ser adecuadas para una ley de inversión, a menos que se considere cómo interactúan estas obligaciones con el marco jurídico nacional más amplio y cómo se van a aplicar.



- Algunas funciones pueden ser adecuadas para abordarlas a través de una ley de inversión, pero también pueden conllevar riesgos, por ejemplo, los incentivos fiscales y las funciones relativas a la solución de controversias.
- **¿Podría la ley de inversión cubrir temporalmente una laguna en cuanto a la capacidad regulatoria a través de determinadas funciones?**
 - El diseño adecuado de una ley de inversión y las funciones que incluye también dependen de la capacidad regulatoria.
 - Puede haber motivos de política para que las autoridades de inversión desempeñen funciones regulatorias más amplias en un entorno de baja capacidad, en el que otros organismos estatales tienen una capacidad práctica limitada para supervisar y hacer cumplir otras leyes que se aplican a la inversión. En estos contextos, las autoridades de inversión suelen controlar una de las pocas palancas regulatorias eficaces: la capacidad de conceder y retirar permisos y/o incentivos en virtud de la ley de inversión.
 - Sin embargo, estas cuestiones plantean difíciles interrogantes sobre el diseño regulatorio, y casi no se han realizado estudios empíricos en los que se puedan basar las afirmaciones sobre las “buenas prácticas”. En este contexto, podrían resultar útiles las oportunidades de aprendizaje entre pares y las redes transnacionales de políticas.

4.2.3 ¿Qué enfoque es adecuado para cumplir estas funciones?

La mayoría de las preguntas sobre el contenido de una ley de inversión solo deben considerarse después de haber aclarado los objetivos del Estado y haber respondido a las preguntas sobre las funciones de dicha ley. Por ejemplo, no tiene mucho sentido hablar de cómo definir términos clave como “inversionista” o “inversión” en una ley de inversión sin aclarar la función o funciones, ya que estas definiciones deberán adaptarse a las funciones previstas en la ley. La definición adecuada de “inversionista” e “inversión” en una ley que sirve principalmente como mecanismo para la selección de inversiones puede ser diferente a las definiciones en una ley que ofrece protecciones jurídicas posteriores al establecimiento, o que concede incentivos. Sin embargo, hay algunas preguntas que son pertinentes, independientemente de las funciones de la ley en cuestión:

- **¿Cuál es el ámbito de aplicación de la ley?** Una cuestión importante es si la ley debe aplicarse a todas las inversiones o solo a las inversiones extranjeras. No es posible responder a esta pregunta sin aclarar primero su función o funciones. Es probable que algunas funciones sean pertinentes a todas las inversiones (por ejemplo, los incentivos), mientras que otras pueden reflejar preocupaciones específicas sobre las inversiones extranjeras (por ejemplo, la selección y la admisión). En el caso de las leyes de inversión con múltiples funciones, puede ser conveniente diseñar diferentes ámbitos de aplicación, distintos umbrales e incluso definiciones clave que correspondan a las diferentes partes de la ley que cumplen diferentes funciones.



- **¿Cómo interactuará la ley con las leyes/regulaciones de aplicación general del país?** Por ejemplo, en caso de inconsistencia, ¿prevalecerá la ley de inversión sobre otras leyes relacionadas con la inversión?
- **¿Cuál es la mejor estructura institucional para la administración o la aplicación de la ley de inversión?** Por ejemplo, una ley de inversión diseñada para seleccionar las inversiones entrantes podría requerir una agencia administrativa con una estructura diferente a la de una agencia centrada en gestionar las demandas de los inversores. Cuando la ley combina varias funciones de este tipo, puede ser necesario asignar la supervisión administrativa a diferentes agencias.

4.3 Consideraciones relativas a funciones específicas

En esta sección, se analizan cuestiones y consideraciones relacionadas con cada una de las siete funciones. La lista de preguntas que figura debajo de cada función no es exhaustiva, sino más bien un punto de partida para los responsables de formular políticas, y, como se ha señalado anteriormente, las respuestas a muchas de estas preguntas dependen del contexto.

4.3.1 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que rigen la admisión o el establecimiento de nuevas inversiones

Cuando una ley de inversiones persigue esta función, deben tenerse en cuenta, como mínimo, los siguientes elementos.

- ¿Existen requisitos en cuanto a la forma o la estructura de propiedad de una inversión?
 - Por ejemplo, ¿existen requisitos para que los posibles inversores extranjeros establezcan una empresa conjunta con una empresa local, o para que una entidad se constituya en el país, o para una participación mínima de accionistas nacionales?
 - ¿Existen requisitos mínimos de capital?
- ¿Establece la ley una distinción entre sectores que, en principio, están abiertos a la inversión extranjera y aquellos que no lo están?
 - En tal caso, ¿qué criterios determinan si un inversionista o una inversión es considerada “nacional” o “extranjera”?
 - ¿La ley adopta un enfoque de lista positiva que establece todos los sectores abiertos a la inversión extranjera (lo que significa que los sectores no incluidos en la lista no están abiertos), o bien un enfoque de lista negativa, que establece todos los sectores en los que no se permite la inversión extranjera (lo que significa que los sectores no incluidos en la lista están abiertos)?
 - La tendencia reciente en las leyes de inversión de los países en desarrollo es adoptar enfoques basados en listas negativas.



- Una ventaja potencial de una lista negativa es la consolidación de las prohibiciones/restricciones a la inversión extranjera que anteriormente se encontraban dispersas en múltiples leyes y regulaciones dentro de un instrumento único con autoridad. Esto puede aumentar la transparencia y la claridad del entorno de inversión para los posibles inversores. Un reto concomitante es garantizar que la lista negativa capture con precisión todas las limitaciones y condiciones pertinentes a la inversión extranjera en sectores específicos.
- En el caso de los países que adopten un enfoque de lista negativa, es importante incorporar procesos de revisión periódica para considerar si se deben añadir o eliminar sectores de dicha lista. (No es necesario que estos procesos se reflejen en el texto de la ley de inversión propiamente dicho).
- ¿Las inversiones extranjeras en sectores que, en principio, están abiertos a la inversión siguen teniendo que ser registradas o aprobadas por la agencia de inversiones?
- ¿Prevé la ley una evaluación o revisión discrecional de las inversiones propuestas en sectores que, en principio, están abiertos a la inversión extranjera, por ejemplo, mediante un mecanismo de selección?
 - En caso afirmativo, ¿cuál es la estructura institucional para el proceso de evaluación/selección?
 - Por ejemplo, ¿qué institución evalúa las posibles inversiones?
 - ¿Cómo está constituida dicha institución?
 - ¿Cuáles son los umbrales/factores determinantes para establecer si la inversión debe evaluarse/analizarse?
 - Por ejemplo, ¿solo la inversión extranjera está sujeta a un proceso de evaluación/selección? Y, en caso afirmativo, ¿cómo se determina su carácter de “extranjera”?
 - ¿Solo las inversiones que superan un valor determinado están sujetas a un proceso de evaluación/selección?
 - ¿Solo las inversiones en sectores específicos están sujetas a un proceso de evaluación/selección?
 - ¿Cuáles son los criterios con los que se evaluarán las posibles inversiones?
 - ¿Pruebas de “interés nacional” o “seguridad nacional”?
- ¿Cuál es la relación entre la ley de inversión y otras leyes y procesos regulatorios?
 - ¿La aprobación de la inversión da derecho a los inversores a obtener licencias o permisos? Y, en caso afirmativo, ¿cuáles? Por otra parte, ¿la aprobación de la inversión está supeditada a la concesión de la aprobación o el permiso en otros procesos regulatorios, por ejemplo, la presentación y aprobación de la evaluación de impacto ambiental y social del inversionista?



- ¿Existen otros elementos regulatorios integrados en el proceso de selección de las inversiones? Un ejemplo son los procesos de la ley de competencia, como los requisitos de autorización de fusiones.

4.3.2 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que rigen la concesión de incentivos fiscales

Esta función plantea preocupaciones en al menos tres niveles.

En primer lugar, actualmente se cuestiona la premisa de que los incentivos fiscales a la inversión, en particular los incentivos basados en los beneficios, son una buena estrategia para aumentar la inversión sostenible.¹⁴⁸ Cada vez se reconoce más que los incentivos son instrumentos que deben utilizarse con prudencia y cautela. De hecho, en los últimos 20 años, numerosos estudios han demostrado la ineficacia de los incentivos fiscales para atraer la inversión extranjera y han revelado el costo que suponen para las arcas públicas.¹⁴⁹ El consenso internacional predominante, reflejado en las recomendaciones de las instituciones internacionales, es fomentar las reformas y abandonar los incentivos fiscales con el fin de movilizar los ingresos nacionales de manera más eficaz.

En segundo lugar, se recomienda consolidar los incentivos fiscales en los códigos tributarios generales para mejorar la transparencia, la coherencia y la eficiencia administrativa. La consolidación de todos los incentivos fiscales en las leyes tributarias —en lugar de hacerlo en las leyes de inversión y los reglamentos ejecutivos, en la legislación que rige sectores específicos o en acuerdos puntuales con las empresas— puede mejorar la transparencia, reducir una posible redundancia y disminuir la confusión sobre la autoridad administrativa.¹⁵⁰ El Ministerio de Hacienda y Finanzas suele ser el más indicado para conceder incentivos fiscales y supervisar sus costos. Otros Ministerios pueden estar más inclinados a ofrecerlos, ya que no se encargan de la recaudación de impuestos ni son necesariamente conscientes de las necesidades fiscales del Estado.

Por último, es fundamental evaluar el impacto de los procesos de reforma fiscal en curso a nivel mundial, como el impuesto mínimo global propuesto por la OCDE, en la eficacia de

¹⁴⁸ Andersen, M. R., Kett, B. R., & von Uexkull, E. (2018). Corporate tax incentives and FDI in developing countries. En Banco Mundial (Ed.), *2017/2018 global investment competitiveness report: Foreign investor perspectives and policy implications* (73–100). Banco Mundial.

¹⁴⁹ Klemm, A. & Parys, S. (2012). Empirical evidence on the effects of tax incentives. *International Tax and Public Finance*, 19, 393–423.

¹⁵⁰ Véase Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). *Improving transparency of incentives for investment facilitation*. https://www.oecd.org/en/publications/improving-transparency-of-incentives-for-investment-facilitation_ab40a2f1-en.html



los incentivos fiscales concedidos a los inversores.¹⁵¹ Es posible que los países tengan que adaptar su política fiscal nacional en respuesta al impuesto mínimo global, ya que algunas medidas fiscales nacionales destinadas a atraer o retener la inversión extranjera pueden perder su eficacia como consecuencia de dicho impuesto.¹⁵² Es importante examinar las consecuencias de estos procesos de reforma para las legislaciones nacionales, especialmente si se incluyen incentivos fiscales en una ley de inversión.¹⁵³

Cuando una ley de inversión incluye disposiciones sobre incentivos fiscales, deben especificarse, como mínimo, los siguientes elementos:

- La justificación económica general, los objetivos de políticas y la justificación económica para conceder incentivos deben estar claramente definidos y ser cuantificables.
- La forma (fiscal o no fiscal) y el alcance de los incentivos. El alcance puede incluir, por ejemplo:
 - Sectores elegibles y desempeño social y ambiental requerido.
 - Duración y plazos de eliminación gradual aplicables de los incentivos (si los hubiera).
- Definiciones aplicables, incluyendo qué tipos de inversionistas e inversiones son elegibles para recibir incentivos.
- Criterios de elegibilidad, objetivos claros y transparentes para cada categoría de incentivos, tales como el importe de la inversión, el volumen anual de negocios, la ubicación de la sede central, los puestos de trabajo creados, etc.
- Procedimientos para evaluar, conceder, revocar y revisar los incentivos.
- Las condiciones específicas impuestas a los beneficiarios a cambio de los incentivos concedidos y los mecanismos para supervisar y controlar su cumplimiento (y sancionar el incumplimiento).
- Arquitectura institucional:
 - ¿Quién decide y aprueba la concesión de incentivos?
 - ¿Cómo se abordan los riesgos asociados con la corrupción y la captura regulatoria?

¹⁵¹ Christians, A., Lassourd, T., Mataba, K., Ogbebor, E., Readhead, A., Shay, S. & Pougá Tinhaga, Z. (2023). *Entender Y Adaptarse Al Impuesto Mínimo Global: Una Guía Para Los Países En Desarrollo*. International Institute for Sustainable Development & International Senior Lawyers Project. <https://www.iisd.org/system/files/2023-06/guide-developing-countries-adapt-global-minimum-tax-final-es.pdf>; Liotti, B. F., Waruguru Ndubai, J., Wamuyu, R., Lazarov, I., & Owens, J. (2022). The treatment of tax incentives under Pillar Two. *Transnational Corporations*, 29(2), 25–46; Heitmüller, F. & Mosquera, I. (2021). Special economic zones facing the challenges of international taxation: BEPS Action 5, EU Code of Conduct, and the future, *Journal of International Economic Law*, 24(2), 473–490.

¹⁵² Para consultar un marco sencillo que permita entender y adaptarse al impuesto mínimo global, véase Christians et al., nota 151 *supra*.

¹⁵³ UNCTAD, nota 147 *supra*, en 142–153.



- La interacción de la ley de inversión con otras leyes y regulaciones, así como con el código tributario general y cualquier incentivo otorgado en él.
 - Por ejemplo, ¿prevalece el código tributario sobre el código de inversiones en caso de inconsistencia?

4.3.3 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que rigen la facilitación de la inversión

Esta función plantea una amplia gama de posibles consideraciones de políticas e implicancias prácticas que difieren en virtud de los tipos de medidas de facilitación de las inversiones incluidas en la ley. Por esta razón, abordar la facilitación de la inversión puede plantear cuestiones de política de más alto nivel.¹⁵⁴

Un primer paso útil antes de diseñar medidas de facilitación de la inversión es conocer qué obstáculos perciben los inversores y los posibles inversores. Con esta información, los responsables de formular políticas pueden diseñar medidas de facilitación de la inversión que sean significativas para los inversores. Sin esta información, estos funcionarios pueden comprometer al gobierno a adoptar medidas que sean costosas de mantener, y de beneficio limitado, ya que no abordan lo que los inversores perciben como obstáculos.

Una vez que los responsables de políticas han identificado las medidas de facilitación de la inversión que desean introducir, surgen otras dos preguntas: (1) ¿cuáles son los costos continuos asociados a esa medida? y (2) ¿requiere esa medida de facilitación de la inversión una base legislativa?

Para responder a estas preguntas, es necesario examinar cada medida de facilitación por separado, y no considerar la “facilitación de la inversión” de forma colectiva. Este término es un concepto amplio que agrupa muchos conceptos y enfoques diferentes. Incluso dentro de la definición utilizada en este documento (medidas destinadas a abordar los obstáculos prácticos a la inversión), existen varios tipos de medidas de facilitación de la inversión que tienen diferentes implicancias.

También deben tenerse en cuenta la carga administrativa y el costo que supone comprometerse a adoptar medidas de facilitación de las inversiones en una ley de inversión. Algunas medidas son relativamente sencillas y de bajo costo, por ejemplo, el compromiso de publicar las leyes y políticas pertinentes con el fin de promover la transparencia y facilitar el cumplimiento. Otras medidas pueden implicar costos administrativos más elevados y continuos, por ejemplo, el establecimiento de ventanillas únicas o la realización de consultas públicas sobre todas las leyes y políticas nuevas. Esta última medida también plantea cuestiones de política complejas, por ejemplo, ¿cómo se protegerán las consultas

¹⁵⁴ Para consultar un enfoque de la OMC sobre la facilitación de las inversiones, véase Jose, R. (2023). *Iniciativa Conjunta sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo: Avances desde 2022 y el camino hacia la CM13*. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/publications/report/joint-initiative-investment-facilitation-mc13>. Para consultar un debate sobre las zonas económicas especiales, véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2019). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2019—Capítulo 4: Zonas económicas especiales*. https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2019_CH4.pdf



de la influencia indebida de los intereses industriales? Es importante garantizar que se tengan en cuenta estas consideraciones antes de incorporar medidas de facilitación en una ley de inversión.

En relación con las ventanillas únicas, deben especificarse los siguientes elementos:

- ¿Cuál será el alcance de los servicios prestados por la ventanilla única?
 - ¿Será solamente una fuente única de información consolidada? ¿O también recibirá y tramitará las solicitudes de autorización y permisos de inversión pertinentes?
 - ¿Sus servicios estarán disponibles solo para los nuevos inversores en la fase de establecimiento? ¿O también prestará servicios de asistencia durante toda la vigencia de la inversión y, por consiguiente, desempeñará funciones de supervisión y control (véase más abajo sección 4.3.6)?
- ¿Cómo se constituirá el personal la ventanilla única?
 - ¿Los funcionarios serán secundados por los Ministerios y departamentos pertinentes para garantizar que, por ejemplo, las solicitudes de permisos ambientales, etc., sean evaluadas y expedidas por personas con conocimientos técnicos adecuados?
 - ¿O acaso la ventanilla única contará con expertos en atención al cliente cuya función sea servir de enlace entre los inversionistas y los especialistas técnicos encargados de revisar y expedir los permisos?
- ¿Quiénes pueden acceder a los servicios de la ventanilla única?
 - ¿Solo los inversionistas extranjeros?
 - ¿Inversionistas nacionales y extranjeros con inversiones que alcancen un umbral determinado?
 - ¿Inversionistas en sectores clave? Por ejemplo, algunos países establecen ventanillas únicas para atender a los inversores en zonas económicas especiales.
- ¿La ventanilla única será virtual, física o ambas?
 - ¿Cómo se gestionarán cuestiones relacionadas con conocimientos especializados? Por ejemplo, algunos países garantizan que las autorizaciones ambientales sean evaluadas/expedidas por personas con conocimientos técnicos adecuados.

4.3.4 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que rigen el otorgamiento de protección jurídica a inversionistas

Esta función conlleva riesgos significativos y plantea interrogantes sobre cómo interactúan las disposiciones de protección contenidas en las leyes de inversión con los tratados y contratos de inversión del país. Cualquier acuerdo de solución de controversias que se aplique a las



disposiciones de protección de una ley de inversión requiere especial atención y precisión (más información al respecto a continuación).

Un primer paso a la hora de considerar las disposiciones de protección es articular su propósito o beneficio adicional (si lo hubiera): los responsables de formular políticas que estén considerando incluir tales protecciones en su legislación sobre inversiones deben identificar qué ofrecerán estas protecciones a los inversores que ya no se encuentre previsto en la legislación nacional. Por ejemplo, las Constituciones de muchos países protegen los derechos relativos a la propiedad privada, por lo que cabe preguntarse el valor añadido que aporta una protección contra la expropiación contenida en una ley de inversión. Del mismo modo, muchos de los mayores inversionistas de un país pueden estar cubiertos por contratos de inversión que contengan protecciones calibradas en función del proyecto específico y de los beneficios que aporta al país.

No se recomienda “copiar y pegar” las protecciones a la inversión contenidas en un tratado de inversión en una ley de estas características. Estas protecciones no son habituales en las leyes nacionales de inversión; cabe recordar que este tipo de leyes de los países desarrollados rara vez ofrecen garantías jurídicas a los inversores extranjeros. La inclusión de protecciones procedentes de tratados puede generar un riesgo de litigios o arbitrajes costosos, especialmente si se combina con el acceso a la ISDS.

Cuando una ley de inversión incluye la función de protección, se deben considerar, como mínimo, los siguientes elementos:

- ¿Qué protecciones se otorgarán?
- ¿Cómo se definirá el alcance de dichas protecciones? Por ejemplo:
 - ¿Qué inversionistas e inversiones estarán cubiertos por las protecciones?
 - ¿Los inversores nacionales tienen el mismo derecho a la protección que los extranjeros?
- ¿Existen excepciones pertinentes a cada protección?
 - Por ejemplo, si se protegen los derechos de los inversores a repatriar los ingresos de sus inversiones, ¿en qué circunstancias puede el Estado impedir una transferencia?
- ¿Pueden los inversores o sus inversiones quedar excluidos de la protección si, por ejemplo, infringen las leyes nacionales o participan en actos de corrupción?
- ¿Cuál es la relación entre las protecciones previstas en la ley de inversión y otras leyes nacionales? Por ejemplo, ¿las disposiciones de dicha ley prevalecen sobre la legislación incompatible? ¿O están sujetas a las limitaciones previstas en otras leyes nacionales?
- ¿Cuál es la relación entre las protecciones previstas en la ley de inversión y los tratados de inversión del país?
 - Cuando un inversionista determinado está cubierto por las disposiciones de protección contenidas en un tratado de inversión que son más generosas que las previstas en la ley de inversión, ¿cuál prevalece?



- Cabe señalar que es poco probable que la ley de inversión tenga la capacidad jurídica de modificar unilateralmente las disposiciones de un tratado de inversión, pero se podría aclarar que las disposiciones de dicha ley quedarán invalidadas por las disposiciones más generosas del tratado en cuestión, a fin de reducir la superposición.
- ¿Cuál es la relación entre las protecciones previstas en la ley de inversión y los contratos de inversión entre particulares?
 - Por ejemplo, ¿las protecciones de la ley de inversión pretenden anular cualquier disposición de protección incompatible previamente acordada en un contrato entre un inversionista y un Estado? En caso afirmativo, ¿esto expone al gobierno a posibles litigios y/o responsabilidades en virtud de los contratos vigentes?
- ¿De qué recursos disponen los inversores en caso de incumplimiento de las disposiciones de protección de las inversiones?
 - Por ejemplo, ¿existe la posibilidad de recibir indemnización? Y, en caso afirmativo, ¿cómo se calcula?
 - Si existen recursos de derecho público, ¿cuáles son?
 - ¿La ley de inversión proporcionará recursos específicos o solo hará referencia a los disponibles en virtud del derecho interno general?

4.3.5 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que imponen obligaciones a los inversionistas extranjeros

Esta función plantea cuestiones prácticas complejas. Más allá de la reiteración del principio general de que los inversionistas deben cumplir con todas sus obligaciones en virtud de la legislación nacional y los contratos vigentes, surgen dudas sobre el valor añadido de hacer hincapié en determinados tipos de obligaciones en una ley de inversión (medioambiente, trabajo, presentación de informes, etc.).

Un primer paso es cuestionar el beneficio adicional de las obligaciones contenidas en una ley de inversión. A diferencia de otros instrumentos, como los tratados o los contratos de inversión, esta función podría ser redundante en las leyes de inversión. Los tratados de inversión pueden servir para elevar las obligaciones jurídicas nacionales a la luz del derecho internacional y hacerlas autoaplicables dentro de la lógica del tratado, vinculándolas a la ISDS (si está prevista en dicho tratado). Los contratos de inversión pueden servir para traducir las obligaciones generales de los inversores establecidas en la ley en compromisos específicos, adaptados y cuantificables, lo que resulta especialmente pertinente a los requisitos de contenido local en algunos sectores.

Cuando una ley de inversión aborda las obligaciones de los inversionistas, deben especificarse, como mínimo, los siguientes elementos:



- En caso de que la ley vaya más allá de la afirmación de la obligación de cumplir con los contratos nacionales y pertinentes, ¿las obligaciones específicas se refieren únicamente a la presentación de informes/procesos o también a obligaciones sustantivas?
- ¿Cuáles son los requisitos específicos que se derivan de esas obligaciones, además de los ya establecidos en otras leyes nacionales?
 - Por ejemplo, identificar los tipos de obligaciones (de alto nivel) cuyo incumplimiento da lugar a sanciones específicas, por ejemplo, pagar menos de lo debido a los trabajadores da lugar a una sanción, pero retrasarse en la presentación de un informe anual no.
- ¿Qué tipos de incumplimientos darán lugar a la pérdida de privilegios y cómo se define cada tipo de incumplimiento?
 - Por ejemplo, ¿la violación debe ser “significativa”? ¿Sostenida o repetida? ¿Deliberada/intencionada/maliciosa?
 - ¿Qué distingue una violación sustantiva de una violación administrativa (por ejemplo, existe alguna referencia a sanciones previstas en la legislación nacional cuando la violación conlleva una sanción superior a un determinado importe)?
- ¿Cuáles son las sanciones específicas si el inversor incumple estas obligaciones?
 - ¿Las sanciones se refieren únicamente a la pérdida de los privilegios otorgados en la ley de inversión? Por ejemplo, ¿estas sanciones podrían significar la revocación del acceso a las disposiciones relativas a la facilitación, los incentivos o la solución de controversias contenidas en la ley de inversión?
- ¿Existen sanciones específicas si el inversionista infringe la legislación nacional o incumple los contratos con el Estado, las comunidades locales o los empleados?
- ¿Cuál es el proceso para determinar cuándo se revocarán los derechos o privilegios conferidos en virtud de la ley de inversión?
 - Por ejemplo, ¿la revocación se producirá si el inversor ha sido condenado o declarado culpable por un tribunal? ¿O la cuestión del cumplimiento puede resolverse mediante una resolución administrativa de la agencia de inversiones?
- ¿Cuál es el proceso para impugnar una revocación de privilegios y conseguir que se restablezcan, si procediera?

4.3.6 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que establecen sistemas de control y supervisión de la inversión extranjera

Como se ha señalado anteriormente, los países con una capacidad burocrática limitada pueden conferir a las agencias de inversiones un papel más importante en la supervisión y el cumplimiento de las leyes nacionales, basándose en que estos organismos tienen una relación más estrecha y directa con los inversores extranjeros. En tales casos, la ley de inversión podría ser un instrumento adecuado para establecer los parámetros jurídicos que rigen el



desempeño de esta función por parte de la agencia de inversiones. Sin embargo, como se ha destacado anteriormente, esto plantea cuestiones complejas en materia de diseño regulatorio, por ejemplo, cómo evitar o gestionar la asignación de mandatos contradictorios a la agencia de inversiones.

Cuando una ley de inversión prevé que una agencia de inversiones desempeñe esta función, deben especificarse, como mínimo, los siguientes elementos:

- ¿Cuál es el alcance de la función de supervisión y control de la autoridad de inversión?
 - ¿Se trata únicamente de supervisar las operaciones de la inversión extranjera o también la inversión nacional? ¿Existe un umbral del tamaño de la inversión para determinar qué inversiones deben supervisarse?
 - ¿Se refiere únicamente al cumplimiento de la ley de inversión y de las condiciones asociadas a las autorizaciones/permisos expedidos en virtud de dicha ley?
 - ¿Cubre los contratos entre inversionistas y Estados?
 - ¿Cubre los contratos entre inversionistas y terceros? En algunas circunstancias, puede haber motivos para que la agencia de inversiones supervise los contratos entre los inversionistas y determinados tipos de terceros, por ejemplo, las comunidades locales, los titulares legítimos de derechos de tenencia, los trabajadores y las pequeñas y medianas empresas locales, quienes se verían muy afectados por el incumplimiento del contrato por parte del inversor, y carecen de recursos para supervisar el cumplimiento y exigir responsabilidades al inversor.
- ¿De qué poderes y recursos necesita disponer la autoridad de inversión para desempeñar eficazmente su función de supervisión y control?
 - ¿Es la autoridad de inversión responsable de supervisar el cumplimiento de otras leyes por parte de los inversores?
 - En caso afirmativo, ¿qué leyes? Por ejemplo, leyes relacionadas con el trabajo, los impuestos y el medioambiente.
 - En caso afirmativo, ¿qué disposiciones? Por ejemplo, ¿disposiciones sustantivas y procesales/administrativas?
 - ¿Es necesario conferir a la autoridad de inversiones nuevos poderes regulatorios, por ejemplo, la capacidad de realizar inspecciones sin previo aviso en las instalaciones del proyecto, facultades de registro, la capacidad de exigir entrevistas, informes y la presentación de documentos?
 - ¿Cómo debe coordinar la autoridad de inversiones su trabajo con los investigadores de otros organismos, por ejemplo, con la policía, la autoridad ambiental o los inspectores de trabajo?
- ¿Debería la ley de inversión imponer obligaciones adicionales a los inversores para facilitar esta función de supervisión y control, y aliviar la carga administrativa de la autoridad de inversiones?



- ¿Debería exigirse a los inversores de cierta envergadura, o que posean determinados permisos, que informen periódicamente sobre el cumplimiento de las condiciones de sus permisos o de la legislación nacional aplicable en general?
- ¿Qué tipo de poderes coercitivos debería tener la autoridad de inversiones para reparar las violaciones que detecte durante sus actividades de supervisión y control?
 - ¿Puede la autoridad de inversiones imponer multas o sanciones inmediatas por incumplimientos? ¿Revocar o suspender los beneficios otorgados en virtud de la ley de inversión? ¿Iniciar procedimientos penales o civiles por incumplimiento?
- ¿Cuáles son los riesgos de conferir funciones regulatorias a una autoridad de inversiones que también pueda tener el mandato de promover y retener la inversión extranjera?
 - ¿Existen formas de separar las funciones de la autoridad de inversiones relacionadas con la promoción de las inversiones, de las que conciernen el control y la supervisión?
 - ¿Garantiza la estructura de gobernanza de la autoridad de inversiones que las funciones de supervisión y control no se vean desplazadas por el mandato de promoción de la inversión? Reconocer claramente que el objetivo final de la ley de inversión es promover el desarrollo sostenible —y no maximizar la inversión— puede ser un primer paso importante en este sentido.

4.3.7 Consideraciones relativas al diseño y operación de las leyes de inversión que establecen sistemas de gestión de las controversias en materia de inversión

Esta función debe abordarse con cautela debido a los riesgos jurídicos y financieros que puede plantear. Como se ha señalado anteriormente en la sección 3, existen varios enfoques posibles que puede adoptar una ley de inversión para resolver controversias. Estos enfoques se sitúan en un espectro: en un extremo, el consentimiento por adelantado al arbitraje internacional en materia de inversiones, un enfoque que conlleva graves riesgos y que debe evitarse. En el otro extremo, la reafirmación de que los tribunales nacionales tienen jurisdicción exclusiva sobre todas las controversias relacionadas con las inversiones. Una opción intermedia es reconocer la facultad de las entidades estatales para consentir el arbitraje internacional en materia de inversiones, ya sea caso por caso, en contratos individuales o con respecto a controversias individuales a medida que estas vayan surgiendo. Estas opciones afectan a cuestiones profundas relacionadas con la soberanía del Estado y el papel del poder judicial nacional, por lo que merecen una consideración cuidadosa.

Una vez que un Estado ha resuelto estas cuestiones de alto nivel en cuanto al foro/s adecuado/s para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, surgen otros asuntos. En nuestra opinión, nunca es aconsejable que un Estado otorgue consentimiento por adelantado al arbitraje entre inversionistas y Estados en una ley de inversión. Por lo tanto, las preguntas que siguen a continuación señalan otras opciones:



- Si los tribunales nacionales van a tener jurisdicción exclusiva sobre las controversias en materia de inversiones, ¿necesitan capacidad, apoyo o recursos adicionales para desempeñar esta función de manera eficaz y expeditiva?
 - ¿Debería haber programas de formación y creación de capacidades para los jueces sobre cuestiones relativas al derecho de las inversiones, o apoyo administrativo específico para las controversias en materia de inversiones?
 - ¿Deberían establecerse plazos u objetivos para la gestión y la solución de controversias en materia de inversiones por parte de los tribunales nacionales?
 - ¿Debería preverse la mediación y otras formas alternativas de solución de controversias?

- Si una ley de inversión reconoce, en principio, la validez de la ISDS, sujeto a un acuerdo específico entre la entidad estatal pertinente y el inversionista donde se establezca el consentimiento de ambos, ¿debería la ley también prever un marco que regule el proceso mediante el cual las entidades estatales pueden otorgar su consentimiento? De ser así,
 - ¿Existen determinados umbrales de inversión, sectores prioritarios u otros criterios basados en la naturaleza y la identidad del inversionista y la inversión que sirvan de orientación para determinar cuándo es apropiado el arbitraje?
 - ¿Qué institución o instituciones y/o funcionarios están facultados para dar consentimiento al arbitraje en nombre del Estado?
 - ¿Qué normas de procedimiento arbitral aceptará el Estado?
 - ¿Se exigirá al inversionista que agote los recursos internos antes de que el Estado brinde su consentimiento al arbitraje?
 - ¿Qué acuerdos arbitrales deben establecerse? Por ejemplo, ¿debe el arbitraje ser administrado por un centro de arbitraje internacional con sede en el país o la región?

- En otra publicación del IISD, se ha analizado en profundidad el diseño y funcionamiento de las agencias nacionales de prevención y gestión de controversias (DPMA, por sus siglas en inglés).¹⁵⁵ Las cuestiones identificadas en ese informe son igualmente pertinentes para evaluar si una ley de inversión debe establecer una institución de este tipo y, en caso afirmativo, cómo hacerlo:
 - ¿Qué problema de políticas pretende resolver la DPMA? ¿El objetivo es atraer y retener la inversión extranjera, gestionar los riesgos jurídicos para el Estado o algo más?
 - ¿Cómo interactuará la DPMA con otras agencias gubernamentales? ¿Qué poderes tendrá y qué mecanismos de responsabilidad y supervisión se establecerán para prevenir la captura y la corrupción dentro de la DPMA?

¹⁵⁵ Bonnitcha & Williams, nota 138 *supra*.



- ¿Qué tipos de controversias en materia de inversiones son apropiados para la intervención de una DPMA? ¿Hay algún tipo de controversia que la DPMA no deba intentar resolver?
- En la medida en que sea apropiado que una DPMA intente resolver una controversia, ¿qué marco jurídico o regulatorio debería aplicar la agencia para evaluar la controversia y analizar las opciones para resolverla?
- ¿Qué mecanismos de control y evaluación deberían establecerse para examinar la eficacia de la DPMA y garantizar el aprendizaje a lo largo del tiempo?
- ¿Qué criterios de evaluación deben adoptarse para garantizar que la DPMA no se exceda en retener y promover la inversión a expensas de otros intereses o prioridades políticas?

©2023 International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible

Oficina central

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700
Sitio web: www.iisd.org
Twitter: @IISD_news



[iisd.org](http://www.iisd.org)