

RESUMEN EJECUTIVO

Replanteamiento de las leyes nacionales de inversión

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

Jonathan Bonnitcha, Suzy H. Nikiéma,
y Taylor St John
julio 2023

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.

© 2023 The International Institute for Sustainable Development
Published by the International Institute for Sustainable Development

This publication is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The International Institute for Sustainable Development (IISD) is an award-winning independent think tank working to accelerate solutions for a stable climate, sustainable resource management, and fair economies. Our work inspires better decisions and sparks meaningful action to help people and the planet thrive. We shine a light on what can be achieved when governments, businesses, non-profits, and communities come together. IISD's staff of more than 200 people, plus over 150 associates and consultants, come from across the globe and from many disciplines. With offices in Winnipeg, Geneva, Ottawa, and Toronto, our work affects lives in nearly 100 countries.

IISD is a registered charitable organization in Canada and has 501(c)(3) status in the United States. IISD receives core operating support from the Province of Manitoba and project funding from governments inside and outside Canada, United Nations agencies, foundations, the private sector, and individuals.

Head Office

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

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: iisd.org

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



iisd.org