

# Los acuerdos de protección de inversiones: beneficios y problemas

## PRIMERA ENTREGA

● POR GONZALO LORENZO, SOCIO DE SCELZA & MONTANO

Desde la década de los 90 el Uruguay ha celebrado una gran cantidad de acuerdos bilaterales de protección de inversiones (BIT)<sup>1</sup>. Muchos han pasado desapercibidos y otros han adquirido gran notoriedad.

Sintetizando al máximo, podemos decir que los BIT establecen normas por las cuales se garantiza a los inversores extranjeros la igualdad de trato respecto de los inversionistas nacionales y eventualmente la nación más favorecida, el libre flujo de capitales y rendimientos (dividendos, intereses, etc.) y un sistema de resolución de controversias entre el inversionista y el país receptor de las inversiones.

El último punto relativo a la resolución de controversias ha sido

quizás el de mayor notoriedad pública, dado que Uruguay se vio recientemente envuelto en un procedimiento internacional de gran envergadura y trascendencia mediática, al ser reclamado por las firmas Philip Morris Brands Sàrl, Philp Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. en base al tratado de protección de inversiones entre Uruguay y la Confederación Suiza (caso CIADI n.o ARB/10/7). El resultado fue positivo para Uruguay, pero lo sometió a un importante vía crucis, de alto costo en dinero y en incertidumbre.

La igualdad de trato a la inversión extranjera —como política general— no implica un gran problema para Uruguay, puesto que desde siempre ha tenido una política abierta y no discriminatoria

en este sentido y, además, el país ya cuenta con una ley interna que generaliza esta protección más allá de la existencia de los BIT. Es el caso de la ley de protección de inversiones n° 16 906 del 7 de enero de 1998<sup>2</sup>. Podemos decir que se trata de dar a los inversores extranjeros un tratamiento justo y equitativo.

Las cuestiones que más problemas han generado son el alcance de la protección dada a los inversores extranjeros, sus derechos en relación al derecho del Estado a fijar, mantener, promover y eventualmente variar sus políticas públicas y, finalmente, la eficacia y conveniencia del sistema de resolución de controversias.

Comentaremos aquí un par de problemas que se han generado.

<sup>1</sup> Conocidos habitualmente por sus siglas en inglés, como BIT: *Bilateral Investment Treaty*. Aparecen publicados en la página oficial del IMPO más de 20 tratados de este tipo aprobados por Uruguay.

<sup>2</sup> Transcribimos los primeros artículos, esenciales para mostrar lo que venimos diciendo:

Artículo 1 (Interés nacional). Declárase de interés nacional la promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros en el territorio nacional.

Artículo 2 (Igualdad). El régimen de admisión y tratamiento de las inversiones realizadas por inversores extranjeros será el mismo que el que se concede a los inversores nacionales.

Artículo 3 (Requisitos). Las inversiones serán admitidas sin necesidad de autorización previa o registro.

Artículo 4 (Tratamiento). El Estado otorgará un tratamiento justo a las inversiones, comprometiéndose a no perjudicar su instalación, gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

Artículo 5 (Libre transferencia de capitales). El Estado garantiza la libre transferencia al exterior de capitales y de utilidades, así como de otras sumas vinculadas con la inversión, la que se efectuará en moneda de libre convertibilidad.

### LOS 3 BIT QUE ADQUIRIERON NOTORIEDAD PÚBLICA

Tres BIT han adquirido clara notoriedad pública. El primero es el celebrado con Finlandia, aprobado por ley 17 759 del 12 de mayo de 2004. Se dice —la fecha de aprobación es sintomática— que la firma de este tratado permitió la primera megainversión privada de la firma BOTNIA destinada a la construcción de una fábrica de pasta de celulosa (continuada por luego por UPM), aunque es evidente que se produjo también por otros beneficios que el país otorgó a estos inversores, en particular, la calidad de Zona Franca de enclave de la inversión industrial. Beneficio que se reiteró con la segunda fábrica de pulpa de celulosa construida por Montes del Plata.

Este tratado no ha generado mayores problemas entre Uruguay y estos inversores, descontando claro está la controversia internacional con Argentina, que no se origina en este BIT, sino en el Tratado del Río Uruguay.

El segundo BIT que adquirió gran notoriedad es el ya mencionado con la Confederación Suiza aprobado en 1988 y que entró en vigor en 1991. En este acuerdo fundó Philip Morris su demanda arbitral ante al CIADI. El laudo pronunciado en 2016 da la razón a Uruguay en varios aspectos objeto de la controversia, en particular en cuanto a que Uruguay no ha hecho perder al inversor

el uso, goce y crecimiento de su inversión mediante medidas arbitrarias (art. 3 (1) del Tratado, pág. 141 y siguientes del Laudo).

También declara que el hecho de haber inscripto marcas no implica para Uruguay un compromiso de intangibilidad total al amparo del artículo 11 del BIT y, por ende, no hubo violación de ningún compromiso en ese sentido de parte de Uruguay. El titular de la marca no tiene un derecho absoluto de uso, exento de toda regulación, sino una protección contra terceros (numeral 271 pág. 83 del Laudo). No existió tampoco expropiación directa ni indirecta, mientras persista, como quedó demostrado, un valor suficiente luego de las medidas impugnadas por el inversor (numeral 286, pág. 89 del Laudo). Y más aún, y esto quizás es lo más trascendente desde el punto de vista de los poderes del Estado, el Tribunal sostiene que las medidas adoptadas por Uruguay son el ejercicio válido de sus potestades de policía (en este caso sanitaria) y por lo tanto

están exentas del deber indemnizatorio de una expropiación al amparo del artículo 5 (1) del BIT correspondiente. La protección de la salud pública es una manifestación esencial del poder de policía de los estados, pudiéndose los estados negarse a recibir inversiones si se perjudica ese bien público esencial (numeral 291, pág. 90 del Laudo).

Este fallo, por lo tanto, resulta esencial para deslindar los derechos de los inversores respecto de los poderes regulatorios de policía de cada Estado, aun cuando en el caso se refiere al poder de policía sanitario. Esto, al margen del triunfo político internacional que supuso para Uruguay la preservación de la lucha contra los efectos nocivos contra el tabaquismo, bajo el liderazgo insoslayable del presidente de la República.

*Continuará en la edición de abril 2017, Revista de Negocios del IEEM n.o 88.*

