

# Regulación de la definición de Inversión Extranjera en Cuba: una contradicción entre la promoción, protección y responsabilidad legal

## *Regulation of the Definition of Foreign Investment in Cuba: A Contradiction between Promotion, Protection and Legal Responsibility*

**Ernesto Caballero Álvarez**

Asesor Jurídico, TRECOM Componentes S.L.  
Cuba

[ernestocaballeroal@outlook.com](mailto:ernestocaballeroal@outlook.com)



0000-0002-1452-410X

**Claudia Sánchez Pérez**

Marcaribe International Turismo SLU  
Cuba

[claudisp2@gmail.com](mailto:claudisp2@gmail.com)



0000-0003-1272-0614

### RESUMEN

*La falta de una definición homogénea y precisa del término de inversión extranjera en el ordenamiento jurídico cubano, más específicamente en los APPRIs suscritos por la República de Cuba, conlleva un exceso de protección al posible inversionista en detrimento de la inmunidad jurisdiccional del Estado cubano, quien ha asumido renunciar a su inmunidad jurisdiccional a favor de la protección de los inversionistas extranjeros, conforme establece las definiciones de inversión extranjera establecidas por la jurisprudencia arbitral. Lo anterior implica que cualquier sujeto que pueda calificar como inversionista extranjero, al amparo de los APPRIs, pueda iniciar un proceso arbitral contra el Estado cubano en cortes y tribunales internacionales, por supuesta desprotección de una inversión que no represente una asunción de riesgos en el negocio, la expectativa de obtener beneficios y una contribución al desarrollo del país, según establece la Ley de Inversión Extranjera.*

*Palabras clave: definición de inversión extranjera, protección jurídica, inversionista extranjero, inversión.*

### ABSTRACT

*The lack of a homogeneous and precise definition of the term foreign investment in the Cuban legal system, more specifically in the APPRIs signed by the Republic of Cuba, leads to an excess of protection for potential investors to the detriment of the jurisdictional immunity of the Cuban State, which has agreed to waive its jurisdictional immunity in favour of the protection of foreign investors, in accordance with the definitions of foreign investment established by arbitration jurisprudence. This means that any person who qualifies as a foreign investor, under the protection of the APPRIs, can initiate arbitration proceedings against the Cuban State in international courts and tribunals, for allegedly failing to protect an investment that does not represent an assumption of business risks, the expectation of obtaining benefits and a contribution to the country's development, as established in the Foreign Investment Law.*

*Keywords: definition of foreign investment, legal protection, foreign investor, investment.*

## Introducción

El surgimiento de una economía cada vez más globalizada, además de la impostergable necesidad de los países subdesarrollado y en vías de desarrollo de adquirir financiamiento externo, tecnologías, mercados internacionales, así como insertar sus productos locales en cadenas de valor, ha contribuido a la creciente liberalización de las inversiones extranjeras, provocando con ello una gran cantidad de cambios beneficiosos en las estructuras normativas y políticas de inversión de estos países; por lo que en la actualidad existe fuerte competencia de sistemas normativos y políticos para atraer y promover el establecimiento de inversionistas extranjeros. No obstante, estos propósitos deben marcarse y ejecutarse en un ambiente que pondere las garantías y protección a las inversiones, y a su vez no exponga la responsabilidad internacional del Estado ante inversionistas foráneos que por la naturaleza y dimensión de su inversión no tienen un impacto significativo en la economía y sociedad del Estado receptor de la inversión, así como contradictoriamente pueden no configurar como tal al amparo de la Ley de Inversión Extranjera del Estado receptor de la inversión.

La liberalización y flexibilización en la promoción y protección a las inversiones extranjeras, no debe utilizar como bandera la conceptualización del término en sí, y por el contrario sí debe enfocarse en facilitar el proceso de autorización y establecimiento, así como fortalecer las normas de trato concedido a los inversores extranjeros, perfeccionar el funcionamiento de los mercados internos, y

aplicar las normas jurídicas que mejoren el clima empresarial.

La apertura de la economía cubana no ha quedado ajena a estas tendencias, de ahí que la conceptualización y actualización del modelo económico cubano, ha repercutido de manera considerable, en el incremento de proyectos de inversión extranjera en el escenario cada vez más competitivo del mercado y ordenamiento jurídico cubano. Producto de ello, Cuba cuenta hoy con una gran cantidad de inversionistas extranjeros que exigen la protección que al amparo de la legislación cubana e internacional aplica a su negocio, entre ellas y a los efectos de la presente investigación, la Ley No. 118 “Ley de la Inversión Extranjera” y los Acuerdos para la Protección Recíproca de Inversiones, en lo adelante APPRI<sup>1</sup>, suscritos por la República de Cuba. Ambas disposiciones normativas contribuyen a la creación de condiciones favorables para los inversionistas que pretenden incrementar la inversión de capital foráneo en la economía cubana, así como un esquema de garantías legales que aseguren la factibilidad y continuidad de los negocios, la cual se establece a través de una conceptualización de inversión extranjera que sin mucho detenimiento en el análisis remarca amplias diferencias y consecuencias. No obstante, es fácil reconocer que la protección fundamental y básica, emana fundamentalmente de una correcta y ajustada definición del propio término de inversión extranjera.

La Ley No. 118 “Ley de la Inversión Extranjera”, publicada en la Gaceta Oficial

Extraordinaria Número 20, en fecha 16 de abril de 2014, establece en su glosario de términos, específicamente en su artículo 2, apartado k), que la inversión extranjera es aquella

*aportación realizada por inversionistas extranjeros en cualesquiera de las modalidades previstas en la Ley, que implique en el plazo por el que se autorice, la asunción de riesgos en el negocio, la expectativa de obtener beneficios y una contribución al desarrollo del país.*

Sin embargo, la mayoría de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección recíproca a las inversiones extranjeras suscritos por la República de Cuba, específicamente el Tratado suscrito con el Reino de España, establece en su artículo 1, apartado 2, que inversiones es «todo tipo de activos, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión (...)».

Una y otra definición requiere un análisis en contexto, que conlleven a consecuencias legales distintas y contrapuestas, pues la definición regulada en la Ley No. 118 “Ley de la Inversión Extranjera”, exige *per se* una interpretación a los efectos del establecimiento del inversionista extranjero, adoptando para ello, una de las modalidades expresamente autorizadas en dicha Ley, es decir, que su definición solo tiene un efecto habilitante del establecimiento como inversionista extranjero; sin embargo la definición estipulada en el APPRI suscrito entre la República de Cuba y el Reino de España, por ejemplo, exige *per se* una interpretación a los efectos de proteger al inversionista extranjero, de

cualquier acto del Estado cubano que pretenda o haya obstaculizado la gestión, mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta o en su caso, la liquidación de tales inversiones.

En tal sentido, y a pesar de que la definición regulada en la Ley No. 118, es mucho más precisa y conforme a las tendencias jurisprudenciales arbitrales, su interpretación y aplicación cede, en el contexto de los conflictos internacionales, ante la establecida en los APPRI suscritos por la República de Cuba, y en su virtud, la responsabilidad del Estado cubano está marcada por la definición de inversión establecida en estos Tratados, la cual es mucho más amplia y generalizada, y con ello garantiza en su detrimento, ampliar el espectro de protección subjetivo y objetivo de las inversiones extranjeras en la República de Cuba, pudiendo responder en algunos casos, por inversiones que como tal y establece la Ley No. 118, no representen asunción de riesgos, expectativas de obtener beneficios y una contribución al desarrollo del país, contraponiéndose en estos casos con los principios que la propia Ley regula a los efectos de garantizar el cometido de la norma en el impulso de la económica cubana<sup>2</sup>.

Ambos conceptos atentan contra la homogenización de la definición del concepto de inversión extranjera en el ordenamiento jurídico cubano, así como favorece la existencia de contradicciones y ambigüedades en relación a los elementos que identifican dicha institución, y consecuentemente garantiza la protección al amparo de los APPRI, de inversiones que en

virtud de la ley cubana no configuran como inversión extranjera.

La Ley No. 118 y los APPRIS deben establecer definiciones y tratamientos legales similares, ambos instrumentos legales deben complementarse y transmitir un efecto reflejo sobre su interpretación y aplicación, expresando con ello la voluntad y necesidad de la sociedad y el Estado cubano; ponderando los diferentes intereses que protegen, los de los inversionistas extranjeros y los del Estado cubano.

A partir de lo anterior, surgen diferentes puntos de interés investigativo con marcada influencia en la práctica del Arbitraje de Inversiones. Entre ellos se destaca lograr identificar cuáles son los elementos identificadores que permiten una correcta conceptualización del término inversión extranjera, vinculado al hecho de que la actual definición que consta en la mayoría de los APPRIs suscritos por la República de Cuba, representan un exceso de protección internacional a las inversiones, y en su virtud una exposición a la inmunidad jurisdiccional del Estado cubano, por «inversiones» no acordes a los intereses sociales y políticos del Estado.

### **Definición y alcance del concepto de inversión extranjera**

Las definiciones cumplen numerosas funciones en el marco del Derecho, pero sin lugar a dudas, una de las más importantes es definir y enmarcar el alcance y consecuencias jurídicas de las instituciones legales que actúan en el tráfico jurídico. El término inversión y a los efectos de la presente investigación es sumamente

importante teniendo en cuenta que el término regularmente se encuentra establecido en las leyes locales y en los tratados de promoción y protección a las inversiones, y en el caso de este último instrumento legal, deriva la protección del inversionista extranjero ante Cortes Internacionales, y por tanto la renuncia del Estado receptor de la inversión a su inmunidad soberana para que sea cuestionado y resuelto un posible incumplimiento de lo establecido en el Tratado por el Estado protector.

También tómesese en cuenta que una apropiada definición permite un trato idóneo, objetivo y conforme a la realidad de la inversión, dejando espacios muy cercados a los efectos de evitar disímiles interpretaciones por parte de tribunales internacionales, que como se ha planteado anteriormente, suelen inobservar las definiciones de los Tratados y aplicar las que consideran apropiadas al caso en concreto.

El término inversión debe contemplar y proteger ambos intereses, el del inversionista y el del Estado receptor de la inversión, pues es evidente que el Estado que suscribe un APPRI necesita de la inversión extranjera y el inversionista necesita de seguridad jurídica y protección de su inversión; todo ello imbricado en un contexto marcado por el aumento de las controversias entre los inversores y los Estados. El aumento repentino de las controversias sobre inversiones surgidas de los APPRIS y el costo que estos representan, demuestra que los Estados deben negociar con prudencia el alcance y definición del término «inversión» y también seguir de cerca la evolución de las controversias

a fin de ser sensibles a las acciones que debería ejecutar para evitar dichas discrepancias por definiciones erráticas o no ajustadas a la realidad.

Igualmente, debe entenderse que como se ha explicado, la consecuencia e importancia medular del concepto de inversión radica en el hecho de la responsabilidad que se deriva del término *in comento*, habida cuenta que una mala conceptualización implica un exceso de protección jurídica al «inversionista» o en el peor de los casos a supuestas inversiones que carece de importancia o trascendencia para el Estado receptor de la inversión.

Los acuerdos y tratados internacionales plantean difíciles cuestiones normativas que son objeto en muchos casos de duras negociaciones entre las partes. No deberían, pues, entenderse como formulaciones objetivas del significado de los términos, sino como parte del contenido normativo del acuerdo, pues determinan el grado y la forma en que habrán de aplicarse las demás disposiciones. Por consiguiente, las decisiones sobre la definición de los términos deberán adoptarse caso por caso, teniendo en cuenta los fines y las circunstancias de las negociaciones, pero bajo una premisa fundamental y posiciones generales medulares, que marquen el derrotero y cerca de los términos y necesidades a proteger, acorde siempre a los estándares internacionales y las circunstancias y necesidades del propio Estado receptor de la inversión, su normativa interna y la exigencias del inversionista para realizar una inversión y mantenerla en el tiempo.

### Algunas definiciones generales

El Diccionario Manual de la Lengua Española define que la palabra inversión, en su sentido corriente, significa el «Empleo de una cantidad de dinero en una cosa para conseguir ganancias»<sup>3</sup>. Igualmente, el Diccionario Enciclopédico Larousse (2009), precisa que, en el marco económico, se define la palabra inversión como sigue: «En sentido estricto, conversión de capitales monetarios en bienes de producción. Este término designa también toda colocación de dinero (normalmente bajo forma de compra de valores) con objeto de obtener un beneficio o interés».

Del mismo modo, el Diccionario Económico de la Expansión indica que «Una inversión supone la renuncia a la satisfacción inmediata y cierta que producen los recursos financieros invertidos, a cambio de la esperanza de obtener en el futuro un beneficio incierto derivado de los bienes en los que se invierte». ([www.expansion.com/diccionario-economico/inversion.html](http://www.expansion.com/diccionario-economico/inversion.html))

En relación a la inversión extranjera en particular, no pocos organismos internacionales se han pronunciado sobre el concepto de inversión extranjera, específicamente la directa. En ese sentido, se destaca la definición del Fondo Monetario Internacional (FMI, 1994): «La IED, se da cuando un inversionista residente («inversionista directo»), tiene como objetivo obtener una participación duradera en una empresa residente en otra economía o país («empresa de inversión directa»)» (parraf. 359);

la de la División de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD):

*La inversión extranjera directa refleja el interés de largo plazo de una entidad residente en una economía (inversor directo) en una entidad residente en otra economía (inversión directa). Cubre todas las transacciones entre los inversores directos y la inversión directa, lo cual significa que cubre no sólo la transacción inicial, sino que también las transacciones subsecuentes entre las dos entidades y el resto de empresas afiliadas.*

Por su parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC, 1996) plantea que

*La inversión extranjera directa ocurre cuando un inversor establecido en un país (origen) adquiere un activo en otro país (destino) con el objetivo de administrarlo. La dimensión del manejo del activo es lo que distingue a la IED de la inversión de portafolio en activos, bonos y otros instrumentos financieros. En la mayoría de los casos, el activo es administrado en el extranjero como firma del mismo negocio. Cuando esto sucede, el inversor se conoce como «casa matriz» y el activo como «afilada» o «subsidiaria».*

La concepción de lo que constituye inversión ha ido cambiando con el tiempo a medida que lo hacía la naturaleza de las relaciones económicas internacionales, y en la medida que el desarrollo de los activos puestos a disposición de las inversiones extranjeras directas iban adquiriendo protección jurídica y valor económico fundamental, los tribunales y los ordenamientos jurídicos internos iban ajustándose a las necesidades de ajustar sus intereses en función de su desarrollo económico y su estabilidad legal para atraer y proteger a sus inversionistas. En tal

sentido, es objetivo de este estudio comenzar el análisis de la conceptualización del término de inversión extranjera desde la norma jurídica cubana.

### **Definición de la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico cubano**

La Ley No. 118, en su artículo 2, apartado k, establece que inversión extranjera es aquella aportación realizada por inversionistas extranjeros en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley, que implique en el plazo por el que se autorice, la asunción de riesgos en el negocio, la expectativa de obtener beneficios y una contribución al desarrollo del país. Esta definición, regula varias instituciones claves y definitorias que deben ser analizadas de forma independiente, pero a su vez interrelacionadas, a los efectos de comprender el alcance y fundamento de la inversión extranjera, a saber, de las cuales se encuentran: Aportación, Inversionista extranjero, modalidades de inversión extranjera, asunción de riesgos, expectativas de obtener beneficios y contribución al desarrollo local.

La aportación en un negocio de inversión extranjera representa cualquier transmisión o disposición de un activo tangible o intangible que el inversionista extranjero pretenda rentabilizar en un negocio. La propia Ley No. 118, en su artículo 18.1 establece a manera de lista cerrada, pero bajo un espectro bien generalizado y amplio, que los activos considerados como aportaciones, son las aportaciones dinerarias, maquinarias, equipos, u otros bienes tangibles, derechos de propiedad intelectual y otros

derechos sobre bienes intangibles; derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales sobre estos, incluidos los de usufructo y superficie; así como otros bienes y derechos. En el caso de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles será un caso bien particular y *sui generis*, en relación con el resto de los activos que se regulan, pues difícilmente el inversionista extranjero, previo a la constitución del negocio pueda ser titular de un derecho de esta naturaleza en el territorio cubano.

La aportación se realiza con la pretensión y fundamento de capitalizar y financiar la inversión, y por tanto lleva implícita o presupone una expectativa de obtener beneficios para la parte que dispuso de la misma. De esta forma, la expectativa, condiciona a que la aportación pueda representar un beneficio para la inversión y que por tanto sea objetiva, pertinente y útil; esta debe estar acorde a la inversión, pues de lo contrario, difícilmente podrá generar una expectativa de obtener beneficios.

El propio concepto de inversión extranjera, establece un presupuesto subjetivo imprescindible, tal cual es la condición de inversionista extranjero, y que según lo establecido en el artículo 2, apartado 1, es aquella persona natural o jurídica, con domicilio y capital en el extranjero, que participa como accionista en una empresa mixta o participe en una empresa de capital totalmente extranjero o figure como parte en un contrato de asociación económica internacional. Es decir, que la consideración y atribución de la condición de inversionista extranjero la otorga, primeramente, el hecho de

que se adopte (y se autorice) el establecimiento bajo una de las modalidades de inversión extranjera, a saber: empresa mixta, empresa de capital totalmente extranjero, o contrato de asociación económica internacional; así como que el inversionista tenga domicilio y capital en el extranjero. El título habilitante otorgado por la autoridad correspondiente, acredita la condición de inversionista extranjero y por ende da paso a que pueda concretarse la inversión extranjera. En tal sentido, dichas modalidades representan una especie de filtro administrativo a los efectos de lograr la condición de inversionista extranjero y de circunscribir el concepto de inversión extranjera.

Igualmente, la propia definición establece que todos estos presupuestos, deben tributar a la contribución al desarrollo del país, elemento de interpretación un tanto ambiguo, pues carece de definición propiamente dicha. No obstante, de un análisis exegético de la propia ley, es dable advertir qué puede interpretarse por «desarrollo del país», si la inversión ha logrado diversificar y ampliar el mercado de exportación, ha permitido el acceso a tecnologías de avanzada, ha representado sumas cuantiosas en los propósitos de disminuir las importaciones, ha permitido obtener financiamiento de divisa, ha creado nuevas fuentes de empleos, ha transmitido know how y ha facilitado encadenamientos productivos.

A guisa de conclusiones parciales, puede plantearse que tanto la definición de inversión extranjera como inversionista extranjero, que la Ley No. 118 establece, representa un concepto

concreto, y de utilidad práctica, pues asegura que la condición de inversionista extranjero se obtenga conforme se establece en la propia ley, y que la inversión que desarrolle sea en beneficio de la sociedad y el Estado cubano, como Estado receptor de la inversión. No obstante, y a los efectos del objetivo de la presente investigación, es dable advertir que la definición de inversionista extranjero debió haber cerrado el ciclo conceptual y relacionarlo con el de inversión extranjera conceptualizando al inversionista extranjero como aquella persona natural o jurídica, con domicilio y capital en el extranjero, que participa como accionista en una empresa mixta o participe en una empresa de capital totalmente extranjero o figure como parte en un contrato de asociación económica internacional y desarrolle o pretenda desarrollar una inversión que contribuya al desarrollo del país.

### **Concepto de inversión extranjera según la práctica normativa de los APPRIIs suscritos por la República de Cuba**

La mayoría de los APPRIIs suscritos y vigentes por la República de Cuba y terceros Estados, definen un modelo o práctica uniforme de conceptualización de inversionistas e inversión extranjera, muy diferente al establecido en la Ley No. 118, acorde con la política y circunstancias que en el momento de la suscripción de la mayoría de dichos tratados prevalecía, la cual era sin dudas, la promoción de la inversión extranjera con base a la seguridad jurídica de las inversiones.

Bajo ese propósito, inversionista es toda persona (física o jurídica) que con relación a cada una de las partes contratantes tengan la nacionalidad de ese Estado, y en el caso de las personas jurídicas, o que estén organizadas según el derecho de esta parte contratante y tengan su sede en el territorio de esa misma parte contratante. Dicho concepto ignora la condición que el nacional del Estado que solicita la protección del APPRIIs, configure como inversionista extranjero según lo establecido en la legislación del país receptor de la inversión, que, en el caso de Cuba, es estructurar su inversión bajo algunas de las modalidades de inversión extranjera establecidas en la Ley No. 118. No obstante, es lógico deducir que sería muy difícil conciliar dicha posición en un Tratado Bilateral Internacional, pues cada Estado tiene sus especificidades en cuanto a las regulaciones que establece relativo a la inversión extranjera; pero una posición intermedia, beneficiosa y justa para ambos Estados, hubiera sido (y puede ser) que la condición de inversionista extranjero está condicionado al cumplimiento de lo establecido en materia de inversión extranjera en cada Estado parte del Tratado. De esta manera la protección del APPRIIs, estaría limitada por la condición asumida por el inversionista al momento de solicitar y ser autorizado su establecimiento.

En relación con el concepto de inversión, la tendencia normativa de estos Tratados suscritos por Cuba con terceros Estados, fue concebirla como todo tipo de activos, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la

inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- Acciones y otras formas de participación en sociedades.
- Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, han sido o no capitalizados.
- Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipoteca, derechos de prenda, usufructos, y derechos similares.
- Todo tipo de derecho en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de inversión y marca de comercio, así como licencia de fabricación, *know how* y *good will*.
- Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

Dicha definición general de inversión, le asegura protección jurídica al amparo del APPRI, a cualquier persona (física o jurídica) que con relación a cada una de las partes contratantes tengan la nacionalidad de ese Estado, invierta o adquiera cualquier activo conforme a la legislación del país receptor de la inversión.

Aunque pareciera interpretarse que por los ejemplos que se referencian, los activos deben

representar la adopción de alguna modalidad de inversión extranjera prevista y regulada en el país receptor de la inversión, lo cierto es que la propia expresión indeterminada de «cualquier activo adquirido de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión», asegura que, no necesariamente en el caso de nuestra legislación, el activo represente un derecho adquirido conforme a la aportación que se realice por un inversionista extranjero en cualesquiera de las modalidades previstas en la Ley cubana.

Dicho esto, es fácil notar que entre las contradicciones que hoy existen entre estos Tratados suscritos y la Ley de Inversión Extranjera, se encuentra el hecho de que, según lo estipulado en los APPRIs, la condición de inversionista extranjero no lo otorga el domicilio y capital proveniente del extranjero, y sí la nacionalidad (lugar de nacimiento) del inversionista; así como que la definición de inversión extranjera, no la condiciona el hecho de realizar una aportación en una empresa mixta, empresa de capital totalmente extranjero o contrato de asociación económica internacional, y sí la adquisición de cualquier activo conforme a la legislación cubana.

Téngase en cuenta que si por «activo» se entiende todo bien del cual su propietario espera obtener beneficios económicos en el futuro, entonces según lo estipulado en el APPRI, inversión extranjera sería entre otros ejemplos, que un nacional de otro Estado (Parte suscriptora del APPRI), adquiera un inmueble en una sociedad inmobiliaria, un inmueble comprado a un titular legítimo, un vehículo motor comprado

o adquirido de un titular legítimo, gestionar y ser titular de un negocio desarrollado conforme a las actividades autorizadas para el ejercicio por cuenta propia en Cuba, etc. Esta situación se torna bien complicada, pues como es lógico, el fundamento de la atribución de condición de inversionista extranjero y definición de inversión extranjera regulado en los APPRI suscritos por Cuba, dista de lo regulado en la Ley de Inversión Extranjera, y consecuentemente, es titular de la protección que brinda estos tratados, con la consecuencia que deriva tal protección, cual es fundamentalmente, la posibilidad de litigar alguna controversia entre el inversionista y el Estado cubano en cortes de arbitrajes internacionales.

Tal y como se explicaba anteriormente, dicha definición tuvo su fundamento en las ansias y necesidad del Estado cubano en promover y atraer inversión extranjera al país, además de que representa una de las modalidades que suelen asumir los Estados para la definición de dichos conceptos, lo cual no significa que sea, en estos tiempos de apertura económica, la mejor solución legal a la dicotomía conceptual de estos conceptos trascendentales.

Si se mantiene el predominio actual de la definición amplia basada en los activos aumentará el riesgo de que transacciones que no se consideraban inversiones en el momento de la concertación del acuerdo puedan acogerse a la protección de este, gracias al carácter abierto de la definición. Muchos APPRI que contienen una definición amplia basada en los activos, como los suscritos por Cuba, incluyen en ella los «títulos

de crédito y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor financiero». Con ello se puede dar a entender que el concepto de «inversión» abarca incluso las transacciones comerciales ordinarias a menos que estén explícitamente excluidas. Ese tipo de formulación no parece exigir que los contratos sean contratos a largo plazo ni establece una distinción clara entre las transacciones que constituyen comercio de servicios y las que pueden considerarse como inversión en servicios. Con disposiciones tan poco restrictivas existe el peligro de que los tribunales arbitrales puedan ir incluyendo nuevos tipos de derechos contractuales entre los activos que pueden acogerse a protección al amparo de la definición amplia de inversión basada en los activos.

### **Consecuencias de la interpretación y alcance del término inversión extranjera en el ordenamiento jurídico cubano**

El paralelismo normativo conceptual del término de inversión extranjera regulado en el ordenamiento jurídico cubano, específicamente en la Ley No. 118 y en los APPRI suscritos por Cuba, trae consigo importantes consideraciones que tienen trascendencia legal, y en la mayoría de los casos, con amplias posibilidades de nefastas consecuencias en detrimento del Estado cubano. Ante un conflicto de ley aplicable y en el medio de un proceso arbitral internacional, al amparo del APPRI, el Estado cubano está en la obligación de proteger a inversionistas nacionales que no tienen la consideración de inversionista extranjero al amparo de la Ley No. 118, siendo irrelevante la definición enmarcada

en esta ley, pues la pretensión y fundamento del demandante que pretende tutela judicial efectiva, se encuentra protegida por la amplia definición que contienen los APPRIS suscritos por Cuba, a saber y como ya se ha explicado *ut supra*, definición fundamentada en una posición basada en los activos, sin limitación, condición, ni remisión a ley interna del Estado receptor de la inversión.

En ese sentido, muchas veces las tesis de defensa del Estado cubano, cuando ha resultado demandado por inversionistas extranjeros en cortes de arbitrajes internacionales, en el marco de un proceso de arbitraje de inversión, se han enfocado en demostrar que el inversionista que pretende protección y que alega incumplimiento de las obligaciones del Estado cubano, no tiene la condición de inversionista extranjero por no tener una inversión acreditada bajo una de las modalidades de inversión extranjera autorizada. Esta tesis de defensa se contrapone o tiene un alto riesgo, en el hecho de que evidentemente la protección ha sido solicitada y emana de lo establecido en el APPRI, que a su vez se contrapone a lo establecido en la normativa interna, debiendo ceder en tal sentido la posición de defensa en cuanto a la preponderancia del alcance y protección del APPRI. Dicha contradicción tiene como resultado evidente una interpretación de segundo plano de la normativa interna y por ende prevalece el compromiso para con un supuesto inversionista que no ha sido autorizado por las autoridades cubanas a establecer una inversión, bien porque no ha sido de interés del Estado cubano la propuesta presentada, bien porque no lo ha solicitado, en el

sentido de que ha vulnerado su derecho sobre cualquier activo adquirido bajo la ley cubana, dígase, como se ha referenciado: un inmueble, un vehículo automotor, una cuenta bancaria, un bien mueble de considerable valor (o no).

Dicha consideración ha sufrido los efectos de la interpretación y aplicación, por la jurisprudencia arbitral internacional del test de *Salini*, el cual a pesar de que surgió bajo un fundamento determinado, dígase la interpretación del artículo 25 del Convenio CIADI, ya es una tesis de aplicación internacional, que rige los requisitos que caracterizan el término de inversión, y que limita *per se*, las posiciones amplias y definiciones basadas en cualquier tipo de activo, como la que mantenemos en nuestros APPRIs. Tesis que se embiste con facultades suficientes como para limitar la generalidad de la definición del concepto de inversión extranjera.

En tal sentido, los tribunales arbitrales, han determinado en algunos casos alejarse de los límites impuestos por los tratados, y analizar caso a caso si el inversionista que pretende protección de un tribunal arbitral internacional, ciertamente ha invertido en el Estado receptor de la supuesta inversión, y que dicha inversión satisface las exigencias suficientes que derrumban la inmunidad jurisdiccional del Estado receptor, y por lo tanto puede ser sentenciado responsable por un tribunal fuera de su propia jurisdicción. Fundamentalmente aquí radica una de las cuestiones medulares de por qué debe considerarse con cautela la posibilidad de brindarle protección a un sujeto que dice haber

invertido en un activo, y es precisamente que el Estado receptor de la inversión ha renunciado expresamente a su inmunidad jurisdiccional, para que sus actos sean juzgados y analizados por un tribunal fuera del alcance de su fuero y jurisdicción. La renuncia a la inmunidad jurisdiccional del Estado debe estar ponderada por una inversión que haya sido considerable y acorde con los intereses de la sociedad y el Estado receptor de la inversión, y que ciertamente el inversionista haya asumido riesgos, su inversión haya sido duradera, y al menos debe haber contribuido al desarrollo del Estado receptor de la inversión. La renuncia a la inmunidad jurisdiccional no debe fundamentarse, en un caso banal pero posible, a una posible violación de derechos sobre la adquisición o disposición de un vehículo motor con treinta años de explotación.

Lógicamente, lo regulado en el APPRI es voluntad y Ley entre las partes, por lo que una posición contraria a lo recién planteado, puede oponerse en el sentido de defender que ha sido voluntad del Estado cubano proteger inversiones sobre cualquier activo, sin observar lo regulado en su norma interna, y una tesis contraria puede ser atentatoria contra el principio de *venire contra factum proprium mopm valet*<sup>4</sup>, cuestiones sobre las cuales sólo queda especular sobre posibles tesis de fallos arbitrales, y esperar por la decisión del tribunal arbitral.

La actual definición de inversión extranjera en la ley cubana sigue en sus fundamentos las actuales tendencias sobre la definición de dicho término, pues la ley establece que toda

aportación realizada por inversionistas extranjeros en cualesquiera de las modalidades previstas en la Ley, que implique en el plazo por el que se autorice, la asunción de riesgos en el negocio, la expectativa de obtener beneficios y una contribución al desarrollo del país. Como se puede apreciar, tres de los cuatros requisitos argumentados por el test de *Salini*, han sido contemplados en la definición. No obstante, e insistimos, una definición diferente del APPRI, provoca contradicción e incongruencia en detrimento del Estado cubano.

Ahora bien, es dable reconocer que tampoco una renegociación de los APPRIS, en aras de reevaluar el alcance del término, es la panacea de los posibles conflictos, pues como se ha explicado anteriormente, los tribunales internacionales se han apartado de la definición pactada por los Estados y han fallado conforme a las posiciones explicadas en esta investigación. Además, no debe perderse de vista, que la complejidad no descansa solamente en la trascendencia legal, sino también en las circunstancias que hoy condicionarían cualquier acto de renegociación, cual es la promoción y atracción de la inversión extranjera, pues aunque los APPRIS no son un instrumento suficiente de política para atraer inversión extranjera<sup>5</sup>, continúan representando un elemento a considerar por los inversionistas.

No obstante lo anterior, una conceptualización más ajustada en el sentido propuesto, evitaría a que determinados inversionistas reevaluaran la posibilidad de exigir protección al amparo del APPRI, y solamente al amparo de la jurisdicción

cubana, pues sabrían de antemano que sus posibilidades de éxitos en sus pretensiones serían mucho menos, habida cuenta que al menos, dicho concepto estaría remitiendo a la ley cubana, o condicionando su alcance conforme a los requisitos explicados.

En un sentido más conservador y estricto de la interpretación de lo estipulado en los APPRI suscrito por Cuba, y suponiendo que el tribunal arbitral internacional considere como inversión cualquier adquisición de un activo, la consecuencia fundamental, calificaría como un exceso de protección legal al adquirente de este activo, pues este sujeto tendría la facultad de iniciar un proceso arbitral contra el Estado cubano en cortes y tribunales internacionales, ante posibles incumplimiento del Tratado. Esta interpretación se torna más compleja en un contexto donde además estamos envueltos en el reordenamiento de deuda por impagos a proveedores extranjeros, quienes, si interpretamos conforme los APPRIS, poseen un activo (un crédito) adquirido conforme el ordenamiento jurídico cubano, es decir, un contrato de compraventa internacional con alguna empresa importadora cubana; situación que se agrava además por el hecho de que la asignación de liquidez para los pagos a estos proveedores emana de un Organismo de la Administración Central del Estado. Es decir, que cualquier trato desigual, injusto o inequitativo, (entre otras violaciones), pudiera provocar un conflicto entre un empresario extranjero y el Estado cubano que generaría una posible pretensión, ante un tribunal arbitral internacional,

si por supuesto el Estado de cual es nacional tendría firmado un APPRI con Cuba.

Fácil resultaría deducir que una deuda comercial no debe ser considerada como inversión extranjera, pero obviamente, el trato normativo otorgado conforme nuestros APPRI, estaría habilitando dicha reclamación, o al menos estaría cuestionándose si ciertamente configura como inversión. Una definición menos abarcadora, más concreta y ajustada a las pretensiones de nuestro Estado, evitaría algunos conflictos internacionales, donde el Estado cubano pudiera estar envuelto.

Cuando nos referimos a exceso de protección, hacemos alusión, no al inversionista, sino al contenido de la inversión que realiza el sujeto, por lo que se regula y limita, y esta idea no pretender limitar la protección de todos los títulos sobre activos adquiridos conforme a la legislación cubana, es la protección al amparo del APPRI, que permite, como se ha expresado anteriormente, la posibilidad de demandar al Estado cubano por violaciones de sus obligaciones internacionales. La protección que corresponde al resto de las inversiones que no deben ser consideradas como inversión extranjera, descansa en las vías de solución de conflictos que las partes o la Ley cubana hayan previstos para esas situaciones fácticas. De ahí que podríamos considerar que la protección legal debe ser justa y conforme a la naturaleza de la inversión; y para ello ayudaría en su justa medida, una buena definición del concepto de inversión extranjera.

Igualmente acudir de manera oportunista y desordenada a las diferentes interpretaciones del término de inversión, resulta muy criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y fomenta el desarrollo del *fórum shopping* en materia de arbitraje de inversión.

En primer lugar, hoy no existe una definición suficientemente homogénea y precisa para prever con una certidumbre razonable la decisión de los árbitros sobre la existencia de una inversión protegida. Incluido cuando un Tribunal se refiere a criterios objetivos, existe una discusión sobre el ámbito de cada criterio como la noción de duración o de riesgo o de contribución al desarrollo del Estado. Esta inseguridad jurídica perjudica tanto al Estado como al inversor.

Sin embargo, hay casos en los que la inseguridad jurídica en la que se encuentra el Estado es aún más abismal. Al firmar un tratado de tipo APPRI se entiende que los Estados dan un solo y único consentimiento sobre lo que es una inversión. Sin embargo, se notó anteriormente que los tribunales no se acordaron sobre una manera constante y homogénea de interpretar las disposiciones de los APPRI para pronunciarse sobre la existencia de una inversión. Este problema se plantea de manera aún más precisa cuando el APPRI ofrece al inversor la posibilidad de llevar su demanda ante un tribunal CIADI y otros tribunales de tipo *ad hoc* o auspiciados por una institución distinta, como en el artículo 11 del APPRI entre España y Cuba. En este caso, surge una imprevisibilidad jurídica total para el Estado que se encuentra en la imposibilidad de determinar con antelación, en

el momento de firmar el tratado, el contenido de sus obligaciones. Haciendo una referencia nominalista a los términos del TBI y/o a criterios adicionales como los del Test de Salini desarrollado por los tribunales CIADI, un mismo activo podrá calificarse de inversión o no serlo.

Otra de las consecuencias, derivadas de las ya planteadas, radica en el hecho de que el inversionista tiene la posibilidad de presentar su demanda ante distintos tribunales, y con ello estaríamos recayendo en el riesgo de *fórum shopping*. Los inversores, al saber que la definición del término «inversión» es excesivamente amplia, pudieran escoger la jurisdicción arbitral en función de la probabilidad que tiene de obtener una decisión favorable a la calificación de inversión y a la competencia del tribunal<sup>6</sup>.

## Conclusiones

Los desarrollos anteriores subrayan la necesidad actual, imprescindible y urgente, de llegar a una definición común de la inversión que tome en cuenta tanto la letra de los instrumentos jurídicos invocados, como la esencia misma de una inversión que no puede embarcar meras operaciones mercantiles.

Lo anterior motiva la siguiente reflexión obligada: la falta de una definición homogénea y precisa del término de inversión extranjera en el ordenamiento jurídico cubano, más específicamente en los APPRI suscritos por la República de Cuba, conlleva un exceso de protección al posible inversionista en detrimento de la inmunidad jurisdiccional del Estado cubano, quien ha asumido renunciar a su

inmunidad jurisdiccional a favor de la protección de los inversionistas extranjeros, conforme establece las definiciones de inversión extranjera establecidas por la jurisprudencia arbitral.

### Notas

<sup>1</sup> APPRIs representan las siglas de “Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones”, internacionalmente conocido como Tratados Bilaterales de Inversión. «*Estos tratados, desde la década de los noventa se han convertido en una de las principales herramientas para establecer un compendio de reglas destinadas a la protección de los inversores nacionales de un país en un país extranjero. (...) Las áreas comunes de casi todos estos tratados se centran básicamente en cuatro puntos fundamentales por sus implicancias: admisión de la inversión, tratamiento del inversor, expropiación, y resolución de disputas entre los Estados signatarios. (...) La principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión es evidentemente, la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario*». Arsen, P., Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos. Editorial ASTREA. Consultado en [www.direitosp.fgv.br](http://www.direitosp.fgv.br).

<sup>2</sup> «(...) En el caso de acuerdos que se refieren a países en desarrollo, en particular, se acepta generalmente que la promoción del desarrollo económico y social es el objetivo esencial. Así pues, uno de los desafíos a que han de hacer frente los países es lograr que los AII tengan suficiente flexibilidad para satisfacer adecuadamente, además de los objetivos específicos de cada instrumento, las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo. La flexibilidad puede introducirse en los AII de varias maneras, por ejemplo, mediante la fijación de objetivos explícitos

*de desarrollo, el establecimiento de las prioridades adecuadas, la estructuración del acuerdo de la manera apropiada, la formulación de disposiciones sustantivas destinadas a fomentar finalidades de desarrollo, la fijación de excepciones o la diferenciación en el contenido o la regulación de los derechos y obligaciones de las partes sobre la base de sus respectivos niveles de desarrollo (...)*». Acuerdos internacionales sobre inversión: conceptos que permiten alguna flexibilidad en interés de la promoción del crecimiento y el desarrollo. Nota de la secretaría de la UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas Sobre comercio y desarrollo. 5 de febrero de 1999.

<sup>3</sup> El Diccionario de la Real Academia Española poco ayuda ya que de modo circular define la palabra inversión como «*Acción y efecto de invertir*», la palabra invertir como «*Emplear, gastar, colocar un caudal*» y el verbo colocar como «*Invertir dinero*».

<sup>4</sup> La doctrina de los actos propios se suele expresar con diversos adagios o aforismos: uno de los más recurridos es el de *venire contra factum proprium mpm valet*, que es el acogió por los Consilia de Decio, (...). Pero el adagio admite variadas formulaciones, como las que siguen: *Venire contra proprium factum nulli conceditur; Nemini liceo adversus sua facta venire; Non concedit venire contra factum proprium; Proprium factum nemo impugnare potest; Adversus factum suum quis venire non potest; Nemo potest contra factum proprium venire; Nemo contra factum proprium potest*. En todas las formulas se expresa la regla de que no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior. Ver: Borda, A., Contardo González, J. I., Illanes Ríos, C. (2010). *Venire contra factum proprium*. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. *Cuaderno de Extensión Jurídica*, 18. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

<sup>5</sup> También influyen factores determinantes como la existencia de un marco normativo general y atractivo, estabilidad económica, política y social, mercado y disponibilidad de recursos naturales.

<sup>6</sup> En este sentido ver: Clavel, S. & Derains, Y. (2013). La définition de l'investissement. Journée d'Etude du Faut-il Réformer l'Arbitrage d'Investissement, Conventions Réguler la Mondialisation. Ver también la posición del Tribunal arbitral en el caso Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan, Caso PCA No. AA280, laudo del 26 de noviembre de 2009, §§194 y siguientes.

### Referencias bibliográficas

- Arsen, P.B.R. (2003). *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Borda, A., Contardo González, J. I., Illanes Ríos, C. (2010). Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. *Cuaderno de Extensión Jurídica*, 18.
- Diccionario Enciclopédico Vox 1. (2009). Madrid: Editorial Larousse.
- Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. (2007). Madrid: Editorial Larousse.
- Fondo Monetario Internacional (1994). *Manual de Balanza de Pagos*. 5ta Edición. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>
- Ley No. 118 “Ley de la Inversión Extranjera”. *Gaceta Oficial*. Número 20, Extraordinaria en fecha 16 de abril de 2014.

UNCTAD. (2011). Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión. Alcance y definiciones. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Nueva York.

### Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses.

### Declaración de autoría

Ernesto Caballero Álvarez: Investigación e idea inicial, búsqueda e interpretación de la información, redacción del manuscrito y aprobación en su versión final.

Claudia Sánchez Pérez: Investigación e idea inicial, búsqueda e interpretación de la información, redacción del manuscrito y aprobación en su versión final.

Fecha de enviado: 26/10/2021

Fecha de aceptado: 29/11/2021