



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/68
18 de enero de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y
las Cuestiones Financieras Conexas
Ginebra, 6 a 10 de marzo de 2006
Tema 4 del programa provisional

**FIJACIÓN DE NORMAS SOBRE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES:
TENDENCIAS, CUESTIONES EMERGENTES Y CONSECUENCIAS**

Nota preparada por la secretaría de la UNCTAD*

Resumen

En la presente nota se reseñan las tendencias recientes y las cuestiones emergentes en los acuerdos internacionales de inversión, con especial atención a los problemas sistémicos que plantean las interacciones en un mismo acuerdo y entre diferentes acuerdos en vigor, así como sus repercusiones sobre la coherencia de las políticas. También se menciona una serie de consecuencias que surgen en particular para los países en desarrollo.

* El presente documento se presentó en la fecha mencionada debido a demoras en su procesamiento.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1 - 4	4
I. TENDENCIAS RECIENTES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN	5 - 18	5
A. Tratados bilaterales de inversión	5 - 10	5
B. Tratados de doble tributación	11 - 12	7
C. Otros acuerdos internacionales de inversión	13 - 16	8
D. Controversias internacionales sobre las inversiones	17 - 18	10
II. CUESTIONES SISTÉMICAS	19 - 37	11
A. Interacciones entre las disposiciones de un mismo AII	20 - 25	12
1. Interacciones de explicación	20	12
2. Interacciones de acumulación	21 - 22	12
3. Interacciones de contradicción	23 - 24	12
4. Interacciones de amplificación	25	13
B. Interacciones con otros AII	26 - 33	13
1. Interacciones de refuerzo	26 - 29	13
2. Interacciones de acumulación	30 - 32	14
3. Interacciones de contradicción	33	14
C. Interacciones con contratos estatales	34 - 35	15
D. El problema de las contradicciones sistémicas y la coherencia	36 - 37	15
III. CONSECUENCIAS	38 - 41	16
A. Consecuencias generales	38 - 39	16
B. Retos para los países en desarrollo	40 - 41	17
BIBLIOGRAFÍA		19

ÍNDICE (*continuación*)

	<i>Página</i>
<i>Gráficos</i>	
1. Número acumulado de TBI celebrados, 1990-2004	5
2. Número total de TBI celebrados, a finales de 2004, por grupo de países	6
3. Número de TDT celebrados, acumulados y año por año, 1990-2004	8
4. Aumento del número de acuerdos internacionales de inversión diferentes de los TBI y TDT, 1957 - junio de 2005	9

INTRODUCCIÓN

1. En el último decenio han proliferado los acuerdos internacionales de inversión (AII) a nivel bilateral, regional e interregional, y el año pasado se firmaron más de tres de ellos por semana. En este contexto, se han producido varios hechos que sería interesante destacar. En primer lugar, el universo de los AII, integrado por los tratados bilaterales de inversión, los tratados de doble tributación y otros acuerdos de inversión, no ha dejado de ampliarse. En segundo lugar, está surgiendo una nueva generación de AII en que el contenido de las disposiciones tiende a ser cada vez más técnico y complejo, ya que se aclara en forma más minuciosa el significado de algunas cláusulas habituales y se abarca un espectro de cuestiones más amplio. Tercero, la política de desarrollo económico se complica cada vez más por la red de compromisos superpuestos que imponen los AII y que contienen diversas disposiciones que se aplican a las mismas cuestiones. Al mismo tiempo, algunos de los acuerdos no se aplican, porque los parlamentos nacionales no los han ratificado o las autoridades competentes no ejecutan sus disposiciones. Por otra parte, los tratados de inversión tienen una duración limitada y, en vista de la evolución del derecho internacional sobre las inversiones, varios países encaran en la actualidad la renegociación de tratados existentes. Asimismo, junto con esta creciente actividad de elaboración de tratados internacionales de inversión se ha observado un aumento paralelo de las controversias entre los inversores y los Estados. El correspondiente aumento de las interpretaciones de algunas disposiciones por los tribunales arbitrales se ha sumado a las complicaciones en este ámbito. Como resultado de estos hechos, los países -y las empresas- deben operar en un marco cada vez más complejo de normas de inversión polifacéticas y de estratos múltiples que pueden contener compromisos y obligaciones superpuestos.

2. Surgen así nuevos problemas para los encargados de elaborar políticas. A medida que se profundiza la integración económica mundial, la gestión de las repercusiones de la integración en la economía se vuelve más compleja y se intensifican los problemas que plantea la celebración de AII. Una de las cuestiones principales que deben afrontar los países en este contexto es mantener la coherencia de sus políticas de desarrollo.

3. Aparecen varias cuestiones cuando los países tratan de garantizar la coherencia de sus políticas frente a la compleja red de disposiciones superpuestas de los AII. En general, dichas disposiciones pueden interactuar en una o más de por lo menos cinco formas. Primero, por su interacción pueden crear y definir un derecho o una obligación determinados, es decir que se trata de una interacción de "explicación". Segundo, diferentes disposiciones de los AII pueden crear o aplicar el mismo derecho o la misma obligación, es decir que es una interacción de "refuerzo". Tercero, pueden crear derechos u obligaciones diferentes que se aplican a la misma cuestión, constituyendo una interacción de "acumulación". Cuarto, una disposición puede limitar, disminuir o poner fin a los derechos u obligaciones creados por otra disposición, lo que sería una interacción de "contradicción". Por último, una disposición puede aumentar el efecto de un derecho u obligación creados por otra disposición, es decir que constituiría una interacción de "amplificación".

4. En el examen que sigue se subrayan las tendencias recientes en los AII y las cuestiones emergentes al respecto, pasándose luego a describir algunas de las interacciones más comunes en los AII existentes y a señalar los problemas sistémicos que plantea el mantenimiento de la coherencia de las políticas. Para terminar, se examinan las consecuencias de la creciente complejidad del sistema internacional de inversiones, en particular para los países en desarrollo.

I. TENDENCIAS RECIENTES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

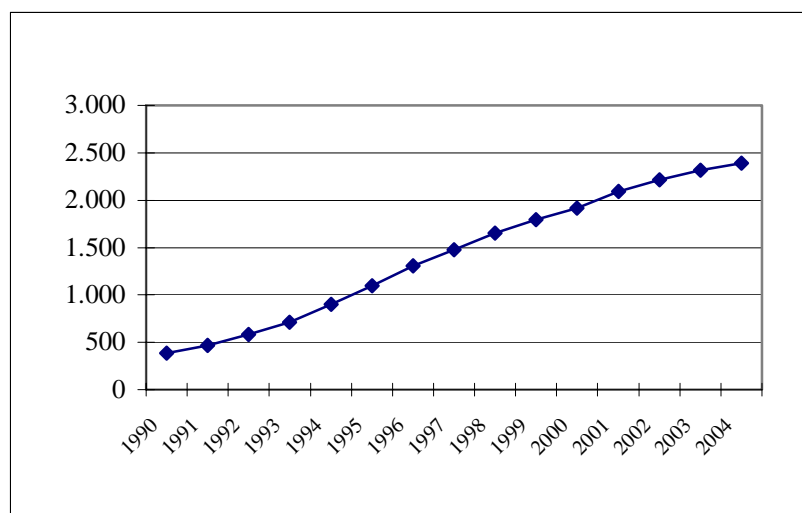
A. Tratados bilaterales de inversión

5. El universo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) no ha dejado de ampliarse en el último año, si bien lo ha hecho a un ritmo menor que en años anteriores. Durante 2004 se celebraron 73 nuevos TBI, 10 de los cuales reemplazaron tratados anteriores, llegándose a un total de 2.392 (gráfico 1), pero estas cifras representan una desaceleración de la celebración de TBI desde 2001. Dos de cada cinco tratados se firmaron entre países desarrollados y en desarrollo, y una cuarta parte entre economías en desarrollo (gráfico 2). Estos tratados por lo general no se celebran entre economías desarrolladas, ya que las relaciones de inversión entre ellos se rigen tradicionalmente por otros instrumentos internacionales como el Código de Liberalización de los Movimientos de Capitales de la OCDE, o porque la protección que ofrece la legislación del país huésped se estima suficiente. Si bien los países desarrollados siguen predominando en la lista de economías con el mayor número de TBI, los países en desarrollo recientemente intensificaron sus esfuerzos en este sentido, en particular en el contexto Sur-Sur, lo que ha traído aparejado un rápido aumento del número de TBI Sur-Sur.

Gráfico 1

Número acumulado de TBI celebrados, 1990-2004

(Número)

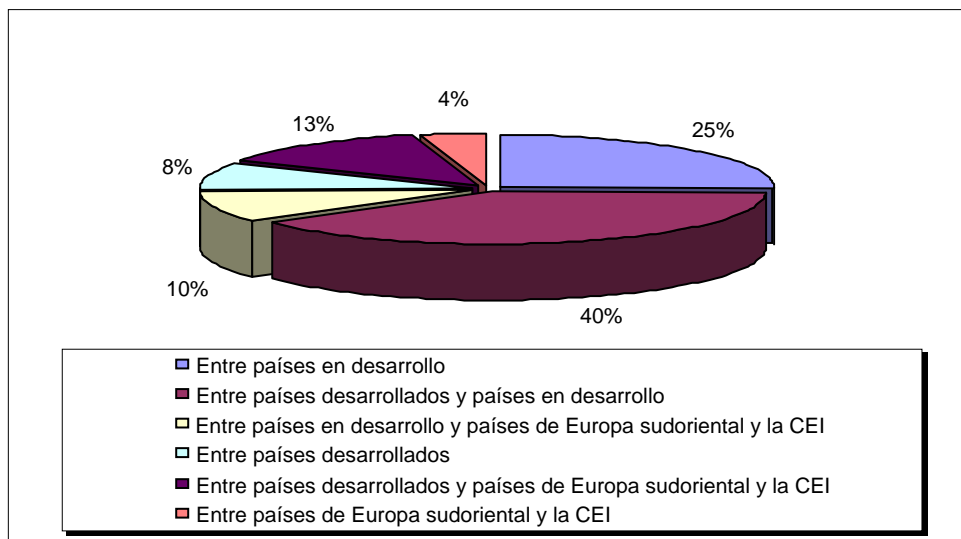


Fuente: UNCTAD (www.unctad.org/ia).

Gráfico 2

Número total de TBI celebrados, a finales de 2004, por grupo de países

(Porcentaje)



Fuente: UNCTAD (www.unctad.org/ia).

6. En el grupo de los TBI Sur-Sur, China, Egipto, la República de Corea y Malasia han firmado cada uno más de 40 de estos tratados con otros países en desarrollo. De hecho, cada uno de estos países ha firmado más acuerdos con otros países en desarrollo que con países desarrollados. El aumento de los TBI de los países en desarrollo refleja la mayor importancia que se asigna en las recientes estrategias de desarrollo a la cooperación Sur-Sur en materia de inversiones, así como la aparición de algunas empresas de países en desarrollo como actores mundiales (UNCTAD, 2005a).

7. Tradicionalmente los TBI abarcan las siguientes cuestiones fundamentales: alcance y definición de la inversión; admisión y establecimiento; trato nacional; trato de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; indemnización en caso de expropiación o daño a la inversión; garantías de transferencia libre de los fondos; y mecanismos de solución de controversias, tanto entre Estados como entre éstos y los inversores (UNCTAD, 1998). En estos últimos tiempos está apareciendo una nueva generación de TBI que amplía su contenido y alcance. Estos tratados siguen la tendencia fijada por algunos de los acuerdos recientes que incluyen capítulos sobre inversiones, ejemplos de los cuales son los nuevos TBI modelo de los Estados Unidos y el Canadá, que en todos los casos incorporan importantes novedades. Varios países latinoamericanos también han abordado esta nueva generación de tratados en sus negociaciones con otros países (UNCTAD, de próxima publicación, a).

8. En esta evolución normativa -que en gran medida es resultado de la experiencia adquirida con la aplicación y ejecución del capítulo sobre las inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)- es posible distinguir cuatro tendencias principales. Primero,

algunos de los TBI de la nueva generación y los TBI modelo se han alejado de la tradicional definición de "inversión" basada en los activos, de carácter no limitado, con lo que se intenta alcanzar un equilibrio manteniendo una definición exhaustiva de la inversión sin incluir los activos que las partes no prevén considerar inversiones amparadas por el acuerdo. Segundo, se está modificando la redacción de diversas obligaciones sustantivas de los tratados a fin de profundizar los aspectos terminológicos y aclarar el sentido de disposiciones que tratan de normas absolutas de protección, en particular el significado de la norma sobre "trato justo y equitativo" y el concepto de expropiación indirecta. Tercero, se aborda un conjunto más amplio de cuestiones, en particular no sólo los aspectos económicos como la inversión en servicios financieros, sino también cuestiones en que se intenta que haya más espacio para las reglamentaciones del país receptor, como por ejemplo en el ámbito de la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente, así como la promoción de los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Cuarto, se están introduciendo importantes novedades sobre los procedimientos de solución de controversias entre los inversores y los Estados, sobre todo en lo que respecta a una transparencia más acentuada y sustancial en los arbitrajes (por ejemplo, audiencias públicas, publicación de los documentos jurídicos conexos, etc.).

9. Otra tendencia importante de los TBI es que los países cada vez con más frecuencia renegocian sus tratados en vigor o bien porque se acerca la fecha de expiración o porque han cambiado las circunstancias. Si bien en los TBI en general se dispone la renovación tácita en el momento de la expiración, en algunos casos los países los renegocian y por lo general aceptan compromisos mayores. En esas situaciones, el nuevo TBI reemplaza al anterior o lo modifica considerablemente. La tendencia a la renegociación se aceleró a finales de los años noventa y sigue observándose desde entonces: para el año 2000 se habían renegociado 34 tratados y para 2004 el total acumulado de TBI renegociados era de 85.

10. En el curso de 2004 entraron en vigor 78 TBI, pasando el total a 1.718 (según la información con la que se cuenta) (UNCTAD, 2005b). Esto demuestra que alrededor de 30% de los tratados firmados no se habían ratificado y, por consiguiente, no habían entrado en vigor a finales de 2004. Los requisitos formales para ratificar los TBI cambian de un país a otro según los procedimientos constitucionales y legislativos. Por ejemplo, en algunos países puede ser necesario promulgar una ley reglamentaria para que se ratifique el tratado, lo cual a su vez puede hacer necesaria una adaptación importante de la legislación correspondiente. De todas maneras, la firma de un TBI (incluso aunque no haya entrado en vigor) tiene algunas consecuencias legales para la protección y promoción de las inversiones extranjeras. Cabe destacar que la ratificación es sólo el primer paso hacia la aplicación de un tratado, ya que debe ir seguida de la verdadera aplicación de sus disposiciones, sobre todo velando por que se mantenga la coherencia entre los compromisos adquiridos en virtud del instrumento y las políticas y estrategias nacionales e informando a sus principales beneficiarios, concretamente los inversores extranjeros, y a las autoridades locales responsables de su aplicación. Muchas economías en desarrollo están atrasadas en lo que respecta a estas medidas de aplicación, lo cual provoca en algunas ocasiones costosas controversias y otros efectos que se oponen a los fines que se pretende alcanzar al adquirir compromisos internacionales.

B. Tratados de doble tributación

11. En 2004, 80 países celebraron 84 nuevos tratados de doble tributación (TDT), lo que representa un aumento significativo, si bien el ritmo fue más lento que en 2003. A pesar de ello,

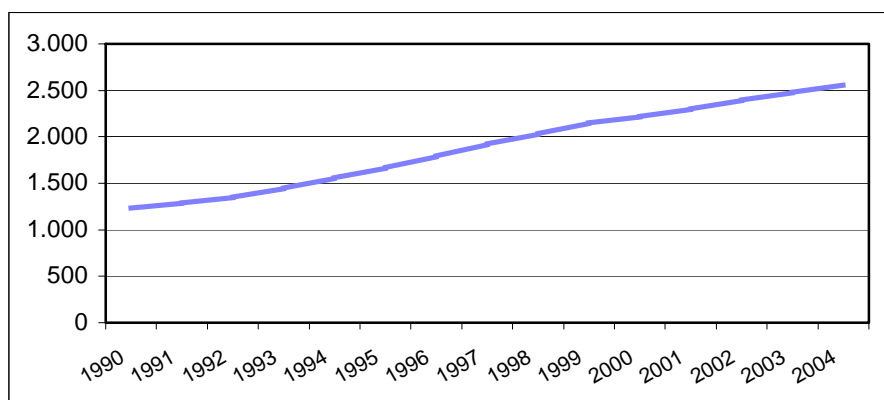
el número total de TDT pasó a 2.559 a fines de 2004 (gráfico 3). A diferencia de los TBI, las diez economías que más TDT han firmado son en todos los casos economías desarrolladas. Alrededor de 39% de los tratados se celebraron entre países desarrollados y países en desarrollo, mientras que los firmados entre países desarrollados sumaban un 29%, otro 19% estaba representado por las economías en transición, y el 13% restante se celebró entre economías en desarrollo.

12. En cuanto a los TDT de los países en desarrollo, se observa una tendencia análoga, si bien menos pronunciada (como en el caso de los TBI) hacia una mayor cooperación Sur-Sur en materia de inversiones. Tras la firma del primero de estos tratados de doble tributación Sur-Sur en 1948 (entre la Argentina y el Perú), los TDT proliferaron en la segunda mitad de los años noventa. En ese decenio, se firmaron 156 nuevos TDT entre 69 países en desarrollo y a fines de 1999 había en total 256 tratados. El crecimiento se mantuvo en 2004, cuando se llegó en total a 345 TDT Sur-Sur entre 90 países.

Gráfico 3

Número de TDT celebrados, acumulados y año por año, 1990-2004

(Número)



Fuente: UNCTAD (www.unctad.org/ia).

C. Otros acuerdos internacionales de inversión

13. Además de los TBI y los TDT, cada vez con mayor frecuencia se aprueban normas internacionales sobre las inversiones como parte de acuerdos bilaterales, regionales, interregionales y multilaterales que se ocupan de las operaciones comerciales y de inversión y se trata de facilitarlas (UNCTAD, de próxima publicación, b)¹. Estos acuerdos contienen, además

¹ Estos acuerdos pueden llevar diversos nombres, como por ejemplo "tratado de libre comercio", "acuerdo comercial regional", "acuerdo de asociación económica", "acuerdo de integración económica", "new-age partnership agreement" ("acuerdo de asociación de la nueva era"), "acuerdo de complementación económica", "acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio" o "acuerdo de cooperación económica más estrecha".

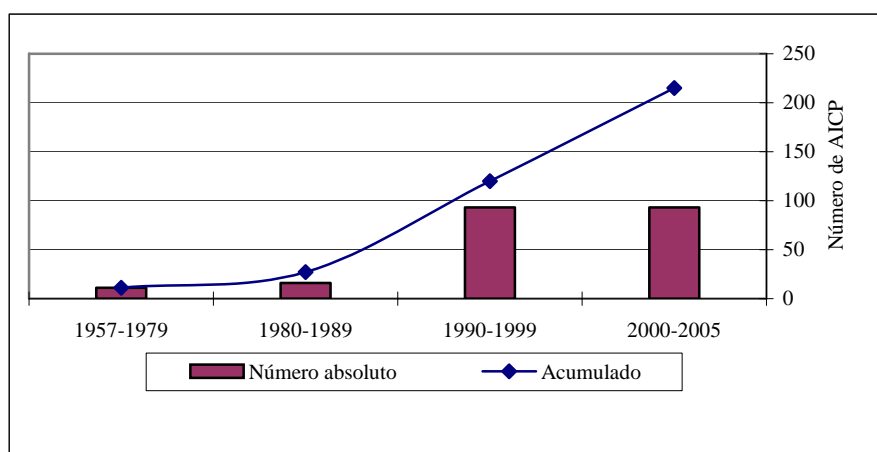
de una gama variable de disposiciones sobre liberalización y promoción del comercio, compromisos de liberalizar, proteger y/o promover las corrientes de inversión entre las partes. El número de acuerdos de este tipo ha ido en constante aumento y, para junio de 2005, superaba los 215 (209 a finales de 2004). En su gran mayoría (alrededor de 87%) se celebraron en el decenio de 1990 (gráfico 4). La proliferación de este tipo de acuerdo es uno de los hechos fundamentales de las relaciones económicas internacionales de estos últimos años y responde a la creciente competencia mundial por los recursos y mercados entre las economías nacionales. Resulta evidente que la elección de los países con los que se celebrarán acuerdos en una región determinada o entre regiones es fruto no sólo de una serie de motivaciones económicas y políticas, sino también de las características de los países interesados.

14. Como se señaló más atrás, uno de los objetivos principales de estos acuerdos es facilitar el comercio y las corrientes de inversión. A fin de lograrlo, las disposiciones sobre las inversiones dan prioridad a la liberalización de las corrientes de inversión y, en menor medida, a proteger y promover las inversiones. También se ocupan a menudo de cuestiones conexas, como por ejemplo la protección de los derechos de propiedad intelectual y la competencia. Así pues, comparados con los TBI, el alcance, enfoque y contenido de estos acuerdos, varían mucho más aunque en algunos casos recientes se abordan relativamente pocas cuestiones de inversión. Es más, los acuerdos recientes abarcan cada vez más a menudo una gama más amplia de operaciones económicas, sobre todo el comercio de bienes y servicios, inversiones y capital, así como el trabajo. No obstante, la manera en que un acuerdo trata de las cuestiones relacionadas con las inversiones no necesariamente es equivalente a la forma en que aborda el comercio y otras cuestiones. Por ello, cuantas más cuestiones se tratan, más complejos son los acuerdos y más posibilidades hay de que los textos reflejen las circunstancias especiales de países con diferentes niveles de desarrollo económico y de regiones diferentes.

Gráfico 4

Aumento del número de acuerdos internacionales de inversión diferentes de los TBI y TDT, 1957 - junio de 2005

(Números)



Fuente: UNCTAD (www.unctad.org/ia).

Nota: AICP: acuerdos de inversión y comercio preferencial.

15. Al igual que en el caso de los TBI, la estructura y los enfoques de la inversión en estos tratados recientes se han visto influenciados por otros acuerdos de inversión anteriores, en particular los propios TBI y los acuerdos de la OMC, y se aprovecha la experiencia adquirida con la aplicación de sus predecesores. A raíz de todo esto, han surgido varias modalidades respecto de las disposiciones sobre las inversiones, aún cuando las variaciones son numerosas e importantes:

- Los acuerdos destinados a liberalizar las inversiones por lo general adoptan dos criterios principales. Ejemplo de uno de ellos es el TLCAN, en el que se dispone la liberalización supeditada a una lista de excepciones por países (enfoque de lista negativa). El otro (del que son ejemplo varios acuerdos de la Unión Europea con terceros países) es disponer la abolición progresiva de las restricciones a la entrada, el establecimiento y la operación de las inversiones.
- Los acuerdos que disponen una protección y liberalización de las inversiones (celebrados por un pequeño grupo de países que incluye a Chile, el Japón, Singapur, México, Marruecos y los Estados Unidos) se ajustan al modelo del TLCAN, pero son más exhaustivos (es decir que abarcan más sectores), detallados (es decir que son más complejos) y, en general, más rigurosos que los acuerdos de inversión anteriores del estilo TLCAN.
- Otros acuerdos recientes cubren menos cuestiones relacionadas con la inversión y se limitan a crear un marco para la cooperación en materia de promoción de las inversiones (por ejemplo, los acuerdos de libre comercio firmados entre los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y los países de Europa central).

16. Resumiendo, aunque en el contenido y la estructura de los principales componentes relacionados con las inversiones de los acuerdos recientes se pueden reconocer una serie de tendencias, incluso los acuerdos de tipos similares presentan importantes diferencias. Están surgiendo nuevos acuerdos caracterizados por una estructura y un enfoque de las inversiones que no figuraban en los anteriores. Así, el proceso de elaboración de normas sobre las inversiones mediante estos nuevos acuerdos de inversión aprovecha la experiencia anterior sin por ello dejar de experimentar con criterios innovadores que permitan encontrar una solución para problemas nuevos. Al mismo tiempo, las interacciones entre un conjunto de normas que va en aumento dentro de un acuerdo que trata de las inversiones y de otras operaciones económicas, crea un terreno propicio para las superposiciones y las incoherencias, con lo que se complica la tarea de medir todas las consecuencias jurídicas y de política de cualquier acuerdo de ese tipo y aumenta el riesgo de controversias sobre las inversiones.

D. Controversias internacionales sobre las inversiones

17. Las iniciativas bilaterales y regionales descritas más atrás tienen por finalidad aumentar la confianza del inversor en la seguridad del sistema jurídico y el marco regulatorio. Uno de los pilares importantes de esta ecuación ha sido la creación de un sistema de solución de las controversias entre los inversores y los Estados, al que los primeros recurren cada vez con más frecuencia, con las graves consecuencias que acarrea para el desarrollo. El número acumulado de litigios basados en los tratados que se han sometido al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial y otros foros de arbitraje ha ido

en aumento durante los últimos cinco años y se llegó a 219 demandas conocidas para noviembre de 2005². Este hecho plantea un problema especial a los países en desarrollo. Por lo menos 61 Estados -37 del mundo en desarrollo, 14 países desarrollados y 10 de Europa sudoriental y la Comunidad de Estados Independientes- han debido afrontar arbitrajes en el marco de tratados (UNCTAD, de próxima publicación, c).

18. Las controversias sobre inversiones abarcan la gama completa de actividades relacionadas con las inversiones, se relacionan con todos los tipos de inversión (incluidos los contratos de privatización y las concesiones del Estado), se aplican a una diversidad de industrias y actividades y pueden tener importantes consecuencias financieras, por el costo de los procesos de arbitraje y los laudos dictados. El aumento repentino de las controversias sobre inversiones surgidas de los AII y el costo que representan, demuestran que los Estados que deciden celebrar este tipo de acuerdos deben negociarlos con prudencia y también seguir de cerca la evolución de las controversias a fin de ser sensibles a las acciones que podrían dar origen a litigios. Por otra parte, es importante examinar las experiencias de la aplicación de los compromisos internacionales contraídos en virtud de AII y extraer las lecciones correspondientes.

II. CUESTIONES SISTÉMICAS

19. Las interacciones entre las disposiciones de un mismo AII o entre dos de ellos pueden debilitar la coherencia de las políticas. Ésta en general exige que las disposiciones de los AII celebrados por un país sean compatibles con su política de inversiones. En particular, los AII no deben ser ni demasiado exhaustivos (por ejemplo, ir más allá de lo que exige la política en la que se basa) ni no suficientemente exhaustivos (por ejemplo, no llegar a las exigencias de dicha política). La coherencia de las políticas también exige que los AII de un país sean compatibles entre sí. No basta con que las partes puedan cumplir con todas las disposiciones pertinentes de los acuerdos, sino que el cumplimiento de una de ellas no debe afectar a la aplicación de la política en la que se sustenta otra disposición. En este contexto, es imperativo examinar diferentes cuestiones³.

² En diversos sistemas de arbitraje, la existencia de una controversia y su resultado final nunca se hacen públicos. Incluso en el sistema de arbitraje del CIADI no todas las decisiones de los tribunales se han dado a conocer. Si bien esta situación está cambiando gradualmente, no es posible saber el número exacto de casos tramitados hasta la fecha, ni tampoco conocer las cuestiones jurídicas o las circunstancias a las que se referían. El servicio de arbitraje del CIADI es el único que mantiene un registro público de las reclamaciones, pero se sabe que varias se tramitan fuera de ese marco.

³ Para un análisis más pormenorizado de la información que se presenta a continuación, véase el documento UNCTAD/CEAP (2005).

A. Interacciones entre las disposiciones de un mismo AII

1. Interacciones de explicación

20. Las interacciones de *explicación* son las más común entre las disposiciones de un mismo AII. En todo AII las disposiciones que contienen definiciones, las que establecen excepciones, las sustantivas y las relacionadas con la solución de controversias interactúan para crear el efecto general del acuerdo. Por ejemplo, la cláusula de expropiación que figura en muchos AII exige el pago de una indemnización por la expropiación de la inversión, pero normalmente el carácter de los activos protegidos por esta disposición puede identificarse sólo sobre la base de la definición del término "inversión". El problema de coherencia más importante que plantea esta interacción puede surgir de la complejidad del acuerdo. Cuanto mayor es el número de disposiciones que intervienen en la interacción, mayor es la posibilidad de que los negociadores no puedan anticipar todas sus consecuencias.

2. Interacciones de acumulación

21. A medida que los acuerdos de la nueva generación se vuelven más complejos, una interacción cada vez más común es la de *acumulación*. Una situación en que resulta clara la posible incompatibilidad en una interacción de ese tipo se observa en los acuerdos que tienen capítulos separados para las inversiones y el comercio de servicios. En algunas ocasiones los primeros incluyen disposiciones sobre el establecimiento en que se usa el método de la lista negativa, mientras que los capítulos sobre los servicios pueden contener disposiciones sobre el acceso a los mercados basados en el criterio de la lista positiva. Otra situación se observa en acuerdos que tienen capítulos sobre el comercio de servicios en general y otros capítulos sobre el comercio de determinados sectores de servicios, como por ejemplo los financieros.

22. Las interacciones de *acumulación* pueden darse con respecto no sólo a las disposiciones sustantivas de un mismo acuerdo, sino también a las que rigen la solución de controversias. Por ejemplo, algunos AII tienen un capítulo sobre inversiones con un mecanismo de solución de las controversias entre el inversor y el Estado que se acumula al mecanismo más general de solución de controversias del acuerdo. Puede plantearse la cuestión de si las controversias relacionadas con otros capítulos del acuerdo pueden incluirse en el mecanismo creado para las relaciones entre el inversor y el Estado.

3. Interacciones de contradicción

23. En los AII puede surgir un conflicto entre el objetivo del país de origen de la inversión extranjera directa (IED), concretamente lograr un máximo nivel de liberalización y protección de la inversión, y los intereses del país receptor de la IED, es decir subrayar la dimensión de desarrollo del acuerdo y conservar un espacio de políticas suficiente en este respecto. La tensión que se crea es evidente. Demasiado espacio de políticas quita valor a las obligaciones internacionales, y las obligaciones demasiado estrictas limitan demasiado el espacio de políticas nacional. Encontrar un equilibrio orientado al desarrollo entre los objetivos, la estructura, la aplicación y el contenido de los AII sigue siendo un problema.

24. El uso de prescripciones en materia de resultados, incentivos, políticas de transferencia de tecnología y política de la competencia pueden ser especialmente importantes desde el punto de

vista del desarrollo porque pueden ayudar a alcanzar los objetivos en esa esfera. Para cada una de estas cuestiones existen soluciones más o menos adaptadas al desarrollo, pero hasta el presente sólo una minoría de AII se ocupa de ellas de manera explícita. Cuando no se han incluido disposiciones específicas, el principio fundamental de la no discriminación de todo AII puede prohibir a los países en desarrollo imponer obligaciones especiales a los inversores extranjeros únicamente.

4. Interacciones de amplificación

25. Las disposiciones de un AII en algunos casos amplían el efecto de otras disposiciones del mismo acuerdo, es decir que se producen interacciones de amplificación. Por ejemplo, un país receptor que firma un AII en el que existe un capítulo sobre el comercio de servicios puede comprometerse a conceder acceso a los mercados a los proveedores de servicios en un sector determinado de la economía. Una vez que un proveedor ha establecido una presencia comercial en el país receptor en virtud del compromiso de acceso al mercado, dicha presencia puede considerarse una inversión según el significado del capítulo sobre las inversiones y, por consiguiente, tendrá toda la protección que se concede a la inversión en general.

B. Interacciones con otros AII

1. Interacciones de refuerzo

26. Las disposiciones de diferentes AII muy a menudo tienen interacciones de refuerzo. En los acuerdos en vigor se observan varios criterios diferentes. Los AII en algunas ocasiones incluyen disposiciones en que las partes reafirman los compromisos contraídos en virtud de otros tratados en lo que ya son partes. Un ejemplo son las disposiciones sobre los servicios en que las partes reafirman los compromisos que han asumido por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En otras ocasiones, los AII también exigen que las partes observen las obligaciones impuestas por otros acuerdos, como sería el caso de diversos AII que piden a las partes que cumplan el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio de la OMC. Además, los AII pueden incorporar obligaciones ya contenidas en otros acuerdos. Una disposición de un AII que exige que las partes respeten las disposiciones de otro acuerdo podría muy bien tener por efecto que una violación de ese otro acuerdo se convierta en una violación del AII. Esto, a su vez, podría permitir presentar una demanda por la presunta violación del otro acuerdo al mecanismo de solución de controversias del AII, lo que también daría lugar a procedimientos paralelos en la materia.

27. Una disposición muy común en los AII que, de hecho, puede servir para incorporar las disposiciones de numerosos tratados más es la cláusula de la nación más favorecida (NMF), que exige que el país receptor dé a la inversión amparada un trato no menos favorable que el que se da a cualquier otra inversión extranjera. Según como se redacte esta cláusula, el país receptor puede verse obligado por el AII a cumplir, respecto de las inversiones amparadas, compromisos contraídos respecto de la inversión extranjera en otros acuerdos.

28. En algunos sentidos, la incorporación en virtud de una cláusula NMF puede ser ligeramente más restrictiva que si se aplicase una incorporación más explícita. En primer lugar, las cláusulas NMF por lo general no exigen un trato idéntico sino un trato "no menos favorable" que el impartido a otra inversión extranjera, permitiendo así al Estado receptor ofrecer un trato

diferente en la medida en que no sea menos favorable. Segundo, las mencionadas cláusulas se aplican sólo a las inversiones "en situaciones equivalentes", permitiendo al Estado receptor pasar por alto los compromisos contraídos en el marco de otro AII si la inversión amparada se encuentra en una situación diferente de las inversiones amparadas por el otro acuerdo.

29. No obstante, en otros sentidos la incorporación en virtud de una cláusula NMF es mucho más amplia que con cualquier otra interacción de refuerzo. Dicha cláusula incorpora no sólo las obligaciones impuestas por otro AII en particular, sino también las de todo otro acuerdo que haya celebrado una de las partes. También incorpora las obligaciones impuestas por los acuerdos que la parte pueda celebrar en el futuro. Resulta evidente que los compromisos contraídos en el marco de otros acuerdos son parte de un equilibrio general de las obligaciones asumidas y los derechos concedidos, pero la cláusula NMF incorpora los compromisos de la parte en virtud de otros acuerdos sin acompañarlos de los derechos por los que se intercambiaron (la cuestión del "beneficiario gratuito"). El riesgo es que los compromisos incorporados fuera del contexto en que se originaron pueden hacer que el AII abarque demasiados temas⁴.

2. Interacciones de acumulación

30. A menudo existen interacciones de *acumulación* entre las disposiciones de diferentes AII. Por ejemplo, la mayoría de estos acuerdos se aplican a inversiones que son un medio para prestar servicios transfronterizos, inversiones que serían regidas también por el AGCS en la medida en que podría decirse que constituyen una presencia comercial en el Estado receptor.

31. Las interacciones de *acumulación* entre diferentes AII también pueden encontrarse en las disposiciones de procedimiento. Se trata en particular de las disposiciones sobre servicios de un AII que crean obligaciones análogas a las que surgen del AGCS y que, por consiguiente, pueden dar lugar a controversias que podrían quedar comprendidas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y también en el mecanismo de solución de controversias del AII.

32. Se trate de las disposiciones del mismo acuerdo o de acuerdos diferentes, los procedimientos de solución de controversias múltiples pueden poner en gran peligro la uniformidad. Sobre todo, pueden dar lugar a interpretaciones incompatibles de los acuerdos; pero incluso cuando los resultados son compatibles, llegar a resoluciones superfluas de la misma denuncia puede representar un gasto considerable.

3. Interacciones de contradicción

33. En algunas ocasiones, las disposiciones de diferentes AII producen una interacción de contradicción. Por ejemplo, mientras que un TBI puede conceder el derecho de establecimiento a los inversores extranjeros, un acuerdo regional al que pertenece una parte en el acuerdo bilateral puede excluir dicho derecho. Del mismo modo, diferentes tratados pueden contener diferentes disposiciones y/o terminología sobre las prescripciones en materia de resultados y otras cuestiones substantivas relativas al trato de la inversión extranjera una vez admitida.

⁴ Sin embargo, este riesgo es recíproco, es decir que ambas partes en el AII pueden beneficiarse de la situación del "beneficiario gratuito". Véase, en este contexto, UNCTAD (2004a).

C. Interacciones con contratos estatales

34. También pueden observarse interacciones entre las disposiciones de un AII y las de un contrato entre el país receptor y el inversor (es decir, un contrato estatal), como sería el caso de una autorización de inversión (UNCTAD, 2004b). En algunos casos, la interacción es de refuerzo, como, por ejemplo, cuando el AII tiene lo que se denomina una cláusula de ámbito general, que exige que el país receptor observe las obligaciones que ha contraído con respecto a una inversión. En virtud de esa cláusula, una violación del contrato estatal también representa una violación del AII. Si aquel contrato incluye una cláusula de elección de jurisdicción en que se especifica que las controversias se resolverán en una jurisdicción determinada, el inversor puede intentar presentar la reclamación a esa jurisdicción y a cualquier otra jurisdicción según las disposiciones del AII, como por ejemplo el mecanismo de solución de controversias.

35. Las disposiciones de los AII en algunos casos pueden tener interacciones de contradicción con las de contratos estatales. Por ejemplo, las disposiciones de los AII que prohíben imponer prescripciones en materia de resultados pueden limitar la capacidad del país receptor de incluir determinados requisitos en un contrato estatal. Asimismo, las disposiciones de no discriminación de los AII pueden limitar la capacidad del país receptor de garantizar un trato preferencial a un inversor determinado en un contrato estatal.

D. El problema de las contradicciones sistémicas y la coherencia

36. Debido a que las disposiciones de los AII pueden debilitar la coherencia de las políticas, algunos de dichos acuerdos han adoptado una serie de soluciones destinadas a mantener coherencia cuando sus disposiciones se superponen. Se encuentran por lo menos cinco soluciones diferentes en los acuerdos en vigor.

37. La solución de la "definición" define los términos de una disposición de manera que se elimine toda contradicción con las disposiciones correspondientes de otros AII, si bien implica que los diferentes AII usan definiciones casi idénticas de un término (por ejemplo, la definición de "inversión") y el resultado puede ser difícil de lograr. En menor medida, existe el mismo problema con respecto a la definición del "alcance", que limita el alcance de una disposición para evitar la incompatibilidad con otra disposición correspondiente (por ejemplo, la aplicación geográfica y temporal de un tratado). La solución de la "jerarquía" establece qué disposición prevalecerá en caso de contradicción. Este criterio se refleja en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en que se dispone que prevalece el acuerdo más reciente entre las partes en ambos acuerdos. Por lo tanto, podría plantearse un problema sistémico si una parte en esos acuerdos contradictorios no es parte en la Convención de Viena. La solución de la "elección" permite que un interesado en particular elija la disposición que prevalecerá en caso de contradicción. Esta solución es muy poco frecuente y se acerca a los procedimientos de solución de controversias. Por último, la solución del "acuerdo" establece que toda contradicción se resolverá por acuerdo entre las partes, lo que deja sin respuesta la cuestión de qué pasaría si las partes no llegasen a un acuerdo.

III. CONSECUENCIAS

A. Consecuencias generales

38. Con el considerable aumento de los AII desde 1990 ha surgido un marco cada vez más complicado de normas de inversión polifacéticas y de estratos múltiples. Por una parte, este sistema de normas internacionales de inversión ayuda a hacer más previsibles, transparentes y estables las relaciones internacionales en la materia, ingrediente crucial del marco favorable para atraer la IED y beneficiarse de ella. Por otra, los enfoques en los planos bilateral y regional aumentan la complejidad del sistema de normas internacionales en materia de inversión y crea el riesgo de que existan obligaciones superpuestas y contradictorias.

39. Surgen varias consecuencias que deben tenerse en cuenta en el proceso futuro de fijación de normas internacionales de inversión.

- Primero, las negociaciones se vuelven más complejas a medida que participan más y más países y se tratan más y más temas. Debe entonces decidirse qué amplitud debe tener el programa de una serie de negociaciones determinada y hasta dónde llegará la ambición de las partes respecto del carácter de los compromisos.
- Segundo, la negociación de los AII incluye cuestiones de política interrelacionadas y difíciles que, al menos en principio, afectan a todo un abanico de cuestiones internas que abarcan cada vez más los aspectos sociales y ambientales. De hecho, esos acuerdos reflejan la internacionalización creciente del programa de políticas nacionales. Si no se tienen debidamente en cuenta las cuestiones conexas de política nacional, las consecuencias para el desarrollo de los países receptores pueden ser graves. Por consiguiente, los AII deberían reflejar un cierto equilibrio entre los derechos y las obligaciones, incluyéndolos en el mismo instrumento o creando puentes con otros instrumentos internacionales vinculantes o no vinculantes.
- Tercero, aunque por definición los AII contienen obligaciones que, por su propio carácter, limitan en cierta medida la autonomía de las partes participantes, debe permitirse una cierta flexibilidad para que los países puedan alcanzar sus objetivos de desarrollo en vista de sus necesidades y circunstancias específicas. Cuando los acuerdos de inversión sobrepasan las cuestiones de promoción y protección y en particular intentan incluir compromisos de liberalizar, su negociación se hace más y más compleja. Cuando se pretende liberalizar, la liberalización progresiva de las normas sobre las inversiones puede ser más aceptable que los compromisos iniciales y globales de liberalizar.
- Cuarto, la transparencia al negociar las inversiones es fundamental para asegurar a los acuerdos internacionales en la materia el apoyo y la legitimidad necesarios. La sensibilidad, el conocimiento y el aporte de todos los actores del desarrollo son importantes.

B. Retos para los países en desarrollo

40. Si bien las cuestiones mencionadas son importantes para todos los países independientemente de su nivel de desarrollo -desarrollados, en desarrollo o en transición-, son más pertinentes para los países en desarrollo, cuya capacidad de abordarlas es menor. En particular estos países tropiezan con cuatro tipos de problemas en este sentido:

- Primero, los países en desarrollo deben determinar cuál es la mejor forma de integrar los AII en sus políticas de desarrollo económico. Estos acuerdos tienen por finalidad promover el desarrollo económico creando un entorno estable, previsible y transparente para las inversiones extranjeras. Aunque todos los acuerdos internacionales circunscriben el poder de decisión de las partes, los países en desarrollo deben poder conservar un espacio de políticas suficiente para promover el desarrollo económico sin socavar la eficacia de los AII.
- Segundo, los países en desarrollo tienen que establecer y mantener la coherencia de sus políticas en vista del gran número de AII que interactúan entre sí. Como primer paso, esto implica crear un enfoque coherente del desarrollo nacional que integre la inversión, el comercio, la competencia, la tecnología y las políticas industriales. A medida que se negocian nuevos AII, habría que examinar cada uno de ellos cuidadosamente para garantizar su coherencia con el desarrollo económico del Estado y, más aún, su protección. Desde hace algunos años los países en desarrollo tienen más problemas para establecer y mantener coherencia de las políticas debido a por lo menos dos factores. Uno de ellos es que muchos de esos países son ahora economías importadoras y exportadoras de capital y, por lo tanto, un AII puede tener consecuencias para el país en desarrollo como país receptor y también como país de origen. El otro factor es la cantidad y complejidad de los acuerdos.
- Tercero, los países en desarrollo deben velar por conservar una capacidad suficiente de analizar el alcance de las obligaciones que asumen al celebrar un AII. También deben mejorar su capacidad de comprender las consecuencias económicas y sociales de los compromisos contenidos en dichos acuerdos.
- Cuarto, los países en desarrollo tienen que poner en práctica los compromisos que han contraído en virtud de tratados. Esa aplicación implica completar el proceso de ratificación, hacer compatibles con aquellos compromisos las leyes y las prácticas nacionales, informar y formar a las autoridades locales encargadas de la aplicación del acuerdo, gestionar las controversias que surjan en el marco de los AII y volver a evaluar las políticas nacionales de inversión en vista de las estrategias nacionales de desarrollo y la experiencia adquirida.

41. Encontrar un equilibrio orientado al desarrollo en los futuros AII que aborde estas cuestiones de manera adecuada sigue siendo un problema. Para sustentar la dimensión de desarrollo de los AII también debe prestarse más atención a los compromisos de los países de origen y el aporte que pueden hacer las empresas transnacionales para que sus inversiones en los países en desarrollo tengan efectos positivos sobre el desarrollo (UNCTAD, 2005c, 2001a y 2001b). Como ya se señaló, es probable que la carga de buscar una solución para estos problemas recaiga de manera desproporcionada sobre los países en desarrollo, y en particular los

PMA, porque a menudo carecen de los recursos humanos y financieros necesarios para poner en práctica los acuerdos. Se resalta así la importancia de la cooperación técnica para el fomento de la capacidad a fin de ayudar a esos países a evaluar mejor las diversas opciones de política antes de celebrar nuevos acuerdos y a aplicar los compromisos que han contraído. Las organizaciones internacionales pueden desempeñar una función importante en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (de próxima publicación, a). *Bilateral Investment Treaties 1995-2005: Trends in Investment Rule-making*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Ginebra y Nueva York: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.
- _____ (por publicarse, b). *Economic Integration Investment Agreements*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Ginebra y Nueva York: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.
- _____ (por publicarse, c). *Latest Developments in Investor-State dispute settlement*. IIA Monitor N° 4 (2005), publicación de las Naciones Unidas.
- _____ (2005a). *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Ginebra y Nueva York: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.05.II.D.26.
- _____ (2005b). *Many Bits Have Yet To Enter Into Force*, IIA Monitor N° 3 (2005), UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10, puede consultarse en www.unctad.org/ia.
- _____ (2005c). Informe de la Reunión de Expertos sobre contribuciones empresariales positivas al desarrollo económico y social de los países en desarrollo receptores, Ginebra, 31 de octubre a 2 de noviembre 2005, de próxima publicación.
- _____ (2004a). *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.05.II.D.1.
- _____ (2004b). *State Contracts*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión (UNCTAD/ITE/IIT/2003/5) (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.05.II.D.5.
- _____ (2001a). *Home Country Measures*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión (UNCTAD/ITE/IIT/2003/5) (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.19.
- _____ (2001b). *Social Responsibility*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión (UNCTAD/ITE/IIT/2003/5) (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.4.

_____ (1998). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.98.II.D.8.

_____ y Cooperación Económica Asia-Pacífico (UNCTAD y CEAP) (2005). *International Investment Agreements: Recent Trends and Implications* (Ginebra y Singapur: UNCTAD y CEAP).
