



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

Distr.  
GENERAL

TD/B/COM.2/EM.21/2  
22 de mayo de 2007

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO  
Comisión de la Inversión, la Tecnología y  
las Cuestiones Financieras Conexas  
Reunión de Expertos sobre las consecuencias que  
tiene para el desarrollo la formulación de normas  
internacionales en materia de inversión  
Ginebra, 28 y 29 de junio de 2007  
Tema 3 del programa provisional

**FORMULACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES  
EN MATERIA DE INVERSIÓN\***

**Nota de la secretaría de la UNCTAD**

**Resumen**

La evolución de las normas internacionales de inversión es un proceso dinámico que ofrece nuevas oportunidades pero que también plantea nuevos desafíos a los países, particularmente a los países en desarrollo, en los comienzos del siglo XXI. En el presente documento se examinan las tendencias recientes y las características del universo de los acuerdos internacionales de inversión (AII) vigentes y se definen los desafíos más importantes en relación con el desarrollo asociados al actual régimen de inversión. Entre ellos cabe mencionar las limitaciones de la capacidad de los países en desarrollo y los problemas relacionados con el contenido de los AII. A este respecto, se presta particular atención a la coherencia de las políticas, el equilibrio apropiado entre el interés público y el privado en los asuntos relacionados con la inversión, y la dimensión de desarrollo.

En el documento se hacen también varias sugerencias sobre cómo podrían abordarse esos diversos desafíos y se invita a entablar un debate sobre la manera en que podría potenciarse la dimensión de desarrollo en la futura formulación de normas internacionales de inversión.

---

\* Este documento se presentó en la fecha mencionada debido a demoras en su procesamiento.

## ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	1	3
I. TENDENCIAS RECIENTES Y CARACTERÍSTICAS DE LA FORMULACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN .....	2 - 14	3
A. Expansión continua del universo de los AII .....	2 - 7	3
B. Controversias entre inversores y Estados.....	8 - 10	6
C. Aumento de la función de los países en desarrollo .....	11 - 12	6
D. La naturaleza evolutiva del sistema de AII actual .....	13 - 14	7
II. CONSECUENCIAS PARA EL DESARROLLO .....	15 - 46	8
A. Problemas de capacidad .....	16 - 22	8
B. Problemas de contenido .....	23 - 46	10
CONCLUSIONES .....	47 - 49	16
TEMAS PARA EL DEBATE .....	50	16
REFERENCIAS .....		18

## INTRODUCCIÓN

1. En su período de sesiones de marzo de 2007, la Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas confirmó que la UNCTAD debería ser el principal órgano del sistema de las Naciones Unidas encargado de tratar los asuntos relacionados con los acuerdos internacionales de inversión y seguir siendo el foro que promoviera la comprensión de las cuestiones relacionadas con estos acuerdos y su dimensión de desarrollo, con la participación de todas las partes interesadas y prestando especial atención a las necesidades de los países menos adelantados (PMA). En este contexto, la Junta de Comercio y Desarrollo decidió en su 41ª reunión ejecutiva, celebrada del 18 al 20 de abril de 2007, que la Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas convocara una reunión de expertos sobre las "consecuencias que tiene para el desarrollo la formulación de normas internacionales en materia de inversión". La secretaría ha preparado el presente documento como nota de antecedentes para esa reunión.

### I. TENDENCIAS RECIENTES Y CARACTERÍSTICAS DE LA FORMULACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

#### A. Expansión continua del universo de los AII

2. El universo de los acuerdos internacionales de inversión sigue creciendo en términos de número y complejidad, y en 2006 se registró una nueva expansión y un aumento de la complejidad en la formulación de normas internacionales de inversión a nivel bilateral, regional e interregional.

##### 1. Tratados bilaterales de inversión

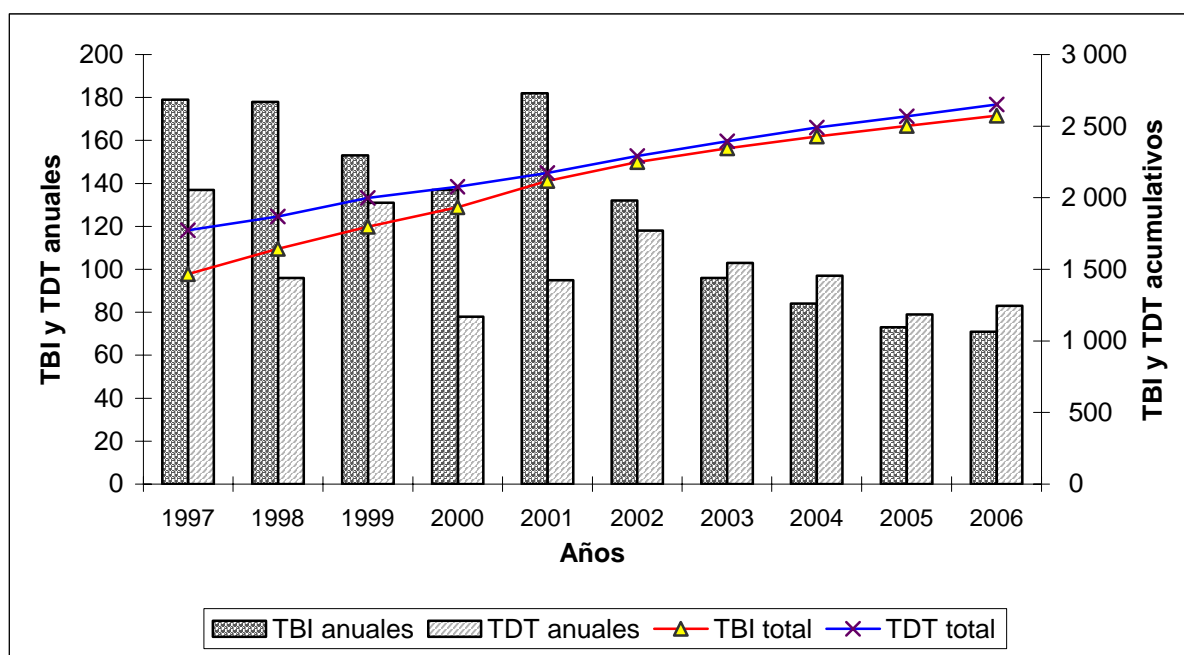
3. Se suscribieron 71 nuevos tratados bilaterales de inversión (TBI), de modo que su número total alcanzó un nuevo máximo de 2.572 a finales de 2006 (gráfico 1). Al mismo tiempo, continuó por quinto año consecutivo la disminución del número de TBI concertados cada año. La tendencia a la renegociación de los tratados existentes también siguió aumentando, abarcando en 2006 13 tratados. Hasta la fecha se ha renegociado un total de 109 TBI entre países.

##### 2. Tratados sobre doble tributación

4. En 2006 se suscribieron 83 nuevos tratados sobre doble tributación (TDT), con lo cual el número total de esos tratados llegó a 2.651 a finales de 2006 (gráfico 1). Por primera vez desde 2002, el número de TDT concertados aumentó en comparación con el año anterior. La distribución regional de los TDT suscritos para finales de 2006 (por grupos de países) revela que el 38% se celebró entre países en desarrollo y países desarrollados, y el 16% entre dos países en desarrollo. La proporción correspondiente a los TDT entre países desarrollados (el 24%) es considerablemente más elevada que en el caso de los TBI, lo cual puede explicarse por el hecho de que la doble tributación plantea una amenaza mayor en esos países que el riesgo político.

Gráfico 1

Número acumulativo y anual de TBI y TDT suscritos, 1996 a 2006



Fuente: UNCTAD ([www.unctad.org/ia](http://www.unctad.org/ia)).

### 3. Acuerdos de inversión y comercio preferencial

5. La tendencia de los años anteriores a establecer normas internacionales de inversión como parte de los acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP) cobró impulso en 2006 con la suscripción de 18 nuevos AICP que abarcaron en 62 países<sup>1</sup>. De esta manera, el número total de AICP llegó a 241 al final de 2006 (gráfico 2)<sup>2</sup>. Aunque el número total de AICP sigue siendo pequeño en comparación con el de los TBI (menos del 10%), se ha casi duplicado durante los últimos cinco años. Además, al final de 2006 se estaban negociando al menos 68 acuerdos en que participaban 106 países. Cabe suponer que en el futuro próximo habrá un incremento todavía más pronunciado de ese tipo de tratados.

<sup>1</sup> Esos acuerdos llevan distintos nombres, por ejemplo, acuerdos de libre comercio, acuerdos de asociación económica más estrecha, acuerdos de integración económica regional o acuerdos marco sobre cooperación económica.

<sup>2</sup> Debido a la terminación de un gran número de acuerdos tras la adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea y la celebración del nuevo Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (ACELC), que consolidó más de 30 acuerdos de libre comercio bilaterales, el número total de AICP no aumentó, a diferencia del año anterior.

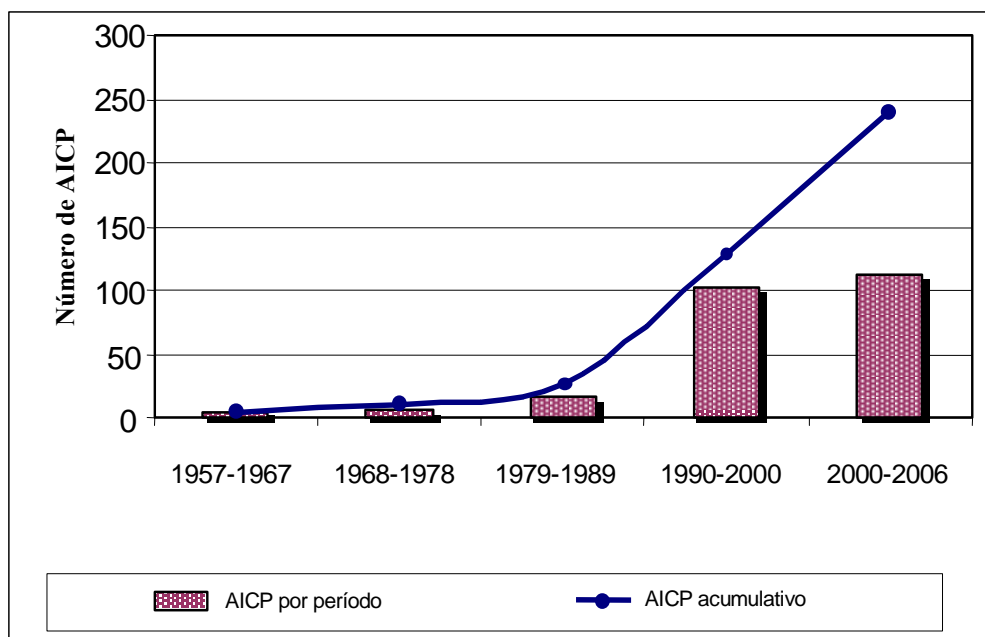
6. Entre los AICP más importantes suscritos en 2006 figuró el nuevo Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (ACELC), que consolida más de 30 acuerdos de libre comercio bilaterales. Otros importantes acuerdos de libre comercio del año pasado son los concertados entre los Estados Unidos y Colombia, Omán, Panamá y el Perú, y el Acuerdo de Asociación Económica entre el Japón y Filipinas.

7. Estos AICP establecen a menudo obligaciones vinculantes para las partes contratantes respecto de la admisión y la protección de la inversión extranjera (UNCTAD, 2006a). El alcance de los compromisos de protección de esos acuerdos de libre comercio es comparable al de los TBI. Sin embargo, algunos de ellos establecen sólo un marco para la cooperación entre las partes contratantes. Esa cooperación consiste a menudo en la creación de un marco institucional para el seguimiento de las cuestiones relacionadas con las inversiones y el establecimiento de plazos para la puesta en marcha de negociaciones futuras sobre la liberalización y/o la protección de las inversiones. Un ejemplo reciente de este tipo de acuerdo es el Acuerdo Marco de Comercio e Inversión celebrado entre los Estados Unidos y la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN).

**Gráfico 2**

**Crecimiento de los AICP, 1957 a 2006**

(Número)



*Fuente:* UNCTAD.

## **B. Controversias entre inversores y Estados**

8. En 2006, el número de casos conocidos de solución de controversias entre inversores y Estados basadas en tratados aumentó en al menos 28, y para finales de ese año el total de los casos había alcanzado un nuevo máximo de 258<sup>3</sup>. La cifra correspondiente a 2006 parece indicar una ralentización respecto del enorme crecimiento anterior de esos casos. De un total de 258 controversias, 160 se sometieron al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La mayoría de los otros casos se iniciaron con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (65) o el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (18).

9. El aumento del número de controversias relativas a inversiones derivadas de los AII no es necesariamente un mal signo. Puede considerarse una expresión del estado de derecho y, por lo tanto, una señal de que los AII contribuyen a crear un clima favorable a la inversión en los países receptores. A menudo, las sentencias arbitrales de controversias entre inversores y Estados han ayudado a aclarar el significado de determinadas disposiciones de los tratados, aumentando de esa manera la transparencia de la estructura de los AII mediante un cuerpo consolidado de jurisprudencia. Sin embargo, ha habido también algunas sentencias incoherentes que han contribuido a crear incertidumbre. Además, se ha expresado preocupación ante la posibilidad de que se entablen múltiples procesos sobre una misma serie de hechos, lo que aumentaría el costo de la solución de controversias y crearía el riesgo de obtener resultados incoherentes (UNCTAD, 2005a, 2005b).

10. Estas inquietudes han dado lugar a la adopción de medidas en la reforma del sistema del CIADI, así como a la revisión de varios TBI modelo (UNCTAD, de próxima publicación a). Las últimas revisiones incluyen importantes innovaciones destinadas a lograr una mayor previsibilidad, transparencia y coherencia del proceso.

## **C. Aumento de la función de los países en desarrollo**

11. La función de los países en desarrollo en la formulación de normas internacionales de inversión está evolucionando en al menos dos direcciones importantes. En primer lugar, los países en desarrollo son ahora normalmente partes en AII concertados entre ellos mismos. El resultado es un aumento considerable del número de AII suscritos entre países en desarrollo. Por ejemplo, a finales de 2006 se habían celebrado 679 TBI entre países en desarrollo, lo que representaba alrededor del 26% de todos los TBI. El número total de AICP Sur-Sur había llegado a 90. Entre los ejemplos recientes de AICP Sur-Sur figuran las iniciativas de la ASEAN para el establecimiento de una zona de libre comercio e inversión con China, la India y la República de Corea, el Acuerdo de Libre Comercio entre Singapur y Panamá y el suscrito entre China y el Pakistán.

---

<sup>3</sup> Este número no incluye los casos en que una parte ha señalado su intención de presentar una demanda a arbitraje pero todavía no ha empezado el arbitraje (notificación); si estos casos se someten a arbitraje, el número aumentará.

12. En segundo lugar, una serie de países en desarrollo se han ido convirtiendo cada vez más en exportadores de capital. Ya no definen su función dentro del régimen de los AII exclusivamente como la de receptores de la inversión extranjera procedente de países desarrollados: también pueden ser fuentes de corrientes de capital hacia países desarrollados u otros países en desarrollo (UNCTAD, 2006b, 2005c).

#### **D. La naturaleza evolutiva del sistema de AII actual**

13. En los comienzos del siglo XXI, el régimen de los acuerdos internacionales de inversión puede definirse con las siguientes características sistémicas clave<sup>4</sup>:

- El sistema es *universal*, en el sentido de que casi cada país ha firmado al menos un TBI y la gran mayoría de los países son partes en acuerdos regionales, plurilaterales o multilaterales relativos a inversiones.
- La estructura de los acuerdos está *atomizada*. No existe ninguna instancia única que coordine la estructura general o el contenido de los miles de acuerdos que forman el sistema.
- El sistema es de *capas múltiples*, es decir, los AII existen actualmente a nivel bilateral, regional, plurilateral y multilateral, y los AII de diferentes niveles se superponen.
- El sistema es *multifacético*. Los AII contienen disposiciones que son específicas de la inversión, pero también otras que abordan cuestiones conexas, como el comercio de bienes, el comercio de servicios y la protección de la propiedad intelectual.
- Los acuerdos presentan *uniformidad en el centro y creciente diversidad en la periferia*. Es decir, respecto de una serie de cuestiones fundamentales, reflejan un considerable consenso en cuanto al contenido principal. Una enorme cantidad de acuerdos contiene disposiciones tales como el trato nacional y de nación más favorecida (NMF) para la inversión establecida, el trato justo y equitativo, la garantía de una indemnización pronta, adecuada y efectiva en caso de expropiación y la garantía de transferencia libre de fondos, y el consentimiento a la solución de controversias tanto entre Estados como entre éstos y los inversores. Sin embargo, otras disposiciones, como las garantías del trato nacional y NMF respecto del derecho a establecer inversiones y las prohibiciones de las prescripciones en materia de resultados, aparecen sólo en muy pocos acuerdos, a veces con grandes diferencias entre ellos.
- Los acuerdos son *mínimamente regulatorios*. Muy pocos AII contienen disposiciones que regulen los volúmenes o las corrientes de inversión internacional. Las obligaciones que imponen esos acuerdos recaen casi totalmente en los países receptores y ocasionalmente en los de origen, pero rara vez en los inversores o las inversiones. Los países receptores reglamentan la inversión de acuerdo con su legislación interna.

---

<sup>4</sup> La secretaría de la UNCTAD está preparando un estudio en que se describirán con más detalle algunas de las características más importantes del sistema de AII según ha evolucionado durante los últimos 60 años (UNCTAD, de próxima publicación b).

- Los acuerdos suelen tener un *efecto promocional indirecto*. En la gran mayoría de los acuerdos no hay disposiciones que promuevan directamente las corrientes de inversiones internacionales. Más bien, la promoción se produce de manera indirecta, como resultado de la creación de un entorno favorable a la inversión mediante la protección de las inversiones.
- Tienen un efecto de *moderada liberalización*. La liberalización fue rara vez un objetivo en los acuerdos suscritos durante aproximadamente los primeros cincuenta años de la era posterior a la guerra. Sin embargo, la situación ha cambiado mucho en el último decenio con la entrada en vigor del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y de los acuerdos de libre comercio más recientes, el Acuerdo de la ASEAN, los TBI concertados con los Estados Unidos, el Canadá y el Japón y el Tratado sobre la Carta de la Energía.
- Los AII *contribuyen poco a la transparencia*. Si bien esos acuerdos se describen normalmente como encaminados a proteger la inversión creando un entorno de inversión estable y transparente, muchos de ellos contribuyen a la transparencia sólo en la medida en que sus disposiciones son transparentes pero no exigen la transparencia de la legislación interna de los países receptores.

14. En lo que se refiere a los aspectos de desarrollo de los AII, revisten particular importancia dos conjuntos de las características del universo de esos acuerdos que se acaban de describir. En primer lugar, el hecho de que se hayan ido convirtiendo en acuerdos cada vez más complejos y diversificados ofrece nuevas opciones pero también plantea serios desafíos a los países en desarrollo. En segundo lugar, la mayoría de los AII vigentes no abordan específicamente cuestiones relativas al desarrollo. En el capítulo siguiente se estudian las repercusiones de esas características y deficiencias.

## II. CONSECUENCIAS PARA EL DESARROLLO

15. Si bien las cuestiones que acaban de mencionarse son importantes para todos los países independientemente del nivel de desarrollo -para los países desarrollados, en desarrollo o en transición por igual-, son más pertinentes para los países en desarrollo que tienen menos capacidad de abordarlas. En particular, estos países tropiezan con dos problemas principales a este respecto.

### A. Problemas de capacidad

16. Los problemas de capacidad derivan del hecho de que muchos países carecen de recursos para participar plena y eficazmente en el desarrollo y aplicación del sistema internacional de inversiones. Si bien los problemas de capacidad afectan a todos los países, revisten importancia especial en los países en desarrollo.

17. Los países en desarrollo poseen por definición menos recursos que los países desarrollados y, por lo tanto, se ven más acosados por los problemas de capacidad. Este hecho puede perjudicar, cuantitativa o cualitativamente, su participación en el sistema internacional de inversiones. Por ejemplo, un país en desarrollo puede comprobar que carece de recursos para



negociar los acuerdos que desea. O bien puede decidir participar en negociaciones, pero sin tener los conocimientos necesarios para obtener las concesiones que de lo contrario podría obtener, o sin entender plenamente las consecuencias del acuerdo que llegado el momento suscriba, o sin tener la capacidad de cumplirlo una vez concertado. El resultado final es que los problemas de capacidad pueden ser especialmente graves para los países en desarrollo que tienen menos posibilidades de encauzar el sistema internacional de inversiones en la dirección necesaria para hacer frente a esos problemas.

18. Los problemas de capacidad están agravados por muchas de las tendencias que se observan en el sistema internacional de inversiones vigente. Entre ellas figuran el número creciente de AII, el aumento de su ámbito, complejidad y diversidad, y el considerable incremento del número de controversias que se someten al arbitraje entre inversionistas y Estados (véase más arriba)<sup>5</sup>.

19. Los problemas de capacidad deben resolverse por varias razones. En primer lugar, la falta de capacidad de los países es una amenaza a la eficacia de todo el sistema de AII. Este sistema parte del supuesto de que una comunidad de países asume deliberadamente obligaciones que se traducen en un entorno estable y transparente para la inversión en sus respectivos territorios. Si los países no son capaces de comprender el contenido de los acuerdos que han suscrito debido a su complejidad, existe el peligro de que celebren acuerdos que no están en condiciones de respetar plenamente, lo cual, a su vez, socavará el valor de esos acuerdos.

20. Incluso si los problemas de capacidad no menoscaban la eficacia del sistema, pueden distorsionar su estructura. Por ejemplo, pueden repercutir en el contenido de los AII. Los países que carecen de capacidad pueden oponer resistencia a acuerdos más complejos y amplios, entre otras cosas respecto de los compromisos de liberalización.

21. Por último, los problemas de capacidad comprometen también la equidad del sistema internacional de inversiones. Los países que carecen de capacidad para participar plenamente corren el riesgo de quedar marginados y rezagados en el proceso de integración de la economía global.

22. Por todo ello, hay que aumentar la capacidad de los países en desarrollo para que puedan abordar eficazmente los desafíos que plantean la negociación y aplicación de los AII. Las organizaciones internacionales, como la UNCTAD, tienen el cometido de ayudar a los países, en particular a los países en desarrollo, a fortalecer su capacidad interna. Los pilares principales de la UNCTAD en lo que se refiere al fortalecimiento de la capacidad son la investigación y el análisis para vigilar las tendencias, el análisis de nuevas cuestiones y las repercusiones para el desarrollo, el mantenimiento de bases de datos de los AII, la asistencia técnica y los servicios de asesoramiento respecto de los recursos humanos y del fomento de la capacidad institucional, y la provisión de una plataforma general para debatir cuestiones relativas a los AII (funciones de "respaldo").

---

<sup>5</sup> Véase en este contexto la referencia UNCTAD (2006c).

## **B. Problemas de contenido**

23. Las tendencias recientes y las características del sistema de AII que se han descrito han generado varios problemas en relación con el contenido de dichos acuerdos. Tres de ellos revisten primordial importancia.

24. El primero se refiere a la promoción de la coherencia de las políticas. El número, amplitud y complejidad crecientes de los acuerdos en un marco multifacético, de múltiples capas y atomizado amenazan con socavar la coherencia del sistema de AII. Además, el aumento de los arbitrajes entre inversores y Estados ha planteado la cuestión de si deberían revisarse algunas disposiciones de los AII para garantizar su correcta interpretación (UNCTAD, 2006d).

25. El segundo problema se refiere a la manera de equilibrar los intereses privados y públicos en los AII. La amplitud cada vez mayor de los acuerdos plantea nuevas cuestiones en relación con el grado adecuado de facultades discrecionales de regulación reservado a los países que suscriben AII. Asimismo, la creciente complejidad de los acuerdos plantea cuestiones respecto del nivel apropiado de especificidad con que deben formularse las obligaciones en los AII y de la medida en que se necesitan excepciones y reservas.

26. El tercer problema se refiere a la manera de dar más realce a la dimensión de desarrollo de esos acuerdos. Como ya se observó, la mayoría de los AII actuales promueven la inversión extranjera sólo indirectamente mediante la protección de las inversiones. Un enfoque más proactivo para alentar la inversión extranjera podría ser un importante instrumento adicional para dar más relieve a la dimensión de desarrollo de los AII.

### **1. Promoción de la coherencia de las políticas**

27. El problema de la coherencia de las políticas respecto de los AII se plantea en al menos tres contextos diferentes:

- En primer lugar, coherencia de las políticas significa que los AII de un país deberían ser acordes con sus políticas económicas y de desarrollo. Esto entraña la creación de un enfoque coherente del desarrollo nacional que integre las políticas relativas a la inversión, el comercio, la competencia, la tecnología y la industria. A medida que se negocien nuevos AII, habrá que cerciorarse de que son coherentes con el desarrollo económico del país y de que realmente lo promueven. Por una parte, la mayor diversidad en la estructura y el contenido de los AII brinda una oportunidad a los países en desarrollo, ya que pueden adoptar diferentes enfoques en esos acuerdos para que reflejen mejor sus necesidades especiales de desarrollo. Por otra parte, ante la multitud de nuevos mecanismos de política que se derivan de los AII, podría también resultar más difícil utilizar esos acuerdos como instrumento para lograr determinados objetivos de desarrollo. Por ejemplo, una política de intervención selectiva frente a los inversores extranjeros podría quedar socavada por el efecto combinado de la concesión de derechos de establecimiento en determinados AII y la aplicación de la cláusula NMF, lo cual podría dar lugar a la apertura del sector en cuestión a todo inversor extranjero.

- En segundo lugar, la coherencia de las políticas está en peligro ante la diversidad de AII que los distintos países suscriben con otros países. Ningún país tiene un poder de negociación tal como para imponer su modelo de AII a cada una de las partes en el tratado. Dicho esto, pueden aparecer incoherencias en relación con prácticamente todas las disposiciones del acuerdo. Una esfera destaca a este respecto, ya que representa una brecha general en la formulación de normas sobre inversión: la liberalización de las inversiones. Pronto aparecerán nuevas divergencias en lo que se refiere al grado de especificidad de las distintas disposiciones de los tratados, así como de la necesidad de incluir exenciones y reservas en el acuerdo<sup>6</sup>.
- En tercer lugar, la cuestión de la coherencia de las políticas se plantea respecto de las interpretaciones que numerosas sentencias arbitrales han dado a disposiciones específicas de los AII. En relación con el aumento de las controversias relativas a inversiones que han tenido como resultado varias sentencias contradictorias, se observan nuevas preocupaciones en relación con la forma de garantizar la coherencia también en la interpretación de los AII por parte de los tribunales de arbitraje. Además, los sistemas de arbitraje internacional, como el Convenio del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o los procedimientos de solución de diferencias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), difieren ampliamente.

28. Todos esos aspectos diferentes de la coherencia de las políticas pueden tener marcadas repercusiones en el desarrollo. Naturalmente, cuanto más la estructura general y el contenido de un AII reflejen las políticas económicas y de desarrollo del país receptor, mayor será su contribución al logro de determinados objetivos de política. A la inversa, la aplicación de políticas de desarrollo estables y coherentes puede verse gravemente menoscabada si la red de AII de un país es incoherente. Por ejemplo, si un país aplica una política de intervención activa a favor de determinadas industrias nacionales, podría tropezar con obstáculos si algunos -pero no todos- de sus AII prevén excepciones al principio de no discriminación.

29. Si bien la cuestión de la coherencia de las políticas se aplica a todos los países, podría revestir más importancia para los países en desarrollo que para otros. Debido a las limitaciones de capacidad y la falta de competencia técnica, podrían tener serias dificultades para establecer políticas económicas y de desarrollo coherentes y reflejarlas adecuadamente en su red de AII. Los países en desarrollo con menos experiencia en asuntos relativos a los AII, cambios de política frecuentes y posiciones de negociación débiles corren también el riesgo de suscribir AII incoherentes o que no están en consonancia con su legislación nacional. Pueden tener que celebrar negociaciones sobre la base de acuerdos modelo divergentes de sus asociados en la negociación que son países desarrollados. De hecho, muchos países en desarrollo tienen una red de AII muy atomizada. Además, el marco normativo interno de muchos países en desarrollo evoluciona constantemente y es objeto de cambios frecuentes. A medida que se aprueban más leyes y reglamentos, son también más las ocasiones en que esa legislación o una determinada medida pueden ser acordes con algunos AII de un país, pero estar en conflicto con otros, dando así pie a denuncias de violaciones de tratados. En los casos de arbitraje en relación con inversiones, los países en desarrollo pueden contar con medios más débiles para defenderse eficazmente que sus contrapartes que son países desarrollados.

---

<sup>6</sup> Respecto de las reservas, véase UNCTAD (2006e).

30. Por otra parte, los posibles efectos de la incoherencia pueden mitigarse mediante la cláusula NMF, que es una característica común de prácticamente todos los AII. Dicha cláusula, en esencia, impide que un país receptor conceda trato diferente a inversores de diferente nacionalidad extranjera y podría utilizarse para hacer coherentes obligaciones que inicialmente no lo eran. Sin embargo, habida cuenta de algunas sentencias contradictorias recientes, dista mucho de estar claro en qué circunstancias se aplica efectivamente la cláusula NMF y cuál puede ser el alcance de sus efectos.

31. Por lo tanto, los países en desarrollo deberían adoptar una estrategia preventiva y esforzarse por solucionar las incoherencias en su red de AII actual. Esto incluye la posibilidad de renegociar o, como último recurso, dar por terminados los tratados que sean incoherentes. Además, como se señaló antes, la tendencia constante hacia una mayor uniformidad respecto de las disposiciones básicas de protección de las inversiones reduce hasta cierto punto el riesgo de incoherencia. No obstante, debe insistirse en que el proceso de armonización mediante negociaciones de AII individuales tiene sus limitaciones. En última instancia, el logro de una coherencia de las políticas mucho mayor en la celebración de tratados exigirá buscar los medios de aumentar el consenso multilateral sobre las cuestiones clave de los AII.

32. Además, la jurisprudencia internacional puede contribuir de manera importante a armonizar la comprensión de la interpretación de los principios básicos de la protección de inversiones. De hecho, la reciente reforma del sistema del CIADI, que entrañó considerables innovaciones en los procedimientos de solución de diferencias entre los inversores y los Estados y tuvo por objeto lograr una mayor transparencia en los procesos de arbitraje, una mayor participación de terceros interesados y la consolidación de las denuncias, constituye un paso en esta dirección. Se están tomando iniciativas análogas en el contexto del reglamento de la CNUDMI.

## **2. El equilibrio entre los intereses privados y públicos y la cuestión de la flexibilidad normativa**

33. En toda negociación de AII, una cuestión clave es cómo lograr el equilibrio entre los derechos e intereses de los inversores extranjeros por una parte y los del país receptor por la otra. Difícilmente sería sostenible a largo plazo un sistema de AII no equilibrado. Además, el equilibrio entre el interés privado y el público es una cuestión dinámica. Los gobiernos tienen que ser capaces de reaccionar ante las nuevas preocupaciones del público acerca de la inversión extranjera y reevaluar y revisar las políticas vigentes.

34. Debido fundamentalmente al enorme aumento de las controversias relativas a inversiones en los últimos años, ha cobrado impulso el debate sobre cuál debería ser el contrapeso a los derechos de los inversores. Hasta ahora se han propuesto tres enfoques principales:

- En primer lugar, algunos países han aclarado las disposiciones de AII individuales en los casos en que preocupaba que una interpretación amplia de esas disposiciones pudiera reducir la flexibilidad normativa del país receptor. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con las disposiciones que garantizan el trato justo y equitativo de la inversión y la indemnización por expropiación indirecta. Sin embargo, esa labor podría al mismo tiempo dar lugar a una mayor incoherencia en la red general de los AII (véase más arriba).

- En segundo lugar, numerosos AII recientes conceden más importancia a las preocupaciones relativas a políticas públicas. Por ejemplo, incluyen excepciones generales a medidas del país receptor para mantener la seguridad nacional, preservar el orden público o proteger la salud, la seguridad o el medio ambiente. Respecto de esas excepciones se ha expresado preocupación por el hecho de que puedan menoscabar la finalidad del AII proporcionando al país receptor una justificación potencialmente amplia para dejar sin efecto obligaciones dimanantes del acuerdo. Asimismo, esas disposiciones han sido objeto de pocas sentencias arbitrales y, por lo tanto, el conocimiento de su alcance todavía no es amplio. Otros AII comprenden disposiciones en las que se exhorta a los países receptores a que no se aparten de las normas laborales o ambientales al reglamentar la inversión extranjera, aunque a menudo esas disposiciones no imponen una obligación vinculante.
- En tercer lugar, unos cuantos AII han potenciado la función del público en la solución de controversias entre los inversores y los Estados. Por ejemplo, algunos permiten que particulares o entidades que no participen en la controversia presenten comunicaciones por escrito, denominadas a veces comunicaciones del *amicus curiae* o "amigo del tribunal". Esas comunicaciones procederán con toda probabilidad de organizaciones no gubernamentales que representan intereses ambientales, laborales o de otro tipo y, por consiguiente, es probable que aboguen por preservar el poder reglamentario del país receptor. Las disposiciones sobre la participación del público se han reforzado con las relativas a la transparencia examinadas más arriba, como las referentes a la publicación de las comunicaciones al tribunal y a las audiencias públicas.

35. La mayoría de los enfoques mencionados hasta ahora se han limitado sólo a un número pequeño, pero creciente, de países. Dado que cada uno de ellos plantea posibles problemas, queda por ver hasta qué punto se aplicarán en el futuro.

36. Un criterio distinto para equilibrar los intereses del sector privado y del sector público que todavía no se ha estudiado de manera especial en los AII sería definir las obligaciones del inversor directamente en el acuerdo, en lugar de dejar que el Estado receptor, con su flexibilidad normativa, las imponga mediante su legislación interna. Esas obligaciones pueden ser meramente pasivas, por ejemplo, la de abstenerse de un determinado tipo de actividad, como una actividad que violara derechos humanos o laborales, causara daños al medio ambiente o constituyera corrupción. Sin embargo, las obligaciones pueden ser también de carácter activo, como la de hacer una contribución al desarrollo. Un instrumento que impusiera obligaciones a un inversor podría también otorgar al país receptor la facultad de recurrir a los mecanismos de arbitraje, que en la actualidad sólo los inversores pueden invocar.

37. La tendencia dominante hasta ahora ha sido ocuparse de esta cuestión en el contexto de las directrices voluntarias para inversores extranjeros, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Así pues, si bien no someten a los inversores extranjeros a obligaciones internacionales en el AII, el país de origen y el país receptor transmiten el importante mensaje político de que los inversores extranjeros tiene que comportarse de una determinada manera. Sin embargo, la mayoría de los instrumentos existentes a este respecto se refieren a las cuestiones "tradicionales" de la responsabilidad social de las empresas en relación con los derechos humanos, los derechos laborales, la protección del medio ambiente y la prevención de la corrupción, y no abordan cuestiones específicas del desarrollo económico.

Podría estudiarse la posibilidad de elaborar directrices sobre las contribuciones empresariales al desarrollo económico para atender específicamente a las preocupaciones relativas al desarrollo económico (UNCTAD, 2005d, 2003).

### **3. Fortalecimiento de la dimensión de desarrollo de los AII**

38. Una última cuestión crítica consiste en saber cuál es la mejor manera de incorporar una dimensión de desarrollo en los AII. A nivel básico, este asunto plantea la cuestión de si los mecanismos actuales destinados a abordar las preocupaciones en materia de desarrollo han sido eficaces y suficientes. Esos mecanismos incluyen reservas, excepciones, suspensiones temporales, arreglos de transición y mecanismos institucionalizados de vigilancia y de consultas (UNCTAD, 2000).

39. Un criterio para subrayar la dimensión de desarrollo de los AII consiste en garantizar que los países en desarrollo conserven el margen de libertad necesario para lograr sus objetivos particulares de desarrollo nacional, procurando al mismo tiempo alcanzar el objetivo de crear un marco de política de inversión extranjera directa (IED) estable, predecible y transparente. Por consiguiente, se trataría de una modalidad particular del equilibrio entre los intereses privados y públicos en los AII. La flexibilidad en los AII puede enfocarse desde cuatro ángulos diferentes, a saber, los objetivos del acuerdo, su estructura general y modos de aplicación, las disposiciones sustantivas, y su modo de aplicación. En principio, todos los tratados podrían incluir una dimensión de desarrollo, adaptarse a las necesidades de las partes participantes y, sobre todo, tener en cuenta las asimetrías entre los países en diferentes niveles de desarrollo.

40. La incorporación de una dimensión de desarrollo podría abarcar la adición de nuevos tipos de disposiciones que no se ven a menudo en los AII. Como se ha señalado, estos acuerdos suelen tener un efecto promocional sólo indirecto. Se plantea la cuestión de si los AII deberían promover la inversión por medios más directos, incluida la adopción de medidas en el país de origen. Esos medios podrían abarcar una amplia gama de cuestiones, por ejemplo la transparencia y el intercambio de información relativa a la inversión, el fomento de vínculos entre los inversores extranjeros y las empresas nacionales, el fortalecimiento de la capacidad y la asistencia técnica, la concesión de un seguro de inversiones, el estímulo a la transferencia de tecnología, la reducción de los obstáculos no oficiales a la inversión, las actividades de promoción de inversiones conjuntas, el acceso al capital, los incentivos financieros y fiscales, y el establecimiento de un mecanismo institucional para coordinar las actividades de promoción de las inversiones. La red mundial de organismos de promoción de las inversiones podría contribuir a la aplicación de los AII y al fomento de políticas encaminadas a mejorar aún más el entorno mundial para la inversión.

41. Un mayor recurso a la promoción de las inversiones podría tener varias ventajas. Como las disposiciones sobre el fomento de la inversión suelen contener un compromiso de las partes contratantes de trabajar activamente para alentar la inversión extranjera, su efecto de promoción podría manifestarse más rápida y fuertemente que en el caso de las obligaciones pasivas relativas a la protección de las inversiones. Asimismo, la promoción de la inversión podría utilizarse en el contexto de las políticas de inversión de carácter estratégico de los países en desarrollo a fin de encauzar la inversión extranjera hacia sectores, actividades o regiones particulares en que esos países vean una ventaja comparable para ellos o un potencial prometedor para el futuro. Otra posible ventaja tiene que ver con el uso poco frecuente de disposiciones específicas sobre el

fomento de la inversión en los actuales AII. Por consiguiente, los países en desarrollo que incluyan esas disposiciones en sus acuerdos de inversión podrían tener una ventaja competitiva en la competencia mundial por atraer inversión extranjera.

42. Por otra parte, existe el riesgo de que una mayor insistencia en la promoción de las inversiones dé lugar a una mayor distorsión de la inversión basada en los incentivos. Asimismo, las consideraciones políticas de los países exportadores de capital podrían ser un obstáculo a que la promoción de la inversión ocupe un lugar más destacado en los AII.

43. Otra consideración a este respecto es el de atribuir una función más prominente en los futuros AII a los métodos alternativos de solución de diferencias. En la actualidad, sólo muy pocos AII contemplan el empleo de esas técnicas alternativas para solucionar diferencias entre los inversores y los Estados. Los métodos alternativos entrañan la intervención de un tercero, normalmente con el acuerdo de los litigantes, para ayudarles a negociar una solución a su conflicto. Por esta razón, esa modalidad de solución de diferencias se denomina a veces "negociación facilitada". Puede tener varias ventajas respecto del arbitraje internacional. Si el problema se soluciona, puede ser más barato y rápido y proteger mejor la relación entre el inversor extranjero y el país receptor, aspectos que son importantes para los países en desarrollo. El marcado aumento de las controversias entre los inversores y los Estados en los últimos años podría ser otro argumento más a favor de los métodos alternativos de solución de diferencias (UNCTAD, de próxima publicación, c).

44. Más en general, la determinación de la mejor manera de incorporar una dimensión de desarrollo en los AII plantea la cuestión de qué tipo de AII es el que más favorece los objetivos de desarrollo, cuestión que tal vez no tenga la misma respuesta en todos los países. Por ejemplo, un país puede optar por suscribir un TBI tradicional orientado a la protección de las inversiones, un TBI con compromisos previos al establecimiento, un AICP que prevea una liberalización global y abarque cuestiones distintas de la inversión, como los servicios, el movimiento de la mano de obra, la competencia o la propiedad intelectual, o un acuerdo de cooperación económica que simplemente sienta las bases para la futura formulación de normas mediante medidas tales como la de una mayor transparencia.

45. La determinación del tipo de AII que más favorece los objetivos de desarrollo de un país depende también de la respuesta que se dé a la difícil cuestión del impacto previsto de esos acuerdos. Estudios empíricos han arrojado resultados algo incoherentes acerca de si la celebración de AII está asociada a un incremento de la inversión extranjera directa. Sin embargo, la mayoría coincide en que los AII son sólo un factor en la creación de un entorno favorable a la inversión y que en algunos países en desarrollo pueden desempeñar un papel mayor que en otros. Además, la función de esos acuerdos en la creación de un clima favorable a la inversión puede ser compleja. Por ejemplo, los AII pueden contribuir a bloquear reformas internas que son importantes para atraer la inversión extranjera. Los esfuerzos por llevar a la práctica un AII pueden también impulsar nuevas reformas internas que con el tiempo contribuyan a crear un entorno más favorable a la inversión. Asimismo, los AII pueden tener consecuencias no deseadas, como una sentencia arbitral que interprete que un AII garantiza algún tipo de protección contra la actividad normativa del país receptor, que dicho país no tenía la intención de proporcionar. Además, diferentes disposiciones del AII pueden tener diferentes repercusiones, en función de las circunstancias económicas de un determinado país. Los países

en desarrollo deben hacer sus propias evaluaciones de qué tipos de AII pueden, a fin de cuentas, hacer la mayor contribución a sus objetivos de desarrollo.

46. La dimensión del desarrollo es, por lo tanto, una consideración que se plantea tanto al elegir el tipo de instrumento que se ha de negociar como al formular cada una de las disposiciones del acuerdo. La dimensión del desarrollo debería reflejarse no sólo en las distintas disposiciones específicas del acuerdo, sino también en el instrumento en su conjunto.

### CONCLUSIONES

47. La finalidad del presente documento, que se basa en un análisis de las tendencias recientes y las características del universo de los AII existente, es demostrar que los países en desarrollo tienen nuevas oportunidades, pero también afrontan nuevos retos en la formulación de normas internacionales de inversión. Entre estos últimos, figuran los problemas de capacidad y los problemas de contenido. La medida en que la ulterior evolución del sistema de AII puede contribuir al desarrollo económico y social y a una mejor integración de los países en desarrollo en la economía mundial depende de manera crucial de que se encuentren respuestas apropiadas a esos problemas.

48. En el documento se han formulado algunas sugerencias y se invita a iniciar un debate sobre cómo resolver los diversos desafíos. Un mensaje clave es que, si bien las repercusiones que tiene en el desarrollo la formulación de normas de inversión se conocen desde hace mucho, son relativamente pocos los AII que prestan particular atención a ese aspecto. Esto se manifiesta particularmente en la casi completa ausencia de disposiciones específicas sobre la *promoción* de las inversiones en los AII. En lo que se refiere al equilibrio entre los intereses privados y públicos en los AII, hasta ahora sólo un pequeño grupo de países ha considerado necesario reevaluar los enfoques existentes y potenciar la función del Estado. Además, el establecimiento y mantenimiento de una política coherente sobre los AII seguirá siendo una tarea difícil para la mayoría de los países en desarrollo en la medida en que tengan que negociar individualmente tratados de inversión con asociados más fuertes.

49. Todo ello pone de relieve la necesidad de fortalecer más la capacidad para ayudar a los países en desarrollo a comprender mejor los problemas que están en juego y formular políticas adecuadas sobre los AII con el objetivo de garantizar que esos tratados de inversión hagan una contribución positiva al logro de sus objetivos nacionales de desarrollo.

### TEMAS PARA EL DEBATE

50. Los expertos tal vez deseen estudiar detenidamente las siguientes cuestiones:

- En relación con el capítulo I:

Desde su perspectiva nacional/regional, ¿resultan apropiadas la descripción del universo de los AII y su evolución? ¿Son suficientemente amplias?



- En relación con el capítulo II:

¿Qué características del universo de los AII existentes tienen particulares repercusiones en el desarrollo en su país/región?

En este contexto, ¿estaría de acuerdo en que las cuestiones de la coherencia de las políticas y el equilibrio entre el interés privado y el público revisten particular interés para su país/región?

¿Qué función desempeñan en su país/región las limitaciones de la capacidad para abordar eficazmente los desafíos de la negociación y aplicación de AII?

¿Hay otras cuestiones que cree que deberían tomarse en consideración al evaluar las consecuencias que tiene para el desarrollo la formulación de normas internacionales de inversión?

- En relación con la cuestión de la coherencia de las políticas:

¿Qué importancia reviste la cuestión de la coherencia del universo de los AII desde el punto de vista del desarrollo y desde la perspectiva de su país/región? ¿Cuáles son las esferas de política en su país/región más afectadas por la cuestión de la coherencia?

- En relación con la cuestión del equilibrio entre el interés público y el privado:

Desde su perspectiva nacional/regional, ¿es necesaria una reevaluación del equilibrio efectivo entre el interés privado y el público en los AII en los que su país/región es parte? En caso afirmativo, ¿en qué esferas sería necesaria una reevaluación y cómo podría hacerse?

- En relación con la cuestión de la dimensión del desarrollo:

¿Cuál es la experiencia con los mecanismos de "flexibilidad" previstos en los AII (por ejemplo, excepciones, exenciones, períodos de transición, salvaguardias) desde su perspectiva (nacional/regional)?

¿Son suficientes esos mecanismos para que los países en desarrollo receptores puedan aplicar sus estrategias de desarrollo y obtener el máximo beneficio de la inversión extranjera?

¿Hay otros elementos que su país/región haya utilizado para incrementar el potencial de desarrollo de los AII? Por ejemplo, ¿figura en sus AII una referencia a medidas que deba adoptar el país de origen y a obligaciones del inversor? En caso negativo, ¿debería haber referencias a esas medidas y obligaciones, y cómo debería formularse?

¿Que otras cuestiones podrían examinarse para aumentar la función de promoción de la inversión de los AII?

## REFERENCIAS

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2000). *Flexibility for Development*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.00.II.D.6.
- \_\_\_\_\_ (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.03.II.D.8.
- \_\_\_\_\_ (2005a). *Investor–State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.1.
- \_\_\_\_\_ (2005b). "Latest developments in investor–State dispute settlement", *IIA Monitor*, N° 4 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/2).
- \_\_\_\_\_ (2005c). *South–South Cooperation in International Investment Arrangements*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.05.II.D.5.
- \_\_\_\_\_ (2005d). "Contribuciones empresariales positivas al desarrollo económico y social de los países en desarrollo receptores". Nota preparada por la secretaria de la UNCTAD (Ginebra: Naciones Unidas), documento de las Naciones Unidas TD/B/COM.2/EM.17/2.
- \_\_\_\_\_ (2006a). *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.
- \_\_\_\_\_ (2006b). *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.11.
- \_\_\_\_\_ (2006c). *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.3.
- \_\_\_\_\_ (2006d). "Systemic issues in international investment agreements (IIAs)", *IIA Monitor*, N° 1 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/2).
- \_\_\_\_\_ (2006e). *Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.14.
- \_\_\_\_\_ (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.16.

\_\_\_\_\_ (de próxima publicación, a). *Investor–State Dispute Settlement and its Impact on Investment Rulemaking* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.

\_\_\_\_\_ (de próxima publicación, b). *60 Years of International Investment Rulemaking: Stocktaking, Challenges and the Way Forward* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.

\_\_\_\_\_ (de próxima publicación, c). *Alternative Methods of Treaty-Based Investor–State Dispute Resolution* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.

-----