



Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/EM.5/2
5 de febrero de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Reunión de Expertos en Acuerdos Internacionales
sobre Inversión: conceptos que permiten
alguna flexibilidad en interés de la promoción
del crecimiento y el desarrollo
Ginebra, 24 a 26 de marzo de 1999
Tema 3 del programa provisional

ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN: CONCEPTOS QUE
PERMITEN ALGUNA FLEXIBILIDAD EN INTERÉS DE LA PROMOCIÓN
DEL CRECIMIENTO Y EL DESARROLLO

Nota de la secretaría de la UNCTAD

RESUMEN EJECUTIVO

Los países que participan en acuerdos internacionales sobre inversión (AII) se encuentran con frecuencia en niveles muy distintos de desarrollo económico y tecnológico y difieren unos de otros en muchos aspectos importantes. En el caso de AII en que intervienen países en desarrollo, se acepta generalmente que la promoción del desarrollo económico y social es un objetivo esencial. Así pues, uno de los desafíos ante los que se encuentran los países es lograr que los AII tengan una flexibilidad suficiente para alcanzar, además de los objetivos específicos de cada instrumento, la satisfacción de las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo. Esa flexibilidad puede manifestarse en los AII de diferentes maneras, por ejemplo, mediante la fijación de objetivos de desarrollo explícitos, el establecimiento de las prioridades adecuadas, la estructuración del acuerdo en la forma apropiada, la formulación de las disposiciones sustantivas de manera que respondan a los fines de desarrollo, la aceptación de excepciones o de diferenciación en el contenido o la regulación de los derechos y obligaciones de las partes en función de sus respectivos niveles de desarrollo. La cuestión principal para la Reunión de expertos es la identificación de las características de los AII que permiten la flexibilidad en interés de la promoción del desarrollo, al mismo tiempo que hacen posible el logro de otros objetivos. Al examinar las formas que el concepto de flexibilidad reviste en los AII, la Reunión podrá también evaluar hasta cierto punto la eficacia de esas formas para promover el desarrollo y simultáneamente estimular la inversión.

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1 - 5	5
I. FLEXIBILIDAD	6 - 10	6
II. CUESTIONES	11 - 48	7
A. Objetivos	14 - 17	8
B. Disposiciones sustantivas	18 - 38	12
C. Aplicación	39 - 43	20
D. Estructura general	44 - 48	25
CONCLUSIONES	49 - 50	28

Lista de recuadros

1. Preámbulo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	
Preámbulo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio	9
2. Preámbulo de los principios no vinculantes CEAP en materia de inversión	9
3. Preámbulo del Tratado por el que se establece la Asociación Latinoamericana de Integración	9
4. Preámbulo del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio	
Preámbulo del TBI entre la Argentina y los Países Bajos	10
5. Artículo 3 del Tratado por el que se establece la Asociación Latinoamericana de Integración	11
6. Cuestiones fundamentales a que se refieren algunos AII concertados recientemente	13
7. Versión de 1994 del TBI modelo de los Estados Unidos (art. II)	
TBI concertado entre el Canadá y Trinidad y Tabago (párrafo 3 del artículo II)	16

ÍNDICE (continuación)

Página

Lista de recuadros (continuación)

8.	Artículo 4 del Acuerdo MIC	
	Artículo 5 del Acuerdo MIC	
	Artículo 65 del Acuerdo MIC	21
9.	Artículo 259 del Cuarto Convenio ACP-CEE de Lomé	23
10.	Artículo 67 del Acuerdo MIC	24
11.	TBI entre Malasia y los Emiratos Árabes Unidos (artículo 2)	
	TBI entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y el Camerún (artículo 2 3))	25
12.	Artículo XVI del AGCS	27
13.	Artículo 15 del Acuerdo sobre la Agricultura	
	Artículo 10 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	28
14.	"Mecanismos de flexibilidad" para los países en desarrollo en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto	29

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con el apartado b) del párrafo 89 del documento "Una asociación para el crecimiento y el desarrollo" ¹, la Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, en su tercer período de sesiones (14 a 18 de septiembre de 1998), decidió convocar una "reunión de expertos sobre conceptos -por ejemplo, excepciones y otros mecanismos- que permiten una determinada flexibilidad, incluso en la esfera de la promoción de la capacidad tecnológica, para promover el crecimiento y el desarrollo y permitir que los países en diferentes etapas de desarrollo se beneficien de los acuerdos internacionales sobre la inversión". (TD/B/COM.2/15, anexo I).
2. En respuesta a esa decisión y con el fin de facilitar los debates, la secretaría ha preparado el presente informe, en el que se tienen en cuenta las conclusiones de las dos reuniones de expertos precedentes que la Comisión ha convocado sobre cuestiones conexas. La finalidad del informe es describir las formas en que los acuerdos internacionales sobre inversión (AII) tratan la cuestión de la flexibilidad en el contexto más amplio de la promoción y el desarrollo y el estímulo simultáneo de la inversión.
3. El principal foro de la UNCTAD donde tienen lugar debates intergubernamentales sobre cuestiones referentes a los AII ² es la Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas. La Comisión aprovecha las conclusiones de las reuniones de expertos en las que se intercambian experiencias y se celebran debates sobre los AII vigentes y sus consecuencias para el desarrollo. Hasta el momento han tenido lugar dos reuniones de expertos: la primera, celebrada del 28 al 30 de mayo de 1997, se ocupó de los tratados bilaterales de inversión (TBI) (TD/B/COM.2/5) y su dimensión concerniente al desarrollo; la segunda tuvo lugar del 1º al 3 de abril de 1998, y estuvo centrada en los acuerdos multilaterales y regionales de inversión (TD/B/COM.2/11). Los expertos examinaron la naturaleza y las consecuencias de esos acuerdos, la gama de cuestiones de que trataban, la medida en la que tomaban en cuenta la dimensión del desarrollo y el grado en que las cuestiones planteadas en el contexto de esos acuerdos era pertinente, en la perspectiva del desarrollo, para posibles marcos multilaterales en materia de inversión.
4. En la Reunión de expertos en acuerdos internacionales sobre inversión se examinará la manera como se ha previsto la flexibilidad en los AII respecto de los intereses del desarrollo, de manera que los países en desarrollo que se encuentren en diferentes etapas de desarrollo y tengan diferentes estrategias a ese efecto puedan aprovecharlas en la promoción de su crecimiento y desarrollo. Se ha sugerido que la reunión esté centrada principalmente en la delimitación y aclaración del concepto de flexibilidad en el contexto de los AII (es decir, la flexibilidad al servicio del desarrollo), mediante el examen de sus modalidades en los AII vigentes y, en la medida de lo posible, la evaluación de la eficacia de esas modalidades para la promoción del desarrollo y el estímulo de la inversión. En ese contexto, cabe señalar que un entorno favorable a la inversión es también en gran medida un entorno favorable al desarrollo.

5. También se ha invitado a los participantes a que aporten sus propias experiencias nacionales en la materia, especialmente mediante comunicaciones escritas previas.

I. FLEXIBILIDAD

6. Los países participantes en los AII se encuentran con frecuencia en niveles de desarrollo económico y tecnológico muy diferentes y se distinguen unos de otros en muchos importantes aspectos. Si bien se reconoce generalmente que en los AII han de tomarse en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los países participantes (UNCTAD, 1996b)), las asimetrías existentes entre ellos requieren una atención especial para conseguir que los objetivos de esos acuerdos se logren realmente.

7. El objetivo principal de la mayoría de los AII, y en particular de los TBI, es la intensificación de la cooperación económica y la creación de condiciones favorables para la inversión, con miras a promover y proteger la inversión extranjera directa (IED), que según se espera contribuirá a la prosperidad económica de los países participantes. En el caso de acuerdos que se refieren a países en desarrollo, en particular, se acepta generalmente que la promoción del desarrollo económico y social es el objetivo esencial. Así pues, uno de los desafíos a que han de hacer frente los países es lograr que los AII tengan suficiente flexibilidad para satisfacer adecuadamente, además de los objetivos específicos de cada instrumento, las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo³. La flexibilidad puede introducirse en los AII de varias maneras, por ejemplo, mediante la fijación de objetivos explícitos de desarrollo, el establecimiento de las prioridades adecuadas, la estructuración del acuerdo de la manera apropiada, la formulación de disposiciones sustantivas destinadas a fomentar finalidades de desarrollo, la fijación de excepciones o la diferenciación en el contenido o la regulación de los derechos y obligaciones de las partes sobre la base de sus respectivos niveles de desarrollo. Esas posibilidades se examinan en el capítulo II. Mediante esa flexibilidad, y en el contexto más amplio de los intereses de desarrollo, se pueden adaptar los AII a las condiciones particulares de los países en desarrollo, con lo que se aumentará su influencia positiva sobre el desarrollo de esos países, al mismo tiempo que se minimizan sus efectos negativos. Sin embargo, ello no quiere decir que cada país utilizará automáticamente la flexibilidad prevista en los AII de la manera más plena, pues la medida en que lo harán dependerá de las estrategias de desarrollo particulares que apliquen los diferentes países.

8. Para responder a las necesidades y preocupaciones de los países en desarrollo, los AII deben prepararse desde el comienzo teniendo en cuenta las consideraciones relativas al desarrollo. Sin embargo, la responsabilidad principal de la elaboración y aplicación de los objetivos y políticas de desarrollo corresponde a los distintos países interesados. Los AII tienen en general un efecto indirecto y son complementarios de las políticas nacionales, pero no son un sustituto de ellas.

9. Se reconoce desde luego que los AII son sólo un factor que puede influir sobre las corrientes de inversión (UNCTAD, 1998a)). Otros factores determinantes, esencialmente más importantes, incluyen el tamaño del mercado del país receptor, su tasa de crecimiento, sus condiciones políticas y su estabilidad macroeconómica, la disponibilidad y el costo de los recursos (tales como la mano de obra y el personal calificado) y, en mayor medida, los activos de nueva creación tales como la capacidad de innovación y los conocimientos tecnológicos, así como una infraestructura jurídica, administrativa, física y comercial adecuada. Por otra parte, los AII son importantes en cuanto elemento generador de confianza para los inversionistas extranjeros, pues al aclarar los derechos y obligaciones de las partes participantes en una inversión internacional y al prever mecanismos para la solución de las controversias, permiten el establecimiento de un clima favorable a la inversión. Asimismo, pueden facilitar la integración de las economías receptoras en el mercado internacional.

10. Así pues, la principal cuestión que ha de examinarse en la Reunión de expertos es la identificación de las características de los AII que permiten flexibilidad en esos acuerdos en interés de la promoción del desarrollo mientras que, al mismo tiempo, hacen posible el logro de otros objetivos, tales como la seguridad y la previsibilidad para los inversionistas, la eliminación de restricciones innecesarias y la promoción de la estabilidad. Para el logro de ambos tipos de objetivos, es necesario definir en los AII los conceptos que utilizan, y formular las obligaciones y derechos sustantivos de las partes de manera que se concilien, por un lado, la estabilidad y previsibilidad en favor de la economía receptora y los inversionistas extranjeros y, por otro lado, la flexibilidad en interés del desarrollo.

II. CUESTIONES

11. Una cuestión importante que surge en un examen de los AII es que, si bien las partes en un acuerdo son formalmente iguales (simetría jurídica), pueden sin embargo estar en diferentes niveles de desarrollo económico (asimetría económica) ⁴. Una manera de solucionar esa situación es permitir el reconocimiento de las diferencias reales entre las partes mediante, en especial, cierto grado de flexibilidad en los acuerdos considerados cuando se aplican a los países en desarrollo participantes en ellos.

12. Así pues, la cuestión es saber de qué modo y por cuáles medios se ha dado a los AII vigentes la flexibilidad que necesitan los países en desarrollo para promover su crecimiento y desarrollo. En la presente sección se examinan en ese aspecto los AII vigentes. Más concretamente la promoción del desarrollo puede reflejarse en:

- a) Los objetivos: normalmente el preámbulo de un acuerdo es el lugar donde se enuncian sus fines y propósitos. Puede tratarse de objetivos específicos que concretan temas generales de desarrollo o pueden introducirse intereses en materia de desarrollo por primera vez en el acuerdo.

- b) Las disposiciones sustantivas: los intereses en materia de desarrollo pueden servir para determinar cuáles son las cuestiones incluidas en un AII y cuáles no lo han sido, así como la forma en que se tratan las cuestiones incluidas.
- c) Las modalidades de aplicación y la asistencia técnica: esas cuestiones se refieren a la manera en que los acuerdos se aplican para fomentar los objetivos de desarrollo. En ellas puede figurar la asistencia técnica, no sólo por lo que se refiere a la aplicación de los acuerdos sino también más allá de ella. Así pues, las consideraciones orientadas hacia el desarrollo pueden ser la base de excepciones y exenciones así como de períodos transitorios por lo que se refiere a la observancia de los acuerdos por los países en desarrollo.
- d) La estructura general: en este sentido es el mismo enfoque de un acuerdo, no simplemente su contenido sustantivo, el que puede fomentar el desarrollo.

13. A continuación se examinan ejemplos tomados de AII existentes para ilustrar cada uno de esos enfoques ⁵. Esos ejemplos no son exhaustivos sino simplemente indicativos. Sin embargo, no contienen una evaluación de su relativa importancia y eficacia, una cuestión que tal vez quiera abordarse en la Reunión de expertos.

A. Objetivos

14. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, 1987, párrafo 2 del artículo 31), el preámbulo forma parte de un tratado a los efectos de su interpretación. Es el lugar donde se enuncian los fines y propósitos generales de un acuerdo, y contiene un resumen de las bases sobre las que el acuerdo se ha concluido. Por lo tanto, es un medio importante para la interpretación de las disposiciones concretas y permite el conocimiento de los objetivos y finalidades de un acuerdo. Por consiguiente, cuando el preámbulo de un AII se refiere explícitamente al desarrollo, las disposiciones sustantivas del acuerdo deben interpretarse en el sentido de fomentar los fines de desarrollo.

15. En los AII pueden encontrarse numerosos ejemplos de preámbulos en cuyas disposiciones se mencionan fines de desarrollo. Ello es así tanto en acuerdos entre países desarrollados y países en desarrollo como, significativamente, en acuerdos entre países en desarrollo. Esas disposiciones pueden clasificarse generalmente como sigue:

- a) Las que constituyen un reconocimiento redactado de manera general de las necesidades especiales de los países en desarrollo y de los países menos desarrollados, partes que requieren flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el acuerdo, sobre todo en lo referente al contenido de las leyes y reglamentos nacionales (recuadro 1) ⁶ y el régimen de las inversiones (recuadro 2), o que por el contrario no hacen referencia a las leyes y reglamentos nacionales (recuadro 3);

Recuadro 1

Preámbulo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

"Reconociendo el derecho de los miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países."

Preámbulo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio

"Reconociendo asimismo las necesidades especiales de los países menos adelantados miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable."

Recuadro 2

Preámbulo de los principios no vinculantes CEAP en materia de inversión

"Reconociendo la diversidad en el nivel y ritmo de desarrollo de las economías miembros tal como se refleja en sus regímenes de inversión, y participando en los esfuerzos en curso para el mejoramiento y más amplia liberalización de sus regímenes de inversión."

Recuadro 3

Preámbulo del Tratado por el que se establece la Asociación Latinoamericana de Integración

"Conscientes de que es necesario asegurar un tratamiento especial para los países de menor desarrollo económico relativo."

- b) Las que son expresión de una manera más específica de contribuir al desarrollo económico mediante, por ejemplo, la liberalización progresiva o determinadas pautas de tratamiento de las cuestiones de inversión que se consideran una aportación al desarrollo (recuadro 4).

Recuadro 4

Preámbulo del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de
Inversiones Relacionadas con el Comercio

"Deseando promover la expansión y la liberalización progresiva del comercio mundial y facilitar las inversiones a través de las fronteras internacionales para fomentar el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales, en particular de los países en desarrollo miembros, asegurando al mismo tiempo la libre competencia."

Preámbulo del TBI entre la Argentina y los Países Bajos

"Reconociendo que el acuerdo acerca del trato que ha de concederse a esas inversiones estimulará la corriente de capitales y tecnología y el desarrollo económico de las partes contratantes, y que es conveniente un trato justo y equitativo de las inversiones."

16. En las partes iniciales de los AII pueden también figurar cláusulas relativas a "objetivos generales" que se refieren a cuestiones de desarrollo. Esas cláusulas tal vez expliciten temas enunciados en el preámbulo o sean las primeras indicaciones del interés por el desarrollo en un acuerdo, aunque ello es poco frecuente. A ese respecto cabe señalar tres conjuntos de cuestiones importantes:

- a) si los objetivos de un AII se refieren realmente al desarrollo;
- b) si en los objetivos se distingue entre diferentes categorías de signatarios;
- c) si se han incluido principios referentes a las grandes cuestiones del desarrollo y, en caso afirmativo, en qué medida su formulación proporciona un cierto grado de flexibilidad a las partes contratantes para hacer frente a esas cuestiones.

17. En algunos AII figuran formulaciones que se refieren a amplias cuestiones de desarrollo. Sin embargo, se plantea la cuestión de hasta qué medida y en qué condiciones esas formulaciones pueden aplicarse a todos los compromisos asumidos en un acuerdo. Con el fin de medir el grado de flexibilidad de que disponen las partes interesadas, tal vez sea necesario examinar la cuestión

en el contexto de las demás disposiciones de un acuerdo particular. En el Convenio de Lomé, por ejemplo, se enuncian numerosos objetivos de desarrollo en las disposiciones iniciales: la promoción del desarrollo económico, cultural y social de los Estados de Asia, el Caribe y el Pacífico (ACP); un orden económico internacional más justo y equilibrado (art. 1); el derecho de los Estados ACP a determinar soberanamente sus principios y estrategias (art. 3); el respeto de los derechos humanos como parte del objetivo del desarrollo (art. 5); y un trato especial para los Estados ACP menos desarrollados (art. 8). En el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (el Acuerdo ADPIC) se dice que las partes contratantes "al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico" (art. 8); en otro artículo la formulación de leyes en sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico se subordina a su compatibilidad con lo dispuesto en el Acuerdo (párrafo 1 del artículo 8). También pueden citarse varios principios que se refieren a amplias cuestiones de desarrollo, como por ejemplo en el Tratado por el que se establece la Asociación Latinoamericana de Integración (recuadro 5). Leídas en su conjunto, las disposiciones de ese tratado parecen tratar de establecer un equilibrio entre los objetivos de la integración y el crecimiento económico, junto con la necesidad de encontrar respuestas flexibles e individuales a las necesidades de desarrollo de las partes en el tratado. Debe señalarse que esos países tienen un nivel de desarrollo diferente y que se otorga mayor libertad a los países menos adelantados que son signatarios del Tratado.

Recuadro 5

Artículo 3 del Tratado por el que se establece
la Asociación Latinoamericana de Integración

"En la aplicación del presente Tratado y en la evolución hacia su objetivo final, los países miembros tomarán en cuenta los siguientes principios:

- a) Pluralismo, sustentado en la voluntad de los países miembros para su integración, por encima de la diversidad que en materia política y económica pudiera existir en la región;
- b) Convergencia, que se traduce en la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, en función del establecimiento del mercado común latinoamericano;
- c) Flexibilidad, caracterizada por la capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración;

- d) Tratamientos diferenciales, establecidos en la forma que en cada caso se determine, tanto en los mecanismos de alcance regional como en los de alcance parcial, sobre la base de tres categorías de países, que se integrarán tomando en cuenta sus características económico-estructurales. Dichos tratamientos serán aplicados en una determinada magnitud a los países de desarrollo intermedio y de manera más favorable a los países de menor desarrollo económico relativo; y
- e) Múltiple, para posibilitar distintas formas de concertación entre los países miembros, en armonía con los objetivos y funciones del proceso de integración, utilizando todos los instrumentos que sean capaces de dinamizar y ampliar los mercados a nivel regional."

B. Disposiciones sustantivas

18. El contenido de los AII constituye el medio principal por el que se ponen en práctica conceptos tales como la flexibilidad, tanto en lo que respecta a las cuestiones tratadas como a la forma en que se tratan.

19. Cuando se concierta un AII, los países eligen el tipo de cuestiones que desean incluir y las que desean mantener fuera del ámbito del acuerdo, reservándolas para acuerdos especiales (por ejemplo, sobre la doble imposición) o como cuestiones propias de la legislación y la política nacional. Incluso cuando deciden incluir determinadas cuestiones en un AII, los países pueden desear mantener cierta flexibilidad en lo que respecta a los compromisos que adopten. Por consiguiente, pueden utilizar formulaciones que les permitan alguna discrecionalidad en el cumplimiento de sus políticas nacionales, ajustándose al mismo tiempo a los principios amplios de un acuerdo. A continuación figura un ejemplo de ello en lo que respecta a cuatro cuestiones seleccionadas (en el recuadro 6 figura una lista más completa de cuestiones a que se hace referencia en acuerdos de esta clase):

- a) Tipos de inversiones, transacciones en materia de inversión y actividades incluidas en un AII;
- b) Admisión de la inversión;
- c) Requisitos de desempeño;
- d) Disposiciones generales en materia del trato dado a los inversionistas extranjeros, por ejemplo, trato nacional.

Recuadro 6

Cuestiones fundamentales a que se refieren
algunos AII concertados recientemente a/

Admisión y establecimiento
Competencia
Solución de controversias (inversionista-Estado, Estado-Estado)
Empleo
Medio ambiente
Trato justo y equitativo
Transferencia de fondos
Medidas del país de origen
Medidas operativas del país receptor
Pagos lícitos
Incentivos
Medidas comerciales relacionadas con las inversiones
Modalidades y cuestiones de aplicación
Trato de nación más favorecida
Trato nacional
Alcance y definición
Responsabilidad social
Contratos del Estado
Asunción de propiedades
Fiscalidad
Transferencia de tecnología
Fijación de precios de transferencia
Transparencia

a/ La inclusión de una cuestión en esta lista no significa necesariamente que figure en todos los AII recientes.

20. Aunque estas cuestiones son fundamentales para las relaciones entre el país inversionista y el país receptor de la inversión, también pueden tener consecuencias importantes para las políticas y estrategias de los países en desarrollo. En AII recientes se ha intentado formular con mayor o menor flexibilidad estas cuestiones a fin de tener en cuenta los intereses del desarrollo. A continuación figuran algunos ejemplos de las diferentes maneras en que puede hacerse.

1. Definición de inversión

21. Las AII suelen definir la inversión de manera amplia y abierta (UNCTAD, 1999a). Las definiciones más amplias abarcan toda clase de activos. Se incluyen en especial bienes muebles e inmuebles, intereses en empresas (incluidas las inversiones de cartera y las directas), derechos contractuales (por ejemplo, acuerdos de servicio), derechos de propiedad intelectual y concesiones de empresas. La definición de inversión en un AII tiene consecuencias sustanciales. Aunque los intereses del desarrollo pueden tenerse en cuenta en parte reduciendo la definición de inversión, éste no es el único enfoque en todos los casos. Es importante a este respecto recordar que el efecto final de un acuerdo de inversión se deriva de la interacción de las disposiciones operativas con las disposiciones relativas a las definiciones (UNCTAD, 1999a).

22. Algunas definiciones de la inversión excluyen que los AII se apliquen a determinados tipos de inversiones, por ejemplo las de cartera, con lo cual los países receptores están facultados a tratarlos de manera diferente. En los casos en que la definición de inversión se limite únicamente a "la inversión extranjera directa", el Fondo Monetario Internacional (FMI) la define como la "inversión internacional que refleja el objetivo, por parte de una entidad residente de una economía, de obtener una participación duradera en una empresa residente de otra economía (denominándose inversionista directo a la primera y empresa de inversión directa a la segunda). El concepto de participación duradera implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa y un grado significativo de influencia del inversionista en la dirección de la empresa". (FMI, 1993, párr. 359). En el TBI concertado entre Dinamarca y Lituania (párrafo 1 del artículo 1) la inversión se define como "todo tipo de activo relacionado con actividades económicas adquiridas con el propósito de establecer relaciones económicas duraderas entre un inversionista y una empresa...". De manera similar, el correspondiente tratado entre Alemania e Israel (apartado i) del párrafo a) del artículo 1) la inversión se define como "la efectuada en una empresa que suponga una participación activa en ella...".

23. Otra manera de limitar el alcance de esta definición es especificar que la inversión sólo estará amparada por un acuerdo cuando se haga de conformidad con la legislación del país receptor. Por ejemplo, el modelo utilizado por China establece que "la palabra inversión significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una parte contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra parte contratante en el territorio de esta última..." (párrafo 1 del artículo II). Este es también el enfoque que se sigue en el Acuerdo de la ASEAN sobre promoción y protección de las inversiones (párrafo 1 del artículo II).

24. Las definiciones de inversión también se ven limitadas cuando excluyen las inversiones realizadas antes de una fecha determinada, por ejemplo la fecha de la firma o entrada en vigor del acuerdo. Por ejemplo, en la Convención por la que se establece la Corporación Interárabe de Garantía de Inversiones se establece que el seguro de inversiones "no existirá excepto para las nuevas transacciones que se efectúen después de concluir contratos de seguro..." (párrafo 4 del artículo 15).

25. Algunos acuerdos abarcan sectores específicos, lo que tiene por supuesto consecuencias para la definición de inversión. Por ejemplo, en el artículo 1 del Tratado sobre la Carta de la Energía se indica que la palabra "inversión" se refiere a todas las inversiones relacionadas con una actividad económica en el sector energético y a las inversiones o clases de inversiones que una parte contratante designe en su zona como "proyectos de eficiencia de la Carta" y así lo notifique la secretaría. Del mismo modo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) sólo se aplica en el sector servicios.

2. Admisión

26. Las cláusulas de admisión tienen consecuencias importantes para el desarrollo. En virtud del derecho consuetudinario internacional el Estado receptor tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir si y en qué condiciones permite la entrada de inversionistas extranjeros. Los controles, las restricciones y las condiciones de entrada son algunas maneras de expresar, por parte de los países receptores, sus estrategias de desarrollo en lo que respecta a la IED. En cambio, el proceso de mundialización ejerce una presión creciente sobre dichos países para que concedan acceso al mercado a los inversionistas extranjeros concediéndoles trato nacional. A lo largo del tiempo han surgido varios enfoques amplios que en la actualidad coexisten en los AII para proporcionar más o menos flexibilidad con el fin de tener en cuenta los intereses del desarrollo al tratar la cuestión de la admisión.

27. Tradicionalmente, la mayoría de AII dejan que la legislación nacional de los países firmantes determine la cuestión de la entrada y el establecimiento, si bien los firmantes deben comprometerse a crear un clima favorable a las inversiones (UNCTAD 1999b). Este enfoque es el que se sigue en la mayoría de TBI, tanto antiguos como recientes, por ejemplo los firmados por Alemania, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, así como en la mayoría de TBI firmados entre países en desarrollo (UNCTAD 1998b). También figura en muchos acuerdos regionales, por ejemplo el Acuerdo de la ASEAN sobre promoción y protección de las inversiones (párrafo 1 del artículo III), el Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR (párrafo 1 del artículo B), el Acuerdo sobre fomento, protección y garantía de las inversiones entre los Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (art. 2), el Tratado por el que se establece el Mercado Común del África Meridional y Oriental (párrafo 1 del artículo 101) y las Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa del Banco Mundial (párrafo 3 del artículo II).

28. Un segundo enfoque incluye un procedimiento de renuncia voluntaria, establece determinados derechos de entrada y establecimiento y determina de qué forma las Partes pueden conservar un mayor o menor control sobre la admisión en determinadas actividades. Así lo hacen los TBI firmados por los Estados Unidos y el Canadá que conceden trato nacional y trato de nación más favorecida (NMF) en la fase previa a la entrada de una inversión, a reserva de excepciones respecto de industrias y actividades incluidas en un anexo en casos de países concretos (recuadro 7). Este enfoque es el que se sigue también en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) (capítulo XI, arts. 1102 a 1104 y art. 1108) y en el Protocolo de Colonia sobre Inversiones (Intrazonas) de MERCOSUR (párrafo 1 del artículo 2). Los Principios de inversión no vinculantes de la APEC contienen el compromiso de efectuar "los mejores esfuerzos" para dar a las inversiones trato nacional y NMF, si bien con las excepciones establecidas en la legislación y las políticas internas. Cuando se concertó el Tratado de la Carta de la Energía también se incluyó un compromiso similar de llevar a cabo "los mejores esfuerzos", acompañado del compromiso de negociar derechos plenamente vinculantes de trato prenatal y NMF en un tratado suplementario.

Recuadro 7

Versión de 1994 del TBI modelo de los Estados Unidos (art. II)

"1. En lo que respecta al establecimiento, adquisición, ampliación, gestión, realización, funcionamiento y venta u otras disposiciones relativas a las inversiones de que se trata, cada Parte concederá un trato no menos favorable que el que conceda en situaciones similares a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios nacionales o empresas (denominado en adelante trato nacional) o a las inversiones efectuadas en su territorio por nacionales o empresas de un tercer país (denominado en adelante trato de nación más favorecida), caso de ser más favorable, (en adelante, trato nacional y de nación más favorecida). Cada Parte garantizará que sus empresas estatales, al suministrar sus bienes y servicios, concedan trato nacional y de nación más favorecida a las inversiones abarcadas.

2. a) Una Parte podrá establecer o mantener excepciones a las obligaciones especificadas en el párrafo 1 en los sectores o respecto de las cuestiones que se especifican en el anexo del presente Tratado. La Parte que adopte una excepción de esta clase no podrá pedir la desinversión, en todo o en parte, de las inversiones abarcadas ya existentes en el momento en que empiece a aplicarse la excepción."

TBI concertado entre el Canadá y Trinidad y Tabago
(párrafo 3 del artículo II)

"Cada Parte Contratante autorizará que inversionistas o posibles inversionistas de la otra Parte Contratante establezcan una nueva empresa comercial o adquieran o compartan una empresa ya existente, dándoles un trato no menos favorable al que en circunstancias similares autorice dicha adquisición o establecimiento por parte de: a) sus propios inversionistas o posibles inversionistas; o b) los inversionistas o posibles inversionistas de terceros Estados."

29. Un tercer enfoque abarca el concepto de "liberalización progresiva" mediante el procedimiento de inclusión voluntaria, en virtud del cual cada Parte Contratante sólo cumple sus compromisos de acceso al mercado respecto de las actividades que especifique en su lista anexa al acuerdo de que se trate. El principal ejemplo es el AGCS, que establece esa facultad discrecional en su artículo XVI (véase la sección D, más adelante). Esta disposición se ve reforzada por el artículo XVII, en virtud del cual sólo se da trato nacional a los sectores especificados en la lista, a reserva de todas las excepciones señaladas en ella por la Parte Contratante. Esta modalidad permite que cada país negocie la liberalización de industrias de servicios o de transacciones concretas que esté dispuesto a abrir con arreglo a una liberalización gradual a largo plazo. Además, en el párrafo 2 del artículo XIX se establece que el proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos miembros, tanto en general como en los distintos sectores. Por consiguiente, se prevé flexibilidad para los distintos países en desarrollo.

3. Requisitos de desempeño

30. Para alentar los efectos beneficiosos de la IED, los países suelen tratar de imponer requisitos de desempeño a los inversionistas extranjeros. Tradicionalmente, los AII no regulaban explícitamente la inclusión de tales requisitos y la mayoría de AII existentes se caracterizan por seguir ese enfoque. En estos casos, los países receptores pueden utilizar discrecionalmente esos requisitos de la manera que consideren adecuada.

31. Recientemente, en algunos AII se reglamenta la aplicación de esos requisitos, permitiéndose mayor o menor flexibilidad a los países receptores en lo que se refiere a aplicar sus estrategias de desarrollo en esta esfera, siguiendo varios enfoques como puede verse en los ejemplos siguientes:

- a) Se prohíben determinados tipos de requisitos de desempeño.
El Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (Acuerdo sobre las MIC) prohíbe algunos requisitos de este tipo (a saber, medidas incompatibles con los artículos III y XI) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

(GATT), pero las mencionadas en la lista ilustrativa que figura como anexo del Acuerdo no incluyen requisitos en materia de transferencia de tecnología (que figuran entre los más importantes para mejorar la capacidad tecnológica de los países en desarrollo receptores) ni requisitos en cuanto al resultado de las exportaciones. En los TBI firmados por los Estados Unidos y el Canadá y, recientemente, en algunos otros concertados también entre países en desarrollo (por ejemplo, el TBI entre El Salvador y el Perú) figuran disposiciones que prohíben diversos tipos de requisitos de desempeño. En diversos casos (TBI firmados siguiendo el modelo de 1994 de los Estados Unidos) la prohibición no afecta a los requisitos de esta clase establecidos como condición para recibir una ventaja o un incentivo, con lo cual los países receptores pueden imponer libremente requisitos de desempeño a cambio de incentivos (aunque pueden no estar sujetos a obligaciones NMF). En el artículo 1106 del TLC se sigue un enfoque mixto ya que se prohíben siete tipos de restricciones obligatorias, cuatro de los cuales también se prohíben cuando son condiciones voluntarias vinculadas a incentivos.

- b) Se desaconseja establecer requisitos de desempeño. En los TBI concertados entre los Estados Unidos y el Zaire (actualmente, República Democrática del Congo) y entre Malasia y los Emiratos Árabes Unidos se determina que el país receptor tendrá que realizar "sus mejores esfuerzos" para no imponer requisitos de esta clase. A nivel multilateral, las directrices del Banco Mundial disuaden de imponer esos requisitos y otras clases de condiciones operativas discriminatorias, y en virtud de los Principios de inversión no vinculantes de la APEC esos requisitos deben aplicarse mínimamente. A nivel regional, la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales y Decisiones Conexas de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) establece la supresión gradual de esos requisitos cuando sean incompatibles con el trato nacional y alienta a que no se establezcan requisitos vinculados a incentivos;
- c) Se establece un trato especial (exención temporal) a favor de los países en desarrollo. El Acuerdo sobre las MIC autoriza un período de gracia para que los países en desarrollo supriman los requisitos prohibidos (véase también más adelante).

4. Trato nacional

32. La norma del trato nacional -según la cual los inversionistas extranjeros reciben en un país receptor un trato no menos favorable que el dado por dicho país a sus empresas nacionales- es un principio importante para los inversionistas extranjeros. Sin embargo, puede ser causa de preocupación para algunos países, habida cuenta de que puede permitir que empresas extranjeras, en especial grandes compañías transnacionales, compitan en la economía local, a veces en detrimento de las empresas nacionales. Además, en ocasiones, los gobiernos receptores tienen políticas y programas especiales

que conceden ventajas a las empresas del país con el fin de alentar el desarrollo de una base industrial nacional. Para tener en cuenta esos intereses, los países receptores intentan a menudo condicionar o limitar de diversas maneras la aplicación del trato nacional, evitando así los posibles efectos perjudiciales para sus empresas locales.

33. Algunos acuerdos en los que se establecen normas para el trato de los inversionistas extranjeros, no les otorgan trato nacional. Así ocurre en el caso del Acuerdo de la ASEAN para la promoción y protección de inversiones, y en el de la mayoría de TBI firmados por China.

34. El principio de trato nacional es una norma relativa. A menudo las disposiciones en materia de trato nacional contienen una diferencia explícita a este respecto limitando su aplicación a las inversiones que se efectúen "en las mismas circunstancias" o "en situaciones análogas", mitigando así algunos de los efectos más destacados de la aplicación de esa norma. Como ejemplos de este enfoque cabe citar la decisión de la OCDE sobre trato nacional y los tratados concertados por los Estados Unidos (véase el modelo de TBI de 1994 de los Estados Unidos, antes citado).

35. Algunos acuerdos excluyen de la aplicación de esa norma todos los beneficios y ventajas concedidos a los inversionistas nacionales. Cabe citar como ejemplo de este enfoque el TBI concertado entre Dinamarca e Indonesia (art. 3), que no se refiere al "trato" sino a la "imposición de condiciones".

36. Un enfoque diferente consiste en excusar a un país (o a varios países) de la obligación de conceder trato nacional habida cuenta de su situación económica. Este enfoque figura en el Protocolo N° 2 del TBI concertado entre Indonesia y Suiza, que permite no dar trato nacional a los inversionistas suizos "habida cuenta de la actual fase de desarrollo de la economía indonesia".

37. El enfoque más habitual en AII recientes consiste en excluir a determinadas industrias o actividades de la aplicación del trato nacional. Este es el enfoque seguido en el TLC y los TBI de los Estados Unidos. En el AGTS, el trato nacional tiene que negociarse gradualmente de la misma manera que el acceso al mercado, de acuerdo con las listas nacionales. El instrumento de la OCDE sobre trato nacional establece excepciones limitadas, sujetas a statu quo.

38. Cabe destacar que el anterior examen de algunas cuestiones fundamentales de los AII tiene carácter ilustrativo, tanto en lo que respecta a las cuestiones examinadas como a los enfoques y ejemplos presentados. Se trata simplemente de poner de manifiesto que los AII existentes prevén diversos enfoques para introducir determinado grado de flexibilidad en disposiciones fundamentales de dichos acuerdos.

C. Aplicación

39. Las modalidades de aplicación de los AII son muy importantes en lo que respecta a los efectos sobre el desarrollo que se intenta tengan esos acuerdos. Los mecanismos de aplicación pueden depender de las características particulares de un acuerdo, incluida la de si se trata de un acuerdo independiente (como los TBI) o de un acuerdo que forma parte de un conjunto más amplio de compromisos. En este caso una cuestión importante es cómo estructurar un proceso de aplicación que fomente los objetivos del desarrollo. Además, para garantizar que la aplicación sea lo más eficaz posible, quizás sea necesario establecer disposiciones especiales de asistencia técnica y financiera.

1. Excepciones y derogaciones

40. Una manera de flexibilizar la aplicación de un acuerdo en interés del desarrollo consiste en establecer excepciones o derogaciones de las obligaciones que determina el acuerdo. A los efectos del presente informe, las objeciones y derogaciones de los AII pueden dividirse en dos grandes categorías:

- a) Excepciones y derogaciones abiertas a todas las partes contratantes, independientemente de su nivel de desarrollo. A su vez, pueden dividirse en tres tipos:
 - i) Excepciones generales, basadas en la salud, el orden y la moral públicos, y en la seguridad nacional. Estas excepciones figuran en prácticamente todos los acuerdos de inversión pero no están necesariamente relacionadas con el desarrollo.
 - ii) Excepciones en temas concretos, en virtud de las cuales cuestiones específicas quedan excluidas de la aplicación de disposiciones concretas. Por ejemplo, en las cláusulas de trato nacional y de NMF pueden figurar excepciones en relación con la propiedad intelectual, los beneficios derivados de la calidad de miembro de un plan regional de integración económica, disposiciones fiscales o salvaguardias macroeconómicas temporales.
 - iii) Excepciones específicas para un país que permiten, por ejemplo, que una parte contratante se reserve el derecho de distinguir entre inversionistas nacionales y extranjeros por razones de política económica y social nacional.
- b) Disposiciones temporales (graduales) encaminadas especialmente a autorizar durante un período de transición especificado derogaciones en la aplicación de las disciplinas de los AII. Estas disposiciones están encaminadas a proporcionar un período de gracia a los países en desarrollo para que adapten sus políticas y legislaciones a las normas que deben aplicar en virtud de un acuerdo. Estas derogaciones reconocen que los países en desarrollo no siempre pueden estar en condiciones de actuar de la misma manera que los países desarrollados, habida cuenta de que su situación económica y competitiva es más débil (recuadro 8).

Recuadro 8

Artículo 4 del Acuerdo MIC

"Cualquier país en desarrollo Miembro tendrá libertad para desviarse temporalmente de lo dispuesto en el artículo 2 en la medida y de la manera en que el artículo XVIII del GATT de 1994, el Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanza de pagos y la Declaración sobre las medidas comerciales adoptadas por motivos de balanza de pagos, tomada el 28 de noviembre de 1979 (IBDD 26S/223-227), permitan al Miembro de que se trate desviarse de las disposiciones de los artículos III y XI del mismo GATT de 1994."

Artículo 5 del Acuerdo MIC

"1. Dentro de los 90 días siguientes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, los Miembros notificarán al Consejo del Comercio de Mercancías todas las MIC que tengan en aplicación y que no estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo. Se notificarán dichas MIC, sean de aplicación general o específica, con indicación de sus características principales.

2. Cada Miembro eliminará todas las MIC que haya notificado en virtud del párrafo 1, en un plazo de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC en el caso de los países desarrollados Miembros de cinco años en el caso de los países en desarrollo Miembros y de siete años en el caso de los países menos adelantados Miembros.

3. El Consejo de Comercio de Mercancías podrá, previa petición, prorrogar el período de transición para la eliminación de las MIC notificadas en virtud del párrafo 1 en el caso de los países en desarrollo Miembros, con inclusión de los países menos adelantados Miembros, que demuestren que tropiezan con particulares dificultades para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo. Al examinar una petición a tal efecto, el Consejo del Comercio de Mercancías tomará en consideración las necesidades individuales del Miembro de que se trate en materia de desarrollo, finanzas y comercio.

4. Durante el período de transición, ningún Miembro modificará los términos vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC de cualquier MIC que haya notificado en virtud del párrafo 1 de manera que aumente el grado de incompatibilidad de la medida con las disposiciones del artículo 2. Las disposiciones transitorias establecidas en el párrafo 2 no ampararán a las MIC introducidas menos de 180 días antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

5. No obstante las disposiciones del artículo 2, y con objeto de que no queden en desventaja las empresas establecidas que estén sujetas a una MIC notificada en virtud del párrafo 1, un Miembro podrá aplicar durante el período de transición la misma MIC a una nueva inversión:

i) cuando los productos de dicha inversión sean similares a los de las empresas establecidas, y ii) cuando ello sea necesario para evitar la distorsión de las condiciones de competencia entre la nueva inversión y las empresas establecidas. Se notificará al Consejo del Comercio de Mercancías toda MIC aplicada de ese modo a una nueva inversión. Los términos de dicha MIC serán equivalentes, en cuanto a su efecto sobre la competencia a los aplicables a las empresas establecidas, y su vigencia cesará al mismo tiempo."

Artículo 65 del Acuerdo MIC

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, ningún Miembro estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo antes del transcurso de un período general de un año contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

2. Todo país en desarrollo Miembro tiene derecho a aplazar por un nuevo período de cuatro años la fecha de aplicación, que se establece en el párrafo 1, de las disposiciones del presente Acuerdo, con excepción de los artículos 3, 4 y 5.

3. Cualquier otro Miembro que se halle en proceso de transformación de una economía de planificación central en una economía de mercado y libre empresa y que realice una reforma estructural de su sistema de propiedad intelectual y se enfrente a problemas especiales en la preparación o aplicación de sus leyes y reglamentos de propiedad intelectual podrá también beneficiarse del período de aplazamiento previsto en el párrafo 2.

4. En la medida en que un país en desarrollo Miembro esté obligado por el presente Acuerdo a ampliar la protección mediante patentes de productos a sectores de tecnología que no gozaban de tal protección en su territorio en la fecha general de aplicación del presente Acuerdo para ese Miembro, según se establece en el párrafo 2, podrá aplazar la aplicación a esos sectores de tecnología de las disposiciones en materia de patentes de productos de la sección 5 de la Parte II por un período adicional de cinco años.

5. Todo Miembro que se valga de un período transitorio al amparo de lo dispuesto en los párrafos 1, 2, 3 ó 4 se asegurará de que las modificaciones que introduzca en sus leyes, reglamentos o prácticas durante ese período no hagan que disminuya el grado de compatibilidad de éstos con las disposiciones del presente Acuerdo."

2. Medidas de promoción incluida la cooperación técnica y financiera

41. Disposiciones en que se detallan las medidas y políticas orientadas al desarrollo que pueden adoptar las partes en un acuerdo para incrementar los efectos favorables al desarrollo de los AII. Uno de los procedimientos es que el país de origen adopte las medidas adecuadas para promover corrientes de inversión y tecnología hacia los países en desarrollo. La Convención de Lomé de 1989, por ejemplo, contiene diversas disposiciones relativas a la promoción y la financiación de inversiones cuyo objetivo sea fomentar corrientes de inversión privada de la Unión Europea en dirección a los Estados ACP; la Convención se ocupa asimismo de las medidas que los países de origen deben adoptar a nivel nacional (recuadro 9). Esas corrientes pueden también beneficiarse de la realización de otras actividades, como la conclusión de acuerdos relativos a proyectos específicos.

Recuadro 9

Artículo 259 del Cuarto Convenio ACP-CEE de Lomé

"Con objeto de estimular el flujo de las inversiones privadas y el desarrollo de las empresas, los Estados ACP y la Comunidad, en cooperación con otros organismos interesados y en el marco del Convenio:

- a) Apoyarán los esfuerzos destinados a fomentar las inversiones privadas europeas en los Estados ACP organizando debates entre cualquier Estado ACP interesado y potenciales inversores privados acerca del marco jurídico y financiero que los Estados ACP puedan ofrecer a los inversores.
- b) Favorecerán la circulación de información sobre las posibilidades de inversiones organizando reuniones de fomento de la inversión, aportando regularmente informaciones sobre las instituciones financieras u otras instituciones especializadas existentes y sobre sus servicios y condiciones, y facilitando la creación de puntos de encuentro para dichas reuniones.
- c) Favorecerán la difusión de informaciones sobre la naturaleza y la disponibilidad de las garantías de inversión y de los mecanismos de seguro destinados a facilitar las inversiones en los Estados ACP.
- d) Ayudarán a las pequeñas y medianas empresas de los Estados ACP a preparar y obtener en las mejores condiciones una financiación, ya sea en forma de participaciones o de préstamos.
- e) Estudiarán los medios de resolver o disminuir el riesgo que presente el país de acogida para los proyectos privados de inversión que pudieran contribuir al progreso económico.

- f) Ayudarán a los Estados ACP a:
- i) crear o reforzar la capacidad de los Estados ACP de mejorar la calidad de los estudios de viabilidad y la preparación de los proyectos, de forma que se puedan extraer las conclusiones económicas y financieras adecuadas;
 - ii) diseñar los mecanismos integrados de gestión de los proyectos que abarquen todo su ciclo de desarrollo en el marco del programa de desarrollo del Estado ACP de que se trate."

42. También el Acuerdo MIC proporciona un ejemplo en este sentido (UNCTAD, 1996c). En él se pide a las partes contratantes desarrolladas que proporcionen incentivos a sus empresas e instituciones con la finalidad de promover y fomentar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados para permitir crear una base tecnológica sólida y viable (art. 67). Con el fin de facilitar la aplicación del acuerdo se procede incluso a una descripción más detallada de la cooperación técnica (recuadro 10).

Recuadro 10

Artículo 67 del Acuerdo MIC

"Con el fin de facilitar la aplicación del presente Acuerdo, los países desarrollados Miembros prestarán, previa petición, y en términos y condiciones mutuamente acordados, cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo o países menos adelantados Miembros. Esa cooperación comprenderá la asistencia en la preparación de leyes y reglamentos sobre protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual y sobre la prevención del abuso de los mismos, e incluirá apoyo para el establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales competentes en estas materias, incluida la formación de personal."

43. En algunos TBI se describen medidas específicas que una u otra de las partes contratantes deben adoptar para promover las inversiones. Ejemplo de ello se encuentra en el artículo 2 del TBI entre Malasia y los Emiratos Árabes Unidos (recuadro 11). Un sistema diferente es el establecido en el párrafo 3 del artículo 2 del TBI entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y el Camerún (recuadro 12). En esta disposición se reconoce el carácter asimétrico de la relación entre un país desarrollado exportador de capital y un país en desarrollo, ya que no impone al Camerún la obligación análoga de promover inversiones en la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.

Recuadro 11

TBI entre Malasia y los Emiratos Árabes Unidos

(artículo 2)

"6. Las Partes Contratantes se consultarán periódicamente sobre las oportunidades de inversión en el territorio de la otra parte en diversos sectores de la economía para determinar en dónde pueden ser más beneficiosas las inversiones de un Estado Contratante en el otro, en interés de ambos Estados Contratantes.

7. Para lograr los objetivos del Acuerdo, los Estados Contratantes fomentarán y facilitarán la formación y establecimiento de las entidades legales mixtas adecuadas entre los inversores de los Estados Contratantes para elaborar, desarrollar y ejecutar proyectos de inversión en distintos sectores económicos de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado huésped."

TBI entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y el Camerún

(artículo 2 3))

"Consciente de la importancia de las inversiones en la promoción de su política de cooperación para el desarrollo, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa se esforzará por adoptar medidas susceptibles de estimular las operaciones comerciales para sumarse a los esfuerzos de desarrollo de la República Unida del Camerún de conformidad con sus prioridades."

D. Estructura general

44. Los tipos de disposiciones de los AII hasta ahora examinados son representativos porque pueden dar a un acuerdo la flexibilidad necesaria para aumentar sus efectos positivos en el desarrollo. En última instancia, sin embargo, es necesario que la orientación al desarrollo quede reflejada en la estructura misma del acuerdo. La estructura es importante porque refleja, y de esta forma determina, el carácter general de las relaciones entre las partes. Los acuerdos internacionales suelen estar basados en la reciprocidad y la simetría legal, es decir, los derechos y obligaciones de las partes pueden ser los mismos o "la imagen del otro en el espejo". Sin embargo, cuando las partes se encuentran a distintos niveles de desarrollo, una simetría formal puede esconder una asimetría económica subyacente. La práctica internacional durante el pasado medio siglo ha tratado de tener en cuenta esa asimetría, elaborando una serie de procedimientos para tener en cuenta las diferencias a nivel de desarrollo entre las partes en el funcionamiento de un acuerdo. Esto puede efectuarse mediante disposiciones específicas de los tipos antes examinados; también puede reflejarse en la estructura misma del acuerdo.

45. La medida en que puede encontrarse esa flexibilidad estructural en los acuerdos internacionales es muy variable. Por lo que a los AII respecta, los TBI no parecen establecer una distinción estructural entre derechos y obligaciones aplicables a las partes contratantes desarrolladas y en desarrollo. Con todo, sus disposiciones algunas veces ofrecen, como se señaló con anterioridad, diversos grados de flexibilidad en materia de desarrollo. Además, algunas de sus disposiciones están concebidas para aplicarse únicamente a las relaciones entre países desarrollados y en desarrollo. Ejemplo de ello son las disposiciones que se encuentran en algunos TBI respecto a la subrogación por el país de origen en las reclamaciones por pagos efectuados contra la emisión de garantías de inversión, que normalmente sólo aparecen en los países en desarrollo.

46. Por otra parte, la Convención por la que se establece el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) se basa en la distinción entre países desarrollados y en desarrollo. Más concretamente, el OMGI sólo puede cubrir inversiones efectuadas en el territorio de los países miembros en desarrollo (enumerados en la lista A de la Convención)⁷. La Convención constituye una excepción entre los AII ya que dichos acuerdos no suelen distinguir, en su estructura, entre países desarrollados y en desarrollo. Otra e importante excepción a este respecto es el Convenio de Lomé antes mencionado. El Convenio incluye: en la parte I las disposiciones y principios generales de la cooperación ACP-CEE; en la parte II se exponen las esferas de cooperación; en la parte III se enumeran los instrumentos de cooperación; y en la parte IV se describen las instituciones para la cooperación ACP-CEE que establece la Convención. De especial interés es el título IV de la parte III, que distingue también entre distintos países contratantes en desarrollo con disposiciones relativas a los estados ACP menos adelantados, sin litoral e insulares.

47. Otro sistema fundamental para proporcionar flexibilidad es la utilización de listas "positivas" y "negativas". En las primeras figuran aquellos sectores o medidas respecto a los cuales han de cumplirse las obligaciones; en las segundas los sectores o medidas a los que no se aplican las obligaciones. Ejemplo de lista positiva puede encontrarse en los AGCS, en los que no se obliga a ninguna de las partes a permitir el acceso al mercado ni a conceder el trato nacional, pero las partes conservan el derecho, en virtud de los artículo XVI y XVII, de incluir en sus listas los sectores de servicios en los que están dispuestos a aceptar dichos compromisos (recuadro 12). Ese sistema refleja el hecho de que los compromisos se negocian sobre la base de la reciprocidad, que puede conseguirse permitiendo otros modos de suministro del servicio o acceso al comercio de mercancías. Con la adopción de este sistema, los AGCS fomentan la participación creciente de los países en desarrollo en el comercio de servicios facilitando sus esfuerzos para liberalizar sus industrias de servicios ya que pueden obtener compromisos recíprocos en otras esferas de las negociaciones. Ejemplo de lista negativa puede encontrarse en el TLC en el que las partes aceptan una serie de principios para negociar seguidamente excepciones por sectores. Este sistema puede dar lugar a una larga lista de reservas presentadas por las partes. En este sistema quedan automáticamente incluidas en el acuerdo nuevas actividades a menos que se

tomen explícitamente medidas para excluirlas. Debe señalarse que estos sistemas no se excluyen entre sí. Los acuerdos podrían contener ambos sistemas; los AGCS, por ejemplo, cuentan también con una lista negativa de limitaciones de acceso al mercado y trato nacional con respecto a aquellos sectores y subsectores incluidos en la lista.

Recuadro 12

Artículo XVI del AGCS

"1. En lo que respecta al acceso a los mercados a través de los modos de suministro identificados en el artículo I, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista.

2. En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y

f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas."

48. Está generalmente admitido que el sistema de lista positiva ofrece la posibilidad de efectuar transacciones y facilita la obtención de ventajas recíprocas. Proporciona a los países en desarrollo una flexibilidad considerable; por ejemplo, los AGCS no prohíben los requisitos relativos a los resultados y los acuerdos MIC no se aplican a los servicios.

CONCLUSIONES

49. Los AII, sean bilaterales, regionales o multilaterales, imponen por su propia naturaleza ciertas disciplinas y obligaciones que afectan a la capacidad de los gobiernos para obrar de acuerdo con sus políticas. Cuando en un acuerdo participan tanto países en desarrollo como desarrollados, a la simetría formal de las partes se une una asimetría de las "condiciones económicas subyacentes". Consecuencia de ello es la necesidad de un cierto grado de flexibilidad especialmente por parte de los países en desarrollo, para tener en cuenta esta asimetría económica y permitirles obtener los máximos beneficios del acuerdo. En el presente informe se han examinado las diversas formas de proporcionar a los actuales AII dicha flexibilidad aunque sin evaluar su relativa importancia y efectividad.

50. Como es lógico el mismo problema se plantea también en otros acuerdos económicos internacionales concluidos en otras esferas. Por ejemplo, los acuerdos comerciales de la Organización Mundial del Comercio conceden un trato especial y diferenciado que puede adoptar la forma de permitir a los países en desarrollo no cumplir ciertas disciplinas previstas en un acuerdo durante un cierto período de tiempo, habida cuenta de las especiales necesidades de los países en desarrollo interesados (véase, por ejemplo, el recuadro 13). Otro ejemplo interesante es la reciente Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto. La importancia que para los AII tienen estos acuerdos es un tema que merece mayor atención.

Recuadro 13

Artículo 15 del Acuerdo sobre la Agricultura

"Trato especial y diferenciado"

1. Habiéndose reconocido que el trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo Miembros forma parte integrante de la negociación, se otorgará trato especial y diferenciado con respecto a los compromisos, según se establece en las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y según quedará incorporado en las Listas de concesiones y compromisos.

2. Los países en desarrollo Miembros tendrán flexibilidad para aplicar los compromisos de reducción a lo largo de un período de hasta diez años. No se exigirá a los países menos adelantados Miembros que contraigan compromisos de reducción."

Artículo 10 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas
Sanitarias y Fitosanitarias

"Trato especial y diferenciado"

1. Al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros tendrán en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros.

2. Cuando el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria permita el establecimiento gradual de nuevas medidas sanitarias o fitosanitarias, deberán concederse plazos más largos para su cumplimiento con respecto a los productos de interés para los países en desarrollo Miembros, con el fin de mantener sus oportunidades de exportación.

3. Con objeto de asegurarse de que los países en desarrollo Miembros puedan cumplir las disposiciones del presente Acuerdo, se faculta al Comité para autorizar a tales países, previa solicitud, excepciones especificadas y de duración limitada, totales o parciales, al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del presente Acuerdo, teniendo en cuenta sus necesidades en materia de finanzas, comercio y desarrollo.

4. Los Miembros deberán fomentar y facilitar la participación activa de los países en desarrollo Miembros en las organizaciones internacionales competentes."

Recuadro 14

"Mecanismos de flexibilidad" para los países en desarrollo en la
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio
Climático y su Protocolo de Kyoto

Objetivos

El artículo 2 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece que el objetivo del acuerdo es "lograr... la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático" y "permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".

Preámbulo y principios

Pueden distinguirse tres principios clave: 1) responsabilidades comunes pero diferenciadas: las Partes en la Convención Marco tienen obligación de proteger el sistema climático de las generaciones presentes y futuras. Se espera que los distintos países, con diferentes niveles de desarrollo económico, cumplan sus responsabilidades comunes de formas distintas. Se espera que crezcan las emisiones de los países en desarrollo aunque menos rápidamente que si no existiera la Convención Marco; 2) los países en desarrollo, en especial, los Estados con zonas costeras e islas bajas, los Estados con zonas semiáridas, zonas sometidas a inundaciones, sequías o desertificación, o con ecosistemas montañosos frágiles, son especialmente vulnerables a las consecuencias negativas del cambio climático y merecen especial examen; 3) las Partes deberían promover el desarrollo sostenible y las medidas para impedir el cambio climático deberían ajustarse a las condiciones especificadas para cada Parte e integrarse en los programas nacionales de desarrollo.

Disposiciones sustantivas

Los principios enumerados en el preámbulo y en el artículo dedicado a los principios de la Convención Marco están plenamente desarrollados en las disposiciones sustantivas, en la Convención y en el Protocolo de Kyoto. Pese a que algunas de estas disposiciones han de ser negociadas en su totalidad, es posible que contengan enfoques flexibles.

Compromisos diferenciados en materia de limitación y reducción de emisiones

La Convención Marco contiene dos categorías de compromisos de limitación y reducción de emisiones, el compromiso general del artículo 4.1, en cuya virtud todas las Partes están obligadas a adoptar medidas para mitigar el cambio climático y los compromisos específicos del artículo 4.2 a) y b) según los cuales los países desarrollados deben fijarse como objetivo reducir sus emisiones para el año 2000 a los niveles de 1990. El Protocolo de Kyoto va más allá. Obliga únicamente a las partes del anexo I (países desarrollados), a reducir sus emisiones en una cantidad especificada durante el período 2008 a 2012. A diferencia de los compromisos del artículo 4.2 a) y b), estas obligaciones se consideran legalmente vinculantes para las Partes del anexo I. Los países en desarrollo pueden adoptar compromisos similares pero no están obligados a ello. Argentina y el Kazajstán indicaron en la reciente Conferencia de las Partes celebrada en Buenos Aires en noviembre de 1998 que adoptarían compromisos voluntarios.

Asistencia financiera y transferencia de tecnología

Se ha constituido un mecanismo financiero para facilitar asistencia financiera a los países en desarrollo al objeto de que cumplan las obligaciones establecidas en la Convención Marco y en el Protocolo de Kyoto. La entidad operativa del mecanismo financiero es el Fondo para el Medio Ambiente Mundial que, en virtud del artículo 4.3 de la Convención, se hará cargo de la totalidad de los gastos adicionales convenidos que necesiten. También corre con la totalidad de los costos incrementales

convenidos de las medidas adoptadas en los países en desarrollo para reducir las emisiones o de cualquier otra manera promover los objetivos de la Convención. Las Partes siguen debatiendo las modalidades para aplicar las disposiciones de la Convención relativas al desarrollo y a la transferencia de tecnologías.

Cumplimiento y adaptación

Para desarrollar el principio 2, se han adoptado medidas dirigidas a prestar asistencia a los países en desarrollo para adaptarse al cambio climático. El Fondo para el Medio Ambiente Mundial estudia la forma de determinar la vulnerabilidad y las necesidades de adaptación habiéndosele asignado recientemente la labor de ayudar a los países en desarrollo. El mecanismo para un desarrollo limpio que ha de establecerse en virtud del Protocolo de Kyoto, examinado más adelante, debe dedicar una parte de sus ingresos a satisfacer las necesidades de adaptación de los países en desarrollo.

El mecanismo para un desarrollo limpio y el desarrollo sostenible

El Protocolo de Kyoto crea un mecanismo para un desarrollo limpio con la finalidad de prestar asistencia a los países desarrollados a cumplir sus obligaciones en materia de reducción de las emisiones y a los países en desarrollo para conseguir el desarrollo sostenible. A través del mecanismo los países en desarrollo o las empresas privadas de estos países sufragan los proyectos de los países en desarrollo que permitan una reducción de las emisiones. Los inversores de los países desarrollados obtienen todo o parte del crédito por la reducción que puede descontarse de sus propias emisiones o venderse a otro país. El proyecto tiene que promover el desarrollo sostenible en el país en desarrollo "huésped". Las Partes siguen debatiendo sobre el mecanismo y sus modalidades de funcionamiento.

Notas

1. En el apartado b) del párrafo 89 del documento "Una asociación para el crecimiento y el desarrollo" (TD/378/Rev.1) se pidió a la UNCTAD que determinase y analizase "las consecuencias que pueden tener para el desarrollo las cuestiones relativas a un posible marco multilateral para la inversión, a partir del examen y revisión de los acuerdos existentes, teniendo en cuenta los intereses de los países en desarrollo y tomando en consideración la labor emprendida por otras organizaciones".
2. Para una colección de AII, véase UNCTAD (1996a), donde figuran, salvo que se indique lo contrario, los acuerdos regionales y multilaterales y los tratados bilaterales modelo en materia de inversión citados en el presente informe. Los acontecimientos relativos a AII registrados desde la publicación del Compendium se examinan en la serie anual del World Investment Report (UNCTAD, 1996b), 1997c), 1998a)).
3. Debe señalarse que los países desarrollados con frecuencia quieren también flexibilidad en los AII, por razones que les son propias.
4. Ello puede originar una tensión entre el alcance y la aplicación universales de esos acuerdos, por una parte, y el grado en que las medidas y las políticas específicamente referentes al desarrollo de los países en desarrollo resultan posibles de conformidad con sus disposiciones, por otra parte.
5. A los efectos del presente informe, el análisis abarca tanto los acuerdos jurídicamente vinculantes como las simples orientaciones. Debe señalarse que la naturaleza jurídica de un acuerdo puede por sí misma ser una indicación de flexibilidad.
6. Salvo indicación en contrario, los textos de todos los TBI mencionados en el presente informe pueden encontrarse en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (1972 -).
7. Con carácter más amplio, en los acuerdos relativos a cooperación para el desarrollo, cuya finalidad es ayudar a los países en desarrollo en sus esfuerzos para alcanzar el desarrollo, la distinción entre partes contratantes desarrolladas y en desarrollo es muchas veces una parte esencial de su estructura, que refleja sus objetivos. Una clara ilustración de este caso es la Asociación Internacional de Fomento (AIF), filial del Banco Mundial que proporciona créditos para el desarrollo en condiciones especialmente favorables. Los miembros de la AIF están clasificados en dos grupos: los países de la parte I, que son los donantes de ayuda, y los países de la parte II, la mayoría de los cuales son receptores de ayuda.

Referencias

- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (1972-). Investment Treaties, Dobbs Ferry, NY, Oceana.
- Fondo Monetario Internacional (FMI) (1993). Balance of Payments Manual: Fifth Edition, Washington, D.C., IMF, p. 86.
- Naciones Unidas (1987). "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", United Nations Treaty Series, vol. 1155 pp. 331-353.
- UNCTAD (1996a). International Investment Agreements: A Compendium. Volume I: Multilateral Instruments. Volume II: Regional Instruments. Volume III: Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments (United Nations publications, Sales Nos. E.96.II.A.9, 10 and 11, respectively), Geneva.
- UNCTAD (1996b). World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements (United Nations publications, Sales No. E.96.II.A.14), New York and Geneva.
- UNCTAD (1996c). The TRIPS Agreement and Developing Countries (United Nations publications, Sales No. E.96.II.D.10), New York and Geneva.
- UNCTAD (1997). World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy (United Nations publication, Sales No. E.97.II.D.10), Geneva.
- UNCTAD (1998a). World Investment Report 1998: Trends and Determinants (United Nations publication, Sales No. E.98.II.D.5), New York and Geneva.
- UNCTAD (1998b). Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (United Nations publication, Sales No. E.98.II.D.8), New York and Geneva.
- UNCTAD (1999a). Scope and Definitions, International Investment Agreements Series (United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.9), New York and Geneva.
- UNCTAD (1996b). Admission and Establishment, International Investment Agreements Series (United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.10), New York and Geneva.
