



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/41
TD/B/COM.2/EM.11/3
9 de julio de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Ginebra, 20 a 24 de enero de 2003

INFORME DE LA REUNIÓN DE EXPERTOS SOBRE LAS
EXPERIENCIAS CON LOS CRITERIOS BILATERALES Y
REGIONALES DE COOPERACIÓN MULTILATERAL EN LA ESFERA
DE LAS INVERSIONES TRANSFRONTERIZAS A LARGO PLAZO,
EN PARTICULAR LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS

celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra,
del 12 al 14 de junio de 2002

ÍNDICE

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. RESUMEN DE LA PRESIDENTA.....	1 - 20	2
A. Aspectos más destacados	1 - 6	2
B. Resumen del debate	7 - 20	5
II. CUESTIONES DE ORGANIZACIÓN.....	21 - 25	16
<u>Anexo</u> : Asistencia		17

Capítulo I

RESUMEN DE LA PRESIDENTA

A. Aspectos más destacados

1. Los expertos celebraron un rico, interesante y fructífero debate sobre las cuestiones examinadas. De conformidad con las directrices sobre el funcionamiento del mecanismo intergubernamental de la UNCTAD, adoptadas como resultado del examen entre períodos de sesiones de la Conferencia, en este epígrafe y en el siguiente se reflejan "el diálogo sustantivo realizado entre expertos de todas las partes del mundo y los puntos generales de acuerdo con miras a crear un consenso sobre la materia"¹.
2. Los principales elementos comunes presentes en muchos tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) y los acuerdos regionales de integración (ARI) son los siguientes:
 - Preámbulo (objetivos y propósitos);
 - Alcance y definiciones (inversión, inversor, territorio);
 - Normas sobre trato (trato nacional, trato de la nación más favorecida (NMF), trato justo y equitativo, plena protección y seguridad);
 - Incautación de bienes (incautación directa o indirecta, indemnización en caso de expropiación);
 - Transferencia de capitales (del extranjero y al extranjero);
 - Solución de controversias (consultas, conciliación y arbitraje);
 - Subrogación (garantía de inversiones);
 - Cláusulas finales.
3. Sin embargo, se señaló que los elementos comunes ponían de manifiesto la diversidad de criterios que había con respecto al contenido concreto de esos tratados y acuerdos.
4. Las principales diferencias observadas en muchos TBI y ARI son las siguientes:
 - Definiciones (inclusión o exclusión de las inversiones de cartera; definición de inversor);
 - Normas sobre trato (trato aplicable antes y después de la entrada de la inversión);
 - Prescripciones en materia de resultados (inclusión o no inclusión de este tipo de disposiciones; vinculación con las ventajas);

¹ "Directrices sobre el funcionamiento del mecanismo intergubernamental de la UNCTAD" (TD/B(S-XIX)/4, párr. 13.

- Incautación de bienes (inclusión de las incautaciones legales);
- Transferencia de capitales (excepciones por razón de la balanza de pagos o por otros motivos);
- Solución de controversias (regulación de las relaciones entre el inversor y el Estado);
- Disposiciones en materia de desarrollo (reservas, suspensiones temporales, exenciones, excepciones, períodos de transición, etc.);
- Transparencia;
- Mecanismos institucionales (vigilancia, examen, revisión).

5. Las consideraciones relacionadas con el desarrollo que convendría tener en cuenta al elaborar los acuerdos internacionales sobre inversiones son las siguientes:

- a) Todos estos tratados deberían tener en cuenta los aspectos relativos al desarrollo, así como las necesidades de las partes participantes en esos tratados, y sobre todo las asimetrías entre los países. Todos los tratados deberían también tener en cuenta las circunstancias económicas, sociales y políticas de la vida real y evitar caer en la trampa de la polarización ideológica;
- b) La flexibilidad y la inclusión en los tratados de cláusulas sobre el desarrollo son dos aspectos importantes: listas positivas y negativas, o combinaciones de ambas, liberalización gradual, reservas, excepciones, suspensiones temporales, períodos de transición, mecanismos institucionales de vigilancia y procedimientos de examen por terceros;
- c) El contenido de los acuerdos internacionales sobre inversiones debería basarse en las interpretaciones contemporáneas del concepto de desarrollo, incluyendo en él por ejemplo disposiciones sobre el derecho al desarrollo, y, desde un punto de vista más general, tener en cuenta, en lo posible, otros acuerdos e iniciativas en ámbitos afines;
- d) Se deberían incorporar en los tratados aspectos relativos al desarrollo recogiéndolos en disposiciones tales como las siguientes:
 - i) Los objetivos de los tratados, enunciados en el preámbulo;
 - ii) Definiciones, con excepciones basadas en consideraciones referentes a la modalidad jurídica deseada de la inversión, la cuantía de la misma, el momento de su realización y la naturaleza de la inversión (en particular deberían excluirse los flujos de capital a corto plazo de tipo especulativo);
 - iii) Normas relativas al trato, estableciendo para las posibles inversiones excepciones encaminadas a proteger a los empresarios locales o a determinados sectores; aplazamiento de la aplicación de esas normas; concesión de privilegios especiales; trato preferente atendiendo a consideraciones étnicas;

- iv) Disposiciones sobre la transferencia de capitales, con excepciones, suspensiones temporales o exenciones;
 - v) Disposiciones sobre la solución de controversias, con posibles exclusiones con respecto al medio ambiente, los aspectos fiscales y las normas prudenciales;
 - vi) Mecanismos de vigilancia, para posibilitar la evolución dinámica y continua de las cláusulas de los tratados y su interpretación desde la perspectiva del desarrollo;
 - vii) Disposiciones sobre procedimientos oficiosos para la discusión de cuestiones relativas a las inversiones y la interpretación del tratado (remisión a la Comisión de Libre Comercio del TLCAN y a sus notas interpretativas, así como a las negociaciones oficiosas en la OCDE);
- e) Es de particular importancia el principio del trato especial y diferenciado y su posible aplicación a los acuerdos internacionales sobre inversiones mediante, por ejemplo, las cláusulas siguientes:
- i) Alcance y definiciones, y posibles exenciones del ámbito de aplicación del tratado basadas en el tamaño de las economías de las partes y en otras consideraciones económicas;
 - ii) Trato, con posibles exenciones en favor de los países basadas en el principio de la organización regional de integración económica y en consideraciones económicas;
 - iii) Inclusión en el tratado de prescripciones en materia de resultados en tanto en cuanto sean compatibles con las normas existentes de la OMC;
 - iv) Inclusión de excepciones generales atendiendo a los objetivos nacionales de desarrollo, sobre todo en favor de las empresas pequeñas y medianas;
 - v) Disposiciones sobre la solución de controversias que permitan a los Estados obtener asistencia técnica para intervenir en los procedimientos entablados, y fondos especiales para financiar los gastos procesales que ocasionen esos procedimientos a los Estados;
 - vi) Combinación de las disposiciones reguladoras con la prestación de asistencia técnica con el fin de cumplir con las normas establecidas;
- f) Las cláusulas relativas a los períodos de transición deberían basarse en criterios objetivos y no en plazos de tiempo arbitrarios;
- g) Deberían incluirse medidas de asistencia técnica para corregir las desigualdades de capacidad de negociación tanto en el aspecto técnico como en el económico.

6. También se discutieron los puntos principales siguientes:
- a) El posible reconocimiento en los tratados del derecho soberano a regular la entrada y el establecimiento de las inversiones y su relación con las cuestiones concernientes al acceso a los mercados y al establecimiento;
 - b) El posible reconocimiento en los tratados de la tensión potencial entre los objetivos de la liberalización y las tendencias proteccionistas;
 - c) La importancia de la transparencia para la eficacia de las relaciones empresariales internacionales, la responsabilidad de las empresas y los alicientes de los países receptores como posibles destinos de las inversiones extranjeras directas;
 - d) Los niveles bilaterales, regionales o multilaterales de regulación: ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos; y la cuestión de la compatibilidad a la luz de los problemas de la duplicación de obligaciones y del beneficiario parásito que planteaban las cláusulas NMF;
 - e) Los acuerdos regionales y las posibilidades de armonización de las disposiciones sustantivas de los tratados en aspectos tales como los incentivos o la posición frente a terceros;
 - f) La relación entre la interpretación jurídica y la interpretación económica de las distintas cuestiones como orientación para la redacción de las disposiciones de los tratados;
 - g) La interpretación de las disposiciones de los tratados teniendo en cuenta la experiencia reciente en lo relativo a la aplicación de los tratados, y la necesidad de adaptar los conceptos tradicionales a las circunstancias en constante cambio;
 - h) La cuestión más general de lo que es el desarrollo en el contexto de la liberalización en general y de los acuerdos internacionales sobre inversiones en particular;
 - i) Las desigualdades de capacidad de negociación en el plano técnico y el económico;
 - j) La necesidad, al elaborar los acuerdos internacionales sobre inversiones, de tener en cuenta también el contexto más amplio de la evolución del sistema económico internacional, y en particular los problemas que plantean la pesada carga de la deuda a muchos de los países en desarrollo, la necesidad continua de proporcionar ayuda oficial al desarrollo a esos países y el sistema financiero internacional.

B. Resumen del debate

7. El debate de los expertos sobre el tema 3 del programa se organizó en torno a los tres temas siguientes:

- a) Los elementos comunes de los tratados bilaterales sobre inversiones y los acuerdos regionales de integración;

- b) Las diferencias entre las disposiciones de los distintos tratados bilaterales sobre inversiones y acuerdos regionales de integración; y
- c) Las cuestiones relacionadas con la dimensión del desarrollo.

8. En su discurso de apertura el Director de la División de la Inversión, la Tecnología y el Fomento de la Empresa subrayó que la convocación de la Reunión de Expertos respondía a los dos objetivos que se derivaban de la ejecución del mandato de la UNCTAD y del mandato resultante de la Cuarta Reunión Ministerial de la OMC. En relación con esto recordó el ciclo anterior de reuniones de expertos sobre la cuestión de la incorporación de una dimensión del desarrollo en los acuerdos internacionales sobre inversiones. Agregó que, de conformidad con las Directrices sobre el funcionamiento del mecanismo intergubernamental de la UNCTAD, adoptadas al término del examen entre períodos de sesiones de la Conferencia, el resultado de la Reunión revestiría la forma de un resumen de la Presidenta que, en lo posible, indicaría los puntos sobre los que se había llegado a un consenso o que habían suscitado alguna preocupación. Expresó la esperanza de que esta nueva forma flexible y libre de exponer los resultados de las deliberaciones condujeran a discutir el posible contenido, redacción y aplicación de las disposiciones sobre aspectos del desarrollo incluidas en los acuerdos internacionales sobre inversiones. Insistió en que en un momento en que la comunidad internacional estaba debatiendo la posibilidad de adoptar un marco internacional para las inversiones extranjeras era de enorme importancia reflexionar sobre la necesidad de que las normas en materia de inversiones tuvieran en cuenta los aspectos del desarrollo. Al mismo tiempo en la reunión se deberían abordar cuestiones nuevas que podían afectar tanto a la protección como a la promoción de las inversiones y los inversores, así como a los intereses y prioridades del desarrollo de las comunidades en las que aquéllos operaban.

9. En la introducción que hizo al tema 3 del programa, el Jefe de la Subdivisión de Políticas de Inversión y Fomento de la Capacidad de la División de la Inversión, la Tecnología y el Fomento de la Empresa manifestó que la adopción de normas internacionales sobre las inversiones abarcaba múltiples facetas y se llevaba a cabo en el cuádruple ámbito bilateral, regional, interregional y multilateral. A finales de 2001 el conjunto de reglas y normas internacionales sobre la inversión extranjera comprendía más de 2.000 tratados bilaterales sobre inversiones (TBI), unos 2.100 tratados de doble imposición y más de 140 acuerdos regionales de integración (ARI) que, en una forma u otra, abarcaban la casi totalidad de los países del mundo. Estos instrumentos revestían formas muy diversas, desde instrumentos vinculantes a instrumentos voluntarios o combinaciones de unos y otros, en los cuales las partes asumían distintos niveles de compromisos. Todos esos instrumentos habían creado una red intrincada y compleja de compromisos y obligaciones que se superponían. Reiteró cómo los objetivos de la Reunión de Expertos sería ofrecer una visión general estructurada de esa compleja realidad resaltando los elementos comunes a la mayoría de esos instrumentos, señalando las principales diferencias e indicando si esas semejanzas y diferencias habían cambiado a lo largo de los últimos cinco a seis años y, de ser así, en qué medida lo habían hecho. Añadió que la reunión debía ayudar a la secretaría a aclarar qué vías se habían seguido para incorporar la dimensión del desarrollo en esos instrumentos internacionales.

10. En los últimos años se había uniformado cada vez más el contenido de los TBI, y por lo general sus principales disposiciones se referían al alcance y definición de la inversión extranjera; la admisión de las inversiones; el trato nacional, el trato de nación más favorecida (NMF) y el trato justo y equitativo; las garantías y la indemnización en caso de expropiación; las garantías de la libre transferencia de capitales; y la solución de controversias, tanto entre Estados como entre el inversor y el Estado. Las principales diferencias se daban en las disposiciones relativas a la admisión y entrada de las inversiones, la promoción de las inversiones, las normas generales de trato y las prescripciones en materia de resultados. También se podían apreciar diferencias en las disposiciones concernientes al alcance y la gama de las exclusiones y excepciones a las normas sobre el trato nacional y el trato NMF, las normas sobre la indemnización en caso de nacionalización, las excepciones por razón de la balanza de pagos, la libre transferencia de capitales, y el requisito del agotamiento de los recursos internos en los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados.

11. En cuanto a los acuerdos regionales de integración (ARI), eran muchos los que contenían disposiciones relativas a las inversiones, lo que también ocurría con varios otros acuerdos comerciales que no tenían expresamente por objeto la integración de las inversiones. En cambio, eran poquísimos los acuerdos regionales que estaban dedicados únicamente a las inversiones. Destacó que los acuerdos regionales presentaban muchos menos elementos comunes que los TBI. Los ARI que incluían entre sus objetivos la protección de las inversiones solían contener definiciones amplias y completas. Los acuerdos regionales que tenían por objeto la liberalización de las inversiones utilizaban a veces definiciones relativamente más estrictas de las inversiones, ya que en ellos se tenían en cuenta las diferencias entre las inversiones extranjeras directas y otros tipos de transacciones financieras internacionales. Varios ARI incluían disposiciones para la promoción de las inversiones extranjeras, aunque esas disposiciones solían caracterizarse por su debilidad y su carácter un tanto general. Muchos ARI ya preveían la concesión del trato nacional y del trato NMF, pero sólo después de la entrada de la inversión. Un gran número de estos acuerdos contenían disposiciones sobre la libre transferencia de capitales relacionadas con las inversiones. Asimismo, cada vez eran más los ARI que contenían una cláusula sobre las dificultades de la balanza de pagos. Algunos ARI preveían la posibilidad de solucionar las controversias por medio de las consultas y la negociación, mientras que otros establecían un procedimiento de consultas por conducto de un órgano al que se encomendaban la vigilancia y aplicación del respectivo acuerdo. En cuanto a la cuestión de la entrada y establecimiento de las inversiones extranjeras, su regulación en los ARI también ponía de manifiesto la existencia de criterios diversos. Asimismo tendía a haber diferencias entre los ARI con respecto a las disposiciones que establecían prescripciones en materia de resultados.

12. En lo referente a la inclusión de disposiciones que recogiesen aspectos del desarrollo, dijo que en los TBI apenas había normas que se refirieran concretamente a esos aspectos. La principal función de estos tratados en este terreno radicaba en la contribución que podían aportar a la creación de un entorno propicio y estable para la inversión extranjera, pero dejando al mismo tiempo una amplia libertad a los países en desarrollo para intentar alcanzar sus propios objetivos. En consecuencia, los TBI facilitaban las inversiones y por este cauce podían tener un impacto positivo en el desarrollo. Sin embargo, hoy por hoy, la mayoría de esos tratados no contenían disposiciones que trataran expresamente de aspectos relacionados con el desarrollo. En cambio, algunos ARI sí incluían disposiciones encaminadas expresamente a impulsar el desarrollo. Como ocurría con la inmensa mayoría de los acuerdos internacionales, los ARI

también establecían diversos tipos de excepciones, salvaguardias y períodos de transición, que tenían por objeto atender los diferentes objetivos y necesidades de las partes con distintos niveles de desarrollo. Esas excepciones podían aplicarse a todas las disposiciones sustantivas y tenían particular importancia en lo referente a las normas sobre el trato dado a las inversiones antes y después de su entrada. Un grupo especial de excepciones afectaba también a la repatriación de capitales.

13. Para terminar, reiteró que las tendencias de los últimos años indicaban que la práctica seguida actualmente en los TBI y los ARI, aunque no tuviera en cuenta expresamente los aspectos relacionados con el desarrollo, no era en modo alguno totalmente incompatible con esas preocupaciones. En consecuencia, la reunión debería aclarar qué relación había entre las normas actuales sobre la protección del inversor y la promoción de las inversiones y las formas más adecuadas de ir incorporando a esas normas medidas que ayudaran a estimular el desarrollo.

14. La reunión empezó con las intervenciones de los dos especialistas. Sobre la cuestión de los elementos comunes, el Profesor M. Sornarajah, de la Universidad Nacional de Singapur, subrayó las semejanzas que había entre los distintos TBI y ARI en lo que atañía a la estructura y el contenido. Casi todos los acuerdos incluían preámbulos en los que se hacía referencia a las ventajas mutuas que todas las partes en el acuerdo podían extraer de él, incluida una alusión a la reciprocidad de los flujos de inversiones, lo que en sí misma era una afirmación inexacta si se tenía en cuenta que los flujos de inversiones se producían en una sola dirección, esto es, de los países exportadores de capital hacia los países importadores del mismo. Normalmente el preámbulo iba seguido de disposiciones sobre las definiciones que delimitaban el ámbito material del acuerdo, con tratados que seguían en este terreno un criterio muy estricto (excluyendo, por ejemplo, las inversiones extranjeras de cartera), y de disposiciones sobre el trato de las inversiones. En relación con esto último, la mayoría de los tratados solían estipular la concesión del trato nacional y el trato NMF, aunque cada tratado establecía exenciones de distintos tipos. La concesión de un trato justo y equitativo era común a la mayoría de los tratados, pero se podía decir que esta cuestión era terreno "desconocido" desde el punto de vista de la interpretación de esta norma a la luz de las referencias a las normas mínimas internacionales. La mayoría de los tratados regulaban la cuestión de la incautación de bienes, cuestión que en los tratados más recientes englobaba también las incautaciones indirectas además de las expropiaciones directas, que eran menos importantes en el mundo económico actual. En este terreno, las menciones que se hacían en estos tratados a los actos equivalentes a una incautación ponían de manifiesto que habían múltiples diferencias entre los tratados. (En particular, las disposiciones del TLCAN habían puesto al descubierto una serie de problemas y dificultades en relación con este planteamiento.) Los tratados también solían regular la cuestión de la indemnización, generalmente con indicaciones relativas a su pronto pago, su cuantía y su efectividad, y establecían criterios tales como el interés público, la no discriminación y la observancia de las garantías legales. Un aspecto relacionado con lo anterior era el de la subrogación, que también figuraba en la mayoría de los acuerdos internacionales sobre inversiones. Además, los TBI y los ARI regulaban cuestiones relacionadas con la repatriación de capitales y con la solución de controversias entre los Estados. También se abordaba la cuestión de la solución de controversias entre los inversores y los Estados. Aunque no todos los acuerdos preveían este procedimiento, ya que tocaba aspectos que suponían reconocer ciertos derechos a los inversores y ofrecer vías de recurso a partes que no eran Estados, sí ponía de manifiesto una cierta coincidencia, por ejemplo en lo que se refería al

agotamiento de los recursos internos. Un elemento común a todas las disposiciones sobre la solución de controversias entre Estados era la institución de un procedimiento de arbitraje. Por último, todos los acuerdos contenían cláusulas de terminación.

15. El segundo especialista, el Profesor P. Muchlinski de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kent, del Reino Unido, refiriéndose a las semejanzas que había desde siempre en este tipo de instrumentos, manifestó que era necesario reflexionar sobre el equilibrio entre el derecho a regular, por una parte, y la necesidad de abrir los mercados, por la otra. Subrayó la importancia de ampliar las bases de referencia para discutir las disposiciones de estos tratados, y también de tener en cuenta la práctica internacional que se seguía en otros ámbitos. Con respecto a las disposiciones relativas a la solución de controversias, apuntó la necesidad de proporcionar a los países en desarrollo una asistencia adecuada con respecto a los procedimientos de solución de controversias y a los procedimientos conexos de consulta y arbitraje.

16. En el debate que tuvo lugar a continuación se hicieron las observaciones siguientes:

- a) Distintos expertos aludieron a la constante evolución de los conceptos recogidos en los TBI y los ARI, lo que era una indicación del interés cada vez mayor de los países en desarrollo por la protección y promoción de las inversiones y de la creciente complejidad de las cuestiones económicas que había que abordar en dichos instrumentos. En relación con esto, esos expertos insistieron en la necesidad de ir adaptando las normas tradicionales a la realidad económica y a las prácticas empresariales modernas, sobre todo las que regulaban el modo de entrada y establecimiento y las operaciones después de producirse la entrada.
- b) Varios expertos hicieron hincapié en la necesidad de extraer lecciones de la experiencia de los TBI y los ARI, incluidas las mejores prácticas, para aprovecharlas en el plano multilateral y, desde un punto de vista más general, en relación con el papel global de los TBI dada la proliferación de criterios regionales y multilaterales.
- c) Diversos expertos subrayaron que en estos tratados y acuerdos se podía reconocer y de hecho se reconocía el derecho soberano de regular la entrada y el establecimiento de las inversiones extranjeras y su relación con la cuestión del acceso a los mercados y la del establecimiento. En ellos también se podía reconocer la posible tensión entre los objetivos de la liberalización y las tendencias proteccionistas.
- d) Con respecto a las disposiciones sobre la definición de las inversiones, la inclusión de las inversiones extranjeras de cartera podía crear ciertas dudas acerca de las personas o entidades a las cuales se les otorgaban los derechos establecidos en estos tratados. Al mismo tiempo se señaló que el alcance de esas disposiciones debería tener en cuenta la realidad económica. En este contexto, algunos expertos afirmaron que se debería evitar el establecer injustificadamente un trato diferente según los tipos de inversión, por ejemplo por la vía de excluir de la definición de las inversiones comprendidas en el tratado las inversiones extranjeras de cartera.

- e) Con respecto a las disposiciones sobre la transparencia, distintos expertos indicaron que era necesario ofrecer seguridad y previsibilidad a los inversores dándoles la posibilidad de obtener sin trabas información referente a las leyes y reglamentos sobre inversiones y los procedimientos administrativos, para evitarles sorpresas innecesarias en la actividad que fueran a desarrollar en los países receptores. Esos expertos señalaron también que la transparencia era importante para que las empresas y la Administración rindieran cuentas de lo que hacían. En relación con esto, se discutió el alcance que debían tener las disposiciones sobre la transparencia, sobre todo desde el punto de vista de su viabilidad técnica en los países en desarrollo.
- f) En el debate sobre las disposiciones relativas a las incautaciones de bienes, especialmente las incautaciones previstas por la ley, se afirmó que la ruptura normal de un contrato no suponía por lo general una violación de un acuerdo internacional, ya que los acuerdos internacionales versaban solamente sobre los actos de los Estados que afectaban a los derechos de los inversores.
- g) Algunos expertos aludieron a la necesidad de seguir de cerca la aplicación de los tratados, especialmente en lo que se refería a las disposiciones que regulaban las incautaciones indirectas y a la utilización cada vez mayor de esta clase de medidas. Ese seguimiento también debería extenderse a las disposiciones sobre el trato justo y equitativo y su interpretación en la práctica de los tratados. Las controversias a que daban origen estas dos cuestiones supondrían una carga enorme para los recursos financieros y técnicos de los países en desarrollo. En relación con esto, sería útil efectuar una recopilación de la jurisprudencia en la materia.
- h) Se señaló que la regulación de las controversias sobre inversiones debería tener en cuenta las complejidades económicas, lo que no sólo exigía un enfoque flexible basado en el análisis funcional, sino que además ponía de relieve la importancia de los planteamientos casuísticos y los mecanismos consultivos.
- i) Con respecto a las disposiciones sobre la solución de controversias entre inversores y Estados, se hicieron numerosas alusiones a las discusiones y negociaciones que tenían lugar en el Hemisferio Occidental. Entre otras cosas, en esas discusiones y negociaciones se había planteado, en una serie de casos, el problema de la constitucionalidad de esas disposiciones, ya que se podría considerar inconstitucional la concesión a los inversores extranjeros de un trato más favorable (por ejemplo, la posibilidad de acudir al arbitraje internacional) que a los inversores nacionales. Además se habló del "déficit democrático" que se podía apreciar en la adopción de normas internacionales en este campo.
- j) Se dijo también que la práctica tradicional en materia de tratados bilaterales sobre inversiones, indicaba que no había variado la funcionalidad de estos acuerdos, lo que no dejaba posibilidad alguna de adaptación. En particular, los textos de los modelos de tratados bilaterales sobre inversiones no estaban redactados con la suficiente flexibilidad para tener en cuenta las condiciones particulares de los países en desarrollo. En consecuencia, sería necesario elaborar modelos de tratados que tuvieran en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, así como fomentar la capacidad de estos países en este campo.

17. Sobre la cuestión de las diferencias observadas entre las disposiciones de los TBI y los ARI, los dos especialistas se refirieron en particular a la cuestión de la entrada y establecimiento de las inversiones. Los ARI y los TBI más recientes tendían más y más a liberalizar la fase de la admisión extendiendo las disposiciones sobre el trato nacional y el trato NMF a la fase previa a la entrada, por lo general sometándolo a excepciones sectoriales y de otro tipo mediante cláusulas de exclusión (esto es, una lista negativa o método decreciente como en el TLCAN) o cláusulas de aceptación (esto es, una lista positiva o método ascendente, como en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)). La práctica actual de los TBI y los ARI mostraba también que había diferencias en sus disposiciones relativas a las prescripciones en materia de resultados, y algunos de esos instrumentos las regulaban con todo detalle. También se señaló que los elementos comunes de los acuerdos internacionales sobre inversiones ponían de manifiesto la aplicación de diversos criterios al decidir el contenido concreto de tales acuerdos. En particular, el alcance y las definiciones variaban en lo que se refería a extender el ámbito (o protección) del tratado a los inversores, que iban desde incluir prácticamente todos los activos extranjeros hasta establecer definiciones más estrictas que limitaban el ámbito de aplicación del tratado a las inversiones mediante referencias a la conformidad con las leyes y reglamentos nacionales, a los tipos o montos de la inversión, o a la forma jurídica de la sociedad mercantil a través de la cual se realizaría la inversión, disposiciones que además entraban a regular los aspectos del control y la propiedad. A esto había que añadir disposiciones acerca del calendario de las inversiones y la duración de la protección del tratado. Asimismo, las cláusulas habituales sobre las incautaciones mostraban una gran diversidad de criterios, particularmente en lo referente a las incautaciones legales y a las excepciones a la aplicación de esas cláusulas. En el ámbito de la solución de controversias entre inversores y Estados, la mayoría de los acuerdos preveían el recurso automático al arbitraje, mientras que otros exigían el agotamiento previo de los recursos internos y la consulta previa. Otra observación que hicieron los especialistas fue, que si bien la mayoría de los acuerdos internacionales sobre inversiones contenían disposiciones parecidas sobre la cuestión de la transferencia de capitales, en cambio había diferencias claras en lo referente a una serie de excepciones concernientes a la contabilidad, el lavado de dinero, el incumplimiento de resoluciones judiciales, y, el aspecto más importante, las dificultades de la balanza de pagos.

18. En el debate que tuvo lugar a continuación se hicieron las observaciones siguientes:

- a) Aunque la estructura y forma generales de los TBI prácticamente no habían cambiado en los últimos años, su contenido ponía de manifiesto que había habido una evolución en varios aspectos, sobre todo en cuestiones tales como el trato de la inversión extranjera, la transparencia, la solución de controversias entre inversores y Estados, las prescripciones en materia de resultados y aspectos nuevos como las normas ambientales y las normas laborales.
- b) Algunos expertos señalaron que las diferencias de criterios podían obedecer a dudas acerca de la interpretación de los términos establecidos. La práctica reciente de estos tratados así lo ponía de manifiesto, no sólo por lo que hacía a la flexibilidad de los criterios, sino también a la mayor cautela con que se interpretaban las cláusulas uniformes. Lo más revelador a este respecto era la cuestión de las incautaciones de bienes y la cuestión conexas de la inconsistencia de los árbitros y la posible influencia de estos últimos en la política del Estado en ámbitos esenciales. En relación con esto planteaban problemas ciertos casos recientes de interpretación de disposiciones de

estos tratados al haber sobrepasado esa interpretación el propósito original del tratado.

- c) Otro aspecto que se planteaba era el de los problemas de compatibilidad que se derivaban de las obligaciones muy diferentes recogidas en los distintos tratados en los que era parte el mismo Estado. Un aspecto sumamente problemático era la extensión, a través de las cláusulas de trato NMF, de determinadas disposiciones (y normas estrictas) de un tratado a Estados que no eran partes en él, con el problema conexo del beneficiario parásito que esto entrañaba. En este contexto se aludió a la aplicabilidad de la Convención de Viena y de las disposiciones incluidas en una serie de tratados relativas a otras obligaciones de las partes contratantes, así como de las cláusulas de la organización regional de integración económica contenidas en una serie de TBI y ARI.
- d) Con respecto al alcance y aplicación de las disposiciones de los tratados, se hizo alusión a la posibilidad de combinar cláusulas de exclusión con cláusulas de aceptación. En las negociaciones futuras esto podía plantear problemas relacionados con la utilidad de la distinción entre bienes y servicios.
- e) Las diferencias observadas en las disposiciones sobre el trato de la inversión extranjera obedecían también a la dificultad de aplicar de manera uniforme esas disposiciones en las economías mixtas (esto es, las economías en las que había empresas públicas, mixtas y privadas). En relación con esto se planteó también la cuestión de la inclusión en estos tratados de las entidades que no eran empresas.
- f) Se señaló que en los instrumentos de carácter voluntario se podían incluir normas (de liberalización) más ambiciosas que las que se podían incluir en los instrumentos de carácter vinculante.
- g) Finalmente, se planteó la cuestión de si el derecho de regulación podía abarcar, además de los aspectos relacionados con las expropiaciones, las prescripciones en materia de resultados y otras condiciones impuestas a los inversores extranjeros.

19. Introduciendo el tema de la incorporación de una dimensión del desarrollo en los acuerdos internacionales sobre inversiones, el Director de la División de la Inversión, la Tecnología y el Fomento de la Empresa expuso los motivos por los que se hacía tal incorporación en los tratados internacionales sobre inversiones y las soluciones que se podían utilizar y se habían utilizado para incluir esa dimensión al desarrollo en tales acuerdos. Los dos especialistas hablaron del contexto global de los aspectos del desarrollo y la posible incorporación de estos aspectos en los acuerdos internacionales sobre inversiones, lo que aprovecharon para exponer sucintamente las distintas soluciones utilizadas para abordar esta cuestión, y también los problemas más generales de política económica que tal inclusión planteaba.

20. En el debate que tuvo lugar a continuación se hicieron las observaciones siguientes:

- a) Todos los tratados deberían incluir una dimensión de desarrollo, acomodarse a las necesidades de los países participantes y, sobre todo, tener en cuenta las asimetrías entre los países. Además, todos los tratados deberían reflejar las circunstancias

económicas, sociales y políticas de la vida real y evitar el caer en la trampa de la polarización ideológica.

- b) Se señaló también que el contenido de los acuerdos internacionales sobre inversiones debería basarse de algún modo en las interpretaciones modernas del concepto de desarrollo, por ejemplo incluyendo una disposición que reconociera el derecho al desarrollo, y tener en cuenta de forma general, en lo posible, otros acuerdos e iniciativas en esferas afines.
- c) Los expertos subrayaron la importancia de la flexibilidad y de la inclusión en los tratados de cláusulas que tuvieran en cuenta las preocupaciones del desarrollo. Estas cláusulas podían consistir en listas positivas y negativas, o combinaciones de unas y otras, normas de liberalización gradual, reservas, excepciones, suspensiones temporales, períodos de transición, mecanismos de vigilancia institucionalizada y procedimientos de examen por terceros.
- d) Se señaló también que la flexibilidad de criterios se podía conseguir estableciendo órganos procedimentales (órganos de examen encargados de vigilar la aplicación del tratado) y mecanismos de examen. Se citó como ejemplo la práctica de incluir en algunos ARI procedimientos de examen por terceros basados en la consulta, el debate y el examen (denominados también procedimientos "roll-back"). Además, las disposiciones de los tratados podían ser objeto de reservas, excepciones y suspensiones temporales (en períodos de crisis económica). En general, la liberalización gradual y la liberalización por etapas, combinadas con procedimientos firmes, compromisos claros con el objetivo último y obligaciones de transparencia, podían ayudar a salvar la oposición entre los objetivos de la liberalización y las medidas de política que tenían por objeto salvaguardar la soberanía nacional. En este contexto habría que reflexionar sobre el tipo de regulación que exigía el desarrollo.
- e) También se afirmó que los criterios incorporados en contextos más amplios podían facilitar un enfoque más completo de la promoción de las inversiones. En relación con esto se hizo referencia a que, en general, los ARI podían abarcar no sólo la liberalización de los movimientos de capital, sino también la circulación de los trabajadores, con lo cual se corregía la asimetría económica entre los países desarrollados exportadores de capital y los países en desarrollo exportadores de trabajo.
- f) Con respecto al articulado concreto de los tratados, los expertos dijeron que en él se podían incorporar aspectos del desarrollo de diferentes formas. En particular, esos aspectos se podían recoger en los objetivos de los tratados, los cuales se enunciaban en el preámbulo. Las definiciones podían autorizar excepciones basadas en consideraciones tales como la forma jurídica deseada de la inversión, la cuantía de esta última, el calendario de su realización y su naturaleza. (En particular deberían excluirse los flujos de capital a corto plazo de tipo especulativo.) En las normas sobre el trato se podía autorizar la realización de inversiones basadas en excepciones encaminadas a proteger los empresarios locales o un determinado sector; el aplazamiento de la aplicación; la concesión de privilegios especiales; y la concesión de un trato preferente por consideraciones étnicas. Las disposiciones

sobre la transferencia de capitales podían establecer excepciones, exenciones o suspensiones temporales. Las disposiciones sobre la solución de controversias podían autorizar exclusiones en aspectos relacionados con el medio ambiente, los impuestos y las normas prudenciales. Por último se subrayó la importancia de los mecanismos de vigilancia a este respecto, ya que hacían posible la evolución dinámica y constante de las disposiciones de los tratados y su interpretación desde la perspectiva del desarrollo.

- g) Con respecto a la inclusión de disposiciones que propiciaran el desarrollo, los expertos se refirieron a la Comisión de Libre Comercio del TLCAN y sus notas interpretativas, que contenían directrices para la interpretación de ese Tratado. Esta vía podía ofrecer un enfoque evolutivo que no se centraría solamente en la renegociación y reinterpretación de las disposiciones de los tratados, sino también en la elaboración de estas disposiciones en la práctica. Tales mecanismos podían servir muy bien de modelo para la incorporación de aspectos relacionados con el desarrollo en los tratados que se redactasen. Un experto mencionó el AGCS como posible modelo para la inclusión de disposiciones que propiciasen el desarrollo.
- h) Los expertos subrayaron también la importancia del principio del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y su posible aplicación en el campo de los acuerdos internacionales sobre inversiones. Esta aplicación podía revestir la forma de exclusiones del ámbito de aplicación del tratado basadas en el tamaño de las economías de las partes y en otras consideraciones económicas; exenciones a las normas sobre trato basadas en el principio de la organización regional de integración económica y en consideraciones económicas; prescripciones en materia de resultados, que se podrían establecer en la medida en que fueran compatibles con las normas existentes de la OMC; excepciones generales fundadas en los objetivos nacionales de desarrollo, especialmente en favor de las empresas pequeñas y medianas; disposiciones sobre la solución de controversias que ofrecieran a los Estados la posibilidad de obtener asistencia técnica para iniciar los procedimientos pertinentes, y fondos especiales para financiar los gastos judiciales en que incurrieran esos Estados en relación con tales procedimientos; y combinación de las normas reguladoras con la prestación de asistencia técnica para ayudar a cumplir las normas que fijasen los Estados.
- i) Los períodos de transición deberían basarse en criterios objetivos y no en plazos de tiempo arbitrarios.
- j) Algunos expertos subrayaron la importancia de que los Estados estuvieran preparados para aprovechar los beneficios de las disposiciones de estos tratados y de que tuvieran efectivamente la capacidad necesaria para cumplir con esas disposiciones tanto en términos técnicos -como lo probaban las dificultades que encerraban los procedimientos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones- como en términos sustantivos -como lo demostraba la falta de capacidad económica (industrialización, etc.). En este contexto se discutió la cuestión de la posibilidad de aumentar los alicientes localizacionales gracias a mecanismos regionales de integración y la cuestión, que se derivaba de la anterior, del alcance de la armonización de tales mecanismos, que iba

desde la elaboración de códigos empresariales comunes a la creación de sistemas de incentivos y la adopción de una posición común ante terceros.

- k) Aunque la protección de las inversiones y los inversores en los acuerdos internacionales en la materia contribuía por sí misma a fomentar las inversiones, las disposiciones que para promover estas últimas se incluían en dichos acuerdos estaban relativamente poco desarrolladas, y esto llevó a plantearse la cuestión de lo que había que hacer para redactar disposiciones que tuvieran en cuenta los factores en que se basaban sus decisiones de inversión las empresas del sector privado. En este contexto, se mencionaron los incentivos y la asignación eficiente de recursos como posibles cuestiones que habría que discutir.

Capítulo II

CUESTIONES DE ORGANIZACIÓN

A. Convocación de la Reunión de Expertos

21. La Reunión de Expertos sobre las experiencias con los criterios bilaterales y regionales de cooperación multilateral en la esfera de las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas se celebró en el Palacio de las Naciones, Ginebra, del 12 al 13 de junio de 2002.

B. Elección de la Mesa

22. En su sesión de apertura la Reunión de Expertos eligió la siguiente Mesa:

Presidenta: Sra. Margaret Liang (Singapur)

Vicepresidente-Relator: Sr. Marinus Sikkel (Países Bajos)

C. Aprobación del programa (Tema 2 del programa)

23. En la misma sesión la Reunión de Expertos aprobó el programa provisional distribuido con la signatura TD/B/COM.2/EM.11/1. En consecuencia, el programa de la Reunión fue el siguiente:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Experiencias con los criterios bilaterales y regionales de cooperación multilateral en la esfera de las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas.
4. Aprobación del informe de la Reunión.

D. Documentación

24. Para el examen del tema sustantivo del programa la Reunión de Expertos tuvo ante sí una nota de la secretaría de la UNCTAD titulada "Experiencias con los criterios bilaterales y regionales de cooperación multilateral en la esfera de las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas" (TD/B/COM.2/EM.11/2).

E. Aprobación del informe de la Reunión (Tema 4 del programa)

25. En su sesión de clausura la Reunión de Expertos autorizó al Relator a que preparara el informe final de la Reunión bajo la dirección de la Presidenta.

Anexo

ASISTENCIA*

1. Asistieron a la Reunión expertos de los siguientes Estados miembros de la UNCTAD:

Albania	Italia
Angola	Japón
Australia	Kirguistán
Belarús	Malawi
Benin	Marruecos
Botswana	Mauricio
Brasil	México
Burkina Faso	Nepal
Canadá	Nigeria
Chile	Noruega
China	Omán
Congo	Países Bajos
Costa Rica	Pakistán
Croacia	Perú
Cuba	Qatar
Ecuador	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
Egipto	República Centroafricana
España	República Checa
Estados Unidos de América	República de Corea
Estonia	República Democrática del Congo
Etiopía	Senegal
Federación de Rusia	Sierra Leona
Finlandia	Singapur
Francia	Suiza
Guinea	Tailandia
India	Uganda
Indonesia	Zambia
Irán (República Islámica del)	

2. Estuvieron representadas en la Reunión las organizaciones intergubernamentales siguientes:

Asociación Europea de Libre Cambio
Centro del Sur
Comunidad del Caribe
Liga de Estados Árabes

* Véase la lista de participantes en el documento TD/B/COM.2/EM.11/INF.1.

Organización Árabe del Trabajo
Organización de Cooperación Económica
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

Invitados especiales

Comunidad del África Oriental.

3. Estuvieron representados en la Reunión el organismo especializado y la organización conexas siguientes:

Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
Organización Mundial del Comercio.

4. Estuvieron representados en la Reunión la Comisión Económica y Social para Asia Occidental y el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC.

5. Estuvieron representados en la Reunión las organizaciones no gubernamentales siguientes:

Categoría general

Cámara de Comercio Internacional
Fondo Mundial para la Naturaleza.

6. Asistieron a la Reunión los ponentes siguientes:

Sr. M. Sornarajah, Profesor de la Universidad Nacional de Singapur

Sr. Peter Muchlinski, Profesor de la Facultad de Derecho de Kent, Canterbury
(Reino Unido)

Sr. Chung Tech Khov-Schild, Adjunto para temas científicos, SECO, Berna (Suiza).
