



## Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general  
17 de diciembre de 2014  
Español  
Original: inglés

**Junta de Comercio y Desarrollo**  
**Comisión de Inversiones, Empresas y Desarrollo**  
**Reunión de Expertos sobre la Transformación**  
**del Régimen de Acuerdos Internacionales**  
**de Inversión: el Camino por Recorrer**  
Ginebra, 25 a 27 de febrero de 2015  
Tema 3 del programa provisional

### **Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión**

#### **Nota de la secretaría**

##### *Resumen*

El régimen de acuerdos internacionales de inversión (AII) se encuentra en un momento decisivo. El número de AII celebrados sigue creciendo cada año, al igual que el número de casos sometidos a los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) previstos en muchos de esos acuerdos. Esas controversias han planteado varias cuestiones importantes, como la interpretación de las cláusulas a menudo generales y vagas contenidas en esos acuerdos y el espacio de políticas que estos impiden o permiten conservar a los países. Al aflorar estas cuestiones, los interesados han comenzado a debatir más ampliamente el papel y las implicaciones del régimen de los AII. Por una parte, los AII se siguen considerando un importante instrumento de política que contribuye a proteger y atraer la inversión extranjera directa al ayudar a crear un clima empresarial estable y previsible. Al mismo tiempo, existe un amplio acuerdo sobre la necesidad de reformar tanto la red de AII como el sistema de solución de controversias.

En la presente nota de antecedentes se abordan varias cuestiones relacionadas con la transformación del régimen de los AII: las tendencias de los AII y la SCIE, cinco vías para reformar la solución de controversias sobre inversiones, cuatro vías para reformar todo el régimen de los AII y el camino a seguir. El anexo adjunto contiene información sobre el vencimiento de los tratados y las oportunidades de terminación de los AII vigentes. La nota tiene por objeto prestar apoyo a los expertos en su búsqueda de opciones claras para que el régimen de los AII contribuya mejor al desarrollo sostenible.



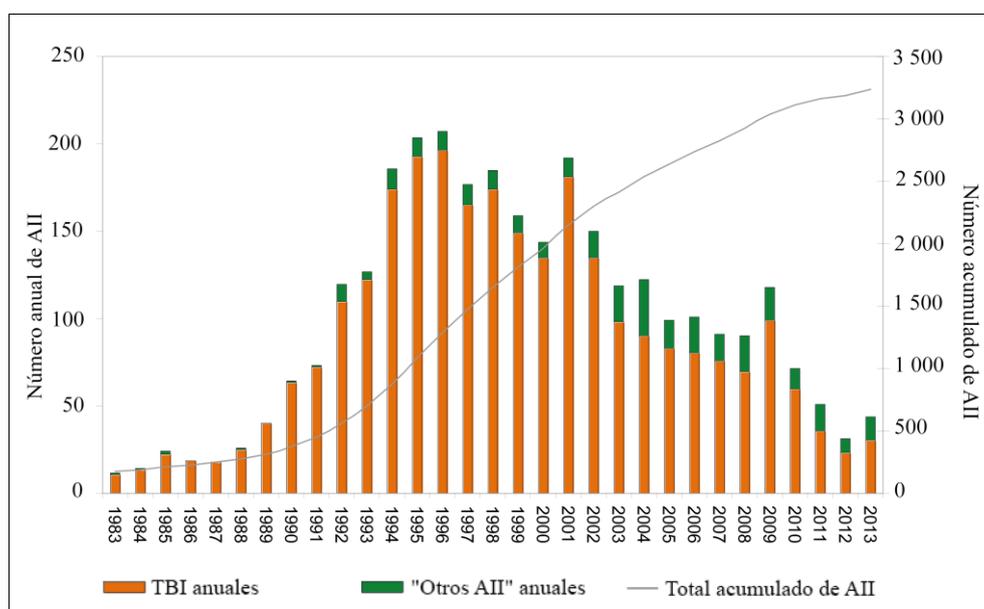
## I. Tendencias de los acuerdos internacionales de inversión y la solución de controversias entre inversores y Estados

### A. Dicotomía cada vez mayor en la elaboración de acuerdos de inversión

1. Con la adición de 44 nuevos tratados al universo de los AII (30 tratados bilaterales de inversión (TBI) y 14 "otros AII"<sup>1</sup>), el sistema mundial de AII comprendía unos 3.240 AII a fines de 2013 (gráfico 1). Debido a los últimos acontecimientos se observa una dicotomía creciente en la negociación de tratados de inversión. Un número cada vez mayor de países en desarrollo de África, Asia y América Latina se están apartando del sistema. Al mismo tiempo, existe una tendencia al aumento de la celebración de tratados, que se manifiesta en un mayor dinamismo (más países participan en rondas de negociaciones cada vez más rápidas) y en una profundidad y amplitud crecientes de las cuestiones abordadas.

Gráfico 1

**Tendencias de los acuerdos internacionales de inversión firmados entre 1983 y 2013**



*Fuente:* UNCTAD, a partir de la base de datos relativa a los AII.

*Abreviaturas:* TBI, tratado bilateral de inversión; AII, acuerdo internacional de inversión.

2. Con cada vez más frecuencia, los negociadores de AII están adoptando nuevos enfoques respecto de las disposiciones de los AII existentes y añadiendo nuevas cuestiones al programa de negociación. Cabe citar como ejemplo las disposiciones que aportan una dimensión liberalizadora a los AII y/o refuerzan ciertos elementos de protección de las inversiones.

<sup>1</sup> La UNCTAD define los "otros AII" como los acuerdos que contienen disposiciones sobre inversión, por ejemplo, los acuerdos de libre comercio y los acuerdos de asociación económica.

3. Además, los nuevos AII ponen de manifiesto la creciente tendencia a elaborar tratados acordes con objetivos de desarrollo sostenible. Un examen de los 118 AII celebrados en 2013 de cuyo texto se dispone (11 TBI y 7 acuerdos de libre comercio con disposiciones sustantivas en materia de inversión) indica que la mayoría de los tratados contienen disposiciones orientadas al desarrollo sostenible, como las indicadas en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible y las ediciones de 2012 y 2013 del *World Investment Report* (Informe sobre las Inversiones en el Mundo).

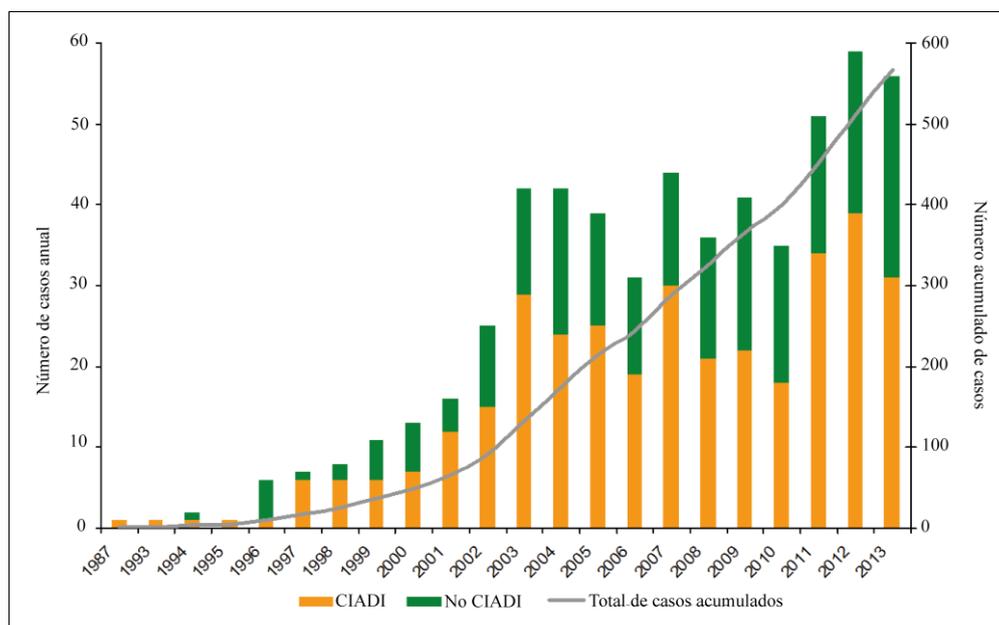
## B. Tendencias de la solución de controversias entre inversores y Estados

4. En 2013 se registró el segundo mayor número de arbitrajes sobre inversión conocidos iniciados en un solo año (56), lo cual elevó el número total de casos conocidos a 568 (gráfico 2). En comparación, en la Organización Mundial del Comercio (OMC) había 474 diferencias registradas a fines de 2013.

5. Más del 40% de las nuevas demandas de arbitraje se presentaron contra Estados miembros de la Unión Europea, en todos menos uno de esos casos por parte de un inversor de un Estado miembro contra otro Estado miembro. Los inversores siguieron impugnando una amplia gama de medidas en diversas esferas normativas, en particular en el sector de la energía renovable.

Gráfico 2

### Casos conocidos de solución de controversias entre inversores y Estados (1987 a 2013)



Fuente: UNCTAD, a partir de la base de datos relativa a la SCIE.

Abreviaturas: CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

## II. Establecimiento de cinco amplias vías para la reforma de la solución de controversias sobre inversiones

6. En vista del creciente número de casos de SCIE, el debate sobre la utilidad y legitimidad del mecanismo de SCIE ha cobrado impulso, especialmente en los países y regiones en que figura en el programa de las negociaciones de AII importantes.

7. Inicialmente, el mecanismo tenía por objeto garantizar un foro neutral que ofreciera a los inversores una audiencia justa ante un tribunal independiente y cualificado y garantizara un proceso rápido, económico y flexible para solucionar las controversias relativas a inversiones. Además, la SCIE da a las partes litigantes un control considerable sobre el proceso, por ejemplo al permitirles elegir los árbitros. Habida cuenta de que las quejas de los inversores se refieren a la conducta de Estados soberanos, el examen de esas controversias fuera del ámbito interno del Estado en cuestión ofrece a los inversores agraviados una importante garantía de que sus reclamaciones se resolverán de manera independiente e imparcial. Asimismo, es habitual que existan medios internacionales para garantizar la observancia de los derechos consagrados en tratados internacionales.

8. Sin embargo, el verdadero funcionamiento de la SCIE en los tratados de inversión puede desmentir muchas de las ventajas que el arbitraje pretende ofrecer. De hecho, se han puesto de manifiesto deficiencias sistémicas en el régimen de SCIE<sup>2</sup>. Esas deficiencias han sido bien documentadas en la literatura especializada y se resumen en el *World Investment Report 2012*.

a) Legitimidad. Es discutible que se pueda confiar a tres personas, nombradas con carácter *ad hoc*, la tarea de evaluar la validez de actos de Estados, en particular cuando guardan relación con cuestiones de políticas públicas. Las presiones sobre las finanzas públicas<sup>3</sup> y la posible desincentivación de la regulación en el interés público pueden obstaculizar las vías de desarrollo sostenible de los países.

b) Transparencia<sup>4</sup>. Aunque la transparencia del sistema ha mejorado desde principios de la década de 2000, en los procedimientos de SCIE todavía puede mantenerse la confidencialidad total si ambas partes litigantes lo desean, incluso en los casos en que la controversia se refiere a cuestiones de interés público<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Esas deficiencias han sido bien documentadas en la literatura especializada y se resumen en el *World Investment Report 2012*. M. Waibel y otros, eds. 2010, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Alphen aan den Rijn, Países Bajos, Kluwer Law International); D. Gaukrodger y K. Gordon, 2012, "Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community", OECD Working Papers on International Investment, N° 2012/03, disponible en [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_3.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf); C. Olivet, 2012, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute), disponible en <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.

<sup>3</sup> En julio de 2014, un tribunal que conoció de tres arbitrajes conexos sobre tratados de inversión otorgó la mayor, con gran diferencia, indemnización conocida hasta el momento: un total de 50.000 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios. *Hulley Enterprises Ltd. v. the Russian Federation* (Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° AA 226), *Veteran Petroleum Ltd. v. the Russian Federation* (Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° AA 228) y *Yukos Universal Ltd. v. the Russian Federation* (Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° AA 227). Laudos definitivos de 18 de julio de 2014.

<sup>4</sup> UNCTAD, 2012, *Transparency: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (Nueva York y Ginebra, publicación de las Naciones Unidas).

<sup>5</sup> Resulta significativo que, de los 85 casos sometidos al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, solo 18 se habían hecho públicos a fines de 2012. (Fuente: Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje.)

c) Planificación de la nacionalidad. Los inversores pueden acceder a procedimientos de SCIE mediante una estructuración empresarial, es decir, canalizando una inversión a través de una empresa establecida en un país intermediario con el único propósito de beneficiarse de un AII concertado por ese país con el Estado receptor.

d) Coherencia de las decisiones arbitrales. Los reiterados casos de incoherencia de las conclusiones de los tribunales arbitrales han provocado divergencias en las interpretaciones jurídicas de disposiciones de tratados idénticas o similares, así como diferencias en la evaluación del fondo de casos relativos a los mismos hechos. Las interpretaciones incoherentes han creado incertidumbre sobre el sentido de obligaciones convencionales fundamentales y falta de previsibilidad en cuanto a su interpretación en casos futuros<sup>6</sup>.

e) Decisiones erróneas. Los errores sustantivos que puedan cometer los tribunales arbitrales no pueden corregirse de manera eficaz con los mecanismos de revisión existentes. En particular, los comités de anulación auspiciados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), además de tener facultades de revisión sumamente limitadas<sup>7</sup>, se establecen individualmente para cada controversia concreta y también pueden mostrar discrepancias internas.

f) Independencia e imparcialidad de los árbitros. El aumento de las recusaciones de árbitros puede indicar que las partes litigantes los consideran parciales o predispuestos. En particular, se ha expresado preocupación por la aparente tendencia de cada parte litigante a nombrar a personas que simpaticen con su causa. El interés de los árbitros por volver a ser designados en futuros casos, y sus frecuentes "cambios de chaqueta" —al actuar como árbitros en algunos casos y como abogados en otros—, agravan esas preocupaciones<sup>8</sup>.

g) Consideraciones financieras. El elevado costo de los procedimientos de arbitraje puede ser motivo de preocupación para Estados e inversores, en especial para las pequeñas y medianas empresas. En el caso de los Estados, incluso si el gobierno gana el caso, el tribunal puede abstenerse de ordenar a los inversores demandantes el pago de las costas del demandado, dejando la considerable carga que representa para la hacienda pública el promedio de 8 millones de dólares gastados en abogados y árbitros e impidiendo el uso de esos fondos para otros objetivos<sup>9</sup>.

9. Estas cuestiones han originado un debate sobre los retos y oportunidades de la SCIE. Ese debate se ha mantenido en múltiples foros, por ejemplo bajo los auspicios de la Comisión de la Inversión y las reuniones de expertos de la UNCTAD, el Foro Mundial de Inversiones<sup>10</sup>, las charlas informales de la UNCTAD<sup>11</sup> y las mesas redondas sobre Libertad

<sup>6</sup> En algunos casos, los resultados divergentes pueden deberse a la distinta terminología de los AII, aunque, en su mayor parte, reflejan diferencias de opinión de los distintos árbitros.

<sup>7</sup> Cabe destacar que, aunque encuentre "errores de derecho manifiestos" en un laudo arbitral, un comité de anulación del CIADI puede verse en la imposibilidad de anular el laudo o corregir el error. *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007.

<sup>8</sup> Véase información más detallada en Gaukrodger y Gordon, 2012, págs. 43 a 51.

<sup>9</sup> La minuta de los abogados, que puede ascender hasta 1.000 dólares por hora en el caso de los socios de los grandes bufetes, constituye la mayor partida de gastos: en promedio, se estima que representa alrededor del 82% de las costas totales de un caso. Véase Gaukrodger y Gordon, 2012, pág. 19.

<sup>10</sup> <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>.

<sup>11</sup> Debates oficiosos, organizados de manera exclusiva o conjunta por la UNCTAD entre un grupo reducido de interesados con miras a encontrar resultados tangibles sobre la manera de mejorar el sistema de SCIE.

de Inversión organizadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>12</sup>.

10. En los debates se plantearon cinco grandes vías de reforma, que también se examinaron en la Conferencia sobre los AII celebrada en el marco del Foro Mundial de Inversiones de 2014:

- a) Promover medios alternativos de solución de controversias;
- b) Adaptar el sistema vigente;
- c) Limitar el acceso de los inversores a la SCIE;
- d) Introducir un mecanismo de apelación;
- e) Crear un tribunal internacional permanente para las cuestiones relativas a las inversiones.

11. A continuación se describen estas cinco vías.

### A. Promover métodos alternativos de solución de controversias

12. Este enfoque propugna recurrir cada vez más a métodos alternativos de solución de controversias y a políticas de prevención de controversias, que han formado parte de los servicios de la UNCTAD de asistencia técnica y asesoramiento sobre AII. La solución alternativa de controversias y la prevención de estas pueden contemplarse en los AII o aplicarse a nivel nacional, sin ninguna referencia específica en un AII.

13. En comparación con el arbitraje, los métodos alternativos de solución de controversias, como la conciliación y la mediación, hacen menos hincapié en los derechos y obligaciones jurídicos. Requieren la participación de un tercero neutral cuyo principal objetivo no es la aplicación estricta de la ley, sino encontrar una solución que las partes litigantes consideren justa. Los métodos alternativos de solución de controversias pueden ayudar a economizar tiempo y dinero, encontrar una solución aceptable para ambas partes, evitar que la controversia se agrave y mantener una relación viable entre las partes litigantes. Sin embargo, no hay ninguna garantía de que la controversia se resolverá; en ese caso, el procedimiento aumentará las costas. Asimismo, según la naturaleza del instrumento estatal impugnado por el inversor (por ejemplo, una ley de aplicación general), puede que la solución de controversias alternativa no sea siempre una opción.

14. La solución de controversias alternativa puede ir acompañada de un fortalecimiento de las políticas de prevención y gestión de controversias a nivel nacional. Esas políticas tienen por objeto crear canales de comunicación eficaces y mejorar los arreglos institucionales entre los inversores y los organismos respectivos (por ejemplo, las políticas de seguimiento de las inversiones) y entre los diferentes ministerios que se ocupan de las cuestiones relacionadas con la inversión. Una defensoría del inversor o un organismo específico que tome la iniciativa en caso de conflicto con un inversor pueden ayudar a resolver con prontitud las controversias sobre inversiones, así como evaluar las perspectivas de arbitraje internacional y, de ser necesario, preparar el caso a tal efecto<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/foi.htm>.

<sup>13</sup> Véase UNCTAD, 2010, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (Nueva York y Ginebra, publicación de las Naciones Unidas); UNCTAD, 2011, *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investor-State Disputes – Lessons from Peru*, Investment Advisory Series, Serie B, N° 10, (Nueva York y Ginebra, publicación de las Naciones Unidas).

15. En cuanto a la puesta en práctica, este enfoque es relativamente sencillo, y distintos países de todo el mundo ya han avanzado mucho en su adopción. Cabe destacar que, en sus iniciativas nacionales para aplicar métodos alternativos de solución de controversias y políticas de prevención de controversias, los países también pueden actuar sin necesidad de que las otras partes en el tratado estén de acuerdo. Sin embargo, los métodos alternativos de solución de controversias no bastan por sí solos para resolver los principales problemas que plantea la SCIE. Todo lo más que los métodos alternativos de solución de controversias y las políticas de prevención de controversias pueden hacer es prevenir las controversias, lo que haría que esta fuera una forma complementaria de reformar la SCIE, y no una vía independiente.

## B. Adaptar el sistema vigente

16. Esta opción consiste en mantener las principales características del sistema actual para que cada país aplique "soluciones rápidas" modificando determinados aspectos del sistema de SCIE en sus nuevos AII. Varios países ya han emprendido esta vía<sup>14</sup>. Entre las innovaciones de procedimiento, muchas de las cuales figuran también en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible, cabe citar las siguientes<sup>15</sup>:

a) Fijar plazos para presentar las reclamaciones a fin de limitar la exposición del Estado e impedir la resurrección de "viejas" reclamaciones (por ejemplo, tres años después de los hechos que hayan dado lugar a la reclamación);

b) Aumentar la participación de las partes contratantes en la interpretación del tratado para evitar interpretaciones jurídicas que vayan más allá de sus intenciones iniciales (por ejemplo, estableciendo interpretaciones comunes vinculantes, exigiendo a los tribunales que remitan determinadas cuestiones a las partes en el tratado para su interpretación, facilitando las intervenciones de la parte contratante no litigante)<sup>16</sup>;

c) Establecer un mecanismo para consolidar las reclamaciones conexas, lo que puede ayudar a solucionar el problema de los procedimientos conexos, contribuir a la aplicación uniforme del derecho (y aumentar así la coherencia y uniformidad de los laudos) y ayudar a reducir las costas de los procedimientos;

d) Mejorar la transparencia de la SCIE, por ejemplo concediendo acceso público a los documentos y audiencias, y permitiendo la participación de las partes no litigantes interesadas;

e) Prever un mecanismo para la rápida tramitación de las reclamaciones frívolas (es decir, las que carecen manifiestamente de fundamento) a fin de evitar el desperdicio de recursos en un largo procedimiento.

17. El enfoque por el que los países aplican "soluciones" específicas mediante sus AII permite resoluciones adaptadas a cada caso y numerosas variaciones. Por ejemplo, cada país puede abordar en sus AII las cuestiones y preocupaciones que considere más pertinentes. Al mismo tiempo, no obstante, esta opción no aborda muchos de los problemas fundamentales de la SCIE.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el Canadá, Colombia, los Estados Unidos de América y México.

<sup>15</sup> Las opciones de política para los distintos elementos de la SCIE se analizan en mayor detalle en UNCTAD, 2014, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (Nueva York y Ginebra, publicación de las Naciones Unidas).

<sup>16</sup> Sobre los diversos medios que pueden utilizar los Estados, véase UNCTAD, 2011, "Interpretation of IIAs: What States can do", IIA Issues Note, N° 3, disponible en [http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10_en.pdf).

18. Este enfoque requeriría una formación y un fomento de la capacidad integrales para mejorar el conocimiento y la comprensión de las cuestiones relacionadas con la SCIE<sup>17</sup>. También sería necesario que los países en desarrollo recibieran una asistencia letrada de gran calidad a un precio asequible.

19. La puesta en práctica de esta opción es bastante sencilla, ya que solo deben ponerse de acuerdo dos partes en el tratado (o varias en el caso de un tratado plurilateral). Sin embargo, el enfoque tiene una eficacia limitada: a menos que el nuevo tratado sea fruto de la renegociación de uno anterior, las "soluciones" se aplican únicamente a los AII recientes, mientras que los 3.000 anteriores quedan intactos. Además, una de las principales ventajas de este enfoque, —a saber, que los países puedan decidir si abordar o no determinadas cuestiones—, es también uno de sus principales inconvenientes, ya que se convierte esta opción de reforma en un enfoque fragmentado que no llega a ofrecer una vía amplia e integrada para avanzar.

### C. Limitar el acceso de los inversores a la solución de controversias entre inversores y Estados

20. Esta opción limita la gama de situaciones en que los inversores pueden recurrir a la SCIE. Puede lograrse de dos formas: reduciendo los asuntos a que pueden referirse las reclamaciones entre inversores y Estados e introduciendo el requisito de que se agoten los recursos internos antes de recurrir al arbitraje internacional. La versión extrema de este enfoque sería abandonar totalmente la SCIE como medio de solución de controversias y regresar a los procedimientos de arbitraje entre Estados.

21. Algunos países han adoptado políticas del primer tipo, por ejemplo mediante la exclusión de determinados tipos de reclamaciones del alcance de la revisión arbitral<sup>18</sup>. Históricamente, este enfoque se utilizaba para limitar la jurisdicción de los tribunales arbitrales, por ejemplo al permitir la SCIE únicamente para las controversias sobre expropiaciones<sup>19</sup>. Algunos tratados recientes han abandonado totalmente el mecanismo de SCIE<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> La UNCTAD y organizaciones asociadas, entre otros, están llevando a cabo esas actividades de fomento de la capacidad. Los países de América Latina, por ejemplo, llevan desde 2005 beneficiándose todos los años de los cursos regionales de formación avanzada sobre la SCIE organizados por la UNCTAD. Véase [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Technical-Cooperation.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Technical-Cooperation.aspx).

<sup>18</sup> Por ejemplo, las reclamaciones relativas a bienes inmobiliarios (TBI entre el Camerún y Turquía); las reclamaciones relativas a instituciones financieras (Acuerdo de protección y fomento de las inversiones extranjeras entre el Canadá y Jordania); las reclamaciones relativas al establecimiento y la adquisición de inversiones (Acuerdo de asociación económica entre el Japón y México); las reclamaciones relativas a obligaciones convencionales específicas, como el trato nacional y las prescripciones en materia de resultados (Acuerdo para establecer una asociación económica más estrecha entre Malasia y el Pakistán); y las reclamaciones derivadas de medidas de protección de intereses de seguridad nacional (Acuerdo para establecer una asociación económica más estrecha entre la India y Malasia). Véase un análisis más detallado en UNCTAD, 2014, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series on International Investment Agreements II (Nueva York y Ginebra, publicación de las Naciones Unidas).

<sup>19</sup> Por ejemplo, los TBI concertados por China en los años ochenta y principios de los años noventa (con Albania en 1993 y con Bulgaria en 1989) solo permitían el recurso de los inversores al arbitraje internacional en caso de controversia sobre la cuantía de la indemnización tras una expropiación de inversiones.

<sup>20</sup> Son ejemplos recientes de AII sin disposiciones sobre SCIE el Acuerdo de libre comercio entre Australia y los Estados Unidos (2004), el Acuerdo de asociación económica entre el Japón y Filipinas (2006) y el Acuerdo de libre comercio entre Australia y Malasia (2012).

22. La obligación de agotar los recursos internos es un requisito previo obligatorio para acceder a los foros judiciales internacionales de derecho internacional público. La mayoría de los AII, sin embargo, eximen a las partes de esa obligación, y convierten así a los inversores extranjeros en una clase privilegiada que puede eludir los sistemas judiciales nacionales. La exigencia de que los inversores agoten los recursos internos o, en su defecto, demuestren la ineffectividad o parcialidad manifiestas de los tribunales nacionales restablecería el equilibrio y haría que el arbitraje internacional fuera más un recurso excepcional.

23. La opción de limitar el acceso de los inversores a la SCIE no soluciona los problemas que esta plantea, pero los mitiga. Puede ayudar a frenar la proliferación de procedimientos de SCIE, limitar las obligaciones financieras de los Estados derivadas de los laudos de SCIE y preservar recursos. También puede contribuir a reforzar los sistemas judiciales nacionales y alentar una mayor participación de la comunidad jurídica del Estado receptor. En cierta medida, sin embargo, este enfoque supondría un regreso al sistema anterior en que los inversores solo podían presentar sus reclamaciones en los tribunales nacionales del Estado receptor, negociar cláusulas de arbitraje en contratos específicos entre inversores y Estados o solicitar la protección diplomática de su Estado de origen.

24. En lo que respecta a la aplicación, al igual que en la primera opción, esta vía no requiere la actuación coordinada de un gran número de países y puede ser puesta en práctica por las partes de cada tratado. La aplicación es sencilla para los futuros AII; los tratados concertados requerirán enmiendas, renegociaciones o denuncias unilaterales<sup>21</sup>. No obstante, al igual que la primera opción, esto se traduce en un enfoque fragmentado para la reforma.

#### D. Introducir un mecanismo de apelación

25. Un mecanismo de apelación entraña<sup>22</sup> un órgano permanente facultado para realizar un examen sustantivo de los laudos dictados por los tribunales arbitrales. Se ha propuesto como medio para mejorar la coherencia de la jurisprudencia, corregir los errores de los tribunales de primera instancia y aumentar la previsibilidad de la ley<sup>23</sup>. Algunos países están estudiando esta opción<sup>24</sup>. Un mecanismo de apelación integrado por miembros permanentes nombrados por los Estados de entre los juristas más prestigiosos puede llegar a ser un órgano autorizado capaz de emitir opiniones coherentes —y más equilibradas—, lo

<sup>21</sup> La terminación de los AII se complica por las cláusulas de supervivencia que prevén la continuación de la aplicación de los tratados, generalmente entre 10 y 15 años después de su terminación.

<sup>22</sup> En 2004, la secretaría del CIADI propuso la idea de un mecanismo de apelación, pero no tuvo suficiente respaldo de los Estados en aquel momento. Véase CIADI, 2004, "Possible improvements of the framework for ICSID arbitration", ICSID Discussion Paper, parte VI y anexo, disponible en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive\\_Announcement14](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_Announcement14).

En los ocho años transcurridos desde entonces, muchos gobiernos pueden haber cambiado de opinión.

<sup>23</sup> Véase el análisis correspondiente en C. Tams, 2006, "An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure", *Essays in Transnational Economic Law Working Paper No. 57*.

<sup>24</sup> En varios AII celebrados por los Estados Unidos se ha abordado la posible creación de un órgano permanente para conocer de las apelaciones en los arbitrajes entre inversores y Estados. El Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos fue el primero en prever un "encaje" en el que poder insertar un mecanismo de apelación en caso de establecerse en virtud de un tratado multilateral separado (artículo 10.19, párrafo 10). El Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos-República Dominicana (2004) fue más lejos y exigió el establecimiento de un grupo de negociación para desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar (anexo 10-F). Pese a estas disposiciones, tales negociaciones no se han anunciado, ni se ha publicado nada por escrito sobre el establecimiento de ningún órgano de apelación.

que podría disipar las preocupaciones relacionadas con la legitimidad que plantea el actual régimen de SCIE.

26. Los dictámenes autorizados de un mecanismo de apelación sobre cuestiones de derecho servirían de orientación a ambas partes litigantes (para evaluar la solidez de sus respectivas pretensiones), así como a los árbitros encargados de resolver las controversias. Aunque se mantuviera el actual sistema de tribunales de primera instancia, se aliviarían las preocupaciones gracias a la supervisión efectiva en la fase de apelación. En resumen, un mecanismo de apelación añadiría orden al actual sistema descentralizado, *ad hoc* y no jerárquico.

27. Al mismo tiempo, sería imposible lograr una coherencia y una certidumbre absolutas en un sistema jurídico con aproximadamente 3.000 textos jurídicos; puede seguir habiendo distintos resultados debido a la formulación de los tratados aplicables específicos. Además, la introducción de una fase de apelación aumentaría la duración y el costo del procedimiento, aunque ello podría controlarse estableciendo plazos estrictos similares a los fijados por el Órgano de Apelación de la OMC<sup>25</sup>.

28. En cuanto a la puesta en práctica, para que la opción de la apelación sea efectiva, necesita el respaldo de un considerable número de países. Además de un acuerdo de principio, sería necesario adoptar algunas decisiones importantes: ¿Se limitaría el mecanismo al sistema del CIADI o se ampliaría a otros reglamentos de arbitraje? ¿Quién elegiría a sus miembros y de qué forma? ¿Cómo se financiaría?<sup>26</sup> Todo esto hace que probablemente esta opción de reforma se enfrente a importantes dificultades prácticas.

## **E. Crear un tribunal internacional permanente para las cuestiones relativas a las inversiones**

29. Esta opción implica sustituir el actual sistema de tribunales arbitrales *ad hoc* por un tribunal internacional permanente. Este estaría integrado por jueces nombrados de forma permanente por los Estados, por ejemplo, por un período fijo no renovable. También podría tener una sala de apelaciones.

30. Para algunos, un modelo de resolución privado (a saber, el arbitraje) no es apropiado para las cuestiones de derecho público<sup>27</sup>. Este tipo de cuestiones requieren garantías objetivas de la independencia e imparcialidad de los jueces, que solo pueden derivarse de una seguridad en el cargo (para aislar al juez de intereses externos, como el interés en que se renueve su nombramiento o en que se mantenga la industria del arbitraje). Se ha argumentado que solo un tribunal con jueces titulares garantizaría un sistema justo que todos consideren imparcial<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> En la OMC, el procedimiento de apelación no puede prolongarse más de 90 días.

<sup>26</sup> Otras interrogantes pertinentes son: ¿Se limitaría el mecanismo de apelación a ocuparse de las cuestiones de derecho o abarcaría también las cuestiones de hecho? ¿Tendría competencia para corregir decisiones o solo para devolver el asunto al tribunal inicial? ¿Implicaría el establecimiento de un mecanismo de apelación la eliminación del mecanismo de anulación del CIADI y de la revisión judicial nacional? ¿Cómo se garantizaría que la nueva estructura de apelación pueda aplicarse también a los AII ya celebrados?

<sup>27</sup> Este enfoque se basa en la teoría de que el arbitraje sobre tratados de inversión es análogo a la revisión judicial nacional en derecho público porque "entraña un órgano judicial con competencia para determinar, en respuesta a una reclamación presentada por una persona, la legalidad del uso de la autoridad soberana y para conceder una reparación por la conducta ilícita del Estado". G. Van Harten, 2008, "A Case for an International Investment Court", Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424) 28.

<sup>28</sup> Véase G. Van Harten, 2008.

Gráfico 3

## Cinco vías para la reforma de la solución de controversias entre inversores y Estados

*Adaptar el sistema actual mediante distintos AII*



Fuente: UNCTAD, *World Investment Report 2013*.

31. Un tribunal permanente para las cuestiones relativas a las inversiones sería un bien público institucional al servicio de los intereses de los inversores, los Estados y otros interesados. El tribunal solucionaría la mayoría de los problemas esbozados más arriba: contribuiría en gran medida a garantizar la legitimidad y la transparencia del sistema y facilitaría la uniformidad y adecuación de las decisiones y la independencia e imparcialidad de los árbitros<sup>29</sup>.

32. No obstante, esta solución es también la más difícil de poner en práctica, ya que requeriría una reforma completa del sistema actual mediante una actuación coordinada de un gran número de Estados. Al mismo tiempo, no haría falta que el consenso fuera universal. Un tribunal permanente para las cuestiones relativas a las inversiones podría perfectamente comenzar como una iniciativa plurilateral con un mecanismo de inclusión para los Estados que deseen adherirse.

33. Otro problema sería determinar si un nuevo tribunal sería apropiado para un régimen fragmentado basado en un gran número de acuerdos, en su mayor parte bilaterales. Parece que esta opción funcionaría mejor en un sistema con una legislación aplicable uniforme.

34. Habida cuenta de los numerosos problemas que plantea el actual sistema de SCIE, es el momento de que los Estados evalúen dicho sistema, sopesen las opciones de reforma y decidan la vía más apropiada.

35. De las cinco opciones esbozadas en el presente documento, algunas implican medidas individuales de los gobiernos y otras requieren la actuación conjunta de un considerable número de países. Si bien las opciones de actuación colectiva contribuirían en mayor medida a solucionar los problemas, serían más difíciles de poner en práctica y requerirían el acuerdo de un mayor número de Estados sobre una serie de importantes detalles. Un diálogo multilateral sobre políticas de solución de controversias en materia de inversión podría ayudar a crear un consenso sobre la mejor vía de reforma y las formas de llevarla a la práctica.

36. Es importante tener en cuenta que la solución de controversias sobre inversiones es un sistema de aplicación de la ley. Por lo tanto, las mejoras del sistema de solución de controversias deben ir acompañadas de una reforma del régimen de los AII, como se explica a continuación.

### **III. Reforma del régimen internacional de acuerdos de inversión: cuatro vías de acción y un camino a seguir**

37. El régimen de los AII se encuentra en un período de reflexión, examen y reforma. Si bien la mayoría de los países son partes en uno o más AII, pocos están satisfechos con el régimen actual por varias razones: la creciente inquietud acerca de los efectos reales de los AII en lo que respecta a la promoción de la inversión extranjera directa o la reducción del espacio normativo y regulador, la mayor exposición a la SCIE y la falta de persecución específica de objetivos de desarrollo sostenible. Además, las opiniones sobre los AII son muy diversas, incluso dentro de los países. A ello se suma el carácter complejo y polifacético del régimen de los AII y la falta de una institución multilateral, como la OMC para el comercio. Todo esto hace que sea muy difícil adoptar un enfoque sistemático para la reforma integral del régimen de los AII y la solución de controversias sobre inversiones. De ahí que las iniciativas de reforma de los AII hayan sido hasta ahora relativamente modestas.

---

<sup>29</sup> Un sistema en que los jueces son asignados al caso, en lugar de ser nombrados por las partes litigantes, también permitirá economizar las decenas de miles, cuando no centenas de miles, de dólares que suelen gastar los abogados en investigar los perfiles de los árbitros.

38. Muchos países optan por esperar a ver qué ocurre. Las dudas con respecto a una reforma más holística y profunda reflejan un dilema de los gobiernos: unos cambios más sustantivos podrían socavar el atractivo de un país para la inversión extranjera, y los primeros países en actuar podrían verse particularmente afectados en este sentido. Además, hay dudas sobre el contenido específico de un nuevo modelo de AII y se teme que algunos enfoques puedan agravar la actual complejidad e incertidumbre del régimen.

39. No obstante, la reforma de los AII se ha venido produciendo a diferentes niveles de la formulación de políticas. A nivel nacional, los países han revisado sus tratados modelo, a veces en el marco de procesos incluyentes y transparentes en los que han participado múltiples interesados. Al menos 40 países y 5 organizaciones regionales están examinando y revisando actualmente sus enfoques para la elaboración de normas internacionales relacionadas con la inversión. Los países también han seguido negociando AII en los planos bilateral y regional, con nuevas disposiciones y formulaciones. Un ejemplo son los acuerdos megarregionales. Algunos países se han apartado de los AII, terminando algunos de sus TBI o denunciando convenios de arbitraje internacional. A nivel multilateral, los países se han reunido para examinar aspectos concretos de la reforma de los AII.

40. Sobre la base de estas experiencias recientes, pueden distinguirse cuatro vías generales para reformar el régimen internacional de inversiones (véase el cuadro):

- a) Mantener el *statu quo*;
- b) Apartarse del sistema;
- c) Introducir ajustes selectivos;
- d) Realizar una reforma sistemática.

Cuadro

**Cuatro vías de acción: Panorama general**

<i>Vía</i>	<i>Contenido de las medidas de política</i>	<i>Nivel de las medidas de política</i>
<i>Statu quo</i>	No tratar de introducir ningún cambio sustantivo en las cláusulas de los AII ni en los compromisos internacionales relacionados con las inversiones	Adoptar medidas de política a nivel bilateral y regional: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Seguir negociando AII sobre la base de los modelos existentes</li> <li>• Dejar los tratados vigentes intactos</li> </ul>
Apartamiento	Retirarse de los compromisos internacionales relacionados con las inversiones	Adoptar medidas de política a distintos niveles y/o sobre diferentes aspectos de la formulación de políticas de inversión: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nacional (por ejemplo, retirada del consentimiento a la SCIE en el derecho interno y la terminación de los contratos de inversión)</li> <li>• Bilateral/regional (por ejemplo, terminación de los AII vigentes)</li> </ul>

<i>Vía</i>	<i>Contenido de las medidas de política</i>	<i>Nivel de las medidas de política</i>
Ajustes selectivos	<p>Tratar de introducir cambios selectivos de manera no vinculante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Incorporar una dimensión de desarrollo sostenible en los AII (por ejemplo, desarrollo sostenible en el preámbulo)</li> <li>• Avanzar hacia el establecimiento de un nuevo equilibrio entre derechos y obligaciones (por ejemplo, disposiciones no vinculantes sobre la responsabilidad social de las empresas en el preámbulo)</li> <li>• Cambiar aspectos concretos de la SCIE (por ejemplo, rápida tramitación de las reclamaciones frías)</li> <li>• Abordar de manera selectiva la interacción normativa (por ejemplo, no suavizando las cláusulas tipo)</li> </ul>	<p>Adoptar medidas de política selectivas a los tres niveles de la formulación de políticas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nacional (por ejemplo, modificación de un nuevo modelo de AII)</li> <li>• Bilateral/regional (por ejemplo, negociación de AII sobre la base de modelos revisados o emisión de interpretaciones conjuntas)</li> <li>• Multilateral (por ejemplo, intercambio de experiencias)</li> </ul>
Reforma sistemática	<p>Diseñar compromisos internacionales relacionados con las inversiones que permitan:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Redactar AII proactivos orientados hacia el desarrollo sostenible (por ejemplo, fomentar la inversión para promover objetivos de desarrollo sostenible)</li> <li>• Reequilibrar de manera efectiva los derechos y obligaciones en los AII (por ejemplo, imponer más responsabilidades a los inversores, preservar el espacio de políticas)</li> <li>• Reformar de manera integral la SCIE (es decir, seguir las cinco vías indicadas en el capítulo II del presente documento y en el <i>World Investment Report 2013</i>)</li> <li>• Gestionar debidamente la interacción y promover la coherencia entre los diferentes niveles de políticas de inversión y entre las políticas de inversión y otras políticas públicas (por ejemplo, examen por múltiples interesados)</li> </ul>	<p>Adoptar medidas de política a los tres niveles de la formulación de políticas (de manera simultánea y/o consecutiva):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nacional (por ejemplo, creación de un nuevo modelo de AII)</li> <li>• Bilateral/regional: negociar (o renegociar) AII sobre la base del nuevo modelo</li> <li>• Multilateral (búsqueda de consenso entre múltiples interesados)</li> </ul>

*Fuente:* UNCTAD.

41. Cada una de las cuatro vías de acción tiene sus propias ventajas e inconvenientes y responde a las preocupaciones específicas de forma distintiva (véase el cuadro). En función del objetivo general perseguido, lo que algunos interesados consideran una ventaja, otros lo ven como un inconveniente. Además, las cuatro vías de acción que se siguen actualmente no se excluyen mutuamente; un país puede adoptar elementos de una o varias de ellas, y el contenido de un AII concreto puede verse influido por una o varias vías de acción.

42. A continuación se examina cada vía de acción desde la perspectiva de la reforma estratégica del régimen. El análisis comienza con los dos enfoques más opuestos de los compromisos internacionales relacionados con las inversiones: en un extremo del espectro se sitúa la vía consistente en mantener el *statu quo*, y en el otro, la vía que se aparta del régimen de los AII. Entre ambas están las dos vías de acción que propugnan una reforma del régimen, aunque en distinto grado.

43. Este análisis se basa en la premisa de que ya se ha demostrado la necesidad de una reforma. El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible, con su principio de formulación dinámica de las políticas —que requiere una evaluación continua de la eficacia de los instrumentos de política—, solo es un ejemplo. Lo que se plantea hoy en día no es si reformar la formulación de las políticas internacionales de inversión, sino cómo hacerlo. No solo se trata de cambiar un aspecto de un acuerdo particular, sino también de reorientar totalmente el régimen mundial de los AII para lograr un equilibrio entre la protección de los inversores y las consideraciones relacionadas con el desarrollo sostenible.

### A. Mantener el *statu quo*

44. En un extremo del espectro se sitúa la opción de un país de mantener el *statu quo*. Al no cambiar de forma sustantiva la forma en que se contraen los compromisos internacionales relacionados con las inversiones, se envía una imagen de continuidad y de buen trato a los inversores. Así ocurre en particular cuando el mantenimiento del *statu quo* entraña la negociación de nuevos AII basados en los modelos existentes. Ante todo, esta vía podría ser atractiva para los países con una importante perspectiva de inversión en el exterior y los países que aún no han tenido que responder a numerosos —y sumamente politizados— casos de SCIE.

45. Cabe suponer que esta vía parece ser la más sencilla y la más fácil de aplicar. Requiere recursos limitados; por ejemplo, no necesita evaluaciones, exámenes internos ni consultas entre múltiples interesados. También evita las importantes consecuencias no deseadas que podrían tener los enfoques innovadores de las cláusulas de los AII.

46. Sin embargo, al mismo tiempo, mantener el *statu quo* no soluciona ninguno de los problemas que plantea el actual régimen mundial de los AII y puede contribuir a aumentar el rechazo de los interesados hacia los AII. Asimismo, dado que cada vez más países están comenzando a reformar los AII, mantener el *statu quo* —mantener los TBI y negociar otros nuevos sobre la base de los modelos existentes— puede resultar cada vez más difícil.

### B. Apartarse del régimen internacional de acuerdos de inversión

47. En el otro extremo del espectro está la opción de un país de apartarse del régimen internacional de acuerdos de inversión, ya sean acuerdos individuales, convenios de arbitraje multilaterales o el régimen en su conjunto. Al apartarse unilateralmente de los AII se envía una clara señal de descontento con el sistema actual. Esta vía de acción podría ser particularmente atractiva para los países en que las preocupaciones relacionadas con los AII ocupan un lugar destacado en el debate político interno.

48. Cabe suponer que el abandono del régimen de los AII podría considerarse la vía más drástica o de mayor alcance. En última instancia, para los inversores en el país y en el extranjero, supondría la supresión de los compromisos internacionales de protección de las inversiones consagrados en los tratados internacionales. Además, brindaría una protección eficaz contra los riesgos relacionados con la SCIE.

49. No obstante, la mayoría de las repercusiones deseadas solo se materializarían con el tiempo, y tratado a tratado. El abandono del sistema no protege inmediatamente al Estado contra futuros casos de SCIE, ya que los compromisos de los AII suelen mantenerse algún tiempo mediante cláusulas de supervivencia. Además, puede ser necesario examinar las leyes nacionales y los contratos estatales, ya que pueden prever la SCIE (incluido el arbitraje del CIADI) aunque no haya un AII. Asimismo, a menos que la terminación se decida por consenso, la capacidad de un gobierno para terminar un AII es limitada. Esta depende de la formulación del tratado en cuestión y puede limitarse únicamente a un momento específico.

50. Por otra parte, la terminación escalonada de acuerdos internacionales (tratado a tratado) no contribuye a la reforma del régimen de los AII en su conjunto, sino que se centra únicamente en relaciones individuales. Solo si dicha terminación de los tratados tiene por objeto su renegociación puede constituir un paso hacia la reforma de todo el régimen de los AII.

### C. Introducir ajustes selectivos

51. La introducción de ajustes limitados o selectivos para dar respuesta a inquietudes específicas es una vía de acción que está ganando terreno rápidamente. Puede ser particularmente atractiva para los países que deseen hacer frente a los problemas que plantean los AII y demostrar su constante compromiso con el sistema de inversiones. Puede orientarse hacia el desarrollo sostenible y otros objetivos de política.

52. Esta vía de acción tiene numerosas ventajas. La elección selectiva de las modificaciones permite dar prioridad a los aspectos más fáciles de abordar —las preocupaciones que parecen más pertinentes y urgentes— dejando intacta la esencia del tratado. Los ajustes selectivos también permiten a una de las partes en un tratado adaptar las modificaciones del tratado a los distintos interlocutores en las negociaciones para tener en cuenta la relación económica de que se trate. También permiten ensayar y probar diferentes soluciones, y la importancia dada a los futuros tratados facilita una aplicación sencilla (es decir, los cambios pueden ser introducidos directamente por las partes en cada negociación). Además, el uso de modificaciones no vinculantes minimiza los riesgos. El enfoque gradual evita un efecto "explosivo" y reduce la probabilidad de que el cambio se perciba como una reducción del valor de protección del acuerdo. Es más, la introducción de ajustes selectivos en los nuevos acuerdos puede parecer una opción atractiva, cuando no la más realista, para reducir la creciente presión sobre los AII.

53. Al mismo tiempo, sin embargo, los ajustes selectivos en los futuros AII no pueden solucionar de manera integral los problemas que plantean los tratados vigentes<sup>30</sup>. Los ajustes selectivos no pueden tener plenamente en cuenta la interacción entre los tratados y, a menos que aborden la cláusula del trato de la nación más favorecida (NMF), pueden propiciar la aplicación de criterios selectivos y la búsqueda de tratados más favorables<sup>31</sup>. Es posible que no satisfagan a todos los interesados. Además, en última instancia pueden sentar las bases para introducir más cambios y crear así incertidumbre en lugar de estabilidad.

---

<sup>30</sup> A no ser que un nuevo tratado sea el resultado de la renegociación de uno anterior (o de otro modo lo sustituya), las modificaciones se aplican solo a los AII recientemente concluidos, dejando intactos los vigentes.

<sup>31</sup> Los compromisos contraídos con algunas partes en AII anteriores pueden filtrarse a AII más recientes mediante una cláusula NMF (dependiendo de su formulación), con consecuencias quizás imprevistas.

## D. Realizar una reforma sistemática

54. Una reforma sistemática supone formular compromisos internacionales que se ajusten al cambio de paradigma de inversión y desarrollo (*World Investment Report 2012*) y promover el desarrollo sostenible. Con medidas de política a todos los niveles de gobernanza, este es el enfoque más amplio para reformar el actual régimen de los AII.

55. Esta vía de acción entrañaría el diseño de un nuevo modelo de AII que aborde de manera efectiva los tres problemas mencionados<sup>32</sup> y se centre en promover de manera proactiva la inversión para el desarrollo sostenible. Una reforma sistemática también implicaría abordar de manera global la reforma del sistema de SCIE que se examina en el capítulo II.

56. A primera vista, esta vía de acción parece desalentadora y difícil en numerosos aspectos. Puede requerir mucho tiempo y recursos. Es posible que se considere que su resultado —AII más equilibrados— reduce el valor de protección de los acuerdos de que se trate y propicia un clima menos atractivo para las inversiones. La aplicación integral de esta vía requiere abordar los AII vigentes, lo que puede considerarse que afecta a los derechos adquiridos de los inversores. Y toda enmienda o renegociación podría requerir la cooperación de un número potencialmente elevado de partes en el tratado.

57. Sin embargo, esta vía de acción es la única que puede lograr una reforma amplia y coherente. También es la más adecuada para fomentar una respuesta común de la comunidad internacional al actual reto compartido de promover la inversión para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible.

58. La Conferencia sobre los AII que se celebró en el Foro Mundial de Inversiones en octubre de 2014 generó varias ideas valiosas a ese respecto. Se señaló, por ejemplo, que la reforma de los AII debía ser gradual y amplia; que, individualmente, los países solo podrían llevar a cabo parte de la necesaria reforma de los AII y que únicamente una iniciativa multilateral conjunta podía ser verdaderamente eficaz. En la Conferencia también se esbozaron las características de una hoja de ruta para la reforma integral de los AII. Esa hoja de ruta podría proporcionar un punto de referencia común a los gobiernos, así como a las organizaciones regionales e intergubernamentales. Los participantes en la Conferencia también pidieron a la UNCTAD que, en cooperación con otros interesados, como el CIADI, la OCDE y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, proporcionara una plataforma multilateral para abordar las cuestiones relacionadas con las políticas de inversión.

59. Se invita a los expertos a que diseñen los elementos de esa hoja de ruta para la reforma y encuentren resultados y soluciones tangibles para transformar el régimen de los AII a fin de hacerlo más propicio al desarrollo sostenible.

---

<sup>32</sup> Aumentar la dimensión de desarrollo, establecer un nuevo equilibrio entre derechos y obligaciones, y gestionar la complejidad sistémica del régimen de los AII.

## Anexo

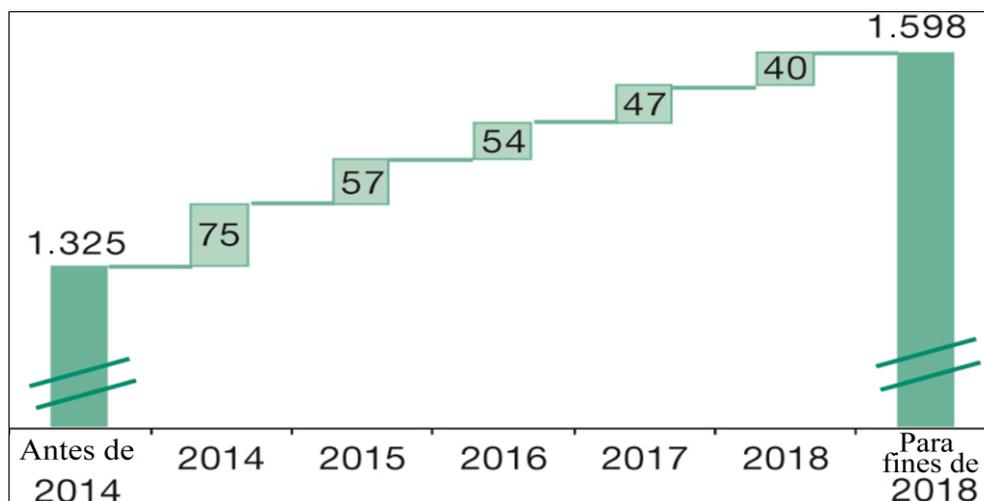
## Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión: oportunidades derivadas del vencimiento de los tratados

1. El régimen de los AII ha llegado a una situación que ofrece oportunidades de cambio. La firma de TBI alcanzó su nivel máximo en los años noventa. Quince años después, la tasa de conclusión de nuevos TBI ha disminuido considerablemente (véase el gráfico A1.1), por lo que es el momento de someter al régimen de los AII a un cambio sistémico efectivo<sup>33</sup>. Cuando los acuerdos llegan a su fecha de vencimiento, las partes en ellos pueden optar por su prórroga automática o por notificar a la otra parte su intención de denunciarlos<sup>34</sup>. Esta última opción ofrece a las partes en el tratado la oportunidad de revisar sus acuerdos, entre otras cosas mediante la actualización de su contenido sobre la base de experiencias pasadas y la incorporación de disposiciones que tengan en cuenta nuevos objetivos de política.

2. El considerable número de TBI que han vencido o están a punto de hacerlo brinda claras oportunidades de cambio. Al 1 de enero de 2014, el número de tratados susceptibles de ser denunciados por una parte en cualquier momento superaba los 1.300 (gráfico A1.1).

Gráfico A1.1

**Número acumulado de tratados bilaterales de inversión susceptibles de terminación en cualquier momento**



Fuente: UNCTAD.

Nota: datos sobre TBI con opción de terminación en cualquier momento basados en un examen de una muestra representativa de más de 300 TBI, extrapolada al universo de TBI en vigor después de tener en cuenta su período de vigencia inicial.

Abreviaturas: TBI, tratado bilateral de inversión; AII, acuerdo internacional de inversión.

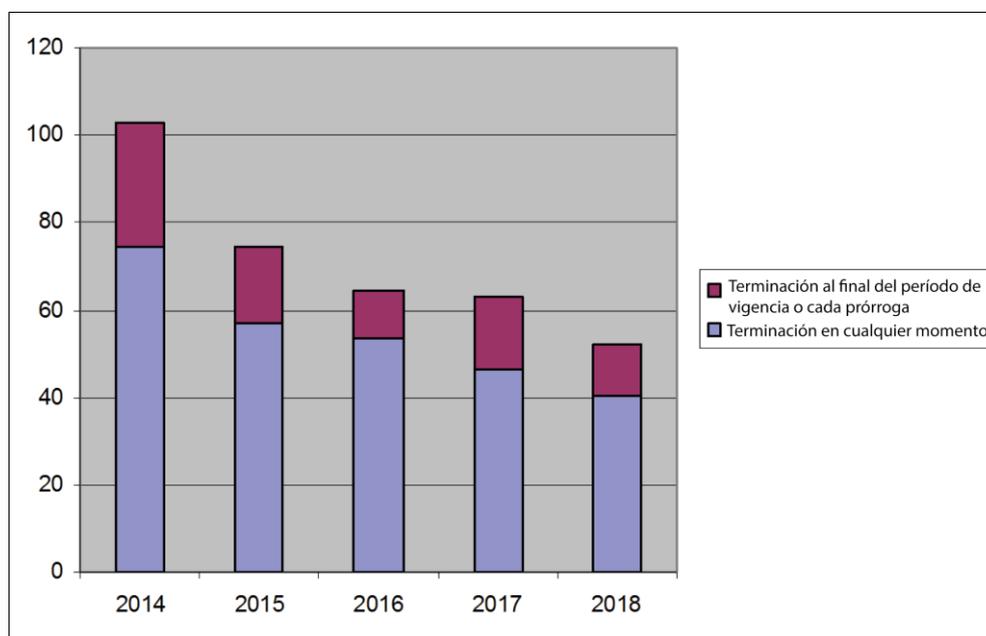
<sup>33</sup> La presente sección se limita a los TBI y no se aplica a los "otros AII", que plantean otro tipo de cuestiones. Lo que es más importante, no es posible terminar por separado un capítulo sobre inversiones de un acuerdo de libre comercio; debe terminarse el tratado en su totalidad.

<sup>34</sup> De conformidad con el derecho público internacional, la terminación de un tratado también puede producirse por consentimiento de las partes contratantes en cualquier momento, con independencia de que este haya llegado al final de su período de vigencia inicial (artículo 54 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

3. Además, entre 2014 y 2018, al menos otros 350 TBI llegarán al término de su período de vigencia inicial. Solo en 2014, llegará a término el período de vigencia inicial de 103 TBI (véase el gráfico A1.2).

Gráfico A1.2

**Tratados bilaterales de inversión que llegan al término de su período de vigencia inicial entre 2014 y 2018**



*Fuente:* UNCTAD.

*Nota:* datos obtenidos a partir de un examen de los TBI de cuyos textos se dispone, extrapolados a los TBI de cuyos textos no se dispone. Los parámetros de extrapolación se basan en una muestra representativa de más de 300 TBI.

4. No es fácil aprovechar de manera efectiva el vencimiento de los tratados para inducir un cambio en el actual régimen de los AII. En primer lugar, es preciso comprender el funcionamiento de las normas de los TBI relativas a la terminación de los tratados, a fin de determinar las oportunidades que se presenten y los correspondientes trámites necesarios.

**Cláusulas de terminación y prórroga de los tratados**

Por lo general, en los TBI se indica un período de vigencia inicial que suele ser de 10 o 15 años. Solo algunos tratados no prevén esa vigencia inicial y establecen una duración indefinida.

Los TBI que establecen un período de aplicación inicial prevén, por lo general, un mecanismo de prórroga. Imperan dos enfoques. En la primera categoría de TBI se indica que, transcurrido el período de vigencia inicial y salvo denuncia de una parte, el tratado continuará en vigor de forma indefinida. No obstante, cada parte conserva el derecho de denunciar el acuerdo en cualquier momento previa notificación por escrito. En la segunda categoría de acuerdos se prevé que el tratado continúe en vigor mediante prórrogas consecutivas, en cuyo caso su terminación solo podrá producirse al final de cada prórroga.

Así, la mayoría de los TBI se inscribe en una de las dos categorías: los que pueden terminarse en cualquier momento después de un período de vigencia inicial y los que solo pueden terminarse al final del período de vigencia inicial o de cada una de sus prórrogas. Estas dos opciones pueden definirse como "terminación en cualquier momento" y "terminación al final del período de vigencia inicial o de cada prórroga".

<i>Terminación en cualquier momento</i>		<i>Terminación al final del período de vigencia inicial o de cada prórroga</i>	
Duración:	Duración:	Duración:	Duración:
Período de vigencia inicial; prórroga automática por un período indefinido	Período de vigencia inicial; prórrogas automáticas	Sin período de vigencia inicial; duración indefinida desde el principio	Período de vigencia inicial; prórrogas automáticas
Terminación:	Terminación:	Terminación:	Terminación:
<ul style="list-style-type: none"> <li>Final del período de vigencia inicial</li> <li>En cualquier momento después de finalizado el período de vigencia inicial</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Final del período de vigencia inicial</li> <li>En cualquier momento después de finalizado el período de vigencia inicial</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>En cualquier momento</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Final del período de vigencia inicial</li> <li>Final de cada prórroga</li> </ul>
Ejemplo:	Ejemplo:	Ejemplo:	Ejemplo:
TBI entre Hungría y Tailandia (1991)	TBI entre Islandia y México (2005)	TBI entre Armenia y el Canadá (1997)	TBI entre Azerbaiyán y Bélgica/Luxemburgo (2004)

La terminación en cualquier momento ofrece la máxima flexibilidad de revisión, ya que las partes no están obligadas por ningún plazo para notificar a la otra parte su deseo de denunciar el TBI. En cambio, la terminación al final del período de vigencia inicial o de cada prórroga solo permite denunciar el tratado cada cierto tiempo. Si no se notifica dentro de un plazo determinado (por lo general, 12 o 16 meses antes de la fecha de vencimiento) la intención de denunciar el tratado, las partes deberán respetar un plazo de varios años durante el cual no podrán denunciar el tratado de manera unilateral.

*Fuente:* UNCTAD.

5. Otro problema es el que plantea la llamada cláusula de supervivencia que contienen la mayoría de los TBI, que impide que la terminación del tratado surta efecto inmediato en determinadas condiciones. En efecto, esa cláusula prolonga la exposición del Estado receptor a la responsabilidad internacional al prorrogar la aplicación del tratado (por lo general, 10 o 15 años) con respecto a las inversiones realizadas antes de su terminación<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Es discutible si la cláusula de supervivencia solo resulta aplicable en los casos de denuncia unilateral del tratado o también se aplica cuando el tratado se termina por consentimiento mutuo de las partes contratantes. La respuesta puede depender de la redacción de la cláusula en cuestión y de otros factores de interpretación.

6. Por otra parte, las iniciativas de renegociación encaminadas a reducir o reequilibrar las obligaciones previstas en los tratados pueden resultar inútiles debido a la obligación NMF. Si no se limita el alcance de la cláusula NMF en el nuevo tratado, se pueden incorporar de manera imprevista derechos más importantes reconocidos a los inversores en AII con terceros países. Por tanto, en caso de enmienda y/o renegociación, puede convenir a los negociadores de los AII formular disposiciones NMF que impidan importar disposiciones sustantivas de otros AII. Con ello se evitará que tratados pasados —o futuros— se filtren a acuerdos cuidadosamente redactados mediante una cláusula NMF abierta (véase el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible)<sup>36</sup>.

---

---

<sup>36</sup> Esto no solucionará automáticamente la cuestión de los tratados más antiguos que no se hayan renegociado o se hayan mantenido, pero permitirá formar gradualmente una nueva base para que los negociadores creen una red de AII más equilibrada.