



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
31 de julio de 2017
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo

Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación
e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad
Productiva y el Desarrollo Sostenible

Quinto período de sesiones

Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017

Tema 3 del programa provisional

**Inversión, innovación e iniciativa empresarial
para el fomento de la capacidad productiva
y el desarrollo sostenible**

Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2

Resumen

La presente nota señala la oportunidad de pasar a la fase 2 de la reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión (AII): la modernización del conjunto de tratados de primera generación existentes. A medida que la reforma del régimen de AII orientada al desarrollo sostenible se ponga de manifiesto en nuevos y más modernos modelos y tratados (fase 1), la atención tendrá que centrarse en la modernización de los tratados de primera generación (fase 2).

Los países disponen de numerosas opciones para modernizar sus tratados de primera generación y reducir la fragmentación del régimen de AII. En esta nota se presentan y analizan diez opciones, con sus resultados y problemas, para que los países las adapten y adopten de acuerdo con sus objetivos específicos de reforma. Para decidir qué opción de reforma es la mejor para un país en una determinada situación se requiere un análisis cuidadoso y empírico de los costos y los beneficios, mientras se afrontan diversos problemas más amplios.

La reforma integral del régimen de AII se beneficiaría de un mayor respaldo multilateral. Mediante los tres pilares de su labor: investigación y análisis, cooperación técnica y búsqueda del consenso intergubernamental, la UNCTAD puede desempeñar un papel fundamental en su calidad de centro de coordinación de las Naciones Unidas para las inversiones internacionales y de foro internacional para la celebración de debates incluyentes de alto nivel sobre el actual régimen de AII, de múltiples niveles y facetas.



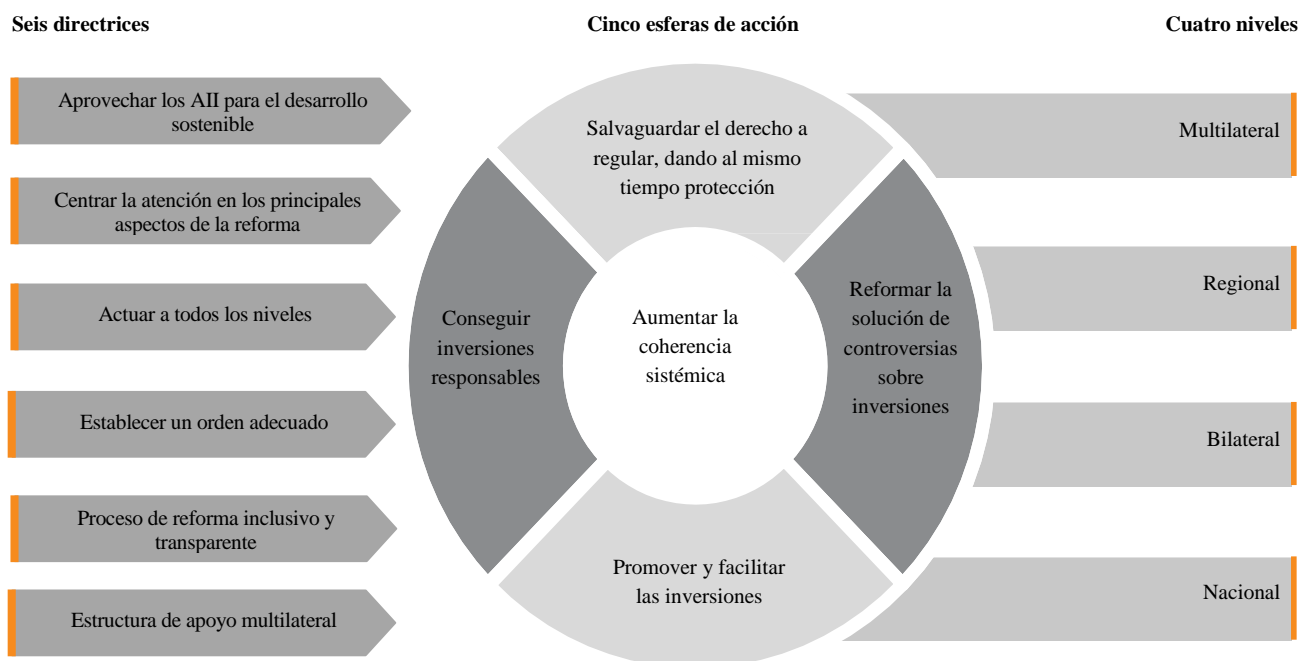
I. Introducción

1. La presente nota se basa en instrumentos de política anteriormente desarrollados por la UNCTAD y se ocupa de las políticas internacionales de inversión y del desarrollo sostenible, de conformidad con el tema del quinto período de sesiones de la Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible, aprobado por la Junta de Comercio y Desarrollo en su 31^{er} período extraordinario de sesiones¹. En particular, la nota se basa en los progresos realizados en la reforma del régimen de AII orientada al desarrollo sostenible, y presenta y analiza los resultados y problemas de las diez opciones para modernizar el conjunto de tratados existentes.

II. La fase siguiente de la reforma

2. La reforma del régimen de AII orientada al desarrollo sostenible ocupa un lugar central en la formulación de políticas internacionales de inversión². En la primera fase de la reforma, los países llegaron a un consenso acerca de la necesidad de dicha reforma, determinaron las áreas y los enfoques de la reforma, revisaron sus redes de AII, prepararon nuevos modelos de tratados y empezaron a negociar nuevos AII más modernos. La mayoría de los nuevos AII siguen la hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma del régimen AII (véase el gráfico), que define cinco esferas de acción³ o incluye cláusulas expuestas en el Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD para el Desarrollo Sostenible (2012; actualizado en 2015).

Hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión



Fuente: UNCTAD, 2016.

¹ TD/B(S-XXXI)/2.

² UNCTAD, 2016, *World Investment Report 2016: Investor Nationality – Policy Challenges* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.16.II.D.4, Ginebra); UNCTAD, 2017, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.17.II.D.3, Ginebra).

³ UNCTAD, 2015, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.15.II.D.5, Nueva York y Ginebra); UNCTAD, 2016.

3. A pesar de los importantes progresos logrados, aún queda mucho por hacer. Una reforma integral requiere un doble enfoque, no solo para celebrar nuevos tratados sino también para modernizar los existentes. Esto es urgente por las tres razones siguientes:

a) Los tratados de primera generación son abundantes. Antes de 2010 se celebraron más de 2.500 AII (el 95% de los tratados en vigor). Mientras tanto, hay unos 700 tratados que todavía no han entrado en vigor.

b) Los tratados de primera generación “muerden”. Casi todos los casos actuales conocidos de solución de controversias entre inversores y Estados se basan en tratados celebrados antes de 2010, que en su mayor parte contienen formulaciones generales y vagas.

c) Los tratados de primera generación perpetúan incoherencias. El hecho de que sigan existiendo provoca superposiciones y fragmentación en las relaciones entre tratados, así como problemas de interacción.

III. Fase 2 de la reforma: diez opciones

4. Hay por lo menos diez opciones disponibles para los países que desean cambiar los tratados existentes a fin de ponerlos en consonancia con nuevos objetivos. Las opciones no se excluyen mutuamente y pueden utilizarse de manera complementaria. Difieren en varios aspectos, según prevean medidas que son más técnicas (como la interpretación o la enmienda de disposiciones de tratados) o políticas (como actuar a nivel multilateral), que se centran en el procedimiento (como la enmienda o sustitución de tratados) o en la sustancia (como hacer referencia a normas internacionales) y que entrañan una continua intervención en el régimen de AII (como la enmienda o la sustitución de tratados o la acción multilateral) o un retiro (como la terminación sin sustitución o el retiro de tratados multilaterales). Representan más bien modos de introducir cambios en el régimen de AII que de diseñar el contenido de tratados.

5. Las diez opciones para introducir reformas y sus resultados son los siguientes⁴:

a) Interpretación conjunta de disposiciones de tratados. Aclara el contenido de la disposición de un tratado y reduce la discrecionalidad interpretativa de los tribunales.

b) Enmienda de disposiciones de tratados. Modifica el contenido de un tratado existente introduciendo nuevas disposiciones o alterando o eliminando disposiciones existentes.

c) Sustitución de tratados anticuados. Sustituye un tratado de primera generación por otro nuevo.

d) Consolidación de la red de AII. Abroga dos o más tratados bilaterales de inversión de primera generación entre las partes y los sustituye por un nuevo AII plurilateral.

e) Gestión de las relaciones entre tratados coexistentes. Establece normas que determinan cuál de los AII coexistentes se aplica en una determinada situación.

f) Referencia a normas mundiales. Fomenta la coherencia y mejora la interacción entre los AII y otros ámbitos del derecho internacional y la formulación de políticas.

g) Acción multilateral. Establece un común acuerdo o nuevas normas para múltiples países, junto con un mecanismo que introduce cambios de una sola vez.

h) Abandono de tratados de primera generación no ratificados. Transmite la intención de un país de no ser parte en un tratado celebrado pero todavía no ratificado.

i) Terminación de tratados de primera generación existentes. Libera a las partes de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado.

⁴ Esta clasificación tiene solo fines ilustrativos y no establece un orden de prioridad entre posibles medidas de reforma.

j) Retiro de tratados multilaterales. Libera a las partes que se retiran de la fuerza vinculante de un instrumento; tiene un efecto similar a la terminación pero deja el tratado en vigor entre las partes restantes que no se han retirado.

6. Para determinar si una opción de reforma es la adecuada para un país en una determinada situación se requiere un análisis cuidadoso y empírico de la relación entre costos y beneficios, y al mismo tiempo hacer frente a problemas más generales. Entre los retos estratégicos figura el de lograr un resultado global y equilibrado, en vez de extralimitarse en la reforma y privar al régimen de AII de su objetivo de proteger y promover las inversiones. Se plantean desafíos sistémicos a causa de lagunas, superposiciones y fragmentación que crean problemas de coherencia y congruencia. Los problemas de coordinación obligan a fijar prioridades entre las medidas de reforma, encontrar a las partes apropiadas en un tratado para aplicarlas y lograr la coherencia entre las iniciativas de reforma a los distintos niveles de la formulación de políticas. Los problemas de capacidad hacen que sea difícil para los países en desarrollo, sobre todo para los países menos adelantados, subsanar las deficiencias de los AII de primera generación.

7. Es preciso elegir para encontrar la mejor combinación posible de las diez opciones. La combinación de opciones elegida debería reflejar en última instancia la dirección de la política de inversiones internacionales de un país, en consonancia con su estrategia de desarrollo nacional. Además, los responsables políticos deberían tener en cuenta el efecto combinado de las opciones. Algunas combinaciones de opciones pueden dar lugar a un régimen de tratados que carezca en gran parte de su función tradicional de protección de inversiones o pueden suponer el abandono total del régimen de AII. Los intentos de reforma, en particular los de carácter general, deben aprovechar los beneficios que pueden obtenerse del estado de derecho y responder a las expectativas de los inversores en lo que respecta a la previsibilidad, estabilidad y transparencia de la formulación de políticas.

8. Al elegir entre las opciones de reforma, los responsables políticos deben tener en cuenta los problemas jurídicos y prácticos. Entre los primeros, destacan sobre todo tres cuestiones, a saber, la cláusula de la nación más favorecida⁵, la cláusula de supervivencia⁶ y la gestión de las transiciones entre tratados anticuados y nuevos tratados. Los responsables políticos también han de tener en cuenta y hacer planes para los muchos problemas prácticos y políticos que pueden plantearse.

1. Interpretación conjunta de disposiciones de tratados

9. Los AII que contienen disposiciones redactadas en términos generales pueden dar lugar a interpretaciones imprevistas y contradictorias en los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados. Las interpretaciones conjuntas, que tienen por objeto aclarar el significado de las obligaciones derivadas de un tratado, contribuyen a reducir la incertidumbre y aumentan la previsibilidad para los inversores, las partes contratantes y los tribunales (cuadro 1).

Cuadro 1

Medida de reforma: Interpretación conjunta de disposiciones de tratados^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Permite a las partes aclarar una o varias disposiciones concretas sin enmendar o renegociar el tratado (no se requiere ratificación, es menos costoso y lleva menos tiempo). 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiene efectos limitados, ya que no puede dar un significado totalmente nuevo a la disposición que se interpreta. • Puede plantear dudas acerca de su carácter realmente jurídico (puede no ser fácil distinguir entre una interpretación conjunta y una enmienda).

⁵ Las cláusulas de la nación más favorecida suelen prohibir el trato menos favorable de los inversores de un Estado signatario, en comparación con el trato de inversores similares de un tercer país.

⁶ Por lo general, las cláusulas de supervivencia se refieren a medidas gubernamentales adoptadas antes y después de la fecha de terminación (para la duración del período de supervivencia), pero se aplican tan solo a inversiones efectuadas antes de la terminación de un tratado.

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Es particularmente efectiva si el tratado prevé que las interpretaciones conjuntas de las partes (o sus órganos conjuntos) sean vinculantes para los tribunales. • Es válida desde el momento de la aprobación, incluso para las controversias pendientes. • Tiene autoridad ya que se ha originado en las partes en un tratado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Puede dejar a los tribunales un margen de discrecionalidad. • Podría ser difícil determinar la autenticidad de la interpretación si alguna de las partes ha actuado sistemáticamente de un modo no conforme con ella. • Puede ser difícil de negociar en casos en que una controversia pendiente afecta a la aplicación de la disposición en cuestión.

Fuente: UNCTAD.

^a Aclara el contenido de la disposición de un tratado y reduce la discrecionalidad interpretativa de los tribunales.

10. Aclarar las cláusulas de los AII puede ayudar a reducir la incertidumbre resultante de las disposiciones redactadas en términos generales de los acuerdos bilaterales de inversión de primera generación. Las interpretaciones conjuntas autorizadas por las partes ofrecen en cierta medida la claridad que los inversores, los Estados receptores y los árbitros tanto necesitan. Este instrumento de reforma es potencialmente el más fácil de aplicar en la práctica ya que permite a las partes en un tratado expresar sus posiciones acerca de una determinada cláusula de un AII sin recurrir al procedimiento comparativamente más costoso y largo de enmendar o renegociar el tratado (ya que las declaraciones interpretativas no requieren ratificación). Afirmando de manera explícita en el tratado que la interpretación conjunta es vinculante para el tribunal, las partes pueden eliminar cualquier duda acerca de sus efectos jurídicos⁷. Sin embargo, incluso a falta de semejante disposición, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga a los árbitros a tener en cuenta, junto con el contexto, “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado” (artículo 31.3 a)).

11. Varios países han realizado interpretaciones conjuntas. En 2001, la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte aprobó las notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11, en las que se aclaraba el artículo 1105 1) sobre el nivel mínimo de trato. En 2013, mediante una interpretación conjunta, Colombia y Singapur aclararon varias disposiciones (como las cláusulas de la nación más favorecida y el trato justo y equitativo) de su tratado bilateral de inversión (2013). En enero de 2016, las partes en el Acuerdo de Asociación Transpacífico hicieron pública una nota sobre la interpretación de los redactores de circunstancias parecidas, aplicable a las disposiciones del tratado relativas a la nación más favorecida y el trato nacional.

12. Cabe señalar dos novedades recientes, diferentes de lo que se entiende tradicionalmente por interpretación conjunta pero relacionadas con esas interpretaciones. En febrero de 2016, la India propuso una declaración interpretativa conjunta a 25 países con los que tenía AII cuyo período inicial de validez no había expirado. En la declaración se exponía la interpretación propuesta por la India de varias disposiciones de los tratados, como las definiciones de inversor e inversión, las cláusulas relativas a la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, el trato nacional y la expropiación, y la solución de controversias entre inversores y Estados. En octubre de 2016, el Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros hicieron público un instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016) en el que se expone el acuerdo entre las partes acerca de varias disposiciones que han sido objeto de debate público y motivo de preocupación, como el derecho a regular y la compensación.

⁷ UNCTAD, 2013, *World Investment Report 2013: Global Value Chains – Investment and Trade for Development* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.13.II.D.5, Nueva York y Ginebra).

13. También cabe señalar la frecuente creación en AII recientes de órganos conjuntos con el mandato de emitir interpretaciones vinculantes, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016) y los tratados bilaterales de inversión entre Chile y Hong Kong (China) (2016) y entre Marruecos y Nigeria (2016).

2. Enmienda de disposiciones de tratados

14. Las obligaciones formuladas de forma prolija que son frecuentes en los AII de primera generación pueden ser a veces difíciles de enmendar por medio de una interpretación conjunta. Al enmendar las disposiciones de un tratado, las partes pueden lograr un mayor cambio garantizando que el tratado enmendado refleja sus nuevas preferencias (cuadro 2).

Cuadro 2

Medida de reforma: Enmienda de disposiciones de tratados^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Constituye un instrumento más amplio y de mayor alcance que la interpretación; puede introducir nuevas normas en vez de limitarse a aclarar el significado de las normas existentes. • Aborda de manera selectiva las cuestiones más importantes en las que las posiciones de las partes coinciden. • Puede ser más fácil de acordar con las partes en el tratado y más eficiente que renegociar el tratado en su totalidad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Suele requerir la ratificación de los países para tener efecto. • Solo se aplica en lo sucesivo; no afecta a las controversias pendientes. • No propicia un cambio general en la concepción y la filosofía del tratado. • Puede dar lugar a difíciles negociaciones en las que solo se consiguen acuerdos sobre las enmiendas mediante concesiones mutuas con las partes que piden otras enmiendas.

Fuente: UNCTAD.

^a Modifica el contenido de un tratado existente introduciendo nuevas disposiciones o alterando o eliminando disposiciones existentes.

15. Por lo general, el número de enmiendas es limitado y no afecta a la concepción general y la filosofía de un tratado⁸. Si las partes en un tratado están interesadas tan solo en determinadas disposiciones (como la nación más favorecida y el trato justo y equitativo), quizás sea preferible introducir enmiendas discretas que renegociar todo el tratado, procedimiento que puede ser largo y, según sean la otra parte o las otras partes, difícil. Los procedimientos de enmienda aplicables dependen del tratado, que está sujeto a cambio. En los AII que no regulan las enmiendas, suelen aplicarse las normas generales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, muchos AII más recientes incluyen sus propias disposiciones sobre enmiendas. Esto es especialmente importante para los tratados plurilaterales o multilaterales, en los que la participación de numerosas partes hace más complejo el proceso. Las enmiendas a los AII suelen formalizarse mediante acuerdos separados (por ejemplo, protocolos o intercambios de cartas o notas), que tienen efecto siguiendo un procedimiento similar al del tratado original, es decir, después de que se han completado los procedimientos respectivos de ratificación de los países.

16. Todavía no se dispone de datos globales sobre las enmiendas. La evidencia existente indica, sin embargo, que hasta la fecha los Estados han utilizado las enmiendas con bastante parsimonia. Las excepciones son los Estados miembros de la Unión Europea de Europa Oriental (Bulgaria, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Rumania), que han efectuado enmiendas mediante protocolos antes y después de su adhesión a la Unión Europea. De los 84 AII concertados por estos países que contienen protocolos, más de 60 se refieren a tratados bilaterales de inversión de fuera de la Unión Europea que fueron enmendados, entre otras cosas, para armonizar sus obligaciones internacionales con las obligaciones derivadas del derecho de la Unión Europea. Algunos

⁸ *Ibid.*

introducen excepciones a las cláusulas de la nación más favorecida para las organizaciones de integración económica regional o incluyen excepciones por razones de seguridad nacional, como los protocolos de 2007 y 2010, respectivamente, a los tratados bilaterales de inversión entre Bulgaria y la India (1998) y entre Chequia y Marruecos (2001). Las enmiendas han sido también utilizadas por varios Estados miembros para introducir excepciones relacionadas con la balanza de pagos a las disposiciones sobre la libre transferencia de fondos, como los protocolos de 2009, 2011 y 2013, respectivamente, a los tratados bilaterales de inversión entre Chequia y Guatemala (2003), entre Bulgaria e Israel (1993) y entre Lituania y Kuwait (2001). Estas últimas enmiendas se introdujeron también en respuesta al fallo de 2009 del Tribunal de Justicia Europeo en el sentido de que las disposiciones sobre la transferencia de fondos de determinados tratados bilaterales de inversión de algunos Estados miembros con terceros países violaban el derecho de la Unión Europea.

17. Otros países han utilizado las enmiendas de manera más esporádica a fin de efectuar ajustes en el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados, por ejemplo el intercambio de notas de 1997 con respecto al tratado bilateral de inversión entre el Paraguay y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1981) y los protocolos de 2000 y 2003, respectivamente, a los tratados bilaterales de inversión entre Panamá y los Estados Unidos de América (1982) y entre Alemania y la República de Moldova (1994). Unos ejemplos más recientes son las enmiendas introducidas en mayo de 2016 en el acuerdo de libre comercio entre Singapur y Australia (2003), acordadas por las partes en su tercera revisión del tratado. El capítulo revisado sobre inversiones incluye numerosos cambios en las definiciones y obligaciones sustantivas, y añade excepciones a la solución de controversias, incluida una excepción en la solución de controversias entre inversores y Estados para las medidas de lucha contra el tabaco. Estas enmiendas están en vías de ratificación.

18. Por último, en agosto de 2016 miembros de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo enmendaron el anexo 1 del protocolo sobre finanzas e inversión de la Comunidad. En la versión enmendada se omite la disposición sobre el trato justo y equitativo y el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados, se perfeccionan las definiciones de inversor e inversión, se introducen excepciones en la disposición sobre expropiación y se aclaran la disposición sobre el trato nacional y las responsabilidades del inversor, así como el derecho de los países receptores a regular las inversiones. Estas enmiendas están en vías de ratificación.

3. Sustitución de tratados anticuados

19. La sustitución de un tratado ofrece la oportunidad de llevar a cabo una revisión global del tratado en vez de enmendar de manera selectiva algunas cláusulas (cuadro 3). Esta medida sustituye los AII anticuados por otros nuevos. Los nuevos AII pueden celebrarse entre las mismas partes (por ejemplo, cuando un tratado bilateral de inversión es sustituido por otro nuevo) o por un mayor grupo de países (por ejemplo, cuando varios tratados bilaterales de inversión son sustituidos por un tratado plurilateral (véase la opción 4)). Volverse a plantear un tratado desde el principio permite a las partes lograr mayores cambios que mediante el sistema de enmiendas selectivas y ser más rigurosas y conceptuales al concebir un AII que refleje una visión contemporánea común.

Cuadro 3

Medida de reforma: Sustitución de tratados anticuados^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Permite un enfoque global de la reforma mediante la revisión integral del tratado en función de los nuevos objetivos de las partes. • Permite la revisión de la filosofía y la concepción general del tratado y la inclusión de nuevas cuestiones. 	<ul style="list-style-type: none"> • Requiere la participación de distintas partes en el tratado que tengan puntos de vista similares. • Puede ser costosa y larga, ya que el tratado debe negociarse desde el principio. • No garantiza la inclusión de elementos reformadores (depende del resultado de las negociaciones).

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Puede hacerse en cualquier momento durante el período de vigencia del tratado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Requiere una transición efectiva entre el régimen del tratado anterior y el del nuevo tratado.

Fuente: UNCTAD.

^a Sustituye un tratado de primera generación por otro nuevo.

20. Para que la sustitución resulte efectiva, los países tienen que tener presentes las disposiciones sobre la terminación del anterior AII, en particular cómo conseguir una transición efectiva del régimen del anterior tratado al nuevo régimen y cómo tratar las cláusulas de supervivencia que pueda haber.

21. Hasta la fecha se han sustituido unos 130 tratados bilaterales de inversión, generalmente por otros tratados semejantes o por tratados bilaterales que contenían disposiciones sobre inversiones. Entre los países que han sido activos a este respecto durante los 20 últimos años figura Alemania, seguida de China, Egipto, Rumania y Marruecos. Los nuevos tratados no siempre incluyen elementos reformadores orientados al desarrollo sostenible. Entre los ejemplos actuales de sustitución de tratados cabe mencionar las conversaciones en curso entre México y Suiza sobre la renegociación de un tratado bilateral de inversión que sustituya al de 1995.

22. De una muestra de 167 tratados que contenían disposiciones sobre inversiones, solo 16 (10%) sustituían al menos 1 tratado bilateral de inversión al que se superponían⁹. Por ejemplo, el Perú sustituyó 3 tratados bilaterales de inversión por acuerdos posteriores de libre comercio que concertó con las mismas partes, a saber, Chile (2006), Singapur (2008) y la República de Corea (2010). Los tres acuerdos incluyen un capítulo sobre inversiones, prevén explícitamente la terminación del tratado bilateral de inversión anterior cuando entre en vigor el acuerdo de libre comercio, y establecen normas para la transición.

23. En cambio, en casos poco frecuentes, algunos Estados suspenden tratados bilaterales de inversión o partes de ellos durante el tiempo que un nuevo AII está en vigor, como los acuerdos de libre comercio entre Marruecos y los Estados Unidos (2004) y entre el Canadá y Panamá (2010) y el acuerdo de inversión entre la República de Corea y la Asociación Europea de Libre Comercio (2005). No se trata de una sustitución propiamente dicha, sino más bien de una sustitución condicional que deja abierta la posibilidad de revivir el tratado bilateral de inversión si se termina el nuevo AII.

4. Consolidación de la red de acuerdos internacionales de inversión

24. Abrogando múltiples tratados bilaterales de inversión y sustituyéndolos por un nuevo AII plurilateral se contribuye a modernizar el contenido de los tratados y al mismo tiempo se reduce la fragmentación de la red de AII (cuadro 4). La consolidación es una forma de sustitución (véase la opción 3). Significa abrogar varios tratados preexistentes y sustituirlos por uno nuevo, moderno y orientado al desarrollo sostenible. Desde una perspectiva reformista, se trata de una opción atractiva, ya que tiene el doble efecto positivo de modernizar el contenido de los tratados y reducir la fragmentación de la red de AII, estableciendo reglas uniformes en el tratado para más de dos países.

Cuadro 4

Medida de reforma: Consolidación de la red de acuerdos internacionales de inversión^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Permite un enfoque global de la modernización del AII mediante una revisión integral del tratado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Requiere la participación de numerosas partes en el tratado.

⁹ UNCTAD, 2017, gráfico III.23.

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Reduce la fragmentación de la red de AII mediante una disminución del número de tratados existentes. • Puede ser más económica y rápida que celebrar múltiples negociaciones bilaterales. 	<ul style="list-style-type: none"> • No garantiza la inclusión de elementos reformadores (dependerá de los resultados de las negociaciones). • Puede ser más difícil lograr resultados en negociaciones plurilaterales que en negociaciones bilaterales.

Fuente: UNCTAD.

^a Abroga dos o más tratados bilaterales de inversión de primera generación entre las partes y los sustituye por un nuevo AII plurilateral.

25. Por ejemplo, cuando la Unión Europea firma 1 AII con un tercer país, el nuevo tratado sustituye todos los tratados bilaterales de inversión celebrados anteriormente con ese país por los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Por ejemplo, está previsto que el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016) sustituya 8 tratados bilaterales de inversión anteriores entre el Canadá y distintos Estados miembros (artículo 30.8). Se incluyen disposiciones similares en los acuerdos de libre comercio negociados recientemente entre Singapur y la Unión Europea (se sustituirán 12 tratados preexistentes) y entre Viet Nam y la Unión Europea (se sustituirán 22 tratados preexistentes).

26. Otro ejemplo es el acuerdo de libre comercio entre México y determinados Estados de América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; 2011), que sustituyó a tres acuerdos de libre comercio anteriores entre México y Costa Rica (1994), Nicaragua (1997) y El Salvador, Guatemala y Honduras (2000).

27. Sin embargo, en la mayoría de los demás AII plurilaterales se ha desaprovechado la oportunidad de consolidar tratados y el resultado ha sido en cambio la aplicación paralela de tratados anticuados y nuevos tratados. Esto viene a añadir complejidad e incoherencia a un sistema que ya es sumamente complejo¹⁰. Algunos de estos AII utilizan cláusulas de solución de conflictos para regular las relaciones entre tratados que se superponen (véase la opción 5). Otros adoptan en principio el enfoque paralelo pero dan flexibilidad a las partes para que decidan entre ellas. Por ejemplo, en el contexto del Acuerdo de Asociación Transpacífico, Australia acordó por separado terminar sus tratados bilaterales de inversión con México, el Perú y Viet Nam cuando entrara en vigor el Acuerdo de Asociación. Otras partes han decidido, hasta la fecha, mantener sus AII preexistentes (el número de AII con compromisos de inversión entre las partes en el Acuerdo de Asociación que se superponen a dicho Acuerdo supera los 20). La cuestión sigue debatiéndose en algunas negociaciones plurilaterales en curso. Por ejemplo, en África, el acuerdo tripartito de libre comercio entre el Mercado Común para África Oriental y Meridional, la Comunidad de África Oriental y la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo podría sustituir más de 100 tratados bilaterales de inversión existentes entre los Estados participantes.

28. Al igual que con la sustitución en general, cuando se opta por la consolidación los países deberían tener presentes las disposiciones sobre la terminación de los AII anteriores y garantizar una transición efectiva del régimen del tratado anterior al nuevo régimen (véase la opción 3).

5. Gestión de las relaciones entre tratados coexistentes

29. Si los países eligen mantener paralelamente los tratados de primera generación y los nuevos tratados, los objetivos de la reforma del régimen de AII tan solo pueden lograrse si, en caso de conflicto o incoherencia, prevalece el nuevo AII más moderno (cuadro 5).

¹⁰ UNCTAD, 2014, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs [Sustainable Development Goals] – An Action Plan* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.14.II.D.1, Nueva York y Ginebra).

Cuadro 5

Medida de reforma: Gestión de las relaciones entre tratados coexistentes^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Garantiza que los países no estén sujetos a obligaciones aplicables simultáneamente derivadas de tratados que se superponen. • Puede contribuir a las reformas garantizando la prevalencia del tratado más reciente. • Aun manteniendo en vigor el tratado anterior (creando un paralelismo), aclara la relación del nuevo tratado con el anterior. 	<ul style="list-style-type: none"> • No termina el tratado anterior. • Solo palía las consecuencias negativas que se derivan de la coexistencia; no favorece una reforma efectiva y global del régimen de AII. • La repercusión dependerá de cómo se formule la cláusula sobre conflictos.

Fuente: UNCTAD.

^a Establece normas que determinan cuál de los AII coexistentes se aplica en una determinada situación.

30. En vez de optar por la sustitución, algunas partes en un tratado deciden que los tratados de primera generación y el nuevo tratado deben existir paralelamente. Esto ocurre a menudo cuando el nuevo tratado es plurilateral, por ejemplo un acuerdo regional de libre comercio que contiene un capítulo sobre inversiones, y los tratados existentes y subyacentes son bilaterales. Por ejemplo, de 167 tratados que contienen disposiciones sobre inversiones, más de dos terceras partes (119) coexisten con anteriores AII que se superponen¹¹. Por lo general, este paralelismo añade complejidad al sistema y no favorece la reforma del régimen de AII. Para lograr una reforma efectiva y global, un mejor enfoque sería evitar la aplicación paralela de AII coexistentes entre las mismas partes. Sin embargo, los Estados pueden tener sus razones para mantener AII coexistentes.

31. Para paliar las consecuencias negativas que podrían derivarse de una situación semejante, los Estados pueden incluir cláusulas que aclaren la relación entre AII coexistentes¹². Por ejemplo, en una cláusula sobre conflictos se puede especificar cuál de los tratados prevalecerá en caso de conflicto o incoherencia. De los 119 tratados mencionados que contienen disposiciones sobre inversiones y que coexisten con AII que se superponen, tan solo unos 35 (aproximadamente un tercio) contienen una cláusula que da prioridad explícita al AII existente o al nuevo.

32. Las cláusulas sobre conflictos pueden ser un instrumento útil para la reforma del régimen de AII si dan prioridad a los nuevos AII más modernos. Por ejemplo, de los 35 tratados que contienen disposiciones sobre inversiones y cláusulas sobre conflictos, más de la mitad (20) dan prioridad al nuevo AII en caso de incoherencia. Entre los ejemplos figuran los acuerdos de libre comercio entre Panamá y la Provincia china de Taiwán (2003; artículo 1.03 2)), entre México y el Perú (2011; artículo 1.3 2)) y entre Colombia y la República de Corea (2013; artículo 1.2 2)).

33. Sin embargo, los Estados a menudo optan por incluir cláusulas que dan prioridad explícita al tratado anterior (a menudo menos reformista), como en el acuerdo de libre comercio entre Australia y Malasia (2012; artículo 21.2 2)) y el acuerdo trilateral de inversión entre China, el Japón y la República de Corea (2012; artículo 25). De los 35 tratados mencionados que contienen disposiciones sobre inversiones, 15 dan prioridad al tratado anterior.

34. Los Estados a veces incluyen también cláusulas que dan prioridad al tratado más favorable a los inversores (como las cartas adjuntas al Acuerdo de Asociación

¹¹ UNCTAD, 2017, gráfico III.23.

¹² Si un nuevo tratado superpuesto no incluye ningún tipo de cláusula sobre la relación entre tratados, la relación entre tratados coexistentes se rige por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular los artículos 30 y 59, según el caso.

Transpacífico, firmadas por Nueva Zelandia con Australia, Brunei Darussalam, Chile, Malasia, Singapur y Viet Nam) o que no son del todo claras, sino que dejan abierta la cuestión del rango del AII preexistente (como en el acuerdo de libre comercio entre China y la República de Corea (2015; artículo 1.3)). Estos tipos de cláusulas sobre la relación entre tratados contribuyen poco a la reforma del régimen de AII.

35. El reto de gestionar las relaciones entre tratados también afecta a los AII que tienen una cobertura distinta pero que en parte se superponen y a los diferentes capítulos dentro de un AII. Como las normas sobre servicios e inversiones suelen estar interrelacionadas y superponerse en cierta medida (por ejemplo el artículo I.2 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, que abarca el modo 3 del suministro de servicios), puede ser necesario regular las interacciones. Los Estados tienen varias opciones. Pueden optar por la superposición de coberturas y utilizar cláusulas sobre conflictos, disponiendo que en caso de incoherencia entre el capítulo sobre inversiones y otros capítulos de un acuerdo de libre comercio, prevalezcan los otros capítulos, como en el acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y Australia (2004; artículo 11.2). Otra opción es tratar la inversión en servicios en ambos capítulos, sobre inversiones y sobre servicios, pero excluir algunas obligaciones de protección de inversiones (por lo general las disposiciones sobre la nación más favorecida y el trato nacional) de la aplicación a la inversión en servicios, como en el acuerdo de libre comercio entre Singapur y la Asociación Europea de Libre Comercio (2002; artículos 38 2) y 38 3)). Los Estados también pueden incluir en el capítulo sobre servicios una cláusula sobre la relación entre servicios e inversión que especifique qué obligaciones en materia de inversiones se aplican *mutatis mutandis* a las medidas que afectan al suministro de servicios, como en el acuerdo global de cooperación económica entre la India y Singapur (2005; artículo 7.24). También pueden definir el alcance de la aplicación, regulando la interacción en el capítulo sobre servicios o en el capítulo sobre inversiones, como en el artículo 10.1 del Acuerdo de Asociación Transpacífico, que excluye el modo 3 del ámbito de aplicación del capítulo sobre servicios.

6. Referencia a normas mundiales

36. En sus intentos de reforma del régimen de AII, los países pueden remitirse a normas e instrumentos reconocidos multilateralmente. Tales instrumentos reflejan un amplio consenso sobre las cuestiones pertinentes y haciendo referencia a ellos se puede reducir la fragmentación entre los AII y otros órganos de derecho internacional y formulación de políticas (cuadro 6).

Cuadro 6

Medida de reforma: Referencia a normas mundiales^a

Resultados	Problemas
<ul style="list-style-type: none"> • Puede ayudar a definir el espíritu de un tratado (como su objetivo y fin) e influenciar su interpretación por los tribunales de arbitraje. • Puede contribuir a la modernización de tratados existentes y a la creación de nuevos tratados. • Puede reconectar diferentes grupos de normas internacionales. • Es económica y relativamente rápida (los países pueden utilizar instrumentos existentes ya acordados por las partes). 	<ul style="list-style-type: none"> • Según la norma mundial de que se trate, puede considerarse que sobrecarga el régimen de AII con cuestiones que no son esenciales para el objetivo tradicional de los AII, que es proteger la inversión extranjera. • No contribuye necesariamente a la claridad jurídica ni limita la discrecionalidad interpretativa de los tribunales de arbitraje. • No da a las partes en un tratado control sobre la evolución futura de los respectivos instrumentos.

Fuente: UNCTAD.

^a Fomenta la coherencia y mejora la interacción entre los AII y otros ámbitos del derecho internacional y la formulación de políticas.

37. Los AII son en la actualidad los instrumentos más destacados que se ocupan de la inversión extranjera a nivel bilateral, regional, plurilateral y multilateral. Sin embargo, a nivel internacional también se han creado otras numerosas normas e instrumentos que pueden ser o no ser vinculantes y que, directa o indirectamente, tienen que ver con las inversiones internacionales. En septiembre de 2015, la comunidad mundial aprobó los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y varias de las 169 metas fijadas señalan la importante función de la inversión para alcanzar los Objetivos (por ejemplo, las metas 7.a y 10.b) o son pertinentes para la política de inversiones (por ejemplo, las metas 1.b, 17.14, 17.15 y 17.16). De manera análoga, en el documento final de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, la Agenda de Acción de Addis Abeba, los Estados miembros observaron lo siguiente (párrafo 91): “El objetivo de proteger y alentar las inversiones no debe afectar nuestra capacidad para lograr objetivos de política pública. Nos esforzaremos por redactar los acuerdos sobre comercio e inversiones con las salvaguardias apropiadas a fin de no limitar las políticas y reglamentaciones nacionales en el interés público”.

38. El Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD para el Desarrollo Sostenible, un marco no vinculante elaborado en 2012, tiene por objeto lograr que las inversiones contribuyan al desarrollo sostenible y al crecimiento inclusivo. El Marco fue actualizado en 2015 y relanzado en la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo. Desde entonces ha servido de punto de referencia a los responsables de las políticas de más de 130 países.

39. Además, hay numerosas iniciativas voluntarias y reguladoras para promover normas y directrices sobre la responsabilidad social empresarial que fomenten el desarrollo sostenible, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la norma núm. 26000 sobre responsabilidad social de la Organización Internacional de Normalización. Dichos instrumentos constituyen una dimensión única y en rápida evolución de los instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft law*). Suelen centrarse en las operaciones de las empresas multinacionales y, de este modo, han contribuido a configurar cada vez más el panorama de las políticas mundiales sobre inversiones durante los últimos decenios¹³.

40. Aunque sigue habiendo alguna incertidumbre acerca de la función y el peso que los tribunales internacionales de arbitraje podrían dar a esos instrumentos, los responsables políticos disponen de ciertas opciones para utilizar esas normas mundiales en la reforma del régimen de AII. Por ejemplo, pueden adoptar las medidas siguientes:

a) Introducir normas e instrumentos mundiales en sus nuevos AII, mediante referencias cruzadas, como ya se ha hecho en un pequeño pero creciente número de acuerdos. Esas cláusulas servirían, como mínimo, para destacar la importancia de la sostenibilidad en las relaciones entre inversores y Estados. También podrían concienciar a los inversores de sus responsabilidades en relación con el desarrollo sostenible y servir de guía interpretativa para los tribunales encargados de la solución de controversias entre inversores y Estados.

b) Adoptar una declaración conjunta que recuerde los compromisos nacionales con determinadas normas e instrumentos mundiales y que señale que las relaciones entre países participantes en lo que respecta a las políticas de inversión deben comprenderse a la luz de estos compromisos. Tendría efectos similares a los de las referencias cruzadas, pero se aplicaría no solo a los nuevos tratados sino también a los preexistentes. Cuanto mayor fuera el grupo de países participantes (y posiblemente la lista de normas mundiales), tanto más fuertes y de más largo alcance serían sus efectos.

c) Incorporar, a un nivel más amplio, cuestiones sobre la sostenibilidad mundial en los debates sobre la gobernanza económica mundial y la arquitectura internacional que regula las inversiones.

41. En general, las referencias cruzadas pueden desempeñar un importante papel para reducir la fragmentación, y el aislamiento, entre diferentes legislaciones y políticas, y pueden reforzar los vínculos entre los AII y las normas internacionales sobre sostenibilidad.

¹³ UNCTAD, 2013.

Todo esto permitiría comprender mejor las políticas mundiales, en lo que respecta no solo a la futura formulación de políticas de inversión, sino también a los tratados existentes.

42. Por ejemplo, varios AII recientes establecen referencias con las normas sobre la responsabilidad social de las empresas de manera general, y suelen remitirse a normas reconocidas internacionalmente en cuestiones tales como los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y otros asuntos, como por ejemplo el tratado bilateral de inversión entre Burkina Faso y el Canadá (2015) y el acuerdo de libre comercio entre Colombia y Panamá (2013). Otros AII recientes son más específicos y remiten a normas mundiales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (como el tratado bilateral de inversión entre Marruecos y Nigeria (2016)); la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos o los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (como el acuerdo de libre comercio entre Georgia y la Asociación Europea de Libre Comercio (2016)), y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016), o las directrices sobre empresas multinacionales y los principios de gobernanza empresarial de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016) y el acuerdo de libre comercio entre Bosnia y Herzegovina y la Asociación Europea de Libre Comercio (2013)).

43. Un ejemplo reciente de fijación de normas en un contexto plurilateral son los principios rectores para la formulación de políticas mundiales de inversión acordados por el Grupo de los 20 en julio de 2016 y ratificados en septiembre de 2016. Si bien constituyen en sí mismos un ejemplo de fijación de normas, los principios rectores también remiten a normas mundiales, en particular en el principio VIII, en el que se afirma que “las políticas de inversión deberían promover y facilitar la observancia por parte de los inversores de las mejores prácticas internacionales y los instrumentos pertinentes de conducta económica responsable y gobernanza empresarial”.

7. Acción multilateral

44. La acción multilateral es la vía más efectiva pero también la más difícil para la reforma del régimen de AII. Al buscar inspiración en procesos multilaterales actuales o anteriores, debería prestarse atención a sus diferencias en lo que respecta a intensidad, profundidad y carácter de la acción (cuadro 7). De tener éxito, una iniciativa de reforma multilateral mundial sería la manera más eficiente de abordar las incoherencias, las superposiciones y los problemas para el desarrollo que caracterizan los miles de tratados que constituyen el régimen actual de AII. Sin embargo, toda reforma multilateral plantea un desafío, en particular a la hora de determinar la manera de llevarla a cabo¹⁴.

Cuadro 7

Medida de reforma: Acción multilateral^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> Entre las opciones de reforma, es la más adecuada para abordar cuestiones de política de importancia mundial (como el desarrollo sostenible) o cuestiones sistémicas (como las cláusulas de la nación más favorecida). De tener éxito, es el tipo de reforma más eficiente, ya que introduce cambios de una sola vez para múltiples países o relaciones entre tratados. 	<ul style="list-style-type: none"> Es la vía de reforma más ardua ya que resulta difícil lograr el consenso de muchos países. Puede crear una situación en la que los países con menor poder de negociación o que se incorporan más tarde deban limitarse a aceptar las normas.

¹⁴ UNCTAD, 2015; UNCTAD, 2016.

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Puede contribuir a evitar una mayor fragmentación de resultados de diversas medidas de reforma adoptadas por distintos países. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es más probable que dé como resultado, al menos en la actualidad, instrumentos no vinculantes o instrumentos de alcance sustantivo limitado (como diversos aspectos de la solución de controversias entre inversores y Estados); por consiguiente, tiene unos efectos generales limitados en el régimen de AII.

Fuente: UNCTAD.

^a Establece un común acuerdo o nuevas normas para múltiples países, junto con un mecanismo que introduce cambios de una sola vez.

45. Recientemente, ha habido varias novedades a nivel multilateral o plurilateral que pueden servir de inspiración para futuras iniciativas de reforma multilateral del régimen de AII. Pueden servir de inspiración tanto la manera en que se han elaborado las nuevas normas como los procedimientos o instrumentos utilizados para hacer extensivas dichas normas a los tratados existentes. A este respecto, también pueden ser instructivos los procesos de elaboración de normas multilaterales en otros ámbitos fuera de los AII, como el proyecto sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

46. Al considerar en qué medida se puede aprender de esas iniciativas, debería prestarse atención a las características de los diversos procesos multilaterales. Puede haber diferencias, entre otras cosas, en el alcance y la cobertura, el número de países participantes (durante la elaboración de la norma y más adelante en su aplicación), el carácter jurídico (tanto de las normas como del mecanismo utilizado para promover su aplicación) y la medida en que tales procesos son institucionalizados o acogidos por una organización intergubernamental.

47. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia) fomenta la aplicación del reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la transparencia en los arbitrajes a los AII celebrados antes del 1 de abril de 2014. La Convención modifica efectivamente varios AII de primera generación de los países que han ratificado la Convención, lo que la convierte en una medida colectiva de reforma del régimen de AII. Futuras iniciativas de reforma del régimen de AII podrían basarse en el proceso de negociaciones multilaterales que condujo a la aprobación del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia; y en el mecanismo de aceptación expresa de la Convención, que modifica determinados aspectos de AII preexistentes.

48. Dejando de lado el régimen de inversiones, la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (Instrumento Multilateral) fomenta la aplicación por los Estados de las medidas relacionadas con los tratados fiscales a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, enmendando así potencialmente más de 3.000 tratados fiscales bilaterales celebrados hasta la fecha. El Instrumento Multilateral se ocupa de varias cuestiones de interés (como los mecanismos híbridos para resolver discordancias, el abuso de tratados y la simplificación de la solución de controversias) e introduce cambios de manera flexible y optativa. Por ejemplo, se aplicará tan solo a los tratados fiscales designados específicamente por las partes en la Convención, y utiliza mecanismos de exclusión expresa para que las partes puedan excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones. Las elecciones entre disposiciones alternativas y mecanismos de aceptación expresa hacen posible asumir nuevos compromisos. Las futuras medidas de reforma del régimen de AII podrían basarse en el proceso multilateral que condujo a la aprobación de las normas sobre la erosión de la base imponible y el traslado de

beneficios, y en la arquitectura del tratado, que es similar a la Convención de Mauricio sobre la Transparencia pero más compleja, ya que permite declaraciones unilaterales y reservas selectivas o enmiendas a tratados fiscales preexistentes.

49. Los debates actuales acerca del establecimiento de un tribunal multilateral sobre inversiones y/o un mecanismo de apelación podrían culminar en la creación de un instrumento que en última instancia cambie las disposiciones sobre la solución de controversias entre inversores y Estados incluidas en tratados anteriores. El mecanismo de aceptación expresa de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia también se estudia como posible modelo de reforma en el proceso en curso en el que intervienen la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en el que se examina la creación de un tribunal permanente sobre inversiones o un mecanismo de apelación.

50. Otro ejemplo son los principios rectores para la formulación de políticas mundiales de inversión del Grupo de los 20, aprobados con el respaldo de la UNCTAD. Aunque no tienen carácter vinculante, se pretende que los principios sean una importante referencia para la negociación de AII y la modernización de los acuerdos existentes. Podrían ser efectivamente la piedra de toque de la reforma mundial del régimen actual de AII y de la formulación de una nueva generación de AII, que estén más en consonancia con las preocupaciones y prioridades del siglo XXI. Pueden servir de inspiración las sugerencias de que los principios no solo pueden dar orientación acerca de la redacción de tratados sino que, al exponer la visión común que tiene el Grupo de los 20 de las prioridades actuales en la formulación de políticas de inversión, también pueden dar orientación para la interpretación de los AII existentes; y de que pueden servir de base para una aplicación más amplia a países no pertenecientes al Grupo de los 20.

51. Por último, plataformas y procesos multipartitos como el Foro Mundial de Inversiones de la UNCTAD, que es un foro internacional para la celebración de debates incluyentes y de alto nivel sobre el actual régimen de AII, de múltiples niveles y facetas, y la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de las Naciones Unidas, que pidió a la UNCTAD que siguiera celebrando consultas con los Estados miembros acerca de los AII, son útiles para las investigaciones de expertos, el análisis, el apoyo y los intercambios de opiniones sobre cómo llevar adelante la reforma.

8. Abandono de tratados de primera generación no ratificados

52. Un número relativamente elevado de tratados bilaterales de inversión, muchos de ellos tratados de primera generación, todavía no han entrado en vigor. Un país puede comunicar oficialmente su decisión de no obligarse por ellos con el fin de simplificar su red de AII y promover la negociación de nuevos tratados más modernos (cuadro 8).

Cuadro 8

Medida de reforma: Abandono de tratados de primera generación no ratificados^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Puede ayudar a simplificar la red de AII de un país. • Es un procedimiento sencillo, que requiere tan solo la notificación a las otras partes. • Puede enviar un mensaje reformista a las otras partes en el tratado y a la opinión pública. 	<ul style="list-style-type: none"> • Podría entenderse que afecta negativamente a las condiciones para la inversión en un país. • Podría perturbar las relaciones con otras partes en el tratado. • Puede no afectar a controversias actuales resultantes de una aplicación provisional.

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
	<ul style="list-style-type: none"> • Puede no afectar a futuras reclamaciones para la solución de controversias entre inversores y Estados (durante el período de la cláusula de supervivencia) si un país acepta la aplicación provisional a la espera de la ratificación.

Fuente: UNCTAD.

^a Transmite la intención de un país de no ser parte en un tratado celebrado pero todavía no ratificado.

53. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado “deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado” que han firmado, incluso antes de que dicho tratado entre en vigor (artículo 18). El abandono oficial de un tratado (abandono en el sentido coloquial y jurídicamente neutro del término) garantizaría que un país se viera liberado de esa obligación. Normalmente es un procedimiento sencillo porque el tratado no está en vigor.

54. Hasta la fecha, al parecer son pocos los países que han adoptado este tipo de reforma, aunque quizás no todos los casos hayan sido objeto de la atención pública. El Brasil abandonó 14 tratados bilaterales de inversión firmados en los años noventa después de que algunos fueran rechazados por el Congreso, ya que algunas disposiciones se consideraron inconstitucionales. En 2008, el Ecuador denunció 2 tratados bilaterales de inversión no ratificados con Honduras y Nicaragua. Más recientemente, en enero de 2017, los Estados Unidos manifestaron su intención de retirarse del Acuerdo de Asociación Transpacífico¹⁵.

55. Sin embargo, en algunos tratados, los países acuerdan su aplicación provisional, lo que significa que el tratado o parte de él se aplica después de la firma pero antes de su entrada en vigor. Abandonar un tratado que se aplica provisionalmente suele ser complicado, ya que es una operación similar a terminar un tratado que ha entrado en vigor. Por lo general, los AII estipulan el procedimiento que un país debe seguir para terminar la aplicación provisional; esto también puede activar la aplicación de una cláusula de supervivencia. Como es probable que un proceso de ratificación por múltiples partes sea largo, la aplicación provisional es más frecuente en los AII plurilaterales, como el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994) y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016), del cual solo se aplicarán provisionalmente partes del capítulo sobre inversiones. Por ejemplo, en 2009, la Federación de Rusia notificó la terminación de la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía. El Tratado contiene una cláusula de supervivencia de 20 años para los signatarios que terminen la aplicación provisional.

9. Terminación de tratados de primera generación existentes

56. La terminación de tratados bilaterales de inversión anticuados, ya sea de manera unilateral o conjunta, es una manera directa pero no siempre instantánea de liberar a las partes de sus obligaciones (cuadro 9). La terminación de un tratado libera a las partes de la obligación de seguir actuando de conformidad con él; esto difiere de la terminación de un tratado a causa de su sustitución por un nuevo tratado (véanse las opciones 3 y 4). Un tratado puede terminarse unilateralmente cuando el tratado lo permite, o de mutuo acuerdo en cualquier momento. Las normas para la terminación unilateral de un tratado suelen exponerse en el propio tratado bilateral de inversión. Por lo general, dicho tratado establece un período de funcionamiento inicial de entre 10 y 20 años, que debe expirar antes de que una de las partes pueda terminar unilateralmente el tratado. La terminación unilateral activa

¹⁵ Estados Unidos de América, Office of the Press Secretary, 2017, Presidential memorandum regarding withdrawal of the United States from the Trans-Pacific Partnership negotiations and agreement, 23 de enero.

cualquier cláusula de supervivencia que exista en el tratado, lo que prolonga el funcionamiento del tratado durante un determinado tiempo después de su terminación. En aras de la claridad, los países pueden considerar la posibilidad de neutralizar la cláusula de supervivencia cuando terminan un tratado de manera conjunta.

Cuadro 9

Medida de reforma: Terminación de tratados de primera generación existentes^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Puede ser una terminación unilateral o conjunta (sin sustitución por un nuevo tratado). • Manda una clara señal a las partes reformistas nacionales y a los críticos del régimen de AII. • Puede promover una reforma orientada al desarrollo sostenible, si forma parte de una estrategia conjunta y coordinada de sustitución. 	<ul style="list-style-type: none"> • Puede considerarse que empeora las condiciones para la inversión en el país o los países que terminan el tratado. • Puede ser causa de que los nacionales del país ya no estén protegidos en el territorio de otra parte. • Puede no ser instantánea si se activa una cláusula de supervivencia (permanece la posibilidad de que deba procederse a la solución de controversias entre inversores y Estados durante el período previsto en la cláusula de supervivencia).

Fuente: UNCTAD.

^a Libera a las partes de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado.

57. De los 212 tratados bilaterales de inversión terminados hasta marzo de 2017, 19 (9%) se terminaron conjuntamente, sin ninguna sustitución o consolidación, 59 (28%) se terminaron unilateralmente y 134 (63%) fueron sustituidos por un nuevo tratado. Esto indica que los países están a menudo interesados en la terminación, pero por lo general solo cuando la medida se inscribe en el proceso de celebración de un nuevo AII. También cabe señalar el proceso de terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la Unión Europea.

58. En el último decenio, varios países han terminado unilateral o conjuntamente varios tratados bilaterales de inversión, como el Estado Plurinacional de Bolivia (10), el Ecuador (10) e Indonesia (por lo menos 20). Por ejemplo, en lo que respecta al tratado bilateral de inversión entre la Argentina e Indonesia (1995), las partes acordaron terminar el tratado y al mismo tiempo neutralizar la cláusula de supervivencia. Sudáfrica ha terminado 9 tratados bilaterales de inversión como parte de su iniciativa general de reformular su política de inversiones de acuerdo con sus objetivos de desarrollo sostenible y crecimiento económico inclusivo; esto también incluye la aprobación de la Ley de Protección de Inversiones, la formulación de un nuevo modelo de tratado bilateral de inversión y la intervención a nivel regional y continental, así como en diálogos multilaterales¹⁶. La India revisó su anterior modelo de tratado bilateral de inversión y adoptó un nuevo modelo al final de 2015. Por consiguiente, en 2016 la India envió notificaciones de terminación a más de 50 cosignatarios de tratados con los cuales los plazos iniciales de los tratados habían expirado, con la intención de renegociar un nuevo tratado basado en el modelo revisado. La India ya ha empezado a renegociar con diversos países. Más recientemente, en mayo de 2017, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la terminación de 16 tratados bilaterales de inversión y el Presidente firmó los decretos por los que se terminaban formalmente los tratados.

10. Retiro de tratados multilaterales

59. El retiro unilateral de un tratado multilateral relacionado con la inversión puede ayudar a reducir el riesgo de que un país reciba reclamaciones de inversores, pero también puede crear problemas para la futura cooperación multilateral en materia de inversión

¹⁶ UNCTAD, 2016; UNCTAD, 2017.

(cuadro 10). El retiro unilateral de un tratado multilateral relacionado con la inversión libera a la parte que se retira de las obligaciones derivadas del instrumento y, según como sea el tratado en cuestión, puede reducir al mínimo el riesgo de que un país reciba reclamaciones de inversores. El retiro unilateral también puede indicar que el país ha perdido la fe en el sistema y desea abandonarlo en vez de reformarlo. Puede mostrar una preferencia por otro foro para la solución de controversias, por ejemplo un foro regional como la Unión de Naciones Suramericanas.

Cuadro 10

Medida de reforma: Retiro de tratados multilaterales^a

<i>Resultados</i>	<i>Problemas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Puede ayudar a reducir el riesgo de un país de recibir (futuras) reclamaciones de inversores (según la cláusula de supervivencia del tratado denunciado y sin perjuicio de las reclamaciones que puedan presentar los inversores en virtud de otros AII o ante otros foros internacionales). • Puede reducir los gastos anuales (por ejemplo si el tratado requiere contribuciones anuales). • Puede ser la segunda mejor solución para los países que prefieren reformar un tratado existente pero no pueden hacerlo solos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Puede considerarse que afecta de manera negativa a las condiciones para la inversión en un país y/o puede colocar a un país fuera del sistema. • Priva a un país de una ulterior cooperación con otras partes en el tratado y de la oportunidad de expresar su opinión en la evolución del tratado. • Se aplica únicamente en el futuro. • Como la mayor parte de los AII prevén múltiples foros para la solución de controversias entre inversores y Estados, quizás no se elimine del todo el riesgo de dichas reclamaciones. • Puede reducir la protección de los nacionales que inviertan en el extranjero.

Fuente: UNCTAD.

^a Libera a las partes que se retiran de la fuerza vinculante de un instrumento.

60. Hasta la fecha se han retirado 2 países del Tratado sobre la Carta de la Energía, un tratado con más de 50 signatarios que ha sido utilizado con mayor frecuencia que ningún otro AII para plantear casos de solución de controversias entre inversores y Estados. En 2009, la Federación de Rusia notificó que terminaba su aplicación provisional y declaró su intención de no ser parte en el Tratado. En 2014, Italia denunció el Tratado, denuncia que tuvo efecto el 1 de enero de 2016. A diferencia de la Federación de Rusia, Italia había ratificado el Tratado y era parte de pleno derecho. El Tratado contiene 2 cláusulas de supervivencia distintas de 20 años, para los signatarios que aplicaban el Tratado de manera provisional y para las partes de pleno derecho. Además, 3 países han terminado el Convenio por el que se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, a saber, el Estado Plurinacional de Bolivia en 2007, el Ecuador en 2009 y la República Bolivariana de Venezuela en 2012. En dicho Centro Internacional se han presentado múltiples reclamaciones de inversores basadas en tratados contra cada uno de estos Estados, en las que estaban en juego importantes sumas de dinero.

IV. Conclusiones

61. La reforma del régimen de AII orientada al desarrollo sostenible ha pasado a ocupar un lugar central en la formulación de políticas internacionales de inversión. La segunda fase de la reforma se basa en los progresos realizados en el pasado y se centra en lo que puede hacerse para modernizar el gran número de tratados de primera generación.

62. En la presente nota se indican y examinan diez medidas de reforma que pueden adoptarse para llevar a cabo esta segunda fase de la reforma del régimen de AII. La nota trata de las experiencias que han tenido los países con estas opciones, de sus respectivos

resultados y problemas y de las lecciones aprendidas. Las diez medidas de reforma representan más bien modos de introducir cambios en el régimen de AII que de diseñar el contenido de tratados (véase el Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD para el Desarrollo Sostenible y la hoja de ruta para la reforma del régimen de AII, así como el balance de la reforma en UNCTAD (2016)).

63. Aunque muchos países han empezado a seguir una o más de las diez opciones, queda mucho margen para ulteriores reformas, según se detalla en UNCTAD (2017). Así pues, los países tienen amplias oportunidades para examinar cada una de las opciones, sus resultados y problemas y la experiencia adquirida, a fin de adaptarlas según las necesidades y adoptar las que se ajustan más a sus objetivos individuales para la reforma del régimen de AII.

64. Para ello, los responsables políticos deben afrontar numerosos problemas, incluidos problemas estratégicos y sistémicos, y también otros relacionados con la capacidad y la coordinación. Una reforma satisfactoria requiere también estructuras internas sólidas para preparar y aplicar medidas, con procedimientos sólidos y las capacidades necesarias de adopción de decisiones y ejecución, como una coordinación interna constante entre los órganos del Estado, concienciación y fomento de la capacidad. Esto es especialmente difícil para los países en desarrollo y los países menos adelantados, que tienen dificultades en lo que respecta al poder de negociación y la capacidad de ejecución, y son también más vulnerables a los riesgos de la reforma.

65. Todos estos problemas exigen un enfoque coordinado de la reforma del régimen de AII, además de un respaldo multilateral. Mediante los tres pilares de su labor: investigación y análisis, cooperación técnica y búsqueda del consenso intergubernamental, la UNCTAD puede desempeñar un papel fundamental a este respecto. En particular, la UNCTAD, en su calidad de centro de coordinación de las Naciones Unidas para las inversiones internacionales y de foro internacional para la celebración de debates incluyentes de alto nivel sobre el actual régimen de AII, de múltiples niveles y facetas, como se reconfirmó en sus mandatos del Maafikiano de Nairobi¹⁷ y la Agenda de Acción de Addis Abeba, puede dar mayor coordinación y coherencia a las iniciativas de reforma. En última instancia, cuanto mayor sea el grado de coordinación en los distintos niveles de la formulación de políticas (nacional, bilateral y regional, así como multilateral), tanto mayores serán las posibilidades de crear un régimen de AII menos fragmentado y más equilibrado, estable y previsible, que persiga de manera efectiva los objetivos de desarrollo sostenible.

¹⁷ TD/519/Add.2.



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
9 de octubre de 2017
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo

Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación
e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad
Productiva y el Desarrollo Sostenible

Quinto período de sesiones

Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017

Tema 3 del programa

**Inversión, innovación e iniciativa empresarial
para el fomento de la capacidad productiva
y el desarrollo sostenible**

Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2

Corrección

Capítulo III, párrafo 49

Sustitúyase el texto actual por el siguiente

Los debates actuales acerca del establecimiento de un tribunal multilateral sobre inversiones y/o un mecanismo de apelación podrían culminar en la creación de un instrumento que en última instancia cambie las disposiciones sobre la solución de controversias entre inversores y Estados incluidas en tratados anteriores. El mecanismo de aceptación expresa de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia también se estudia como posible modelo de reforma en el proceso en curso en el que intervienen la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Centro para la Solución de Controversias Internacionales, en el que se examina la creación de un tribunal permanente sobre inversiones o un mecanismo de apelación.

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 10 de octubre de 2017.

