

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

**REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA  
INVERSIÓN: BALANCE, RETOS  
Y CAMINO A SEGUIR**

**Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas  
relacionados con las políticas internacionales de  
inversión para el desarrollo**



**NACIONES UNIDAS**



CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

**REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA  
INVERSIÓN: BALANCE, RETOS  
Y CAMINO A SEGUIR**

**Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas  
relacionados con las políticas internacionales de  
inversión para el desarrollo**



**NACIONES UNIDAS  
Nueva York y Ginebra, 2008**

**NOTA**

Responsable de coordinar en el sistema de las Naciones Unidas las cuestiones relacionadas con la inversión y la tecnología, con más de 30 años de experiencia en estas esferas, la UNCTAD, a través de la División de la Inversión, la Tecnología y el Fomento de la Empresa (DITE), promueve la comprensión de los temas fundamentales, y en particular, los relacionados con la inversión extranjera directa (IED) y la transferencia de tecnología. La DITE también ayuda a los países en desarrollo a atraer y aprovechar la IED, así como a aumentar su capacidad productiva y su competitividad internacional. Se hace hincapié en una política integrada de la inversión, el fomento de capacidad tecnológica y el desarrollo de las empresas.

El término "país" utilizado en el presente estudio también se refiere, según proceda, a territorios o zonas; las denominaciones empleadas y la forma en que se expone su contenido no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites. Asimismo, los nombres de los grupos de países solamente tienen por objeto un interés estadístico o analítico y no implican ningún juicio sobre la etapa de desarrollo alcanzada por cualquier país o zona.

En los cuadros se han utilizado los siguientes signos:

Dos puntos (..) indican que los datos faltan o no constan por separado.

Se ha prescindido de una fila en los casos en que no se disponía de datos sobre algunos elementos de la fila.

La raya (-) indica que la cantidad es nula o insignificante.

Un espacio en blanco en un cuadro indica que el rubro de que se trata no es aplicable.

La barra (/) puesta entre fechas que representan años, por ejemplo 1994/95, indica un ejercicio económico.

El guión (-) puesto entre fechas que representan años, por ejemplo 1994-1995, indica que se trata de todo el período considerado, incluidos el año inicial y el final.

Por la palabra "dólares" (\$) se entiende dólares de los Estados Unidos, salvo que se indique otra cosa.

---

A menos que se indique otra cosa, las tasas anuales de crecimiento de variación se refieren a tasas anuales compuestas.

Debido a que a veces se redondean las cifras, los datos parciales y los porcentajes presentados en los cuadros no siempre suman el total correspondiente.

El material que contiene el estudio puede citarse libremente siempre que se mencione la fuente.

UNCTAD/ITE/IIT/2007/3
-----------------------

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
------------------------------------

<i>Nº de venta:</i> S.08.II.D.1
---------------------------------

ISBN S.978-92-1-312341-6
--------------------------

ISSN 1819-9240
----------------

Copyright © Naciones Unidas, 2008

Reservados todos los derechos

Impreso en Suiza



---

## PREFACIO

La secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) está aplicando un programa sobre los acuerdos internacionales de inversión. Su objeto es ayudar a los países en desarrollo a participar lo más eficazmente posible en la elaboración de normas relativas a la inversión internacional. El programa comprende actividades de investigación y desarrollo en materia de política, incluida la preparación de una colección de publicaciones temáticas; actividades de fomento de la capacidad de los recursos humanos y de la capacidad institucional, incluidos seminarios nacionales, simposios regionales y cursos de formación, y de apoyo al logro de un consenso intergubernamental.

El presente estudio forma parte de la *Colección de publicaciones sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo*. Se basa en la *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión* y amplía su alcance. Al igual que la anterior, la nueva colección está destinada a funcionarios gubernamentales, dirigentes de empresas, representantes de organizaciones no gubernamentales, funcionarios de organismos internacionales e investigadores.

La *Colección* procura ofrecer un análisis equilibrado de las cuestiones que se pueden plantear en el contexto de los criterios internacionales de la elaboración de normas sobre la inversión y su repercusión en el desarrollo. Su objeto es contribuir a mejorar la comprensión de las difíciles cuestiones técnicas y su interacción, así como de las ideas innovadoras susceptibles de ampliar la dimensión de desarrollo de los acuerdos internacionales de inversión.

La *Colección* está a cargo de un equipo dirigido por James Zhan. Componen asimismo el equipo Bekele Amare, Anna Joubin-Bret, Hamed El-Kady, Joachim Karl, Marie-Estelle Rey y Jörg Weber. Los miembros del Comité de Examen son Mark Kantor, John Kline, Peter Muchlinski, Antonio Parra, Patrick Robinson, Karl Sauvart, Pierre Sauvé, M. Sornarajah y Kenneth Vandavelde.

Este documento se basa en un manuscrito preparado por Kenneth Vandavelde y se ha enriquecido con las observaciones hechas en una reunión de expertos dedicada a la *Fijación de normas sobre las inversiones internacionales: tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias*,

celebrada en marzo de 2007, y en la reunión intergubernamental de expertos de la UNCTAD dedicada a las *Consecuencias para el desarrollo de la formulación de normas internacionales en materia de inversión*, celebrada en junio de 2007, ambas en Ginebra. Se recibieron otras observaciones de John Kline, Patrick Robinson y Christoph Schreuer. Hamed El-Kady, Joachim Karl y Jörg Weber ultimaron el estudio.

Supachai Panitchpakdi  
Secretario General de la UNCTAD

Ginebra, octubre de 2008

## ÍNDICE

PREFACIO .....	v
LISTA DE ABREVIATURAS.....	x
RESUMEN .....	1
INTRODUCCIÓN.....	5
I. ORÍGENES DEL UNIVERSO ACTUAL DE LA AII .....	7
A. Primera etapa: 1945-1989.....	7
B. Segunda etapa: de 1989 a la actualidad.....	11
II. EL UNIVERSO DE AII A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI ....	15
A. Evolución del universo de AII.....	15
1. Expansión continua de este universo .....	15
a) Tratados bilaterales de inversión .....	16
b) Tratados sobre doble tributación.....	18
c) Acuerdos de inversión y comercio preferencial.....	18
2. Ampliación del alcance, la complejidad, la diversidad y las interacciones del universo de AII....	20
a) Alcance de los AII.....	20
b) Complejidad de los AII.....	21
c) Diversidad de los AII .....	22
d) Interacciones dentro del universo de AII.....	23
3. Controversias entre inversores y Estados .....	23
4. Mayor intervención de los países en desarrollo.....	26
5. ¿Síntomas de una reacción contra los AII?.....	28
B. Principales características del universo actual de AII.....	30

---

**ÍNDICE** (continuación)

III. RETOS QUE PLANTEA LA ORDENACIÓN DEL UNIVERSO ACTUAL DE AII.....	35
A. Problemas de capacidad.....	35
B. Problemas de contenido.....	37
1. Promoción de la coherencia de las políticas .....	38
a) Distintas dimensiones de la coherencia de las políticas .....	38
b) Importancia de la coherencia de las políticas ..	44
c) Posibles remedios.....	47
2. El equilibrio entre los intereses privados y públicos y la cuestión de la flexibilidad en la regulación .....	49
a) Cambios en la redacción actual de los tratados .....	51
b) Responsabilidad social de las empresas .....	53
c) Consecuencias .....	54
3. Ampliación de la dimensión de desarrollo de los AII.....	55
a) La dimensión de desarrollo en la práctica actual de los AII .....	55
b) Posibilidades de ampliar la dimensión de desarrollo en los futuros AII .....	56
c) Diferentes tipos de AII.....	57
d) Medios alternativos de solución de controversias.....	59
IV. PERSPECTIVAS.....	63
REFERENCIAS .....	65
<i>Recuadro</i>	
1. Incoherencia entre AII.....	40

**ÍNDICE** (*continuación*)*Figuras*

1. Incremento del número de AII y de la IED acumulada (1960-2007) .....	15
2. Distribución regional de los AII (a finales de 2007).....	16
3. Número de TBI concluidos, por período (1960-2007) .....	17
4. Número de TBI concluidos por las diez economías que han firmado más acuerdos de este tipo, finales de 2007....	17
5. Número de TDT concluidos, por períodos, 1960-2007 .....	19
6. Aumento de los AICP, 1960-2007 .....	20
7. Procedimientos de arbitraje basados en tratados de los que se tiene constancia (número acumulado y nuevos casos, 1989-2007) .....	25

*Cuadro*

1. Acuerdos internacionales de inversión concertados, por regiones (finales de 2007) .....	26
--	----

**LISTA DE ABREVIATURAS**

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (OMC)
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AICP	Acuerdo de inversión y comercio preferencial
AII	Acuerdo internacional de inversión
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
BRF	Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento
CEI	Comunidad de Estados Independientes
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
IED	Inversión extranjera directa
MIC	Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
PMA	Países menos adelantados
TBI	Tratado bilateral para promover y proteger la inversión (tratado bilateral de inversión)
TDT	Tratado bilateral para evitar la doble tributación (o tratado sobre doble tributación)
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

---

## RESUMEN

Esta publicación tiene un triple objetivo. Primero, se examinan sesenta años de regulación internacional de la inversión y se identifican las principales tendencias de la práctica actual de conclusión de tratados, así como las características básicas del universo vigente de acuerdos internacionales de inversión (AII) a principios del siglo XXI. A partir de este análisis, en la tercera sección se describen los principales retos y problemas que plantea el sistema de AII actual a los responsables de las políticas y los negociadores de AII, y se hacen algunas sugerencias sobre cómo abordarlos. La cuarta sección contiene un panorama general de la evolución futura del universo de AII.

### *Tendencias de la regulación internacional de la inversión*

*La red global de AII se está ampliando rápidamente.* Durante los últimos años, por término medio, cada semana se concluyeron más de tres tratados. Mientras que hace diez años el universo de AII estaba formado por menos de 3.400 tratados, a finales de 2007 su número superaba los 5.500. Un importante acontecimiento reciente ha sido el rápido aumento de acuerdos de libre comercio u otros tratados de cooperación económica que incluyen disposiciones relativas a la inversión que sirven de complemento o sustituyen a los tratados bilaterales de inversión (TBI) "clásicos".

El sistema de AII también está *cada vez más atomizado y es más complejo y diverso*. Está formado por miles de acuerdos individuales que carecen de coordinación a escala de todo el sistema. Tiene múltiples capas, es decir, está compuesto por tratados de inversión de distinto nivel (bilateral, subregional, regional, interregional, sectorial, plurilateral y multilateral) que pueden sobreponerse. El universo de AII tiene también múltiples facetas, lo que significa que no sólo abarca la inversión *per se* sino que también puede abarcar otros asuntos conexos como el comercio, los servicios, la propiedad intelectual, las políticas industriales, las cuestiones laborales, el movimiento de personal, las preocupaciones ambientales y otros asuntos. El sistema permite que haya una uniformidad en el centro y una creciente diversidad en la periferia, es decir que si bien hay un grado considerable de coincidencia sobre los elementos fundamentales de la protección de la inversión, hay una gran diversidad en otras áreas conexas de los AII. Por último, el universo de AII es dinámico e innovador, tanto en lo que respecta a la evolución de las

disposiciones sustantivas de los tratados como a la solución de controversias (UNCTAD 2007a).

Otra característica del sistema de AII es la tendencia actual a que *aumente el número de arbitrajes sobre inversiones*. En 2007 se sumaron 35 casos nuevos de solución de controversias entre inversores y Estados sobre la base de lo establecido en un tratado, haciendo que el número total de casos de este tipo se elevara a 290 a finales de 2007. El arbitraje internacional es un importante medio para reforzar el imperio de la ley y aumentar la estabilidad jurídica, pero algunos laudos conflictivos han generado también nuevas dudas con respecto a la interpretación de algunas disposiciones básicas sobre la inversión. Para responder a estos problemas se han revisado varios modelos de TBI (UNCTAD 2007b).

Por último, el *papel de los países en desarrollo* en la regulación internacional de la inversión sigue ampliándose. Algunos países en desarrollo, como China y Egipto, figuran entre los signatarios más prolíficos de TBI de todo el mundo. También hay una creciente cooperación Sur-Sur en la esfera de los AII, pues cada vez más países en desarrollo se convierten en fuente de inversiones en el exterior (UNCTAD 2005a). Este nuevo papel puede influir en su poder de negociación en futuros AII.

#### ***Oportunidades y retos en la negociación de tratados de inversión***

La evolución del universo de AII para convertirse en un sistema cada vez más complejo y diversificado ofrece oportunidades y al mismo tiempo plantea algunos retos. Por un lado, los países actualmente tienen más posibilidades que nunca de concluir el tipo de AII que mejor responda a sus objetivos de desarrollo y redactar las disposiciones individuales de los tratados de forma que se satisfagan esos objetivos. Por otro lado, los países, y en particular los países en desarrollo, pueden tener más dificultades para dominar un tejido informe, cada vez más intrincado y menos transparente, de AII.

En particular, cabe destacar tres retos: primero, la cuestión de la *coherencia de las políticas*. Al aumentar el número y la complejidad de los AII vigentes resulta cada vez más difícil a los países, en particular a los países en desarrollo, mantener la coherencia de su red de AII o por lo menos evitar las incoherencias más importantes. Segundo, la mayor densidad de la red de tratados puede llevar consigo un mayor riesgo de que un país pierda *flexibilidad reguladora* con respecto a la inversión extranjera y plantea nuevas preguntas sobre el adecuado *equilibrio de intereses privados y*

*públicos en los AII.* Como respuesta, algunos países han empezado a aclarar la redacción de algunas disposiciones individuales de los AII y a introducir un mayor número de cláusulas de excepción para atender a ciertas preocupaciones públicas, como la seguridad nacional, la salud o el medio ambiente, y unos procedimientos modificados de solución de controversias. Además, cada vez es más importante la cuestión de la responsabilidad social de las empresas en la regulación internacional de la inversión. La posibilidad de reequilibrar los intereses privados y públicos también podría ser un tema digno de atención, en vista del papel que han comenzado a desempeñar las economías emergentes como exportadoras de capital. Por consiguiente, estos países podrían estimar conveniente reforzar la protección de sus inversores en el extranjero, mientras otros han reevaluado la liberación de las políticas sobre inversión e impuesto nuevas restricciones en los últimos años. Los cambios en materia de políticas también podrían influir en las negociaciones sobre los AII. Tercero, también se plantea la cuestión de cómo lograr que la evolución del marco de los AII se adapte más a los *fines de desarrollo*. Entre las cuestiones que están debatiéndose cabe mencionar una mayor atención a la *promoción* de la inversión en los AII, el tipo de AII que mejor puede favorecer el cumplimiento de objetivos de desarrollo, y un recurso más frecuente a la mediación y la conciliación como alternativa al arbitraje en controversias relacionadas con la inversión.

Como resultado de estos retos considerables de contenido, se corre el peligro de que los países en desarrollo que carezcan de capacidad para participar plenamente en la evolución del sistema de AII se queden marginados y alejados de la futura regulación internacional de la inversión. Por tanto, es necesario que haya más diálogo sobre políticas y un mayor fomento de la capacidad. La UNCTAD desempeña un papel importante en esta esfera a través de sus políticas de investigación y análisis, sus servicios de asistencia técnica y de asesoramiento y el mantenimiento de bases de datos sobre los AII y las controversias sobre inversores y Estados. Estas diversas actividades pueden constituir una contribución valiosa al logro de un sistema de AII más transparente, coherente y favorable al desarrollo.

### ***Perspectivas***

Los retos actuales se deben en gran medida a *defectos inmanentes al sistema* propios del universo de AII. Mientras siga tan atomizado, las posibilidades de lograr un grado sustancialmente mayor de homogeneidad, transparencia y reconocimiento de las preocupaciones legítimas de desarrollo serán limitadas. Se corre el peligro de que el sistema degenera finalmente

para convertirse en una amalgama no transparente de normas divergentes, que los países, en especial los países en desarrollo con limitaciones de capacidad, consideran cada vez más difícil dominar. Estos defectos sólo pueden ser corregidos eficazmente si se hace evolucionar el propio sistema de AII. Por lo tanto, sigue pendiente el desarrollo de un marco multilateral para las inversiones y las posibilidades de sustancial progreso en este sentido son muy limitadas.

Este esfuerzo colectivo puede contribuir considerablemente a que el sistema actual de normas internacionales de inversión funcione con más eficacia y eficiencia y sea más favorable al crecimiento y el desarrollo. De este modo, a su vez, aumentará gradualmente la claridad y estabilidad de las relaciones de inversión, se dará más coherencia a las normas, se establecerá un referente principal para la regulación internacional de la inversión en todos los niveles y se logrará que todos los países, con independencia de su nivel de desarrollo, puedan participar en condiciones de igualdad en este proceso. Mientras los países no estén dispuestos a iniciar negociaciones, seguirá siendo esencial el diálogo multilateral sobre la futura evolución de los AII en un foro como la UNCTAD.

---

## INTRODUCCIÓN

El universo de AII sigue ampliándose en número y en complejidad. El sistema de AII abarca desde hace tiempo todas las regiones y en la actualidad casi todos los países del mundo son parte al menos en un AII, y la gran mayoría en varios. A finales de 2007, el número de AII conocidos superaba los 5.500, sumando más de 2.600 los TBI y de 2.700 los tratados para evitar la doble tributación (TDT) y llegando a 254 otros tratados de cooperación económica que incorporaban disposiciones referentes a la inversión (denominados en adelante "Acuerdos de inversión y comercio preferencial" o "AICP") (UNCTAD 2008a, 2007b, 2006a). Esta notable actividad negociadora refleja el propósito de los países participantes de ofrecer a la inversión extranjera un nivel de estabilidad y transparencia superior al establecido por su legislación interna. Por consiguiente, es un complemento de la tendencia general a una continua liberalización de la inversión que muestra la mayoría de los países del mundo.

La creciente variedad y complejidad de los AII ofrece nuevas oportunidades a los países para negociar acuerdos y utilizarlos como instrumento para lograr sus objetivos de desarrollo, pero también crea dificultades sin precedentes cuando se quiere negociar el acuerdo "adecuado", lograr el cumplimiento correcto de las obligaciones que establecen los AII y mantener la coherencia y transparencia del sistema de AII. El peligro de caer en la incoherencia tiene particular relevancia para los países en desarrollo, que disponen de menos experiencia y conocimientos técnicos sobre los AII, experimentan frecuentes cambios de políticas y tienen un poder negociador débil. Además, los países en desarrollo que actúan por su cuenta pueden encontrarse con dificultades para conseguir que se tenga debidamente en cuenta la dimensión de desarrollo en los AII y conservar una flexibilidad reguladora suficiente para defender sus propios objetivos de desarrollo económico y social.

Partiendo de estos antecedentes, en el presente estudio se hace balance de la regulación internacional de la inversión desde que terminó la segunda guerra mundial, cuando se realizaron los primeros esfuerzos por someter a disciplina internacional esta materia. En el estudio se examinan las oportunidades y los retos que el actual sistema de AII supone para los países, en particular los países en desarrollo, y se sugieren posibles formas de hacer frente a estos retos, extrayendo para ello las lecciones necesarias de la experiencia acumulada.



---

## I. ORÍGENES DEL UNIVERSO ACTUAL DE AII

La regulación internacional de la inversión extranjera en los últimos sesenta años se produjo en dos etapas. La primera empezó al término de la segunda guerra mundial y prosiguió hasta finales de los años ochenta, cuando la antigua Unión Soviética se hundió y se puso en marcha un movimiento global de liberalización económica. La segunda etapa se inició a finales de los años ochenta y prosigue hasta nuestros días. Para valorar los retos que este sistema plantea a los países, en particular los países en desarrollo, así como las posibilidades de hacerles frente con eficacia, es fundamental entender el origen y el desarrollo del sistema actual de los AII.

### A. Primera etapa: 1945-1989

La primera etapa de regulación internacional de la inversión se caracterizó por el profundo desacuerdo existente en la comunidad internacional sobre el grado de protección que ofrecía el derecho consuetudinario internacional a la inversión extranjera cuando ésta era objeto de un trato hostil por parte del Estado receptor. Los países en desarrollo, que temían ser dominados económicamente, expropiaron algunas inversiones extranjeras, procuraron cerrar sus economías a la participación extranjera y adoptaron políticas de sustitución de importaciones que hacían hincapié en el desarrollo de empresas controladas por intereses nacionales. Los países desarrollados, en particular los de Europa occidental y América del Norte, sostenían que el derecho internacional consuetudinario incluía ya unas normas internacionales mínimas que establecían el trato que podían exigir los inversores extranjeros en el territorio del país receptor. Estas normas, se alegaba, incluían en particular el pago del valor justo de mercado si se expropiaban inversiones extranjeras, norma que se describía con frecuencia como la de indemnización "rápida, adecuada y efectiva". Los países en desarrollo y los países socialistas negaban que el derecho internacional consuetudinario estableciera unas normas internacionales mínimas que regularan el trato que debía recibir la inversión extranjera y que ésta sólo tenía derecho, como mucho, al mismo trato que el gobierno del país receptor reservaba a las inversiones de sus propios ciudadanos.

El primer intento de establecer un marco multilateral de protección de la inversión se produjo durante la negociación del proyecto de Carta de La Habana de 1948, que debía dar origen a la Organización Internacional del Comercio. Aunque la Carta hiciera sobre todo referencia a cuestiones

comerciales, los Estados Unidos propusieron que se incluyera alguna cláusula que ofreciera a la inversión extranjera distintos tipos de protección. Debido a las diferencias antes mencionadas sobre las normas mínimas internacionales, la cláusula no fue aceptada, la Carta perdió el apoyo de los Estados Unidos y finalmente no fue aprobada. Gran parte de su contenido comercial fue incorporado al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

Mayores éxitos se consiguieron en la negociación de instrumentos regionales o plurilaterales, pues permitía que países de la misma zona geográfica o con el mismo nivel de desarrollo económico concluyeran acuerdos. El acuerdo más completo de integración se produjo en 1957, dando lugar a la formación de la Comunidad Económica Europea, que posteriormente se convertiría en la Unión Europea, pero pueden citarse otros numerosos ejemplos de tales instrumentos, entre ellos el Acuerdo sobre la Unidad Económica Árabe de 1957, el Acuerdo de Cartagena de 1969 que creó el Mercado Común Andino, y el Acuerdo de 1973 que creó el Mercado Común del Caribe. En algunos casos, los países firmaron unos acuerdos de liberalización que inicialmente no abordaban la cuestión de la inversión, aunque posteriormente lo harían. Como ejemplo cabe citar la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), ambas creadas en 1960.

Como estos ejemplos indican, los primeros acuerdos plurilaterales que abordaban cuestiones relacionadas con la inversión tendían a ser firmados por países de la misma región y con el mismo nivel de desarrollo económico. Lo más probable era que, si dos países de distinta región o con un nivel distinto de desarrollo económico querían negociar una norma internacional, esa norma se negociara de forma bilateral. Los Estados Unidos, por ejemplo, empezaron a negociar en 1945 una serie de tratados de amistad, comercio y navegación que, aunque se referían principalmente al comercio, incluían diversas disposiciones de protección de la propiedad, por ejemplo, la garantía de un trato justo y equitativo, una protección conforme con el derecho internacional consuetudinario, y una compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación. Estas disposiciones estaban redactadas de forma tal que protegían la propiedad en general, y no las inversiones *per se*. A lo largo de veinte años los Estados Unidos concluyeron acuerdos de este tipo con países tanto desarrollados como en desarrollo.

En 1959, Alemania y el Pakistán concluyeron el primer tratado bilateral dedicado exclusivamente a la protección de la inversión. A partir de entonces, Alemania siguió negociando otros TBI, y pronto siguieron sus pasos otras naciones europeas. Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Suecia y Suiza concluyeron sus primeros TBI entre 1960 y 1966.

Estos TBI tenían varias características comunes. Primero, como su mismo nombre indica, se concluían únicamente entre dos países. Segundo, normalmente estos dos países eran un país desarrollado y un país en desarrollo. Tercero, los TBI abordaban directamente la promoción y la protección de la inversión, pero lo normal era que la promoción se limitara únicamente a su protección. Es decir, sólo en contadas ocasiones se establecían disposiciones directas de promoción de la inversión que no se relacionaran con su protección. El supuesto en que se basaba este hecho era que el tratado debía proteger las inversiones del país desarrollado en el territorio del país en desarrollo y que, de este modo, se atraerían nuevas inversiones del país desarrollado en el país en desarrollo.

Aunque sólo se firmaron 72 TBI entre 1959 y 1969, este período fue importante porque en él se fijó el modelo básico al que se ajustaría la mayoría de los TBI que se concluyeron durante los cuarenta años siguientes. Este modelo incluía la garantía del trato nacional y del trato de la nación más favorecida (NMF) para las inversiones, un trato justo y equitativo, un trato conforme con el derecho internacional consuetudinario, una garantía de compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación, un derecho de libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión y disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estados y entre Estados.

Los países desarrollados procuraron concluir también acuerdos regionales o multilaterales para aumentar la protección de las inversiones, pero con distinto éxito. En 1965, el Banco Mundial abrió a la firma el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Este Convenio creaba el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que se encargaría de realizar arbitrajes en caso de diferencias entre inversores y Estados, mecanismo que pronto se generalizaría en los TBI. En 1967, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) preparó un proyecto de Convención sobre la protección de los bienes extranjeros. Esta Convención no llegó a ser

abierta a la firma pero contribuyó a difundir la idea de que los países desarrollados debían dar una mayor uniformidad a la protección que garantizaban sus TBI.

También los países en desarrollo procuraron cumplir sus objetivos, establecer obligaciones vinculantes para los inversores y proteger su autonomía reguladora interna, adoptando en 1974 la resolución de las Naciones Unidas que pedía el establecimiento de un Nuevo Orden Económico y Social. Este Nuevo Orden incluía el derecho a expropiar inversiones extranjeras según los términos que establecieran las leyes nacionales únicamente. Esta aspiración, junto con las nuevas olas de expropiaciones de los años setenta, motivaron que nuevos países desarrollados iniciaran la negociación de TBI. Austria, los Estados Unidos, el Japón y el Reino Unido iniciaron programas de negociación de TBI a mediados de los años setenta. El programa de TBI de los Estados Unidos tuvo especial importancia porque estos TBI, además de las disposiciones de protección de la propiedad típicas de los TBI europeos, establecía el derecho al trato nacional y al trato NMF para el establecimiento de inversiones, con las excepciones que se exponían en un anexo.

Según aumentaba el número de países que concluían TBI se aceleraba ligeramente el ritmo de las negociaciones. En los años setenta, se concluyeron 166 TBI, es decir, 1,3 por mes. En otras palabras, el ritmo era cerca de dos veces más rápido que en el decenio anterior. La velocidad se aceleró todavía más en los años ochenta, en los que se concluyeron 386 TBI, unos 3 por mes. Sin embargo, esta cifra puede ser engañosa ya que la mayoría de estos acuerdos se firmaron al final del decenio, cuando el sistema de AII había entrado ya en la segunda etapa de posguerra.

A principios de los años ochenta se produjo otro intento de establecer normas multilaterales para la inversión. El proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las empresas transnacionales constituyó un intento de establecer directrices para el comportamiento de estas empresas a fin de que contribuyeran al cumplimiento de las metas y objetivos de desarrollo de los países en los que operasen. El Código intentaba facilitar también la cooperación de, y entre, los países con respecto a las empresas transnacionales y allanar las dificultades que planteaba el carácter internacional de estas empresas y la consiguiente diversidad de leyes y culturas. Las negociaciones fracasaron porque los países no pudieron ponerse de acuerdo sobre si los inversores extranjeros debían ser sometidos a

obligaciones de carácter multilateral, y en qué medida, y sobre la naturaleza de estas obligaciones.

### **B. Segunda etapa: de 1989 a la actualidad**

A fines de los años ochenta hubo una serie de acontecimientos políticos y económicos que modificaron sustancialmente el clima en que se estaban negociando AII. El resultado fue que se abrió una segunda etapa en la evolución de posguerra del sistema de AII.

La crisis de la deuda soberana de los años ochenta hizo que los bancos comerciales se mostraran menos dispuestos a conceder crédito a los países en desarrollo. Éstos, que sólo disponían de la ayuda limitada que podían ofrecerles las instituciones financieras internacionales y otras fuentes oficiales, fueron gradualmente reconociendo que la fuente de más fácil acceso para obtener capital con que satisfacer su necesidad de desarrollo era la inversión extranjera. Además, la inversión extranjera directa abría la posibilidad de obtener tecnología, formación, capacitación y acceso a los mercados, y por consiguiente era un medio relativamente atractivo para ampliar la base de capital disponible.

Al mismo tiempo, el rápido desarrollo de varias economías de Asia Oriental que aplicaban unas políticas de crecimiento apoyado en la exportación, en contraste con los países del África Subsahariana y de América Latina, que en muchos casos aplicaban políticas de sustitución de importaciones, ponía de manifiesto la trascendencia que podía tener para el desarrollo económico la participación en el mercado global. Además, los países de Europa oriental o que formaban parte de la Unión Soviética iniciaban a finales de los años ochenta la transición del socialismo a una economía basada en el mercado.

El resultado neto de todas estas tendencias fue que a finales de los años ochenta hubiera un gran número de países en desarrollo que abrían su economía a las fuerzas del mercado y procuraban atraer inversión extranjera. Un análisis realizado por la UNCTAD de 895 modificaciones de las políticas nacionales de IED durante el período 1991-1998 permitió establecer que el 94% de las modificaciones tuvieron por objeto establecer un clima más favorable a la inversión, y no al contrario. Otro camino seguido por los países en desarrollo para atraer inversión extranjera fue concluir AII, en especial TBI, que establecieran un clima estable y transparente para la inversión en sus países. Se esperaba que de este modo se daría mayor confianza a los inversores y se contribuiría a que aumentaran los flujos inversores. El

resultado fue que creció mucho el número de TBI negociados. Mientras que durante los treinta años comprendidos entre 1959 y 1989 se concluyeron menos de 400 TBI, en los últimos quince años se firmaron unos 2.000.

El nuevo consenso se reflejó también en la conclusión, en la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, de tres acuerdos multilaterales que incluyen disposiciones relacionadas con la inversión. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), de la OMC, establece un mecanismo para liberalizar la inversión en el sector de servicios. El Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) prohíbe la imposición a la inversión extranjera de ciertas prescripciones de resultados que son incompatibles con el trato nacional o con los requisitos que establece el GATT para imponer restricciones cuantitativas. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) obliga a los Estados miembros a establecer determinadas medidas de protección de la propiedad intelectual frente a infracciones.

Los acuerdos de la Ronda Uruguay suponen dos cambios. El primero, el reconocimiento creciente de la conexión entre el comercio y la inversión. Lejos de considerarlos medios alternativos para obtener recursos u operar en el mercado, pasaron a considerarse medios complementarios, de forma que un amplio segmento del comercio mundial se produce entre empresas filiales. Por eso, cada vez fue más frecuente que los acuerdos bilaterales, regionales, interregionales, intrarregionales y plurilaterales incluyeran normas internacionales relativas a la inversión que regulaban, y trataban de facilitar las transacciones comerciales y la inversión. Estos acuerdos, además de contener un conjunto variable de disposiciones de liberalización y de promoción del comercio, incluían compromisos de liberalizar, proteger y/o promover las corrientes inversoras entre las partes.

Como sugiere lo anterior, el segundo cambio fue la consolidación de la liberalización como dimensión importante de algunos AII. En un plazo de pocos años, el Canadá y el Japón empezaron a añadir a sus TBI compromisos de liberalización similares a los incluidos por los Estados Unidos en sus TBI. También se establecieron obligaciones de liberalización, por ejemplo, en el Acuerdo Marco de la ASEAN sobre el Área de Inversiones de la ASEAN, el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre Panamá y Singapur (2006) y el Acuerdo de Asociación Económica entre Nueva Zelandia y Tailandia (2005).

Las mismas dos tendencias se reflejaron también en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) firmado por el Canadá, los Estados Unidos y México. El TLCAN hace referencia principalmente al comercio, pero incluye un amplio capítulo dedicado a la inversión que contiene disposiciones de liberalización y protección similares a las que pueden encontrarse en los TBI concluidos por los Estados Unidos, aunque más extensas y detalladas en algunos aspectos.

A finales de los años ochenta y principios de los noventa se firmaron nuevos acuerdos de inversión a escala plurilateral, pero también a escala regional y sectorial. En 1987, los países de la ASEAN adoptaron un Acuerdo de promoción y protección de las inversiones. En 1994, unos 50 países, incluidos todos los de Europa, la antigua Unión Soviética, así como Australia, el Japón y Mongolia concluyeron el Tratado sobre la Carta de la Energía<sup>1</sup>. Este Tratado incluye tanto medidas de protección de las inversiones como disposiciones de liberalización, aunque sólo sea aplicable a las inversiones en el sector energético.

Sin embargo, no todos los esfuerzos que se hicieron en los años noventa a escala multilateral culminaron con éxito. A mediados de los años noventa, la OCDE lanzó la negociación de un Acuerdo Multilateral sobre la Inversión (AMI), que incluiría disposiciones de la liberalización y protección de las inversiones (UNCTAD 1999a). Su objetivo era convertirse en un acuerdo riguroso que sería adoptado inicialmente por los países de la OCDE pero a continuación quedaría abierto a la firma de los países en desarrollo y con economías en transición. Las negociaciones fracasaron en no pequeña medida debido a que los países participantes ofrecían ya a través de sus leyes internas unos niveles de protección y apertura tan elevados que simplemente lo que podía ganarse con el acuerdo no bastaba para justificar el mantenimiento de las negociaciones. Además, el acuerdo en último extremo suscitó una firme oposición por parte de diversas organizaciones no gubernamentales que temían que impediría a los Estados adoptar unas normas laborales y ambientales más exigentes. Los países en desarrollo estaban preocupados por la posibilidad de un "*fait accompli*" y rechazaron la idea de un AMI en cuya negociación no habían participado. También se mostraron en desacuerdo con el elevado grado de protección y liberalización de las inversiones previsto en el proyecto de AMI.

A partir de la Conferencia Ministerial de Singapur, celebrada en 1996, la OMC inició el análisis y debate de la relación entre el comercio y la inversión

a escala internacional, y sus repercusiones en el crecimiento económico y el desarrollo. En la Conferencia Ministerial de Doha (Qatar), celebrada por la OMC en 2001, se acordó que después de la Quinta Conferencia Ministerial, que se celebraría en Cancún (México) en 2003, se entablarían negociaciones para establecer un acuerdo referente a la inversión sobre la base de una decisión que habría de adoptarse, por consenso expreso, en esa Conferencia sobre las modalidades de las negociaciones. Sin embargo, no pudo llegarse a un consenso debido a las divergencias de intereses en las negociaciones sobre la inversión y en otras esferas, y por consiguiente se decidió en agosto de 2004 dejar de plantearse esta cuestión en el marco del programa de Doha.

Al iniciarse el nuevo siglo, varios países empezaron a negociar acuerdos bilaterales de libre comercio similares al TLCAN en tres aspectos importantes. Primero, estos acuerdos incluyen un amplio capítulo dedicado a la inversión que contiene disposiciones semejantes a las que figuran en los TBI. En efecto, es como si se incorporara un TBI en un acuerdo de libre comercio. Segundo, con frecuencia son concluidos por un país desarrollado y un país en desarrollo. Estos acuerdos van más allá que el TLCAN porque es frecuente que se concluyan entre países que ni siquiera pertenecen a la misma región. Tercero, el TLCAN incluía algunas disposiciones más elaboradas que las que se encontraban normalmente en los TBI, en especial en lo referente a la solución de controversias entre un inversor y un Estado, y estas disposiciones más elaboradas se abrieron paso y fueron incorporadas a los ALC posteriores al año 2000, en particular los concluidos por los Estados Unidos.

Estos acuerdos han dado origen a un nuevo tipo de AII que tiene componentes dedicados tanto al comercio como a la inversión. Además, estos tratados incluyen con frecuencia otros elementos que a continuación se explicarán. Por otro lado, normalmente sus disposiciones son más específicas, complejas y elaboradas, y su número aumenta rápidamente.

#### **Nota**

<sup>1</sup> Sin embargo, este Tratado no ha sido ratificado por Australia, Belarús, la Federación de Rusia, Islandia y Noruega.

## II. EL UNIVERSO DE AII A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

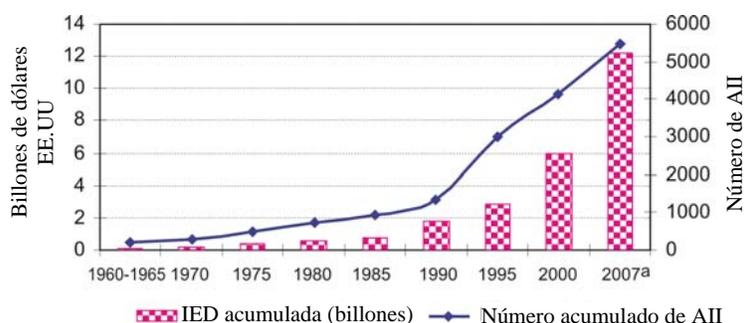
### A. Evolución del universo de AII

#### 1. Expansión continua de este universo

El tamaño y la complejidad del universo de AII, en paralelo con el rápido crecimiento de la IED en los últimos decenios, han ido en aumento. Durante el período transcurrido desde la conclusión del primer TBI en 1959 hasta mediados de los años noventa el número de tratados aumentó de forma bastante moderada, pero a partir de ese momento la red de AII empezó a ampliarse. Hasta mediados de los años noventa, la mayor parte de los AII se concluían bajo la forma de TBI, pero durante los últimos dos años se ha despertado un gran interés por los ALC y otros tratados de cooperación económica que incluyen disposiciones referentes a la inversión (figura 1).

Desde el primer momento, los países desarrollados han sido los actores principales en el universo de AII (figura 2). Sin embargo, recientemente se ha registrado un cambio de sentido y ha aumentado la importancia de los países en desarrollo (véase *infra*). Entre los países en desarrollo, los de la región de Asia y el Pacífico forman el grupo más activo, seguidos por los países de África, América Latina y el Caribe. Esta pauta es común a todos los AII.

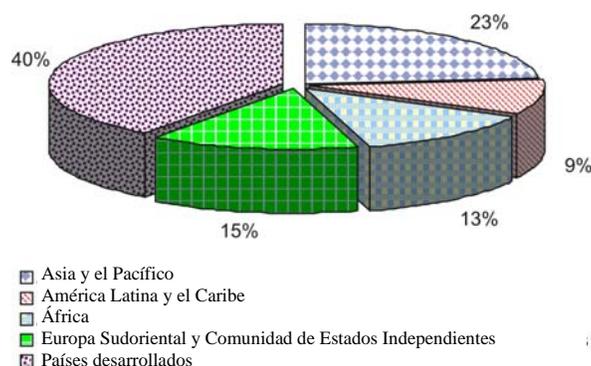
**Figura 1. Incremento del número de AII y de la IED acumulada (1960-2007)<sup>a</sup>**



Fuente: UNCTAD.

<sup>a</sup> La cifra de IED acumulada corresponde a 2006.

**Figura 2. Distribución regional de los AII (a finales de 2007)**



Fuente: UNCTAD.

<sup>a</sup> Las cifras incluyen numerosas duplicaciones (por ejemplo, los TBI concluidos por países de Asia y África están incluidos en *ambas* regiones).

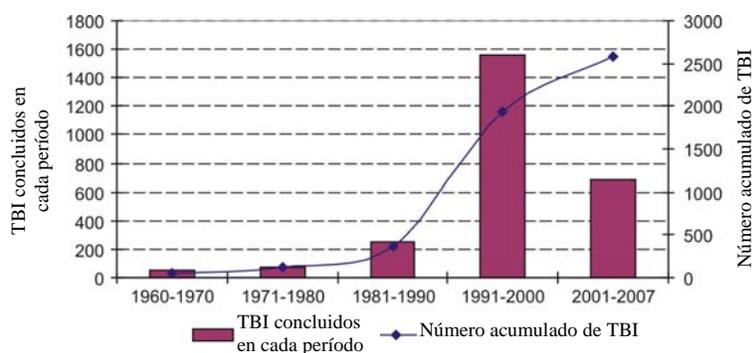
*a) Tratados bilaterales de inversión*

El número total de TBI era superior a 2.600 a finales de 2007 (figura 3). Aunque los TBI sigan siendo, con mucho, el tipo más común de AII (aproximadamente el 47% de los AII concluidos son TBI), el número de los concluidos anualmente ha ido creciendo cada vez con mayor lentitud desde 2001. El mayor aumento del número anual de TBI negociados se produjo en los años noventa, período en el que se concluyeron 147 acuerdos cada año.

El país más activo en la conclusión de TBI ha sido Alemania, seguida por China y Suiza (figura 4).

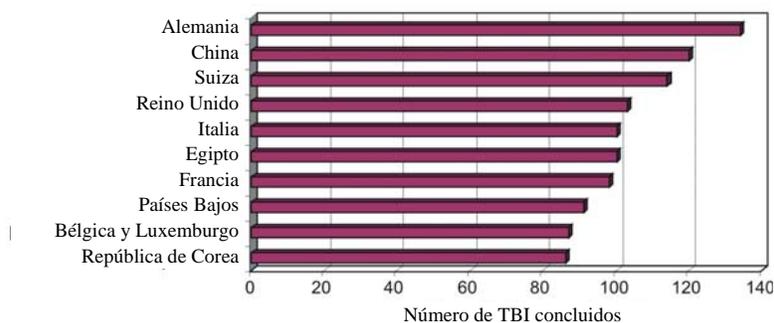
Los países desarrollados son el factor dominante, ya que participan en el 60% de todos los TBI. Sin embargo, este porcentaje ha ido disminuyendo debido al ascenso de los países en desarrollo y las economías en transición como defensores activos de los TBI. Los dos últimos grupos de países citados representan el 76 y el 26%, respectivamente, del universo de TBI. Entre los países en desarrollo, los de Asia y el Pacífico habían concluido a finales de 2007 más de 1.050 TBI, situándose a continuación los de África (más de 690) y los de América Latina y el Caribe (más de 485) (UNCTAD de próxima publicación a).

**Figura 3. Número de TBI concluidos, por período (1960-2007)**



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

**Figura 4. Número de TBI concluidos por las diez economías que han firmado más acuerdos de este tipo, finales de 2007**



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

La entrada en vigor de los TBI permite que cumplan la función que tienen asignada como instrumentos jurídicamente vinculantes de promoción y protección de la inversión extranjera. Según la información que recoge la base de datos de la UNCTAD (abril de 2006), un 76% de los TBI ha entrado en vigor. Este porcentaje aumenta casi constantemente a medida que los acuerdos van cumpliendo años (UNCTAD 2006a).

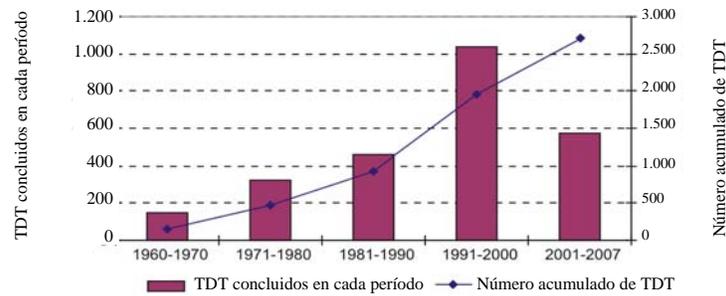
Un acontecimiento más reciente es la renegociación de los TBI vigentes. A finales de 2007 se habían renegociado 120 TBI entre países. Un motivo importante de esta evolución es el deseo de las partes contratantes de actualizar "viejos" tratados incluyendo en ellos normas "modernas" de protección, como las relativas al trato nacional y a la solución de controversias entre inversores y Estados. En algunos casos, sin embargo, la intención de las partes contratantes es aclarar las disposiciones del tratado anterior y replantear el equilibrio entre los intereses privados y los públicos en los AII. Los países más activos en la renegociación de TBI han sido Alemania (13), China (12), Marruecos (12), Egipto (11) y Bélgica-Luxemburgo (9).

*b) Tratados sobre doble tributación*

El número total de TDT era superior a 2.700 a finales de 2007 (figura 5)<sup>2</sup>. La distribución regional de los TDT (por grupos de países) muestra que el 38% del total fueron concluidos entre países en desarrollo y países desarrollados, mientras que el 16% lo fueron por dos países en desarrollo. El porcentaje de TDT entre países desarrollados (24%) es considerablemente superior al de TBI, lo que puede explicarse por el hecho de que en estos países la doble tributación constituye una amenaza mayor que los riesgos políticos. Los países de Asia y el Pacífico son los más activos, pues a finales de 2007 habían concluido 1.013 TDT, seguidos por África (459) y América Latina y el Caribe (319). A escala nacional, los países que han firmado el mayor número de tratados son los Estados Unidos (153), el Reino Unido (151) y Francia (133). Entre los países en desarrollo, los países que habían firmado más tratados a finales de 2007 eran China (99), la República de Corea (81) y la India (79).

*c) Acuerdos de inversión y comercio preferencial*

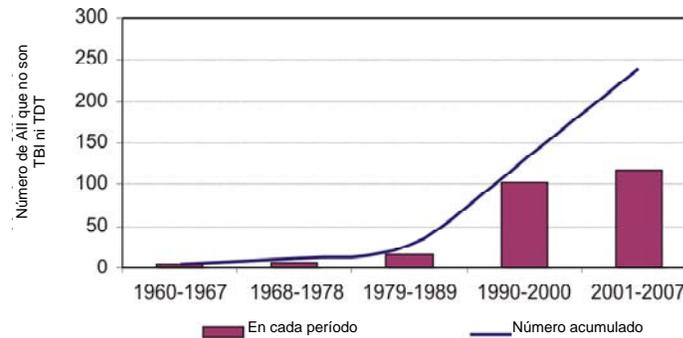
Otro acontecimiento importante de los últimos años en el proceso internacional de regulación de la inversión ha sido la normativa que incorporan los acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP). A finales de 2007 estaban en vigor 254 AICP en los que participaban 63 países (figura 6)<sup>3</sup>. Aunque el número total de AICP es todavía pequeño en comparación con el de TBI (menos del 10%), casi se ha duplicado en los últimos cinco años. Además, a finales de 2007 se estaban negociando al menos 75 acuerdos en los que participaban 110 países. Este hecho indica que el número de tratados de este tipo sufrirá un incremento todavía más pronunciado en el futuro.

**Figura 5. Número de TDT concluidos, por períodos, 1960-2007**

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

Los AICP pueden establecer obligaciones vinculantes para las partes contratantes en lo que respecta a la admisión y protección de la inversión extranjera (UNCTAD 2006b). El alcance de los compromisos de protección que suponen estos AICP es comparable al de los TBI. Como ejemplos recientes cabe citar el Acuerdo de Asociación Económica entre el Japón y Tailandia (2007) y el ALC entre los Estados Unidos y la República de Corea (2007). Sin embargo, otros acuerdos establecen sólo un marco de cooperación entre las partes contratantes. Esa cooperación consiste a menudo en la creación de un marco institucional para el seguimiento de las cuestiones relacionadas con la inversión, y en el establecimiento de plazos para la puesta en marcha de negociaciones futuras sobre la liberalización y/o la protección de la inversión. Un ejemplo reciente de este tipo de acuerdo es el Acuerdo Marco de Comercio e Inversión entre los Estados Unidos y la ASEAN de 2006.

Figura 6. Aumento de los AICP, 1960-2007



Fuente: UNCTAD.

## 2. Ampliación del alcance, la complejidad, la diversidad y las interacciones del universo de AII

### a) Alcance de los AII

En términos numéricos, el sistema de AII sigue dominado por los TBI tradicionales, que atribuyen más importancia a la protección de la inversión extranjera, como sucede en particular con los TBI Sur-Sur. No obstante, un número cada vez mayor de TBI incluye disposiciones más detalladas de protección de la inversión y además compromisos de liberalización (UNCTAD 2007c).

Además, las disposiciones que regulan la inversión se formulan cada vez más a través de acuerdos que también abordan otra amplia gama de cuestiones, entre ellas, y en primer lugar, el comercio de bienes y servicios, pero también los derechos de propiedad intelectual, las políticas de competencia, la contratación pública, la entrada temporal de personas de negocios, la transparencia, el medio ambiente y los derechos laborales. Un número cada vez mayor de países prefieren regular la protección tradicional de la inversión y el tema más reciente de la liberalización de la inversión a través de acuerdos más amplios de este tipo en los que esas disposiciones se integran en un marco más amplio de integración económica. Aunque los TBI siguen siendo más numerosos que los AICP, éstos ocupan un lugar mucho

más prominente en el universo de los AII que diez años antes. Por eso, el sistema de AII cada vez es más multifacético y complejo (véase la sección III.B.1 *infra*).

Los AICP concluidos recientemente por países como Australia, Chile, los Estados Unidos, el Japón y Singapur tienen un carácter especialmente amplio y detallado. Por eso, la negociación de AII ha dejado de pertenecer al dominio exclusivo de los expertos en inversión, y potencialmente exige una gama más amplia de conocimientos especializados que antes. Este hecho puede ser un reto de difícil solución para los países en desarrollo, que disponen de recursos limitados para dedicarlos a la negociación de tratados y el cumplimiento de obligaciones (véase la sección III.A *infra*).

Sin embargo, no todos los AII recientes siguen esa tendencia a que aumente su alcance. Algunos acuerdos recientes han seguido dando a la inversión una cobertura reducida. Estos tratados se limitan a establecer un marco de cooperación para la promoción de inversiones. La cooperación prevista tiene por objetivo normalmente establecer unas condiciones favorables para la inversión, principalmente el intercambio de información. También es común que estos acuerdos creen comités consultivos (o alguna institución similar) entre las partes para que se encarguen del seguimiento de los compromisos negociados, y que debatan y analicen los posibles obstáculos al acceso a los mercados y al establecimiento de inversiones.

#### b) Complejidad de los AII

El contenido de las normas internacionales de inversión cada vez es más complejo. Este fenómeno puede deberse al deseo de que los AII aborden más dimensiones de una transacción que antes. Como ya se ha indicado, los AII tienen un carácter cada vez más multifacético y ya no se limitan a los problemas de la inversión *per se*.

La mayor complejidad puede deberse también al deseo de definir con mayor detalle las obligaciones y de aclarar de este modo su alcance y aplicación. Como ejemplo cabe citar algunas disposiciones recientes que aclaran el significado de "trato justo y equitativo" y el concepto de "expropiación indirecta", que se examinan en el siguiente apartado. El efecto de una aclaración puede ser que se reduzca el alcance que una disposición hubiera tenido de no ser por ella. Así pues, una disposición más compleja puede ser menos exigente. Por otro lado, la mayor complejidad puede deberse también al deseo de imponer unas obligaciones más rigurosas. Por ejemplo, algunas disposiciones sobre las prescripciones de resultados han

adquirido mayor complejidad a medida que los países han intentado ampliar su alcance (UNCTAD 2006c).

La mayor complejidad de los acuerdos se puede observar también en las disposiciones de procedimiento de los AII. Por ejemplo, algunos AII recientes han introducido novedades importantes en sus procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados, abordando cuestiones tales como la apertura de las audiencias al público, la disponibilidad pública de las comunicaciones, la autorización para que terceros que no intervienen en la controversia presenten comunicaciones, la consideración de las cuestiones preliminares antes de que se considere cualquier otra cuestión o la remisión de las controversias conexas a un solo tribunal para que éste dictamine. En caso de que el AII no establezca nada concreto, estas cuestiones las resuelve el tribunal. Al abordarlas en un AII, las partes pretenden asegurarse de que se resolverán de forma favorable para sus intereses, por ejemplo, facilitar la economía judicial y la legitimidad pública del proceso. Además, si estas cuestiones se abordan en un AII aumenta la transparencia y la previsibilidad ya que se anuncia previamente a las partes en una posible controversia cómo se resolverán determinadas cuestiones de procedimiento.

El hecho de que los AII se hayan ido convirtiendo en acuerdos cada vez más complejos y diversificados abre nuevas posibilidades, pero plantea también a los países, en particular los países en desarrollo, retos sin precedentes. La mayor diversidad de los tratados constituye una oportunidad para que países de distinto nivel de desarrollo económico y de regiones diferentes elijan el enfoque de promoción de las corrientes internacionales de inversión que refleje mejor sus circunstancias especiales. Al mismo tiempo, cuantas más cuestiones aborde un AII y cuanto más elaborado sea su tratamiento, más complejo será y mayores posibilidades habrá de que se produzcan duplicaciones e incongruencias (véase la sección III.B.1 *infra*).

*c) Diversidad de los AII*

El mayor alcance y la mayor complejidad de los AII, combinados, han motivado también su mayor diversidad. La consecuencia es que los AII tienen hoy una estructura mucho más diversa.

Durante la primera etapa de la posguerra, los AII eran en gran parte acuerdos multilaterales de liberalización firmados por países de la misma región y al mismo tiempo con un nivel parecido de desarrollo económico y TBI entre un país desarrollado y un país en desarrollo. En la actualidad, los

acuerdos pueden ser multilaterales, plurilaterales, regionales, interregionales o bilaterales y, con independencia del nivel en que hayan sido negociados, pueden suponer la liberalización, la protección, la promoción o la regulación de la inversión. En ellos pueden participar países del mismo nivel de desarrollo económico, o de nivel distinto. Pueden abordar sólo un número reducido de cuestiones o bien prever una amplia integración económica. Pueden ser sencillos o muy complejos. Así pues, cada vez es más difícil hablar en términos significativos de un AII "típico".

*d) Interacciones dentro del universo de AII*

A medida que aumenta el número de AII aumentan también las posibilidades de que una parte individual concreta se encuentre ante una acumulación de obligaciones superpuestas que derivan de distintos acuerdos. El mismo país puede estar vinculado con otro por las disposiciones relativas a la inversión incluidas en los acuerdos bilaterales, regionales, sectoriales o multilaterales que hayan firmado ambos. Por ejemplo, un país miembro de la UE puede resultar obligado con otros miembros de la UE por disposiciones relativas a la inversión de los TBI, el Tratado de la UE, el Tratado de la Carta de la Energía o los Acuerdos del FMI y la OMC. Cuanto más frecuente sea concluir ALC que incluyan disposiciones relativas a la inversión, mayor superposición de disposiciones se producirá con los TBI. Así pues, en determinadas circunstancias puede plantearse que haya más de un AII que sea potencialmente aplicable a una transacción concreta relacionada con una inversión determinada. Este hecho plantea la cuestión de la coherencia entre los tratados que se superponen (véase la sección III.B.1 *infra*).

Además, la cláusula NMF, que incluyen prácticamente todos los AII, produce una interacción entre los tratados. Por definición, esta cláusula tiene el efecto de hacer aplicables, en el contexto del acuerdo que incluye la cláusula NMF, las disposiciones de otro AII que sean más favorables (UNCTAD 1999b). Al ampliarse el universo de AII, aumentan también las posibilidades de tales interacciones. Sin embargo, cada vez resulta más difícil valorar la repercusión de esta interacción en la norma final aplicable, a la vista de algunos laudos contradictorios recientes (véase la sección III.B.1 *infra*).

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

Otro acontecimiento importante ha sido el aumento de las controversias entre inversores y Estados en los últimos años. A finales de 2007, el número de casos conocidos de solución de controversias basadas en las disposiciones

de un tratado entre inversores y Estados se elevaba a 290 (figura 7)<sup>4</sup>. De este total, 182 se sometieron al CIADI. La mayoría de los otros casos se iniciaron con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (80) o al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (14).

Hasta abril de 1998, sólo se habían sometido 14 casos al CIADI, el foro de arbitraje utilizado con mayor frecuencia para resolver controversias sobre los TBI, y sólo se habían emitido dos laudos y se habían concertado dos arreglos extrajudiciales. Sin embargo, a partir de finales de los años noventa, el número de casos creció enormemente, llegando a su máximo anual en 2005.

El aumento del número de demandas puede atribuirse a varios factores. En primer lugar, la intensificación de las corrientes internacionales de inversión hace que surjan más ocasiones de controversia, lo que, sumado a la proliferación de AII, redundan en un aumento del número de casos planteados. En segundo lugar, al crecer el número de AII aumenta la probabilidad de que las controversias entre inversores y Estados se refieran a supuestas violaciones de las disposiciones de un tratado. Otro factor que contribuye a dar mayor relieve a este mecanismo jurídico de solución de controversias es la mayor transparencia del arbitraje (por ejemplo, las disposiciones al respecto del TLCAN) (UNCTAD 2005b).

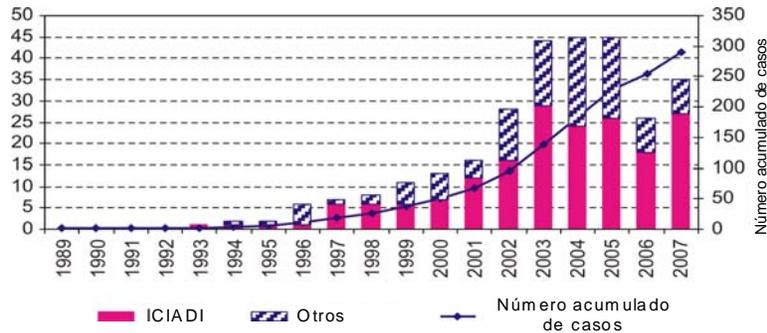
La mayoría de los casos conocidos (39%) se relacionaba con el sector de los servicios (con inclusión de la distribución de electricidad, las telecomunicaciones, los instrumentos de deuda, los servicios de abastecimiento de agua y la gestión de residuos), el 24% se relacionaban con la minería y la búsqueda de petróleo y gas, y otro 31% se relacionaba con el sector de la manufactura. Se desconocen los sectores relacionados con el 6% restante.

Por lo menos 73 gobiernos -44 de países en desarrollo, 15 de países desarrollados y 14 de Europa Sudoriental y la CEI- se han enfrentado a procedimientos de arbitraje basados en acuerdos de inversión, encabezando la lista la Argentina (46 demandas), seguida por México (18) y la República Checa (14) (UNCTAD 2008b).

Los procedimientos de arbitraje se han referido a todo tipo de inversiones en actividades muy diversas, incluidos contratos de privatización y concesiones estatales. Las controversias se han basado en las disposiciones básicas, como las referentes al trato justo y equitativo, la no discriminación,

las expropiaciones y el ámbito de aplicación de los acuerdos y su definición de "inversión".

**Figura 7. Procedimientos de arbitraje basados en tratados de los que se tiene constancia (número acumulado y nuevos casos, 1989-2007)**



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

Este aumento de las controversias basadas en las disposiciones de los AII relativas a la inversión se puede considerar que es una manifestación del imperio de la ley y por consiguiente un indicio de que los AII contribuyen a crear un clima favorable para la inversión en los países receptores. A menudo, en las controversias entre inversores y Estados los laudos han ayudado a aclarar el significado de algunas disposiciones de los tratados, aumentando de este modo la transparencia del sistema de AII mediante un cuerpo consolidado de jurisprudencia. Sin embargo, ha habido también algunos laudos que han contribuido a crear incertidumbre por su incongruencia con los demás. Además, se ha expresado preocupación ante el costo potencialmente elevado del arbitraje, en particular para los países en desarrollo que tienen limitaciones financieras. Esta preocupación aumenta ante la posibilidad de que se entablen múltiples procedimientos sobre una misma serie de hechos (UNCTAD 2005b, 2003a).

Las consecuencias financieras de los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados pueden ser sustanciales. Las demandas y los laudos a veces hacen referencia a grandes sumas, en algunos

casos de cientos de millones de dólares. El costo de una defensa frente a una reclamación, aunque tenga éxito, puede ser también importante.

Estas preocupaciones han motivado que se dieran algunos pasos para reformar el sistema del CIADI así como para revisar varios TBI utilizados como modelo (UNCTAD 2007a). Las últimas revisiones incluyen importantes innovaciones destinadas a lograr una mayor previsibilidad, transparencia y coherencia del proceso.

#### 4. Mayor intervención de los países en desarrollo

A finales de 2007 había más de 2.000 TBI, más de 1.600 TDT y aproximadamente 200 AICP en los que eran parte países en desarrollo. Actualmente tres países en desarrollo (China, Egipto y República de Corea) figuran entre los 10 principales signatarios de TBI de todo el mundo (figura 3). Sin embargo, hay excepciones: los países menos adelantados (PMA), que reciben menos del 1% de las entradas mundiales de IED, han concluido más de 400 TBI, cerca de 200 TDT y casi 40 AICP (cuadro 1).

**Cuadro 1. Acuerdos internacionales de inversión concertados, por regiones (finales de 2007)**

Región	TIB		TDT		Otros AII	
	2007	Número acumulado	2007	Número acumulado	2007	Número acumulado
Asia y el Pacífico	23	1.068	23	1.013	6	104
América Latina y el Caribe	4	485	5	319	4	73
África	11	696	11	459	2	38
Europa Sudoriental y CEI	11	581	28	618	-	37
Países desarrollados	25	1.652	51	2.012	10	157
Países en desarrollo	39	1.982	36	1.649	12	213
Sur-Sur	13	692	8	442	3	94
Países menos adelantados	5	439	6	195	2	41 <sup>a</sup>

Fuente: UNCTAD.

*Nota:* Estas cifras reflejan múltiples repeticiones (por ejemplo, los TBI concluidos entre países de Asia y África se incluyen en la lista de *ambas* regiones). Por tanto, el total neto de cada categoría de AII es inferior a la suma de las cifras parciales.

Además de estas tendencias generales, el papel de los países en desarrollo en la regulación internacional de la inversión está evolucionando en dos sentidos importantes.

Primero, se ha producido un aumento sustancial del número de AII concluidos entre países en desarrollo. Por ejemplo, a finales de 2007 se habían concluido más de 690 TBI entre países en desarrollo, poco más o menos el 27% del total de TBI. También a finales de 2007 había más de 90 AICP Sur-Sur.<sup>5</sup> El incremento de la IED procedente del sur significa que algunos países en desarrollo se están convirtiendo en economías de origen, y no sólo receptoras.

Segundo, varias economías emergentes (por ejemplo, Brasil, China, India y Sudáfrica) se han convertido en importantes inversores en el último par de años. Eso marca el inicio de una fase de la globalización, en la que un número cada vez mayor de países en desarrollo ha evolucionado y ha pasado de importador de capital a desempeñar un papel más destacado en la economía mundial. Una alta proporción de las inversiones en el exterior proviene de fondos soberanos. Asimismo, gran parte de estas inversiones en el exterior encuentra su destino en otros países en desarrollo, con frecuencia en la misma región. La evolución de estos países podría tener consecuencias en su poder negociador de AII. Dado que los mercados emergentes se están convirtiendo en fuentes cada vez más importantes de capital, es probable que aumente su apoyo a la regulación internacional, así como su influencia sobre el propio proceso de regulación. La globalización económica está deshaciendo los antiguos bloques monolíticos formados por los países desarrollados y los países en desarrollo, con posiciones diametralmente opuestas con respecto al derecho internacional y la inversión. Los países en desarrollo, que en otro tiempo habían aceptado con renuencia la disciplina internacional de la inversión como precio a pagar para atraer más inversión extranjera, querrán cada vez más que el sistema de AII proteja sus propias inversiones. Sin embargo, las diferencias culturales y regionales pueden originar una serie de planteamientos mucho más diversos sobre el contenido que debe tener un acuerdo de promoción y protección de la inversión.

La mayor diversidad de planteamientos es ya evidente. Lo mismo que algunas economías emergentes se consideran cada vez más exportadoras de capital, y no sólo importadoras, unos pocos países desarrollados, principalmente el Canadá y los Estados Unidos como resultado de la conclusión del TLCAN, han empezado a considerarse importadores de capital *además de* exportadores, y han procurado definir con más cuidado el alcance de las obligaciones establecidas en sus AII.

Al convertirse en fuentes más importantes de inversiones en el exterior, las economías emergentes tienen necesidad de valorar las consecuencias que su doble papel como países receptores pero también como países de origen puede tener en su posición negociadora. Los compromisos que incluyan en los AII para proteger sus inversiones en el exterior pueden limitar su capacidad de regular discrecionalmente la entrada de inversiones. Al mismo tiempo, las disposiciones de los tratados que establecen excepciones en favor de las medidas para proteger la salud, la seguridad, el medio ambiente o la seguridad nacional, aunque aconsejables para proteger un margen de capacidad reguladora discrecional, pueden reducir el alcance de la protección que reciben sus inversores en el extranjero.

Una posible consecuencia de este cambio podría ser una mayor convergencia de opiniones entre las economías convergentes y algunos países desarrollados, al considerarse las primeras cada vez más exportadoras de capital y procurar proteger sus intereses. A su vez, se puede reforzar así la búsqueda de un consenso en apoyo de los principios básicos de protección de la inversión. Sin embargo, también pueden aumentar las diferencias de opinión entre los países en desarrollo, que cada vez tienen menos intereses monolíticos como importadores de capital.

##### **5. ¿Síntomas de una reacción contra los AII?**

La ampliación actual del universo de AII refleja el hecho de que la mayoría de los países siguen considerando que la IED es fundamental para su desarrollo económico y por tanto buscan crear y mantener un clima favorable a la inversión que los haga atractivos para los inversores extranjeros. Por otro lado, la actitud frente a la inversión extranjera ha adquirido recientemente tonos más críticos en varios países, lo que podría tener repercusiones en la futura regulación internacional de la inversión.

En cierta medida, las críticas a la IED pueden deberse a la dinámica natural del proceso de definición de las políticas. Entre finales de los años ochenta y primeros años del nuevo siglo hubo un período de amplio consenso con respecto al valor de la inversión extranjera. A este consenso se llegó cuando muchos países perdieron la confianza en el dirigismo económico y las políticas económicas aislacionistas, llevándolos a buscar una mayor participación en la economía de mercado global. Como sucede siempre que se produce un cambio de políticas, su éxito se valora al cabo de un tiempo y, si los resultados no responden a las expectativas, se reexaminan los fundamentos básicos y en algunos casos se modifican.

En este marco, una crítica que se repite con frecuencia es que los AII no garantizan un efecto suficiente de atracción de la inversión extranjera y de garantía de que los inversores extranjeros contribuirán positivamente al desarrollo económico del país receptor. Todo ello ha hecho que algunos países llegaran a congelar la conclusión de nuevos TBI. Por otro lado, algunos estudios empíricos recientes han llegado a la conclusión de que los AII, en general, tienen un efecto positivo de atracción de inversiones extranjeras<sup>6</sup>. Sin embargo, la mayoría coincide en que los AII son sólo un factor en la creación de un clima favorable a la inversión y que pueden desempeñar un papel más importante en algunos países en desarrollo que en otros.

La actitud más crítica frente a la IED y los AII se debe también a otros factores. El número cada vez mayor de controversias relacionadas con inversiones ha puesto de manifiesto que los AII pueden suponer unos costos financieros directos para los países receptores. En algunos países se ha agudizado la preocupación por la seguridad nacional, dando origen a nuevas sospechas frente a la inversión extranjera, en especial si ésta es realizada por empresas estatales y fondos soberanos, muchas veces con un gran poder financiero. Se ha propuesto que se examinen de cerca estas inversiones debido a la posibilidad de que partes vitales de la economía nacional caigan bajo el control de otros países, que podrían utilizar sus inversiones con fines de política exterior. En algunos países se ha pedido que se reexaminen los contratos de concesión vigentes, que algunos consideran demasiado favorables para el inversor extranjero. Algunos países han pasado de hablar de renegociar o rescindir contratos con inversores extranjeros a hacerlo de expropiar inversiones extranjeras. Se ha manifestado preocupación no sólo por los efectos de las entradas de inversión, sino también por los efectos de las salidas. Tal hecho se refleja, por ejemplo, en la reacción negativa de muchos países a la deslocalización de la producción, que inicialmente afectaba al sector de la manufactura pero que en la actualidad afecta también al sector de los servicios.

Cualquiera que sea la causa, parece que el apoyo a los AII ha disminuido por lo menos en algunos casos. El porcentaje de las medidas reguladoras que representan las modificaciones de las políticas nacionales para hacerlas menos favorables a la IED ha aumentado considerablemente, pasando del 2% o el 3% a finales de los años noventa a cerca del 25% en 2007 (UNCTAD 2008c). Si se suma la creciente preocupación por la dimensión social de la globalización, no cabe excluir que estas tensiones multifacéticas que afectan

a la IED se transformen en un retroceso de la liberalización en general, que puede influir negativamente en la futura regulación de la inversión. Los recientes estudios globales de las perspectivas de la IED en el período 2007-2009 realizados por la UNCTAD confirman esta preocupación. Las empresas transnacionales y los expertos en inversión internacional consideran que el proteccionismo es la principal amenaza para los flujos globales de IED en los próximos años (UNCTAD 2007e).

Estas tendencias podrían dar paso a una tercera etapa de la historia de la regulación internacional de la inversión en la posguerra. La primera etapa se caracterizó por la existencia de dos bloques diametralmente opuestos de países con opiniones contradictorias sobre el papel que debía desempeñar el derecho internacional en la protección de la inversión extranjera, mientras que la segunda lo hizo por el consenso casi universal en favor del desarrollo de un sistema de AII que protegiera la inversión extranjera. La tercera etapa se podría caracterizar por la mayor variedad de perspectivas, que podrían llegar a un consenso sobre determinadas cuestiones fundamentales pero diferir en otros aspectos. Como se explicará a continuación, en los últimos dos años el contenido de los AII se ha diversificado más porque algunos Estados han querido aclarar el alcance de las disposiciones tradicionales de protección de la inversión y añadir nuevas disposiciones de protección y liberalización.

### **B. Principales características del universo actual de AII**

La evolución de la reglamentación internacional de la inversión a lo largo de los últimos decenios ha dado por resultado un complejo entramado de miles de acuerdos. A pesar de su enorme tamaño y de la variedad de enfoques, se pueden establecer algunas características del sistema (UNCTAD 2007a).

El sistema es *universal*, en el sentido de que casi todos los países han firmado al menos un TBI y la gran mayoría de los países son parte en varios, si no muchos, AII. Este nivel notable de actividad negociadora refleja la voluntad de los países en cuestión de añadir una capa de protección, estabilidad, previsibilidad y transparencia que no se limite a sus esfuerzos individuales por atraer IED.

La estructura de los acuerdos está *atomizada*. Consiste en miles de acuerdos distintos que no están coordinados dentro del sistema. A falta de una reglamentación global de la inversión, los países siguen concluyendo

tratados de inversión, perpetuando y ampliando así la complejidad del universo de AII.

Este universo está formado por *múltiples capas* de AII. Actualmente existen AII a escala bilateral, regional, intrarregional, interregional, sectorial, plurilateral y multilateral, y estos AII de distinto nivel pueden superponerse. Así pues, dos países pueden tener obligaciones recíprocas derivadas de acuerdos de distinto nivel que se pueden aplicar simultáneamente a la misma inversión.

El sistema es *multifacético*. Los AII contienen disposiciones que se refieren específicamente a la inversión, pero también contienen otras que abordan cuestiones conexas, como el comercio de bienes, el comercio de servicios, la propiedad intelectual, las normas laborales o la protección del medio ambiente. Estas segundas disposiciones pueden influir en el establecimiento de una inversión o en sus operaciones. Por consiguiente, las obligaciones del país receptor frente a una inversión pueden derivar de cualquiera de las muchas facetas de un AII que no hacen referencia de forma específica a la inversión y que pueden no haber sido diseñadas pensando sobre todo en una política de inversión.

En el fondo, los acuerdos reflejan un *grado considerable de consenso* con respecto a su contenido principal. Una gran mayoría de los acuerdos contiene disposiciones referentes al trato que han de recibir las inversiones y la protección de éstas, como el trato nacional y NMF para las inversiones establecidas, el trato justo y equitativo, la garantía de una indemnización en caso de expropiación, el derecho de transferencia libre de fondos y el consentimiento a la solución de controversias entre inversores y Estados y entre Estados. Sin embargo, el texto de estas disposiciones muestra una gran diversidad, a veces sorprendente. A su vez, otras disposiciones, como las garantías de trato nacional y NMF en el ejercicio del derecho a establecer inversiones y la prohibición de algunas prescripciones de resultados, sólo aparecen en unos pocos acuerdos, a veces con diferencias considerables entre ellos.

El sistema de AII es también *dinámico e innovador*. Por ejemplo, en un número reducido, pero en aumento, de AII se han incluido revisiones de los términos en que se describen las obligaciones sustantivas que ellos mismos establecen, como el significado de "trato justo y equitativo" y el concepto de expropiación indirecta. Otra novedad es que algunos TBI recientes pretenden responder con mayor firmeza a las preocupaciones que suscitan las políticas

públicas de inversión extranjera, optando por la inclusión de cláusulas de exención, que abarcan, por ejemplo, la seguridad nacional y el orden público, la protección de la salud y el medio ambiente, el respeto de los derechos laborales básicos, la diversidad cultural y las medidas prudenciales que afectan a los servicios financieros. También se están produciendo novedades importantes en los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados que establecen los AII firmados por algunos países, con objeto de aumentar la transparencia, promover la economía judicial y facilitar unos resultados razonables y coherentes.

Por un lado, estos acontecimientos demuestran que la regulación internacional de la inversión es flexible y reacciona frente a los nuevos retos, como las preocupaciones de carácter público que está suscitando recientemente la inversión extranjera. Por otro lado, no debe sorprender que, dado que el universo de AII está muy atomizado, cada país busque soluciones individuales para responder a estas preocupaciones, lo que tiene importantes repercusiones en la coherencia general del sistema.

Además, la mayoría de los AII normalmente *sólo tiene un efecto indirecto de promoción de la inversión*. Esto significa que estos AII pretenden atraer la inversión extranjera garantizando su protección y no mediante medidas específicas de promoción de los países de origen o de los países receptores. Los AII pueden llegar incluso a prohibir que los países receptores realicen determinadas actividades concretas de promoción de la inversión, como ofrecer incentivos. La oferta de incentivos a inversores particulares puede ser incompatible con la obligación de trato NMF o con la prohibición de vincular los incentivos con prescripciones de resultados. Se plantea así la cuestión de si puede hacerse más para reforzar el contenido de promoción de la inversión de los AII (véase la sección III.B.3b *infra*).

Igualmente, los AII establecen sobre todo *obligaciones pasivas*. Esto significa que los compromisos asumidos se reducen en la mayoría de los casos a la obligación de abstenerse de alguna conducta concreta que se considere negativa para la inversión en cuestión. Los acuerdos normalmente imponen a los Estados pocas obligaciones de hacer algo concreto. Como excepción cabe citar determinadas medidas de los países de origen, como la oferta de incentivos financieros y fiscales o la promoción activa de la transferencia de tecnología. Sin embargo, pocas veces se incluyen en los AII disposiciones de este tipo (UNCTAD 2001).

Además, los AII *establecen sólo los derechos de los inversores*, pero no dicen nada con respecto a sus obligaciones. Esto significa que los países receptores siguen regulando la inversión extranjera a través de su legislación interna y no imponiendo directamente compromisos a los inversores extranjeros a través de los AII, por ejemplo, estableciendo la responsabilidad social de las empresas. Los países en desarrollo llevan intentando desde hace años, sin éxito, imponer mayores obligaciones a los inversores extranjeros a través de los AII. Para muchos países en desarrollo sigue siendo un reto fundamental conseguir una contribución adecuada de las empresas al desarrollo.

La mayoría de los AII tienen un carácter *principalmente protector, y sólo moderadamente liberalizador*. Es decir, la gran mayoría de las obligaciones tiene por objetivo proteger los flujos de inversión limitando la capacidad reguladora discrecional de los estados receptores. La liberalización pocas veces se consideró un objetivo en los acuerdos concluidos durante el primer medio siglo de la posguerra aproximadamente. De haber un acuerdo de inversión "típico" (y cada vez es menos probable que lo haya) se tratará de un acuerdo próximo al modelo de los primeros TBI europeos de los años sesenta. Sin embargo, todo ha cambiado mucho desde la entrada en vigor del AGCS, los ALC más recientes, el Acuerdo Marco sobre el Área de Inversiones de la ASEAN y los TBI concluidos recientemente por el Canadá, los Estados Unidos y el Japón.

Como instrumento de protección, la mayoría de los acuerdos *contribuyen poco a la transparencia*. Muchos AII contribuyen a la transparencia sólo en la medida en que sus disposiciones son transparentes, pero no exigen la transparencia de la legislación interna de los países receptores. Este rasgo característico es menos predicable de los AICP, que incluyen cada vez más capítulos dedicados a la transparencia que establecen obligaciones de intercambio de información o incluso obligaciones generales de transparencia en el trato dado a la inversión.

La mayoría de los AII vigentes no abordan expresamente las *preocupaciones de desarrollo*, sólo lo hacen de forma marginal. El título de estos acuerdos habla por sí solo: los AII se denominan tratados de promoción y protección de la inversión extranjera, y no de desarrollo económico. Este aspecto sólo se plantea posteriormente, en el preámbulo, que no es jurídicamente vinculante. El objetivo de desarrollo de estos tratados, por consiguiente, es una meta política y no hace referencia expresa a las partes

contratantes que son países en desarrollo, sino al desarrollo económico de todas las partes contratantes con independencia de su situación. Dejando aparte el texto de los preámbulos, los AII se plantean el objetivo de desarrollo sobre todo de forma indirecta, es decir, mediante la protección de la inversión extranjera en el país receptor.

#### **Notas**

<sup>2</sup> El presente estudio no aborda el contenido de los TDT, ya que las cuestiones de tributación quedan fuera del ámbito de la promoción y protección de la inversión. Para mayor información sobre la tributación en los AII, véase UNCTAD 2000.

<sup>3</sup> Estos acuerdos son denominados de distintas formas, por ejemplo, acuerdos de libre comercio (ALC), acuerdos de asociación económica más estrecha, acuerdos de integración económica regional o acuerdos marco de cooperación económica.

<sup>4</sup> Este número no incluye los casos en que una parte señaló su intención de presentar una demanda de arbitraje pero todavía no se ha iniciado éste (notificación); si estos casos se sometieran a arbitraje, el número de casos pendientes aumentaría.

<sup>5</sup> Como ejemplos recientes de acuerdos de este tipo cabe mencionar los acuerdos de la ASEAN para establecer áreas de libre comercio e inversión con China (2002), la India (2003) y la República de Corea (2005), el ALC entre Panamá y Singapur (2006) y el ALC entre China y el Pakistán (2006).

<sup>6</sup> Véanse, por ejemplo, Banga (2003); Neumayer y Spess (2005); Tobin y Rose-Ackerman (2006). Véase, por otro lado, Gallagher y Birch (2006).

---

### **III. RETOS QUE PLANTEA LA ORDENACIÓN DEL UNIVERSO ACTUAL DE AII**

En la sección anterior se han definido una serie de tendencias que se manifiestan en el universo de AII y se han descrito las principales características de éstas a lo largo de los últimos decenios. De este análisis se deduce que el sistema actual de AII no es una estructura estática de acuerdos sino un marco dinámico en continua evolución. Por un lado, la progresión del sistema de AII y la consolidación de unos principios básicos de protección de la inversión contribuyen a que el clima inversor sea más claro y estable. Además, la creciente variedad y complejidad de los AII en la regulación de aspectos individuales de la promoción y la protección de la inversión ofrece a los países mayores oportunidades que nunca de negociar tratados y utilizar los AII como instrumento de apoyo a sus políticas de desarrollo. Por otro lado, este último aspecto representa también un reto sin precedentes, en particular para los países en desarrollo, pues supone que ha de negociarse el acuerdo "adecuado", el correcto cumplimiento de las obligaciones que establezcan los AII y el mantenimiento de la transparencia y la coherencia de la amalgama de AII. Estos problemas y retos pueden ser de capacidad o de contenido.

#### **A. Problemas de capacidad**

La rapidez con que se concluyen AII, la creciente complejidad y diversidad de éstos, la interacción entre ellos y el mayor número de conflictos relacionados con inversiones hacen necesario disponer de considerables recursos humanos para poder participar de forma plena y efectiva en el desarrollo, la aplicación y la vigilancia del sistema de AII. Si bien todos los países tienen problemas de capacidad, éstos revisten particular importancia para los países en desarrollo por dos motivos (UNCTAD 2007f).

Primero, los países en desarrollo en general disponen de menos recursos que los países desarrollados y, por lo tanto, se ven más acosados por los problemas de capacidad. Por eso, es posible que muchos países en desarrollo consideren que este hecho puede influir, cuantitativa o cualitativamente, en su participación en la evolución del universo de AII. Por ejemplo, un país en desarrollo puede comprobar que carece de experiencia para negociar los acuerdos que desea. Como alternativa, puede optar por iniciar unas negociaciones sabiendo que no tiene los conocimientos necesarios para obtener las concesiones que de lo contrario podría obtener o que no entiende

plenamente todas las posibles consecuencias del acuerdo o incluso que no tiene la capacidad de cumplirlo una vez concertado.

Segundo, como los problemas de capacidad afectan más a los países en desarrollo que a los desarrollados, es posible que los segundos sean menos sensibles a la necesidad de resolverlos. El resultado final es que los problemas de capacidad pueden terminar sintiéndolos más los países que tienen menos posibilidades de encauzar el sistema internacional de inversión en la dirección necesaria para responder a los retos.

Los problemas de capacidad resultan más graves si se tienen en cuenta muchas de las tendencias y características del sistema internacional de inversión actual<sup>1</sup>. El riesgo no es que los países en desarrollo no puedan participar en el sistema de AII, porque de hecho prácticamente todos ellos participan ya en él. El riesgo más bien es que no puedan participar efectivamente en él, y si intentan participar sin disponer de recursos suficientes el resultado será que se aleje el cumplimiento del objetivo de coherencia entre las políticas, equilibrio adecuado de los intereses privados y públicos en la regulación internacional de la inversión y atención suficiente en los AII a la dimensión de desarrollo (véase la sección III.B *infra*).

En último extremo, la falta de capacidad de algunos países puede poner en peligro la eficacia de todo el universo de AII. El sistema parte del supuesto de que existe una comunidad de países que asume deliberadamente obligaciones que se traducen en la creación de un marco estable y transparente para la inversión en sus respectivos territorios. Si los países no son capaces de entender y valorar correctamente el contenido de los acuerdos que han suscrito debido a la complejidad de éstos, corren el peligro de firmar acuerdos que no estén en condiciones de respetar plenamente, lo que a su vez resta valor a los AII.

Aunque los problemas de capacidad no erosionasen la eficacia del sistema, podrían no obstante distorsionar su estructura. Por ejemplo, pueden repercutir en el contenido de los AII. Los países que carecen de capacidad pueden oponer resistencia a firmar acuerdos más complejos y amplios. Que esto sea positivo o negativo dependerá del valor que las partes contratantes atribuyan a los acuerdos más complejos. Sin embargo, con independencia de esas valoraciones individuales, se puede generalizar y afirmar que la liberalización de la inversión es una cuestión relativamente compleja. Por eso, es posible que los países que tienen dificultades para negociar acuerdos

complejos tengan dificultades también para participar en el proceso de liberalización.

Los problemas de capacidad pueden poner en compromiso también la "equidad" de la regulación internacional de la inversión. Los países que carecen de capacidad para participar plenamente en el proceso de evolución del universo de AII corren el riesgo de quedar marginados y rezagados. Esta consecuencia sería una afrenta a los principios en que se fundamenta la comunidad internacional del siglo XXI, y puede además hacer intrínsecamente inestable el sistema de AII.

Una forma importante de respuesta a los retos de capacidad es reforzar los recursos y las instituciones de los países en desarrollo que deseen participar más eficazmente en el sistema de AII. Varias organizaciones internacionales, como el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BRF), el FMI, la UNCTAD o el Banco Mundial, tienen el mandato de ayudar a los países, en particular a los países en desarrollo, a fortalecer su capacidad interna<sup>2</sup>.

Aunque estas diversas actividades de análisis de políticas y de asistencia técnica ayuden a los países en desarrollo a participar en la regulación internacional de la inversión, la cuestión es establecer qué tipo de nuevos esfuerzos puede preverse para mejorar la capacidad de los países y promover la búsqueda de un consenso más multilateral en los temas relacionados con los AII (véase la sección IV *infra*).

### **B. Problemas de contenido**

Los problemas de contenido derivan de la necesidad de que los AII cumplan su cometido de establecer un marco estable, transparente y coherente para la inversión, reservando al mismo tiempo a los países receptores un margen suficiente de capacidad reguladora discrecional para aplicar sus propias políticas de desarrollo económico.

Como antes se ha expuesto, la regulación internacional de la inversión ha ido haciéndose más exigente a medida que el universo de AII se atomizaba y adquiría muchas capas y facetas, como demuestra el número creciente, el alcance y la complejidad del entramado de acuerdos superpuestos. Para resolver los problemas de contenido hay que dar una importancia primaria a tres aspiraciones. La primera es promover la coherencia de las políticas, la segunda es equilibrar los intereses privados y públicos en los AII y la tercera dar más realce a la dimensión de desarrollo de esos acuerdos. El resto de la

sección se dedicará a cada uno de estos problemas para abordarlos con más detalle.

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

#### *a) Distintas dimensiones de la coherencia de las políticas*

Se pueden distinguir diferentes dimensiones de la coherencia de las políticas (UNCTAD 2007a):

#### **Coherencia entre los AII y las políticas nacionales de desarrollo**

Primero, coherencia de las políticas significa que los AII de un país deberían ser acordes con sus políticas económicas y de desarrollo. Los compromisos asumidos en un AII deben hacer más probable que se cumplan los objetivos de desarrollo económico de un país. Teóricamente, los compromisos asumidos en los AII no deben ser ni demasiado amplios (es decir, que vayan más allá de lo que exigen las políticas correspondientes) ni demasiado reducidos (es decir, que no vayan tan lejos como exigen las políticas correspondientes).

A este respecto, el hecho de que la práctica reciente de los AII ofrezca a los negociadores un número mayor de opciones puede ser ventajoso y perjudicial a la vez. Por un lado, representa que los países en desarrollo tienen la oportunidad de buscar soluciones concretas para sus necesidades individuales de desarrollo. Sin embargo, la creciente complejidad de estos acuerdos puede dificultar su utilización óptima por los países en desarrollo para lograr sus objetivos de desarrollo. Por ejemplo, el eje de los planes de desarrollo de muchos países es cada vez más ampliar su base tecnológica y de conocimientos teóricos y prácticos. Para ello puede ser necesaria una combinación compleja de políticas en las que intervengan el comercio, la inversión, la mano de obra y la propiedad intelectual.

Es posible que los gobiernos centrales asuman las obligaciones de un tratado y al mismo tiempo desconozcan que son incompatibles con otras normas regionales o locales, y es posible también que gobiernos regionales y locales legislen sin darse cuenta de que algunas áreas que tradicionalmente pertenecían al ámbito de su capacidad reguladora discrecional están ahora sometidas a los compromisos que se han asumido en los AII. Este problema se agrava si los AII son incompatibles entre sí o tienen disposiciones contradictorias, como se examina más adelante.

Otra dificultad puede derivar del hecho de que las políticas nacionales de desarrollo no siempre están plenamente reflejadas en la legislación nacional. Así pues, la cuestión de la incoherencia tiene una dimensión más amplia que la simple contradicción entre obligaciones legales específicas. La incoherencia puede surgir también si las disposiciones de un AII reducen el margen de capacidad discrecional del país receptor para adoptar decisiones en el futuro que sean acordes con sus políticas de desarrollo económico. En este sentido, la coherencia tiene una dimensión temporal pues se refiere no sólo a la coherencia con las políticas en curso sino también entre los acuerdos vigentes y la regulación futura.

Es necesario examinar la coherencia entre las políticas nacionales de desarrollo y las obligaciones de los AII no sólo en la etapa de aceptación de éstas sino también en la etapa de su cumplimiento, etapa esta última que a todos los efectos prácticos dura todo el tiempo que siga vigente el AII. El cumplimiento de un AII puede exigir enmiendas formales de la legislación del país receptor y, por lo menos, exige un comportamiento continuo de respeto a las obligaciones de los AII a escala nacional, regional y local. Por todo ello, mantener la coherencia en la etapa de aplicación de un AII puede exigir más recursos y suponer un reto mayor para un país que hacerlo en la etapa de aceptación de obligaciones. Por otro lado, los problemas que se plantean en la etapa de aplicación pueden disminuir si el país receptor dispuso de la capacidad necesaria para decidir de forma informada y bien meditada sobre las obligaciones asumidas.

Todas estas fuentes de potencial incoherencia pueden ser muy onerosas para los países que pretendan definir un modelo de AII que sea coherente internamente y coherente con las políticas reguladoras nacionales, regionales y locales. La dificultad se agrava a medida que aumenta el número de AII y éstos se hacen más complejos y diversos, se ordenan en distintas capas y se hacen multifacéticos.

#### **Coherencia interna del sistema de AII de cada país**

En segundo lugar, la coherencia de las políticas corre peligro por la diversidad de AII que cada país negocia (recuadro 1). Los negociadores de acuerdos de inversión tienen que evitar, en la medida de lo posible, incoherencias con el resto de AII firmados por el país. Esto no siempre es posible ya que ningún país tiene un poder de negociación tal que le permita imponer su modelo de AII a cada uno de los demás negociadores. Algunos acontecimientos recientes en la esfera de la regulación internacional de la

inversión han dado mayor relevancia a la cuestión de la coherencia de los tratados, en particular para los países en desarrollo. Por ejemplo, aunque la mayoría de los TBI incluye una disposición que exige directamente un trato justo y equitativo, algunos acuerdos más recientes desarrollan con más detalle el contenido de este artículo. De este modo, se plantea la cuestión de si ambas variantes tienen un contenido sustantivo distinto.

### Recuadro 1

#### Incoherencia entre AII

La ampliación de la red de AII ha dado origen a que se plantearan varios casos de incoherencia potencial entre distintos acuerdos, por ejemplo:

- La mayoría de los TBI reconocen al país receptor la capacidad discrecional de decidir si admiten o no inversión extranjera, pero es frecuente que los ALC reconozcan derechos de establecimiento a los inversores extranjeros.
- La coherencia puede sufrir también las consecuencias de los distintos modos de liberalizar la inversión de los AII. Por ejemplo, los acuerdos de integración económica regional (como el TLCAN) es posible que establezcan una liberalización general "salvo indicación en contrario", mientras que el AGCS, que es un tratado multilateral, establece que la ampliación gradual del acceso a los mercados se hará de acuerdo con una estrategia de liberalización "por indicación expresa". Por consiguiente, es posible que no esté claro el grado de liberalización de una actividad económica afectada por ambos acuerdos dentro del mismo país receptor.
- El Tratado de la Carta de la Energía incluye una cláusula de exención que protege los intereses esenciales de seguridad de las partes contratantes. Muchos TBI no cuentan con disposiciones semejantes.

Pueden plantearse también casos de "coherencia involuntaria" entre tratados concluidos por un país. Por ejemplo, la cláusula NMF puede hacer que, contra los deseos de una parte contratante, un AII que contenga esta cláusula incorpore algunos derechos de procedimiento o sustantivos de otros AII. Este problema se ha agudizado recientemente por las interpretaciones contradictorias del alcance de la cláusula NMF ofrecidas por los tribunales de arbitraje<sup>a</sup>.

Otro ejemplo es la cláusula de aplicabilidad general a los contratos, que incluye en el ámbito de protección del AII "cualquier otra obligación" que corresponda a las partes contratantes con motivo de una inversión. En consecuencia, si el país receptor incumple cualquier obligación de ese tipo, por ejemplo, las derivadas de un contrato firmado con un inversor extranjero, puede infringir el AII y por consiguiente dar paso a la utilización del mecanismo de solución de controversias que establezca este último, resultado que posiblemente no satisfará a todas las partes contratantes del AII.

El peligro de incoherencia es particularmente elevado en el caso de los países que carecen de experiencia y de poder negociador. En concreto, pueden verse obligados a negociar con países con mayor poder negociador siguiendo modelos divergentes de acuerdo.

<sup>a</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes casos: "*Maffezini*" (*Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, CIADI, caso N° ARB/97/7, decisión sobre la jurisdicción, 25 de enero de 2000; laudo, 13 de noviembre de 2000, rectificación del laudo, 31 de enero de 2001); "*Salini*" (*Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania*, CIADI, caso N° ARB/02/13, decisión sobre la jurisdicción, 9 de noviembre de 2004); "*Siemens*" (*Siemens c. la Argentina*, CIADI, caso N° ARB/02/8, decisión sobre la jurisdicción, 3 de agosto de 2004); y "*Plama*" (*Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, CIADI, caso N° ARB/03/24, decisión sobre la jurisdicción, 8 de febrero de 2005).

Fuente: UNCTAD.

Pueden surgir incoherencias prácticamente en todas las disposiciones de un AII. Una fuente muy probable de incoherencias es que los AII, según la forma en que regulan la inversión, puedan dividirse entre los que protegen las inversiones establecidas y los que además liberalizan los flujos de inversión. Así pues, en función del modelo de tratado en que se base la negociación de cada AII, es posible que un país en desarrollo se encuentre con que ha suscrito una red de acuerdos divergentes, algunos de los cuales incluyen medidas de liberalización y otros no. Y no acaba aquí el riesgo de que la red resultante de AII sea incoherente. Como antes se explicó, aunque las disposiciones de un AII tengan un alcance y un contenido uniforme, varían considerablemente en distintos aspectos concretos de su redacción. Por consiguiente, es muy frecuente que los países, en particular los países en desarrollo, concluyan acuerdos que no coincidan en la redacción concreta de la misma disposición básica de un AII.

Si se examina la base de datos en línea de la UNCTAD, en la que figuran más de 2.000 TBI, se comprobará que, para muchos países, la incoherencia es más la norma que la excepción<sup>3</sup>. En muchos casos, el mismo país ha concluido TBI divergentes sobre cuestiones tan importantes como los compromisos previos al establecimiento, el trato nacional y las excepciones al mismo, el alcance de la cláusula de aplicabilidad general del AII a todos los contratos, las prescripciones de resultados o la solución de controversias entre inversores y Estados, por mencionar sólo algunos ejemplos.

También puede haber incoherencias *dentro del mismo acuerdo*. Tal cosa puede suceder, en particular, con los AII multifacéticos que incluyen capítulos dedicados a tipos tan diversos de medidas económicas como el comercio de mercancías, el comercio de servicios, la inversión y la propiedad intelectual. Los distintos capítulos de un AII no sólo pueden imponer obligaciones distintas para la misma transacción sino que además las supuestas violaciones de las obligaciones establecidas en los distintos capítulos queden sujetas a mecanismos diferentes de solución de controversias. Por ejemplo, las violaciones de las disposiciones relativas a la inversión generalmente dan origen a arbitrajes entre inversores y Estados, mientras que las violaciones de las disposiciones comerciales, incluidas quizás las disposiciones sobre las MIC, generalmente están sometidas al procedimiento de solución de controversias entre Estados (UNCTAD 2003b). El resultado es que se corre peligro de que los procedimientos sean múltiples y los resultados incoherentes.

La experiencia pone de manifiesto que pueden producirse incoherencias entre distintos acuerdos incluso de forma involuntaria. Una redacción poco habitual de una disposición, escrita con preocupaciones estilísticas en la cabeza, o para lograr un objetivo particular, puede llegar a tener unas consecuencias insospechadas. Un pequeño detalle aparentemente sin importancia en el momento en que se concluyó un AII, o considerado importante únicamente para una cuestión particular, puede llegar a considerarse más tarde decisivo para resolver una cuestión imprevista cuando se incluyó en el AII. Un país receptor que considere que sus AII son coherentes entre sí puede encontrarse con que no lo son.

También puede plantear un problema de coherencia la interacción entre disposiciones de acuerdos *superpuestos entre las mismas partes contratantes*. En algunos casos pueden ser aplicables a la misma transacción múltiples disposiciones de distintos acuerdos, y la complejidad de las interacciones entre ellos puede dar lugar a resultados inesperados o imprevisibles. Por ejemplo, unas partes contratantes pueden concluir sucesivamente un TBI

limitado a la protección de las inversiones establecidas, y por otra parte un ALC que incluya el derecho de establecimiento de inversores extranjeros. El efecto combinado de ambos acuerdos sería que todos los inversores que puedan reclamar el derecho de establecimiento pueden a su vez acogerse a la protección de la inversión. Sin embargo, es posible que las partes contratantes, cuando firmaron el TBI, hubieran condicionado la protección de la inversión al mantenimiento de su prerrogativa de decidir en cada caso individual si admitían o no a un inversor extranjero. Igualmente, la superposición de AII puede hacer que sean aplicables al mismo conflicto múltiples disposiciones de solución de controversias, lo que genera incertidumbre sobre el método que habrá de utilizarse o abre la posibilidad de que se entablen múltiples procedimientos dispares.

En algunos casos, el efecto combinado de dos disposiciones puede ser ampliar las obligaciones del tratado para aplicarlas en circunstancias distintas de las previstas cuando se negoció por separado cada una de las disposiciones. Este resultado resulta especialmente probable debido a que la mayoría de AII incluye disposiciones relativas al trato NMF que permiten que un inversor protegido por un acuerdo reclame la protección establecida por las disposiciones de otro acuerdo distinto, que se negoció en un contexto diferente.

Las disposiciones de los distintos acuerdos pueden ser incluso contradictorias, de modo que un derecho u obligación que aparentemente existe en virtud de las disposiciones de un tratado específico no exista o se aplique de forma distinta a la prevista inicialmente a causa de otra disposición. Por ejemplo, un TBI puede establecer una garantía de transferencia incondicional de fondos relacionados con una inversión, pero otro AII en el que participen las mismas partes contratantes puede estipular que el país receptor tiene derecho a imponer restricciones temporales a las transferencias en determinadas circunstancias.

Otra fuente potencial de incongruencias pueden ser las interpretaciones divergentes que los tribunales arbitrales hacen de disposiciones idénticas de AII. La redacción de los AII es muchas veces amplia y puede no decir nada sobre su aplicación en una situación concreta. Ante una controversia como ésta, los tribunales tienen que resolver. Se han producido algunos laudos incongruentes con respecto a disposiciones tan fundamentales de los AII como la definición de inversión, el principio de trato nacional, el principio de trato NMF, el principio de trato justo y equitativo, el alcance de los mecanismos de solución de controversias, la denominada "cláusula de aplicabilidad general", y la cuestión de las expropiaciones indirectas

(*regulatory takings*) (Schreuer 2006). Dado que el número de controversias sobre inversiones aumenta es probable que se produzcan en el futuro nuevos laudos contradictorios.

Por último, puede haber incongruencias no sólo entre disposiciones sustantivas o sus interpretaciones por los tribunales de arbitraje, sino entre disposiciones de procedimiento. Los sistemas de arbitraje internacional, como el Convenio del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o los procedimientos de solución de controversias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Cámara de Comercio de Estocolmo difieren entre sí. Estas peculiaridades ofrecen a las partes en conflicto la posibilidad de optar entre distintos procedimientos pero también corren éstas el peligro de no conocer a fondo todas esas peculiaridades y sus repercusiones en la solución de las controversias. Además, se corre el peligro de que este tipo de peculiaridades contribuyan a que los laudos sean incongruentes. Se plantea así la cuestión de si los AII deben incluir unas disposiciones de procedimiento arbitral más detalladas a fin de reducir este riesgo (véase el apartado *c infra*).

#### **Coherencia interna del universo global de AII**

La coherencia de las políticas tiene todavía otra dimensión más amplia. Puede haber incoherencia no sólo dentro de la red de AII de cada país sino también dentro del universo de AII. Debido a la atomización del sistema de AII, los países siguen negociando individualmente los acuerdos. Por consiguiente, no es de sorprender que sus enfoques difieran muchas veces. A pesar del grado de coincidencia considerable que se ha logrado con respecto a algunos elementos básicos de la protección de la inversión, existe el peligro de que el sistema degenere finalmente para convertirse en una amalgama cada vez menos transparente de disposiciones de tratados individuales que los países en desarrollo con problemas de capacidad pueden considerar cada vez más difícil de abordar. La amalgama de tratados divergentes contradice los principios de claridad, estabilidad y transparencia que deben dominar en las relaciones internacionales de inversión. Se plantea así la cuestión de lo que cabe hacer para promover un consenso más multilateral con respecto a los AII (véase la sección IV *infra*).

#### *b) Importancia de la coherencia de las políticas*

¿Por qué se plantea la cuestión de la coherencia de las políticas en la regulación internacional de la inversión? ¿Por qué debe interesarnos que el país A concluya un AII con el país B que sea distinto del que concluya con el país C? Por ejemplo, si el país A reconoce el trato nacional a los inversores

del país B, trato que no reconoce a los inversores del país C, todo lo que habría que hacer es asegurarse de que todos los inversores del país B reciben ese trato nacional, y no debería preocupar que los inversores del país C reciban también un trato nacional, o no. Y el mismo razonamiento se aplica a la práctica totalidad de las demás disposiciones de los AII que presenten alguna incoherencia con la red de tratados de inversión de un país.

Sin embargo, la cuestión es más complicada de lo que podría parecer a primera vista:

- Primero, se plantea un problema de *conocimiento*. Dado que la construcción de una red de AII se prolonga con frecuencia muchos años, es posible que los países no conozcan todo el contenido concreto de los tratados que hayan concluido hace algún tiempo y en qué medida se diferencian de los acuerdos más recientes. Es posible que sólo lo descubran cuando ya sea tarde, es decir, cuando surja una controversia relacionada con la aceptación de compromisos incoherentes.
- Segundo, las leyes nacionales tienden a tratar por igual a los inversores extranjeros entre sí, con independencia de su nacionalidad. Las leyes nacionales sobre una gran diversidad de asuntos, por ejemplo, la ley de sociedades, la ley de propiedad inmobiliaria o la legislación ambiental, normalmente afectan a todos los inversores, y por consiguiente no establecen ninguna diferencia entre los compromisos asumidos frente a los inversores de una nacionalidad determinada. En otras palabras, las diferencias de trato reflejadas en distintos AII es posible que no se reflejen en la legislación nacional correspondiente. Por ejemplo, si la legislación nacional sólo permite en determinadas circunstancias las transferencias de capital relacionadas con una inversión, cabe la posibilidad de que esa cláusula esté en conformidad con algunos de los AII firmados por el país, pero no con todos. Además, el funcionario que aplique esa legislación nacional en una administración local quizá ni siquiera sea consciente de que existen unos compromisos internacionales que hay que respetar en relación con la inversión en cuestión. Todo ello tiene por consecuencia potencial que se plantee una controversia.
- Tercero, una red de AII incoherentes puede plantear problemas con respecto a las políticas de desarrollo de un país (véase supra). Por ejemplo, si un país aplica básicamente unas políticas intervencionistas

con una considerable interferencia reguladora en la esfera de la inversión, la existencia de un AII concreto que prohíba esa interferencia puede bastar para anular la política general del país en esa esfera.

- Cuarto, la reciente evolución de la regulación de la inversión aumenta la probabilidad de que se produzcan incongruencias entre los distintos tratados. La regulación de la inversión evoluciona hacia un mayor bilateralismo y regionalismo, lo que se contrapone a un enfoque armonizado y colectivo. Además de la alternativa actual ya conocida de regulación de la inversión (incluir, o no, la liberalización de la inversión) cabe hoy señalar la aparición de caminos más divergentes, según el grado de detalle con que se redacten las disposiciones individuales del tratado, la necesidad estimada de incluir excepciones y reservas en el acuerdo, y la cuestión de combinar la inversión y otras cuestiones comerciales en los AII, o no. A este respecto, será necesario mencionar también las interpretaciones incongruentes que algunos laudos han hecho de disposiciones específicas de los AII en los últimos años.

Todos los países se encuentran hoy ante la labor de gestionar un cúmulo cada vez más complicado de AII. Sin embargo, son los países en desarrollo los más expuestos a este reto por diversas razones:

- Debido a sus limitaciones de capacidad y a su falta de experiencia, los países en desarrollo pueden tener más dificultades que los desarrollados para establecer unas políticas económicas y de desarrollo coherentes y de reflejarlas adecuadamente en su red de AII. Las infraestructuras legales están muchas veces subdesarrolladas precisamente por esta falta de capacidad.
- Además, aunque se hayan aprobado unas políticas, para garantizar la coherencia entre las políticas nacionales y las obligaciones de los AII se necesita coordinar las distintas dependencias administrativas y a veces los gobiernos nacionales y regionales, o locales. Es posible que los países en desarrollo que tienen escasez de expertos con una elevada preparación en las esferas jurídicas y políticas pertinentes no tengan una capacidad adecuada para tal coordinación.
- Los países en desarrollo que cambian con frecuencia de políticas y tienen un poder de negociación débil corren también un riesgo

considerable de concluir AII incoherentes. A diferencia de la mayoría de los países desarrollados, muchas veces no han desarrollado un acuerdo modelo que les sirva de base en las negociaciones de AII y se refleje en su resultado final.

- La rápida evolución del marco regulador nacional de muchos países en desarrollo genera más ocasiones de que una medida legislativa o individual concreta esté en conformidad con algunos de los AII firmados por ese país, pero en conflicto con otros.

*c) Posibles remedios*

¿Qué cabe hacer para aumentar la coherencia de las políticas en la regulación internacional de la inversión? En teoría, los países deben adoptar en primer lugar una estrategia preventiva y procurar evitar las incoherencias. Los programas de asistencia técnica de las organizaciones internacionales pueden ayudar a los países en desarrollo a ordenar su red de AII, impedir que emerjan incoherencias y resolver las ya manifestadas. Además, puede intentarse aclarar con nuevos análisis de las políticas hasta qué punto es importante la cuestión de la coherencia de las políticas desde el punto de vista del desarrollo y qué áreas de las políticas resultan más afectadas por ella. Sin embargo, el proceso de armonización a través de la negociación individual de AII tiene sus limitaciones. Como antes se dijo, la viabilidad y el éxito de esa estrategia depende en gran medida del poder de negociación de cada país. Por consiguiente, no es un remedio "para todos", pues para muchos países en desarrollo quizá no sea una estrategia muy prometedora.

Los efectos de las incoherencias pueden ser mitigados con una cláusula NMF, que es una característica común de prácticamente todos los AII. Dicha cláusula impide que un país receptor conceda trato diferente a inversores de diferente nacionalidad y podría utilizarse para dar coherencia a unas obligaciones que inicialmente no la tenían. Por tanto, puede tener un efecto armonizador. Sin embargo, para desempeñar este papel homogeneizador debe haber un entendimiento común de las condiciones en que es aplicable y hasta dónde se extienden sus efectos. A la vista de las contradicciones de algunos laudos recientes, estas cuestiones están lejos de haberse resuelto<sup>4</sup>. Al contrario, hoy se plantean más dudas y preguntas que nunca sobre el alcance de este principio básico de los acuerdos de inversión.

Entre los esfuerzos hechos para promover la coherencia interna del actual sistema de AII cabe mencionar la modificación del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados. A escala bilateral, algunos países

han dado una nueva redacción a sus TBI y AICP. La nueva redacción pretende promover con sus cambios la coherencia entre las políticas de inversión de los países y la interpretación de los AII, mejorando la calidad de los laudos en controversias entre inversores y Estados. Por ejemplo, una modificación reciente de algunos AII permite que las partes aprueben de forma conjunta interpretaciones de sus disposiciones, que serán vinculantes ante los tribunales arbitrales en caso de controversia entre un inversor y un Estado. Otro tipo de disposición permite a las partes en un AII someter escritos a un tribunal arbitral que intervenga en una controversia entre un inversor y un Estado y que esté pendiente de resolución. También puede procurarse que los AII promuevan la coherencia de las políticas incluyendo disposiciones que prevean la consolidación de varias reclamaciones conexas en un solo procedimiento, lo que reduce el riesgo de decisiones incongruentes. Algunos AII incluyen también disposiciones que anticipan el establecimiento de un mecanismo de apelación que examine los laudos y resuelva las incongruencias (véase, por ejemplo, el TBI entre los Estados Unidos y el Uruguay (2005), anexo E).

También han sido modificadas las normas de procedimiento del CIADI que regulan la posibilidad de que se presenten comunicaciones de terceros y el derecho de éstos a asistir a las audiencias, y se han discutido otros cambios, entre ellos la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación<sup>5</sup>. Además se ha considerado la posibilidad de establecer un servicio de asesoramiento (semejante al Centro de Asesoramiento de la OMC) que ayude a los países en las primeras etapas de una reclamación, incluso a lo largo de todo el procedimiento<sup>6</sup>. También se ha propuesto que los tribunales de arbitraje den a conocer un laudo preliminar antes del definitivo. De acuerdo con este procedimiento, el tribunal de arbitraje sometería a un órgano judicial establecido para tal fin los asuntos contenciosos desde un punto de vista jurídico (Schreuer 2006, 2007). Por consiguiente, esta propuesta tiene alguna semejanza con el procedimiento de resolución preliminar del Tribunal de Justicia europeo. En el mismo sentido, podría considerarse también la posibilidad de establecer un órgano judicial de apelación permanente<sup>7</sup>.

En lo que respecta a las incoherencias entre dos AII que se superponen y en los que participan las mismas partes contratantes, el párrafo 3) del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé que prevalezcan las disposiciones del acuerdo más reciente. Otra solución sería especificar en los propios AII qué disposiciones prevalecerán en caso de incoherencia. Otro enfoque distinto sería atribuir a una parte determinada el derecho a determinar qué disposición prevalecerá en caso de

conflicto. En algunos casos, la solución de las incoherencias se remite a un futuro acuerdo entre las partes.

Las soluciones antes indicadas pueden suavizar el problema de las incoherencias de los AII sólo hasta cierto punto. La causa de ello es que las incoherencias son una deficiencia *inmanente al sistema* del universo actual de AII. Mientras siga estando muy atomizado habrá pocas posibilidades de lograr un grado de homogeneidad sustancialmente mayor, sea a escala del universo total de AII sea a escala de la red de AII de cada uno de los países individuales, en particular los países en desarrollo. Por definición, esta deficiencia sólo podrá repararse eficazmente si se cambia el propio sistema. Cuanto más amplio sea el consenso internacional sobre las cuestiones que plantean los AII más sustancial será el aumento de la coherencia. Encontrar la forma de ampliar ese consenso, por consiguiente, es fundamental para promover una mayor coherencia de las políticas (véase la sección IV *infra*).

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

En toda negociación de AII, una cuestión clave es cómo lograr el equilibrio entre los derechos e intereses de los inversores extranjeros, por una parte, y los del país receptor, por la otra. Este tema es uno de los ejes del debate sobre el desarrollo futuro de las normas internacionales referentes a la inversión (UNCTAD 2007a), de lo que no cabe sorprenderse dado que las empresas transnacionales y los países receptores tienen intereses contradictorios en potencia. Las empresas transnacionales se orientan básicamente por el beneficio mientras que los gobiernos se responsabilizan principalmente de la defensa de los intereses públicos y entre sus funciones se incluye garantizar que las empresas benefician a la sociedad, o por lo menos no le causan daños.

En términos jurídicos, el conflicto potencial de intereses entre los derechos de los inversores y las prerrogativas de los gobiernos se resuelve gracias a la interrelación entre los AII y la legislación interna del país receptor. Los AII pretenden proteger los intereses legítimos de los inversores extranjeros mientras que las leyes nacionales del país receptor garantizan que la inversión sigue sometida a su poder regulador y a su control. Por tanto, siempre que los países receptores respeten los compromisos nacionales que hayan asumido a través de los AII de los que sean parte, por ejemplo, el principio de no discriminación, la norma de trato justo y equitativo y la obligación de pagar una indemnización en caso de expropiación, seguirán teniendo libertad para someter a las empresas transnacionales en sus

territorios a la reglamentación social, fiscal, ambiental y de cualquier otro tipo que consideren necesaria para lograr sus objetivos nacionales de desarrollo.

Todas las discusiones sobre los beneficios y riesgos potenciales de los AII remiten a la cuestión fundamental que consiste en establecer si la interacción entre la protección que ofrecen los tratados internacionales y la reglamentación nacional logra un equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones de los inversores. Los negociadores pueden elegir distintas formas de redactar cualquier disposición de un AII, lo que les ofrece la posibilidad de establecer en qué medida desean proteger a los inversores extranjeros. Por ejemplo, pueden aprobar una definición amplia o estrecha de los términos "inversor" e "inversión", optar por una prohibición general o limitada de la discriminación, incluir, o no, la prohibición de ciertas prescripciones de resultados, ofrecer una garantía sin restricciones de las transferencias de capital o someterla a reservas, u ofrecer un acceso amplio o parcial al arbitraje internacional.

Recientemente, en respuesta al aumento sustancial del número de controversias entre inversores y Estados, ha adquirido nueva relevancia la cuestión de cómo equilibrar los intereses privados y los públicos en los AII. A medida que aumenta el número de inversores extranjeros que recurren al arbitraje se va agudizando la preocupación por los posibles efectos negativos de los AII para los países receptores. En particular, se ha argumentado que determinadas disposiciones de AII son vagas y ambiguas, aumentando así el riesgo de que un tribunal arbitral pueda interpretarlas muy ampliamente y de que los AII no logren proteger suficientemente los intereses públicos. Por eso, sería necesario reducir el riesgo de un recurso excesivo al arbitraje judicial aclarando el significado de algunas disposiciones de los AII. Otro enfoque para responder a las preocupaciones públicas que suscita la inversión extranjera es hacer hincapié en la responsabilidad de las empresas. A continuación se examinan con más detalles ambos aspectos.

El equilibrio entre los intereses públicos y privados en un AII es también una cuestión dinámica, lo que significa que estos intereses cambian con el paso del tiempo, lo que hace necesario introducir ajustes en los futuros AII. Lo que hoy preocupa especialmente al público (por ejemplo, la seguridad nacional) quizá no despierte ningún interés particular mañana y lo que actualmente no plantea ningún problema puede plantearlos en el futuro sin que nadie los prevea. Por tanto, no existe ninguna respuesta uniforme y "de una vez por todas" a estos retos. Los países pueden tener opiniones diferentes sobre cuál es el equilibrio "adecuado" entre los intereses privados y los

públicos, pueden establecer prioridades divergentes en la protección de sus propios intereses y pueden utilizar diferentes técnicas jurídicas para incorporar esos intereses a los AII.

a) *Cambios en la redacción actual de los tratados*

Hasta el momento, sólo unos pocos países han considerado necesario responder a estas preocupaciones introduciendo enmiendas en sus AII. Como se verá, estas decisiones tienen en común que pretenden preservar la flexibilidad reguladora del Estado receptor y de este modo permitir que éste utilice su reglamentación interna para proteger sus intereses públicos. A este respecto, es preciso mencionar tres hechos:

- El Canadá y los Estados Unidos han revisado su modelo de TBI con objeto de aclarar algunas de sus disposiciones. Respondiendo a las complejidades técnicas con que se tropezó en la aplicación del capítulo del TLCAN dedicado a la inversión y a las numerosas controversias entre inversores y Estados en las que ambos países han sido parte, en el nuevo modelo se explica con más detalle el contenido de algunas disposiciones básicas, en particular el principio de trato justo y equitativo y su relación con los requisitos mínimos de trato internacional, así como el alcance del concepto de expropiación indirecta. También pueden observarse novedades de este tipo en recientes TBI firmados por el Japón y la República de Corea. Algunos AII recientes aclaran también el alcance de la cláusula NMF al establecer que esta disposición no es aplicable al trato general que recibe la inversión, sino sólo a determinados aspectos de ese trato, como todo lo referente a la gestión, explotación o venta de una inversión (UNCTAD 2007e).
- Otro acontecimiento importante es que algunos TBI recientes destacan con mayor firmeza que *la protección de la inversión no debe lograrse a expensas de otros intereses públicos legítimos*. Con este fin, se recurre con más frecuencia a las excepciones generales a la aplicación de los tratados. Además de las áreas "tradicionales" en las que durante muchos años estas excepciones fueron una característica común de los TBI, a saber, la fiscalidad y la integración económica regional, hoy cada vez hay más acuerdos que eximen del alcance de los TBI, total o parcialmente, las medidas del país receptor relacionadas con esferas tan diversas como la seguridad nacional y el orden público, la protección de la salud, la seguridad y los recursos naturales, la diversidad cultural y las medidas cautelares

para los servicios financieros. Estas excepciones aclaran la escala de valores que se utiliza para formular las políticas de los países contratantes y subordinan la protección de la inversión a estos otros objetivos fundamentales de las políticas (UNCTAD 2007c).

La proliferación de excepciones generales no responde a una pauta regional concreta. Más bien, el incremento de las excepciones generales a la aplicación de los TBI es una *tendencia mundial*. Sin embargo, algunos países insisten más que otros en la protección de determinados objetivos de política. Por ejemplo, prácticamente sólo los TBI negociados por el Canadá y Francia recurren a una excepción para proteger la diversidad cultural.

Algunos AII incluyen también disposiciones que obligan a los Estados receptores a no alejarse de las normas laborales o ambientales reconocidas internacionalmente para atraer inversión extranjera, aunque esas disposiciones no impongan muchas veces una obligación vinculante. Esta forma de redacción de los tratados difiere de la basada en el establecimiento de excepciones generales pues de hecho pretende limitar la capacidad reguladora discrecional con el objetivo declarado de proteger los intereses públicos en esferas tales como el medio ambiente y los derechos laborales (UNCTAD, 2007c).

- Algunos TBI muy recientes, por ejemplo, los concluidos por el Canadá y los Estados Unidos, han introducido *novedades en la solución de controversias entre inversores y Estados*. Esto incluye una transparencia mayor y más sustancial en los procedimientos de arbitraje, audiencias públicas, publicación de los documentos jurídicos correspondientes y la posibilidad de que representantes de la sociedad civil presenten informes *amicus curiae* a los tribunales de arbitraje. Lo más probable es que estas comunicaciones procedan de ONG que representan intereses ambientales, laborales o de otro tipo y que estas ONG aboguen por preservar la capacidad discrecional reguladora del Estado receptor. Un motivo de preocupación es que las disposiciones sobre la participación del público pueden incrementar el costo de los procedimientos al suponer mayores honorarios para los abogados y árbitros y, por tanto, es posible que no atraigan siempre el aplauso unánime de los países en desarrollo. Otras nuevas cláusulas detalladas prevén una actuación más jurídica, previsible y ordenada en las distintas etapas de los procesos de solución de controversias entre inversores y Estados y abren la

posibilidad de establecer un mecanismo de apelación para fomentar una aplicación más coherente y rigurosa del derecho internacional en los laudos arbitrales. También se han adoptado medidas en estos AII para mejorar la transparencia.

Queda por ver si el desarrollo futuro de los TBI conducirá hacia una convergencia gradual de los diferentes modelos. En gran medida ello dependerá de la futura evolución de las controversias sobre inversiones. Muchos de los cambios introducidos recientemente en los TBI reflejan la experiencia del arbitraje. Si aumenta el número de países que son demandados en controversias sobre inversiones y éstos consideran que los tribunales de arbitraje disponen de un margen excesivo de discreción para interpretar las disposiciones de los AII, es posible que quieran adoptar este enfoque. Sin embargo, también es posible que el incremento considerable de los laudos arbitrales produzca una consolidación de la jurisprudencia que haga más previsible el resultado de los futuros arbitrajes, aunque los tribunales arbitrales no estén obligados a respetarla siempre. Esta posible consolidación reduciría la necesidad de enmendar los AII.

*b) Responsabilidad social de las empresas*

Otra cuestión que actualmente se plantea en los debates sobre la forma de equilibrar los intereses de los inversores extranjeros y los países receptores es la de si los AII deben imponer obligaciones a los inversores extranjeros como contrapeso de los derechos que se les reconocen. Esas obligaciones pueden ser meramente pasivas, por ejemplo, la de abstenerse de algunas actividades determinadas, entre ellas las que violan derechos humanos o laborales, causan daños al medio ambiente o constituyen corrupción, pero también pueden tener un carácter activo, como la obligación de hacer una contribución al desarrollo. Un instrumento que imponga obligaciones a un inversor puede también atribuir al país receptor la posibilidad de recurrir a los mecanismos de arbitraje que hoy sólo pueden utilizar los inversores.

Los últimos intentos de establecer obligaciones de este tipo se hicieron en los años ochenta, con motivo de la negociación de un código de conducta de las Naciones Unidas para las empresas transnacionales. Desde entonces, la tendencia dominante ha sido ocuparse de esta cuestión a través de directrices voluntarias para los inversores extranjeros, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Estas directrices no someten a los inversores extranjeros a obligaciones internacionales reflejadas en un AII sino que establecen de qué forma se espera que se comporten los inversores extranjeros. Se plantea pues la cuestión de si no sería útil, por ejemplo, para

resolver algunos problemas específicos, elaborar unas directrices sobre la contribución de las empresas al desarrollo económico. La cuestión adquiere mayor relieve si se tiene en cuenta el uso creciente de alianzas entre intereses públicos y privados como medio para invertir en grandes proyectos en países en desarrollo y ponerlos en funcionamiento. En un escenario de este tipo, los inversores privados intervendrían directamente en la prestación de servicios públicos y la creación de infraestructura.

Otra interesante cuestión en este contexto es si debe hacerse referencia en futuras negociaciones de AII a los instrumentos internacionales vigentes que abordan el tema de la responsabilidad del inversor. En tercer lugar, las demandas de que se establezcan obligaciones vinculantes en los AII para los inversores extranjeros son continuas. Este reto será considerable, entre otras cosas porque las directrices voluntarias, en su versión actual, están formuladas en términos demasiado vagos para que puedan ser utilizadas como instrumentos jurídicamente vinculantes.

Además, los países receptores pueden considerar que imponer unas obligaciones internacionales positivas a los inversores es incompatible con una política de promoción de las entradas de inversión extranjera. Por ejemplo, exigir una contribución al desarrollo puede desbaratar los esfuerzos del país receptor por atraer inversiones extranjeras con incentivos fiscales. A veces los países en desarrollo se resisten a abandonar unas políticas onerosas de incentivos por creer que se pondrían en una situación de desventaja competitiva frente a los que siguieran manteniéndolas, en particular si se tratase de países en desarrollo de la misma región. La misma preocupación puede plantearse en caso de que se establezcan obligaciones para los inversores. Un país en desarrollo puede creer que no puede imponerlas si otros países en desarrollo con los que compite por inversiones no hacen lo mismo. Así pues, la mejor forma de abordar la cuestión de las obligaciones de los inversores es hacerlo a escala multilateral.

*c) Consecuencias*

Una consecuencia importante de estos hechos es que para ayudar a los países en desarrollo a valorar las consecuencias de las distintas políticas posibles para equilibrar los intereses privados y públicos en los AII y preservar un margen de flexibilidad reguladora se necesita cada vez más estudiar y analizar las políticas y ampliar su capacidad. Todos los países saldrían beneficiados, porque un sistema de AII desequilibrado no es sostenible a largo plazo. Algunas cuestiones que se plantean merecen especial atención, entre ellas si los mecanismos actuales de "flexibilidad" previstos en los AII (por ejemplo, excepciones, exenciones, períodos de

transición, salvaguardias) bastan para permitir que los países en desarrollo receptores apliquen sus propias estrategias de desarrollo y se beneficien al máximo de la inversión extranjera. Por otra parte, ¿es necesario seguir reforzando los intereses públicos frente a los intereses privados en los AII? De ser así, ¿en qué áreas sería conveniente (disposiciones sustantivas de los AII, solución de controversias) y cómo se lograría? Y, ¿cómo pueden ampliar los AII la contribución de los inversores extranjeros al desarrollo económico y social?

### 3. Ampliación de la dimensión de desarrollo de los AII

Una última cuestión fundamental es cómo incorporar mejor la dimensión de desarrollo en los AII. Los mecanismos que se incluyen actualmente en los AII para responder a las preocupaciones relacionadas con el desarrollo son, entre otros, el establecimiento de reservas, excepciones, suspensiones temporales, arreglos transitorios y procedimientos institucionalizados de vigilancia y de consulta. La cuestión es si podría hacerse más en los AII por ayudar a los países en desarrollo a lograr sus objetivos en esta esfera<sup>8</sup>.

#### *a) La dimensión de desarrollo en la práctica actual de los AII*

La gran mayoría de los AII no abordan expresamente las cuestiones del desarrollo o sólo lo hacen de forma marginal o de pasada. El objetivo de desarrollo de estos tratados tiene un carácter principalmente político.

Un número sustancial de AII tiene disposiciones que permiten que algunos sectores determinados sean excluidos del cumplimiento de las obligaciones que ellos mismos establecen o que incluyen excepciones generales relacionadas con la protección de la seguridad nacional, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, por sólo mencionar las más importantes. Estas excepciones y reservas pueden afectar a todas las disposiciones sustantivas y pueden utilizarse para fines relacionados con el desarrollo, pero no están destinadas expresamente a ello (UNCTAD 2006g). Cualquier país puede recurrir a ellas con independencia de su nivel de desarrollo. De ahí que, en principio, todas las disposiciones de los tratados puedan potencialmente reflejar preocupaciones relacionadas con el desarrollo, puedan modelarse de forma que satisfagan las necesidades de las partes contratantes y, en particular, puedan adaptarse a las asimetrías existentes entre los países con un nivel distinto de desarrollo.

La dimensión de desarrollo puede reflejarse también en la forma de aplicación de los acuerdos. Por ejemplo, en un tratado pueden establecerse períodos de transición para el cumplimiento de las obligaciones que imponga. Aunque éste sea un instrumento que puede utilizarse específicamente para

finés de desarrollo, pocas veces se incluye en los AII<sup>9</sup>. Este hecho es fácil de entender si se tiene en cuenta el aspecto de protección de la inversión que tienen los AII, es decir, que cuanto más se permiten períodos de transición y otros tipos de flexibilidad, menos contribuirá el AII a la estabilidad jurídica y al cumplimiento del objetivo de atraer inversión extranjera.

En conclusión, cabe decir que la dimensión de desarrollo no ocupa un lugar muy destacado en la agenda de la regulación internacional de la inversión actual. En la medida en que se aborda, se hace de forma indirecta y buscando modalidades principalmente defensivas. Esto significa que establecer excepciones, reservas y otras medidas semejantes tiene por finalidad proteger de forma permanente o temporal a las partes contratantes que no quieran asumir todas las responsabilidades que un AII les atribuye. Cabe preguntarse si este enfoque protector es satisfactorio para fines de desarrollo.

*b) Posibilidades de ampliar la dimensión de desarrollo en los futuros AII*

Para ampliar la dimensión de desarrollo podría ser necesario añadir nuevos tipos de disposiciones que no se ven a menudo en los AII. Como se ha señalado, estos acuerdos normalmente sólo han procurado de forma indirecta promover la inversión, a saber, protegiéndola. Se plantea la cuestión de si los AII deben promover la inversión por medios más directos, incluida la adopción de medidas por el país de origen (UNCTAD 2001). Como medios de ese tipo cabe citar, por ejemplo, más transparencia e intercambio de información relativa a la inversión, fomento de vínculos entre inversores extranjeros y empresas nacionales, fortalecimiento de la capacidad y la asistencia técnica, concesión de garantías de la inversión, fomento de la transferencia de tecnología, reducción de los obstáculos no oficiales a la inversión, o establecimiento de un mecanismo institucional para coordinar las actividades de promoción de la inversión. Lejos de dejar a la discreción de cada país este tipo de medidas, los futuros AII podrían incluir un compromiso recíproco de las partes contratantes de aplicar medidas de este tipo. Estas medidas pueden convertirse en nuevos instrumentos importantes para ampliar la dimensión de desarrollo de los AII.

La idea de incluir en los AII unas disposiciones dedicadas específicamente a la promoción de la inversión no es totalmente nueva. Algunos AII vigentes contienen algunos ejemplos que ya se han mencionado. Sin embargo, este grupo de acuerdos sigue siendo una pequeña minoría dentro del número total de AII vigentes (UNCTAD de próxima publicación b).

Un mayor recurso en los AII a la utilización de disposiciones de promoción de la inversión podría tener varias ventajas. Primero, y probablemente lo más importante, las disposiciones de promoción de la inversión, a la inversa que las obligaciones de protección de la inversión, que tienen un carácter más pasivo en los AII, pueden establecer el compromiso de las partes contratantes *de hacer algo positivamente* para fomentar la inversión extranjera. Así pues, su efecto de promoción podría manifestarse con mayor rapidez y fuerza. Segundo, las disposiciones de promoción de la inversión se pueden utilizar en el marco de las políticas de inversión de carácter estratégico de los países en desarrollo para encauzar la inversión extranjera hacia sectores, actividades o regiones particulares.

Si fuera a prestarse más atención a la promoción de la inversión en los AII, sería importante evitar que los compromisos de promoción se incorporen como simple reconocimiento verbal de la cuestión sin que las partes contratantes presten demasiada atención a esas disposiciones una vez concluido el acuerdo. Este peligro existirá en la medida en que los compromisos de promoción no vengán acompañados de algún tipo de mecanismo de seguimiento que vigile y controle la aplicación de las medidas específicas de promoción convenidas, y evalúe su éxito. Por tanto, lo que está en juego no es sólo si los AII deben incluir, o no, más disposiciones de promoción de la inversión sino qué es necesario hacer para que estas disposiciones sean efectivas.

*c) Diferentes tipos de AII*

Como antes se explicó, el universo de AII se hace cada vez más multifacético, es decir, está formado por una variedad considerable de tipos de tratado, como los TBI, los ALC, los acuerdos de cooperación económica, los acuerdos regionales y sectoriales y los tratados plurilaterales o multilaterales. ¿Es mejor un tipo de tratado que otro para avanzar en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo? ¿Es posible formular algunas observaciones generales compartidas por todos, o la respuesta dependerá totalmente de la situación en que se encuentre cada país individual? En este contexto, merece la pena recordar que, por un lado, cada vez se concluyen más ALC bilaterales y regionales y, por otro lado, que el número de TBI que se concluyen anualmente ha disminuido o se ha estancado en los últimos dos años. ¿Qué significado tiene esto desde el punto de vista del desarrollo dentro de la regulación de la inversión? ¿Es una tendencia buena o mala, o no importa en absoluto?

La cuestión de qué tipo de AII es más favorable a los objetivos de desarrollo quizá no tenga la misma respuesta en todos los países.

Por ejemplo, un país puede optar por suscribir un TBI tradicional orientado a la protección de la inversión, o un TBI con compromisos previos al establecimiento, o un AICP que prevea una liberalización global y abarque cuestiones distintas de la inversión, como los servicios, el movimiento de mano de obra, la competencia o la propiedad intelectual, o un acuerdo de cooperación económica que simplemente sienta las bases para la futura regulación, mediante medidas tales como una mayor transparencia. Sin embargo, algunos países, en particular países en desarrollo, quizá no tengan ninguna alternativa porque los potenciales asociados en un tratado no los consideran suficientemente atractivos para establecer con ellos algún tipo de cooperación económica más avanzada.

La elección del tipo de AII que más favorece los objetivos de desarrollo de un país depende también de la respuesta que se dé a la difícil cuestión de los efectos que se pretende obtener de esos acuerdos. Los estudios empíricos han llegado a unos resultados algo incoherentes sobre la cuestión de si la conclusión de AII se relaciona con un incremento de la inversión extranjera directa (véase la sección II.A.5 *supra*).

Además, la función de los AII en la creación de un clima favorable a la inversión puede ser compleja. Por ejemplo, los AII pueden contribuir a bloquear reformas internas que son importantes para atraer inversión extranjera. Los esfuerzos por llevar a la práctica un AII pueden también impulsar nuevas reformas internas de carácter sustantivo o de procedimiento y esas reformas, con el paso del tiempo, pueden contribuir a crear un entorno más favorable a la inversión, tanto la extranjera como la nacional. Los AII pueden tener también consecuencias no deseadas, como un laudo que interprete que garantiza algún tipo de protección contra la actividad normativa del país receptor que dicho país no tenía la intención de garantizar. Además, diferentes disposiciones de los AII pueden tener diferentes repercusiones en función de las circunstancias económicas de un determinado país. Los países en desarrollo deben hacer sus propias valoraciones de los tipos de AII que más probablemente, a fin de cuentas, contribuirán mejor al cumplimiento de sus objetivos de desarrollo.

En resumen, la dimensión de desarrollo es una consideración que se plantea tanto al elegir el tipo de instrumento que se ha de negociar como al formular cada una de las disposiciones de éste. La dimensión de desarrollo debe reflejarse pues no sólo en las distintas disposiciones específicas del acuerdo sino también en el instrumento en su conjunto.

*d) Medios alternativos de solución de controversias*

La dimensión de desarrollo de los AII presenta todavía otra faceta, que se relaciona con la solución de controversias. El mecanismo habitual para resolver conflictos entre inversores y Estados que no pueda resolver una negociación entre las partes enfrentadas es el arbitraje internacional. Este mecanismo es un instrumento importante para promover el imperio de la ley y aumentar la confianza de los inversores pero puede tener también importantes contraindicaciones. Entre los posibles inconvenientes cabe mencionar que el arbitraje puede ser muy lento y suponer importantes gastos directos e indirectos para ambas partes, lo que incluye el riesgo de ruptura de una relación económica importante entre ellos. Desde el punto de vista del país receptor, otro inconveniente sería el hecho de que los laudos vinculantes le imponen unas restricciones al régimen de las empresas que sobrepasan los límites de cada uno de los casos individuales. Además, el arbitraje tiene el efecto potencial de influir negativamente en el clima inversor de un país así como en el apoyo público a la inversión extranjera. En otras palabras, el arbitraje no es un mecanismo muy favorable para el desarrollo, ni siquiera si el país en desarrollo receptor impone finalmente su punto de vista en la controversia.

El aumento de las controversias entre inversores y Estados en los últimos años ha agravado estos problemas. Un número creciente de países, entre ellos numerosos países en desarrollo, tienen que hacer frente a controversias entre inversores y Estados (véase la sección II.A.3 *supra*).

Cabría hacer algún esfuerzo por mejorar el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. Recientemente se han dado algunos pasos en esta dirección (véase la sección III.B.1.c) *supra*). Otra posibilidad sería recurrir más en los futuros AII a métodos alternativos de solución de controversias. Uno de estos métodos es utilizar unos procedimientos no vinculantes de solución de controversias con intervención de un tercero, como la mediación o la conciliación. En estos procedimientos, un tercero, normalmente elegido de común acuerdo por las partes enfrentadas, ayuda a éstas a negociar una salida para su conflicto. Por eso a veces se denomina a este método alternativo "negociación facilitada". El CIADI, por ejemplo, ofrece servicios de conciliación y la CNUDMI ha elaborado un reglamento de conciliación (1980) y una ley modelo sobre conciliación comercial internacional (2002)<sup>10</sup>. Si el resultado es bueno, estos procedimientos no vinculantes de solución de controversias con intervención de terceros pueden ser más baratos, más rápidos y más protectores de la relación entre un inversor extranjero y el país receptor que un arbitraje formal.

En la actualidad, sólo unos pocos AII prevén la utilización de procedimientos no vinculantes de solución de controversias con intervención de un tercero (véase, por ejemplo, el TBI entre Polonia y los Estados Unidos (1990) y el modelo de TBI de los Estados Unidos de 2004). Por otra parte, cuando los AII incluyen una disposición que abre la puerta a estos procedimientos, los inversores normalmente optan por recurrir al arbitraje vinculante. Este hecho puede deberse a que los inversores prefieren un procedimiento de solución de controversias que desemboque en una decisión definitiva en un plazo determinado. Con frecuencia, el arbitraje sólo se solicita después de haber fracasado la negociación. Llegado ese punto, un inversor puede creer que no es productivo mantener nuevas negociaciones, ni siquiera con asistencia de un tercero. Por eso, para que los procedimientos no vinculantes sean eficaces quizá sea necesario recurrir a ellos antes de que se avance demasiado en la controversia.

Dadas las ventajas potenciales de los mecanismos alternativos de solución de controversias, como los procedimientos no vinculantes con intervención de terceros, es posible que los países quieran darles un papel más prominente en la elaboración de futuros tratados (UNCTAD de próxima publicación c). No obstante, su éxito dependerá del compromiso político de los países receptores de recurrir a ellos en la primera etapa de una controversia, antes de que llegue el momento en que ya no es posible la negociación. Para ello, a su vez, quizá sea necesario reformar las políticas nacionales y permitir que el gobierno de un país receptor autorice el pago de una reclamación aunque no haya un laudo vinculante en su contra. Esta cuestión pone de relieve la interrelación entre el sistema de AII y las políticas nacionales.

---

**Notas**

<sup>1</sup> Cabe citar, en particular, el creciente número de AII, el mayor alcance, complejidad y diversidad de los AII y la multiplicación de las controversias entre inversores y Estados que se someten a arbitraje.

<sup>2</sup> El programa de trabajo de la UNCTAD en la esfera de la asistencia técnica para fomentar la capacidad de los países en desarrollo y las economías en transición para abordar cuestiones relacionadas con los AII se centra expresamente en la negociación de este tipo de tratados y la solución de conflictos entre inversores y Estados.

<sup>3</sup> La base de datos en línea de la UNCTAD de instrumentos internacionales de inversión se puede consultar en [www.unctad.org/ii](http://www.unctad.org/ii).

<sup>4</sup> Véanse las citas del recuadro 1 *supra*.

<sup>5</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004). "Possible improvement of the framework for ICSID arbitration", documento de debate de la secretaría del CIADI, 22 de octubre de 2004, copia mimeografiada.

<sup>6</sup> La cuestión fue debatida en una Conferencia dedicada al tema "Solución de diferencias entre inversores y Estados: nuevos problemas y oportunidades para los inversores y los países de América Latina", celebrada en Washington D.C. los días 11 y 12 de octubre de 2007, en cooperación con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Columbia Program on International Investment (CPII), con la colaboración de la Organización de Estados Americanos (OEA) y SETIC/Academia de Centroamérica.

<sup>7</sup> Así lo sugirió el juez Patrick Robinson del TIJ en un comentario a esta publicación.

<sup>8</sup> Este reto se relaciona con los otros dos retos (la coherencia de las políticas y el equilibrio de los intereses privados y públicos) ya que los dos últimos tienen también una faceta de desarrollo.

<sup>9</sup> Como excepción cabe citar el Acuerdo de la OMC sobre las MIC, que incluye períodos de transición para los países en desarrollo.

<sup>10</sup> Pueden consultarse en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html).



---

#### IV. PERSPECTIVAS

En el capítulo precedente se han expuesto los principales retos que tienen ante sí los países, en particular los países en desarrollo, en la esfera de la regulación internacional de la inversión a principios del siglo XXI. También se expusieron los problemas principales de capacidad y de contenido que supone mantener la coherencia de las políticas dentro del sistema de AII, el equilibrio correcto entre los intereses privados y públicos en los AII y la garantía de que se tendrá suficientemente en cuenta la dimensión de desarrollo.

También se han abordado en esta publicación con un cierto detalle las principales cuestiones que plantea la solución de estos problemas y se han hecho algunas propuestas para hacerles frente. Entre ellas cabe mencionar que se amplíe el estudio y análisis de las políticas aplicadas en la esfera de los AII y la asistencia técnica a los países en desarrollo en la negociación y aplicación de acuerdos, y algunas ideas concretas sobre determinados aspectos individuales de los AII.

Todas estas consideraciones tienen en común que se dirigen a los países y se refieren a sus programas y estrategias individuales con respecto a los AII. Se tiene así en cuenta el hecho de que el actual sistema de AII está muy atomizado y que, en estas circunstancias, los países no tienen más alternativa que buscar soluciones individuales en su negociación de tratados. Este enfoque individualista puede ser útil en cierta medida para resolver algunos de los problemas que plantea actualmente la regulación internacional de la inversión, pero tiene sus limitaciones porque no puede resolver las insuficiencias inmanentes al sistema que presenta el universo actual de AII.

El alto grado de atomización del sistema actual, como pone de manifiesto que a finales de 2007 se hubieran firmado más de 2.800 TBI y AICP, genera unos problemas que no se pueden resolver eficazmente desde dentro. La consecuencia es que los países defienden aisladamente sus intereses en la negociación de AII. En estas condiciones, la mayoría de los países en desarrollo se encuentran en una situación de desventaja, ya que tienen un poder de negociación limitado. Pueden considerar difícil, si no imposible, dar coherencia a su red de AII, lograr un equilibrio adecuado entre los intereses privados y públicos en la negociación de AII y asegurarse de que se tiene suficientemente en cuenta la dimensión de desarrollo. Mientras el universo de AII siga tan fragmentado las posibilidades de lograr un grado sustancialmente mayor de homogeneidad, transparencia y reconocimiento de los problemas legítimos de desarrollo serán limitadas. Por definición, la única forma de abordar eficazmente la solución de estos defectos es hacer que el propio sistema de AII evolucione.

Además, en el marco del actual sistema de AII, lo máximo que cabe hacer es suavizar los problemas de capacidad, pero no realmente resolverlos. El número de acuerdos y su complejidad siguen creciendo, lo mismo que las controversias relacionadas con inversiones. En estas circunstancias, los países en desarrollo corren el peligro de verse desbordados en sus esfuerzos simplemente por seguir el ritmo de los acontecimientos, no digamos ya influir en ellos. Además, la creciente tendencia a que los ALC incluyan disposiciones dedicadas a la inversión puede perjudicar a muchos países en desarrollo que no llegan a ser suficientemente atractivos para este tipo de acuerdos y, por consiguiente, pueden quedar rezagados en el proceso de regulación internacional.

A falta de una coordinación de todo el sistema, los países siguen concluyendo acuerdos de inversión de forma individual, perpetuando y acentuando así el conglomerado actual de AII, denominado a veces "plato de spaghetti" (UNCTAD, 2006c). El resultado es que la regulación internacional de la inversión avanza hacia un mayor bilateralismo y regionalismo, justo lo opuesto de un enfoque colectivo y armonizado para aumentar la claridad, estabilidad y transparencia de las relaciones internacionales de inversión y permitir que los países en desarrollo participen de forma efectiva en el sistema.

Mientras el universo de los AII siga estando muy atomizado, existe el peligro de que el sistema pierda validez y se convierta en una mezcolanza de normas que apunten en distintas direcciones, que los países en desarrollo, cuya capacidad es limitada, encuentren cada vez más difíciles de manejar. Debido a la creciente complejidad, cada vez es más difícil para las empresas transnacionales establecer qué norma internacional es aplicable y en qué medida su inversión está protegida en el país receptor.

Estas consideraciones llevan a concluir que la búsqueda de consenso multilateral con respecto a los AII sigue siendo un asunto pendiente. Actualmente hay muy pocas posibilidades de lograr avances significativos en este ámbito. Un esfuerzo colectivo podría contribuir a dar más eficacia y eficiencia al sistema vigente de normas internacionales sobre inversión, y permitir que contribuyera en mayor medida al crecimiento y el desarrollo, lo que a su vez podría realzar la claridad y la estabilidad de las relaciones de inversión, dar mayor coherencias a las normas, servir de principal referencia para la formulación de normas a nivel internacional en todos los niveles y asegurar que los todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo, participan por igual en el proceso.

---

## REFERENCIAS

- Banga, Rashmi (2003) "Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows", Indian Council for Research on International Economic Relations, Nueva Delhi.
- Gallagher, Kevin y Melissa Birch (2006), "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, (diciembre), págs. 961 a 973.
- Neumayer, Eric y Laura Spess (2005) "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" (mayo), disponible en línea en: [http://eprints.lse.ac.uk/627/01/World\\_Dev\\_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/627/01/World_Dev_(BITs).pdf).
- Schreuer, Christoph (2006). "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, N° 2.
- \_\_\_\_\_ (2007). "Preliminary rulings in investment arbitration", en Karl Sauvant (ed.), *Coherence and Consistency in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press) (de próxima publicación).
- Tobin, Jennifer y Susan Rose-Ackerman (2006), "Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?", disponible en línea en: [www.upf.es/dret/civil/clef/sra.pdf](http://www.upf.es/dret/civil/clef/sra.pdf).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (1999a). *Lessons from the MAI*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.II.D.26.
- \_\_\_\_\_ (1999b). *Most-Favoured-Nation Treatment*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.II.D.11.
- \_\_\_\_\_ (2000). *Taxation*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.00.II.D.5.

---

\_\_\_\_\_ (2001). *Home Country Measures*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.19.

\_\_\_\_\_ (2003a). *Dispute Settlement: Investor-State*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.03.II.D.5.

\_\_\_\_\_ (2003b). *Solución de controversias: entre Estados*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.03.II.D.6.

\_\_\_\_\_ (2004). *Transparencia*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.D.7.

\_\_\_\_\_ (2005a). *Cooperación Sur-Sur en materia de acuerdos internacionales de inversión*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.D.5.

\_\_\_\_\_ (2005b). *Controversias entre invasores y Estados basadas en tratados internacionales: examen general*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.06.II.D.1.

\_\_\_\_\_ (2006a). "The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)", *IIA Monitor*, N° 3 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9).

\_\_\_\_\_ (2006b). *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

\_\_\_\_\_ (2006c). "Systemic Issues in International Investment Agreements (IIAs)", *IIA Monitor*, N° 1 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/2).

---

**Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo**

- \_\_\_\_\_ (2007a). *Formulación de normas internacionales en materia de inversión* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Nota de la secretaría de la UNCTAD, Reunión de Expertos sobre las consecuencias que tiene para el desarrollo la formulación de normas internacionales en materia de inversión, Ginebra 28 y 29 de junio de 2007, TD/B/COM.2/EM.21/2.
- \_\_\_\_\_ (2007b). *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.07.II.D.10.
- \_\_\_\_\_ (2007c). *World Investment Report 2007. FDI in Extractive Industries* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.07.II..D.9.
- \_\_\_\_\_ (2007d). *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-making* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.16.
- \_\_\_\_\_ (2007e). *World Investment Prospects Survey 2007-2009* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.
- \_\_\_\_\_ (2007f). "Development implications of international investment agreements", *IIA Monitor*, N° 2 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/2).
- \_\_\_\_\_ (2007g). *Fijación de normas sobre las inversiones internacionales: tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), Nota preparada por la secretaría de la UNCTAD, Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, Ginebra, 8 a 14 de marzo de 2007, TD/B/COM.2/73.
- \_\_\_\_\_ (2008a). "Recent developments in international investment agreements (IIAs) in 2006", *IIA Monitor*, N° 3, 2007.
- \_\_\_\_\_ (2008b). "Recent developments in international investment agreements (2007 - junio 2008)" *IIA Monitor*, N° 2, 2008.
- \_\_\_\_\_ (2008c). "Latest developments in investor-State dispute settlement", *IIA Monitor*, N° 1, 2008.

\_\_\_\_\_ (2008d). *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.08.II.D.23.

\_\_\_\_\_ (2008e). *Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.08.II.D.5.

\_\_\_\_\_ (de próxima publicación a). "Recent developments in international investment agreements (IIAs) in 2007", *IIA Monitor*, N° 3, 2008.

\_\_\_\_\_ (de próxima publicación b). *Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas), publicación de las Naciones Unidas.

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

---

## SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

(For more information, please visit [www.unctad.org/en/pub](http://www.unctad.org/en/pub))

### A. Serial publications

#### *World Investment Reports*

(For more information visit [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir))

*World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge.* Sales No. E.08.II.D.23. \$80. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf).

*World Investment Report 2007. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. An Overview.* 42 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2008overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2008overview_en.pdf).

*World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development.* Sales No. E.07.II.D.9. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf).

*World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. An Overview.* 50 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2007overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2007overview_en.pdf).

*World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development.* Sales No. E.06.II.D.11. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf).

*World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. An Overview.* 50 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006overview_en.pdf).

*World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D.* Sales No. E.05.II.D.10. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2005\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf).

*World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. An Overview.* 50 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2005overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2005overview_en.pdf).

---

Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados  
con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo

**World Investment Report 2004. The Shift Towards Services.** Sales No. E.04.II.D.36. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2004\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf).

**World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. An Overview.** 62 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2004overview_en.pdf).

**World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives.** Sales No. E.03.II.D.8. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf).

**World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. An Overview.** 66 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003overview_en.pdf).

**World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness.** 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2002\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf).

**World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. An Overview.** 66 p. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overview\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overview_en.pdf).

**World Investment Report 2001: Promoting Linkages.** 356 p. Sales No. E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

**World Investment Report 2001: Promoting Linkages. An Overview.** 67 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

**Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI.** UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

**World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development.** 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

**World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. An Overview.** 75 p. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

**World Investment Directories**

(For more information visit  
[http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/fdistats\\_files/WID2.htm](http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/fdistats_files/WID2.htm))

**World Investment Directory 2004: Latin America and the Caribbean.  
Volume IX.** 599 p. Sales No. E.03.II.D.12. \$25.

**World Investment Directory 2003: Central and Eastern Europe. Vol. VIII.**  
397 p. Sales No. E.03.II.D.24. \$80.

**Investment Policy Reviews**

(For more information visit <http://www.unctad.org/pr>)

**Investment Policy Review – Rwanda.** 130 p. Sales No. E.06.II.D.15. \$25

**Investment Policy Review – Colombia** 73 p. Sales No. E.06.II.D.4 \$25

**Investment Policy Review – Kenya.** 126 p. Sales No. E.05.II.D.21. \$25.

**Investment Policy Review – Benin.** 147 p. Sales No. F.04.II.D.43. \$25.

**Investment Policy Review – Sri Lanka.** 89 p. No. E.04.II.D.19 \$25

**Investment Policy Review – Algeria.** 110 p. Sales No. F.04.II.D.30. \$25.

**Investment Policy Review – Nepal.** 89 p. Sales No. E.03.II.D.17. \$20.

**Investment Policy Review – Lesotho.** 105 p. Sales No. E.03.II.D.18. \$15/18.

**Investment Policy Review – Ghana.** 103 p. Sales No. E.02.II.D.20. \$20.

**Investment Policy Review – Tanzania.** 109 p. Sales No. E.02.II.D.6 \$20.

**Investment Policy Review – Botswana.** 107 p. Sales No. E.01.II.D.I. \$22.

**Investment Policy Review – Ecuador.** 136 p. Sales No. E.01.II.D.31. \$25.

**Investment and Innovation Policy Review – Ethiopia.** 130 p.  
UNCTAD/ITE/IPC/Misc.4.

**Investment Policy Review – Mauritius.** 92 p. Sales No. E.01.II.D.11. \$22.

*Investment Policy Review – Peru.* 109 p. Sales No. E.00.II.D.7. \$22.

*Investment Policy Review – Egypt.* 119 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$19.

*Investment Policy Review – Uganda.* 71 p. Sales No. E.99.II.D.24. \$15.

*Investment Policy Review – Uzbekistan.* 65 p. UNCTAD/ITE/IIP/Misc. 13.

***International Investment Instruments***

(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV.* Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII.* Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII.* Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI.* 345 p. Sales No. E.04.II.D.9. \$60. [http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf).

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X.* 353 p. Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX.* 353 p. Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII.* 335 p. Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII.* 339 p. Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI.* 568 p. Sales No. E.01.II.D.34. \$60. [http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6\\_p1.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf) (part one).

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V.* 505 p. Sales No. E.00.II.D.14. \$55.

*International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV.* 319 p. Sales No. E.00.II.D.13. \$55.

**UNCTAD Investment Guides**

(For more information visit

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2705&lang=14>)

***An Investment Guide to Rwanda: Opportunities and Conditions.*** 79 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2006/3

***An Investment Guide to Mali: Opportunities and Conditions.*** 68 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2006/2.

***An Investment Guide to Kenya: Opportunities and Conditions.*** 92 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2005/2.

***An Investment Guide to Tanzania: Opportunities and Conditions.*** 82 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2005/3.

***An Investment Guide to the East African Community: Opportunities and  
Conditions.*** 109 p. UNCTAD/ITE/IIA/2005/4.

***An Investment Guide to Mauritania: Opportunities and Conditions.*** 80 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2004/4.

***Guide de l'investissement au Mali: Opportunités et Conditions.*** 76 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2004/1.

***An Investment Guide to Cambodia: Opportunities and Conditions.*** 89 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2003/6. [http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20036\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20036_en.pdf).

***An Investment Guide to Nepal: Opportunities and Conditions.*** 97 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2003/2. [http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20032\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20032_en.pdf).

***An Investment Guide to Mozambique: Opportunities and Conditions.*** 109 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/4. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad4.en.pdf>.

***An Investment Guide to Uganda: Opportunities and Conditions.*** 89 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2004/3.

***An Investment Guide to Bangladesh: Opportunities and Conditions.*** 66 p.  
UNCTAD/ITE/IIT/Misc.29. <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm29.en.pdf>.

***An Investment Guide to Ethiopia: Opportunities and Conditions.*** 90 p.  
UNCTAD/ITE/IIA/2004/2.

***International Investment Policies for Development***

(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

***Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements.*** 103 p. Sales no. E.08.II.D.5. \$15.

***Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations.*** 104 p. Sales no.: E.06.II.D.14. \$15.

***International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues.*** 110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

***Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review.*** 106 p. Sales No. E.06.II.D.1 \$15

***South-South Cooperation in Investment Arrangements.*** 108 p. Sales No. E.05.II.D.26 \$15.

***International Investment Agreements in Services.*** 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

***The REIO Exception in MFN Treatment Clauses.*** 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

***Issues in International Investment Agreements***

(For more information visit <http://www.unctad.org/ia>)

***International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III.*** Sales no.: E.05.II.D.6. \$65.

***State Contracts.*** 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

***Competition.*** 112 p. E.04.II.D.44. \$ 15.

***Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary.*** 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

***Incentives.*** 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

***Transparency.*** 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

***Dispute Settlement: State-State.*** 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

***Dispute Settlement: Investor-State.*** 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

- 
- Transfer of Technology.* 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.
- Illicit Payments.* 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.
- Home Country Measures.* 96 p. Sales No.E.01.II.D.19. \$12.
- Host Country Operational Measures.* 109 p. Sales No E.01.II.D.18. \$15.
- Social Responsibility.* 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.
- Environment.* 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.
- Transfer of Funds.* 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.
- Flexibility for Development.* 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.
- Employment.* 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.
- Taxation.* 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.
- Taking of Property.* 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.
- National Treatment.* 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.
- Admission and Establishment.* 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.
- Trends in International Investment Agreements: An Overview.* 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.
- Lessons from the MAI.* 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.
- Fair and Equitable Treatment.* 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.
- Transfer Pricing.* 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.
- Scope and Definition.* 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.
- Most-Favoured Nation Treatment.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.
- Investment-Related Trade Measures.* 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.
- Foreign Direct Investment and Development.* 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

**B. INVESTMENT ADVISORY SERVICES**

Series A. No. 1. *Aftercare: A Core Function In Investment Promotion*. UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (October 2007).

Series A. No. 2. *Shaping the Investment Climate: The IPA as Policy Advocate* (forthcoming)

No. 18. *A Survey of Support by Investment Promotion Agencies to Linkages*. UNCTAD/ITE/IPC/2005/12. ISSN: 1819-5938

**C. INDIVIDUAL STUDIES**

*Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

*Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Investment Rulemaking*. 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

*Investment Provisions in Economic Integration Agreements*. 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

*Globalization of R&D and Developing Countries*. 242 p. Sales No. E.06.II.D.2. \$35.

*Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations, 2005-2008*. 74 p. Sales No. E.05.II.D.32. \$18.

*World Economic Situation and Prospects 2005*. 136 p. Sales No. E.05.II.C.2. \$15. (Joint publication with the United Nations Department of Economic and Social Affairs.)

*Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*. 318 p. Sales No. E.03.II.D.32. \$35\_ [http:// www.unctad.org/en/docs/iteiia20037\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf)

*FDI in Land-Locked Developing Countries at a Glance*. 112 p. UNCTAD/ITE/IIA/2003/5.

*FDI in Least Developed Countries at a Glance: 2002.* 136 p. UNCTAD/ITE/IIA/6. [http://www.unctad.org/en/docs//iteiia6\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs//iteiia6_en.pdf).

*Foreign Direct Investment in Africa: Performance and Potential.* 89 p. UNCTAD/ITE/IIT/Misc.15. Free of charge. Also available from <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiitm15.pdf>.

*TNC-SME Linkages for Development: Issues–Experiences–Best Practices. Proceedings of the Special Round Table on TNCs, SMEs and Development, UNCTAD X, 15 February 2000, Bangkok, Thailand.* 113 p. UNCTAD/ITE/TEB1. Free of charge.

*Measures of the Transnationalization of Economic Activity.* 93 p. Sales No. E.01.II.D.2. \$20.

*The Competitiveness Challenge: Transnational Corporations and Industrial Restructuring in Developing Countries.* 283p. Sales No. E.00.II.D.35. \$42.

*FDI Determinants and TNC Strategies: The Case of Brazil.* 195 p. Sales No. E.00.II.D.2. \$35. Summary available from <http://www.unctad.org/en/pub/psiteiid14.en.htm>.

#### *Studies on FDI and Development*

*TNCs and the Removal of Textiles and Clothing Quotas.* 78 p. Sales No. E.05.II.D.20.

*Measuring Restrictions on FDI in Services and Transition Economies,* 56 p. Sales No. 06.II.D.13.

#### **D. JOURNALS**

*Transnational Corporations Journal* (formerly *The CTC Reporter*). Published three times a year. Annual subscription price: \$45; individual issues \$20. [http://www.unctad.org/en/subsites/dite/1\\_itnacs/1\\_tnacs.htm](http://www.unctad.org/en/subsites/dite/1_itnacs/1_tnacs.htm).

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Please consult your bookstore or write:

For Africa, Asia and Europe to:

Sales Section  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations  
CH-1211 Geneva 10  
Switzerland  
Tel: (41-22) 917-1234  
Fax: (41-22) 917-0123  
E-mail: unpubli@unog.ch

For Asia and the Pacific, the Caribbean, Latin America and North America to:

Sales Section  
Room DC2-0853  
United Nations Secretariat  
New York, NY 10017  
United States  
Tel: (1-212) 963-8302 or (800) 253-9646  
Fax: (1-212) 963-3489  
E-mail: publications@un.org

All prices are quoted in United States dollars.

---

**QUESTIONNAIRE**

**International Investment Rule-Making:  
Stocktaking, Challenges and the Way Forward**

Sales No. E.08.II.D.1

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey  
UNCTAD Division on Investment and Enterprise  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations, Room E-9123  
CH-1211 Geneva 10, Switzerland  
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

---



---

2. Which of the following best describes your area of work?

- |                             |                          |                                  |                          |
|-----------------------------|--------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| Government                  | <input type="checkbox"/> | Public enterprise                | <input type="checkbox"/> |
| Private enterprise          | <input type="checkbox"/> | Academic or research institution | <input type="checkbox"/> |
| International organization  | <input type="checkbox"/> | Media                            | <input type="checkbox"/> |
| Not-for-profit organization | <input type="checkbox"/> | Other (specify) _____            |                          |

3. In which country do you work? \_\_\_\_\_

4. What is your assessment of the contents of this publication?

- |           |                          |          |                          |
|-----------|--------------------------|----------|--------------------------|
| Excellent | <input type="checkbox"/> | Adequate | <input type="checkbox"/> |
| Good      | <input type="checkbox"/> | Poor     | <input type="checkbox"/> |

---

**Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados  
con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo**

5. How useful is this publication to your work?

Very useful  Somewhat useful   
Irrelevant

6. Please indicate the three things you liked best about this publication:

---



---



---

7. Please indicate the three things you liked least about this publication:

---



---



---

8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?

Consistently good  Usually good, but with some exceptions   
Generally mediocre  Poor

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful  Somewhat useful   
Irrelevant

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes  No

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above:

-----