



GUÍA DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE

INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Extracto del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible

- UNA "NUEVA GENERACIÓN" DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN
- PRINCIPIOS PARA LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN
- GUÍA PARA EL DISEÑO DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AII)
- OPCIONES PARA EL DISEÑO DE AII

2015



NACIONES UNIDAS

PREPARACIÓN, REVISIÓN Y DISEMINACIÓN DE LA ACTUALIZACIÓN DEL MARCO DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA UNCTAD

La versión del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (MPIDS), UNCTAD 2015, intenta actualizar la primera versión del 2012 en lo que concierne a los nuevos desarrollos y lecciones aprendidas desde entonces. Como parte de ese ejercicio, ella incorpora elementos del Informe de las Inversiones en el Mundo para los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

La actualización es el resultado del esfuerzo colectivo, liderado por la UNCTAD, agrupando experticia global en temas de desarrollo e inversión de otras organizaciones internacionales, numerosos expertos internacionales, académicos, practicantes, y otras partes interesadas en inversión y desarrollo.

Esta edición fue preparada por un equipo liderado por James Zhan y compuesto por Richard Bolwijn, Chantal Dupasquier, Hamed el Kady, Thomas van Giffen, Joachim Karl, Ventzislav Koetzov, Hafiz Mirza, Sergey Ripinsky, Elisabeth Tuerk and Joerg Weber. Ana Conover Blancas, Rhea Hoffmann, Kendra Magraw, Anna Mouw, Diana Rosert, Catherine Titi and Elizabeth Zorrilla también contribuyeron. La actualización se benefició de un proceso interno de revisión de pares. Jeffrey Sachs actuó como asesor líder para el Plan de Acción para la Inversión en Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como parte de la edición 2015 del Marco.

Desde 2012, diferentes partes del Marco de Políticas han sido testeadas con países beneficiarios (incluyendo a través de los Exámenes de Políticas de Inversión de la UNCTAD) y en numerosas reuniones intergubernamentales de alto nivel. Estos incluyen reuniones del Segundo Comité de la Asamblea General de la ONU, el proceso preparatorio para la Tercera Conferencia Internacional sobre el Financiamiento para el Desarrollo en Addis Ababa y el evento paralelo que organizó la UNCTAD en esta ocasión, así como las reuniones de la Junta de Comercio y Desarrollo de la UNCTAD y de su Comisión de Inversiones, Empresa y Desarrollo, las Mesas Redondas Ministeriales y las Conferencias anuales sobre All que tuvieron lugar durante los Foros Mundiales de Inversión organizados cada dos años por la UNCTAD. El Marco también fue discutido en el contexto de los lanzamientos anuales del Informe de las Inversiones en el Mundo y numerosas sesiones de información a las misiones en Ginebra, Nueva York y Viena.

El Marco de Políticas de la UNCTAD también recibió importante atención de numerosos organismos y agrupaciones internacionales. Fue discutido en las reuniones del grupo de expertos de inversiones de la Cooperación Económica Asia Pacífico, en el Comité Económico y Social Europeo, en las mesas redondas sobre libertad de inversión de la OCDE, en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (sus comisiones y grupos de trabajo), y en el Diálogo informal multilateral sobre inversiones G8 más 5. También se discutieron elementos del Marco durante las deliberaciones en la Convención de la Organización Mundial de la Salud sobre el Control de Tabaco, el Tratado sobre la Carta de la Energía, el Consejo de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y sus grupos de trabajo, y en el Foro para los negociadores de inversión de la países en desarrollo organizado anualmente por Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible y el Centro Sur.

Grupos parlamentarios que discutieron elementos del Marco de Políticas incluyen los comités sobre asuntos legales y comercio internacional del parlamento Europeo, la Alianza de Liberales y Demócratas del Parlamento Europeo, el grupo parlamentario Todo Partido del Reino Unido y el Comité de Comercio e Industria del parlamento de South África.

Comentarios también fueron recibidos a través de numerosas consultas con grupos de la sociedad civil y otras partes interesadas. Ejemplos incluyen la Feria Internacional de Comercio e Inversiones de China, el Foro Financiamiento del Desarrollo Sostenible (organizado por la Red de Soluciones para el Desarrollo Sostenible e Investec Asset Management), el Foro público de la Organización Mundial del Comercio y la Conferencia bianual global de la Sociedad para la ley económica internacional. Eventos organizados por el Instituto Británico sobre la Ley Internacional y Comparativa, el Centro de la Universidad de Columbia para el Desarrollo Sostenible, el Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), la Federación Europea para la Ley de Inversión y Arbitraje, y el Foro internacional de Ginebra sobre Comercio Internacional e Inversiones, también discutieron el Marco, permitiéndole a la UNCTAD beneficiarse de un amplio rango de perspectivas y experticia.

A través del investmentpolicyhub.org y las redes sociales se recibieron numerosos comentarios. La presencia del Marco en blogs, foros de discusión e intercambios académicos, junto con una extensiva cobertura por parte de los medios del Informe sobre las Inversiones en el Mundo, generaron ricos y diversos insumos de un amplio espectro de personas e instituciones. El Marco de Políticas también fue el soporte de numerosos cursos organizados o coorganizados por la UNCTAD, beneficiando países de África, Asia, América Latina y el Caribe, las islas del Pacífico y países con economías en transición.

Desde su lanzamiento en 2012, ha sido usado por un gran número de países y grupos regionales para revisar su legislación nacional, así como sus modelos o posiciones negociadoras de acuerdos internacionales de inversión. Análisis regulares de los acuerdos de inversión firmados durante los últimos tres años confirman que la mayoría de ellos incluye opciones propuestas en el Marco de Políticas 2012. El Marco ha sido extensivamente citado por trabajos académicos y documentos de políticas. A través de todo lo anterior, el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD se ha establecido como un importante instrumento para los gobiernos alrededor del mundo, en la formulación de una nueva generación de políticas de inversión.

La presente traducción al español del contenido del Marco relacionado con el diseño y negociación de acuerdos internacionales de inversión, se realizó gracias a la colaboración de graduados y estudiantes de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, bajo la coordinación del Profesor Facundo Pérez Aznar: Julia Aguiar, Justina Granillo Fernández, Luis Morano, María Florencia Sarmiento, y Alejandro Vulejser. La tabla de opciones de políticas fue traducida con la ayuda de la Profesora Claudia Manrique de la Universidad de Barcelona. El texto fue editado por Elizabeth Zorrilla. En la UNCTAD el proyecto fue supervisado por Elisabeth Tuerk y coordinado por Natalia Guerra.



UN MARCO DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE	06
--	----

I. UNA “NUEVA GENERACIÓN” DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN

1. El entorno cambiante de las políticas de inversión	09
2. Los desafíos clave para las políticas de inversión	15
3. Un desafío estratégico mundial: promover inversiones en desarrollo sostenible	17
4. Abordar los desafíos: un Marco de Políticas y un Menú de Acciones	23

II. PRINCIPIOS PARA LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN

1. Alcance y objetivos de los Principios	27
2. Los Principios	29
3. Anotaciones a los Principios	30

III. GUÍA PARA EL DISEÑO DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AII)

1. Definir el papel de los AII en las estrategias de desarrollo y las políticas de inversión de los países ..	39
2. La negociación de AII favorables para el desarrollo sostenible	44
3. Opciones de políticas para tratados sobre pre establecimiento y post establecimiento	53
4. Implementación y mecanismos institucionales para la efectividad de las políticas	58

IV. OPCIONES PARA EL DISEÑO DE AII

1. Parte A. Post-establecimiento	62
2. Parte B. Pre-establecimiento	88
3. Parte C. Trato especial y diferenciado (TED)	94

LISTA DE ACRÓNIMOS

AI	Acuerdos internacionales de inversión
AFIA	Agencias de fomento de inversión hacia afuera
AGCS	Acuerdo General de Comercio y Servicios
API	Agencias de Promoción de Inversiones
BM	Banco Mundial
CVM	Cadenas de valor mundiales
CFI	Corporación Financiera Internacional
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
COP21	Conferencia de las partes N° 21 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Cambio Climático
EE	Empresas estatales
EPI	Exámenes de políticas de inversión
FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FS	Fondos Soberanos
FMI	Fondo Monetario Internacional
IED	Inversión Extranjera Directa
IIM	Informe de las Inversiones en el Mundo
MASD	Métodos Alternativos de Solución de Disputas
NMF	Nación más favorecida
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
ONUAA	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO por sus siglas en inglés)
OMC	Organización Internacional del Comercio
OMGI	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
ONG	Organizaciones no gubernamentales
PIAR	Principios de Inversión Agrícola Responsable
PMA	Países menos avanzados
RSC	Responsabilidad social corporativa
SDIE	Solución de disputas inversor-Estado
TBI	Tratados bilaterales de inversión
TED	Trato especial y diferenciado
TJE	Trato Justo y Equitativo
TN	Trato nacional

UN MARCO DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

En un momento de desafíos sociales y ambientales apremiantes, aprovechar el crecimiento económico para alcanzar el desarrollo sostenible e inclusivo es más importante que nunca. La inversión es el principal impulsor de dicho crecimiento. Por lo tanto, movilizar la inversión y asegurar que contribuya a los objetivos de desarrollo sostenible es una prioridad para todos los países, y particularmente para los países en desarrollo.

El entorno de políticas de inversión transfronteriza está sujeto a cambios constantes. A nivel nacional, los gobiernos continúan adoptando medidas de política de inversión (a una tasa aproximada de 100 por año en la última década de acuerdo con el monitoreo de la UNCTAD de tales medidas), por no hablar de una infinidad de medidas adoptadas cada año que influyen en el clima general de negocios para los inversores. A nivel internacional, se han firmado nuevos acuerdos de inversión a un ritmo de más de uno cada quince días en los últimos años. En el plano del derecho no vinculante, o *soft law*, el universo de códigos y estándares que rigen el comportamiento de los inversores corporativos también continúa expandiéndose.

En conjunto, estos cambios progresivamente están dando lugar a una nueva generación de políticas de inversión, que persiguen una agenda de políticas de desarrollo más amplia y compleja, a la vez que construyen o mantienen un clima generalmente favorable a la inversión. Esta “nueva generación” de políticas de inversión coloca al crecimiento integrador y al desarrollo sostenible en el centro de los esfuerzos para atraer y gozar los beneficios de la inversión. Buscan hacer operativo el desarrollo sostenible mediante la implementación de medidas y mecanismos concretos en el plano nacional e internacional, y en el plano de formulación e implementación de políticas.

Para ayudar a los formuladores de políticas a hacer frente a los desafíos que plantea la nueva agenda emergente, como parte del *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2012* de la UNCTAD se emitió el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible. El marco consiste en un conjunto de principios básicos para la formulación de políticas de inversión, de directrices para políticas nacionales de inversión, y una guía para los formuladores de políticas sobre cómo interactuar con el régimen de políticas internacionales de inversión, en forma de opciones para el diseño y utilización de los acuerdos internacionales de inversión (AI).

Está surgiendo una nueva generación de políticas de inversión que persigue una agenda de políticas de desarrollo más amplia e intrincada, y a su vez busca construir o mantener un clima generalmente favorable para la inversión.

En los tres años desde su lanzamiento, el Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD ha servido como referencia para muchos formuladores de políticas en la elaboración de políticas nacionales de inversión y en la negociación de los acuerdos de inversión. Sirvió como base para actividades de capacitación en la formulación de políticas de inversión, especialmente a través del trabajo de asistencia técnica de la UNCTAD (Exámenes de las Políticas de Inversión). Y sirvió como un punto de convergencia en los debates internacionales sobre cuestiones de inversión, por ejemplo, durante los Foros Mundiales de Inversión de la UNCTAD, las conferencias sobre AI y otras reuniones intergubernamentales.

Se han acumulado nuevos conocimientos adquiridos a través de los debates sobre políticas y la experiencia en asistencia técnica, de la retroalimentación recibida de los expertos - incluso a través del "Hub" de Políticas de Inversión (investmentpolicyhub.unctad.org), el cual ofrece una plataforma de "fuente abierta" sobre las mejores prácticas en políticas de inversión - así como también se han acumulado nuevas prioridades en la formulación de políticas, hasta tal punto que es oportuno hacer una actualización del marco de políticas.

Esta actualización incluye en general tres áreas de innovación.

En primer lugar, las nuevas ideas y comentarios han sido incorporados tanto en las directrices de políticas nacionales de inversión como en el menú de opciones de AI. Este último también refleja los esfuerzos continuos de la comunidad internacional para reformar la gobernanza internacional de inversiones.

En segundo lugar, la evolución de la formulación de políticas internacionales de inversión ha hecho necesario profundizar el componente de liberalización o "pre-establecimiento", en el menú de opciones para los AI.

En tercer lugar, esta actualización se presenta en un año en el que la comunidad internacional está definiendo sus futuros objetivos de desarrollo sostenible, lo cual abarca áreas como reducción de la pobreza, seguridad alimentaria, salud, educación y cambio climático. En su *Informe sobre las Inversiones en el Mundo (IIM) 2014*, la UNCTAD presentó un Plan de Acción para la Inversión en el Desarrollo Sostenible para apoyar estos esfuerzos. El marco actualizado incorpora medidas de políticas concretas, tomadas del plan de acción dirigido a promover las inversiones orientadas al desarrollo sostenible en lo particular.

El Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD continuará sirviendo como base para la asistencia técnica y para las discusiones sobre políticas internacionales de inversión. Y continuará representando un "documento vivo", abierto a la retroalimentación a través del Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD.



I. UNA “NUEVA GENERACIÓN” DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN

1. EL ENTORNO CAMBIANTE DE LAS POLÍTICAS DE INVERSIÓN

Las políticas de inversión no se diseñan en el vacío. Éstas se elaboran en un contexto político y económico que, a nivel mundial y regional, ha sido sacudido en la última década por una serie de crisis en las áreas de finanzas, seguridad alimentaria y medio ambiente; y se enfrentan a los persistentes desequilibrios mundiales y desafíos sociales, especialmente con respecto a la mitigación de la pobreza. Estas crisis y desafíos están teniendo efectos profundos en la manera en la que se diseñan las políticas a nivel global. En primer lugar, la crisis económica y financiera ha acentuado el desplazamiento, a largo plazo, de la importancia económica de los países desarrollados hacia los mercados emergentes. Los desafíos globales como la seguridad alimentaria y el cambio climático, en donde la participación de los países en desarrollo es un requisito indispensable para alcanzar cualquier solución viable, han dado un mayor rol a estos países en el diseño de las políticas globales. En segundo lugar, la crisis financiera en particular ha impulsado el papel de los gobiernos en la economía, tanto en el mundo desarrollado como en desarrollo. En tercer lugar, la naturaleza de estos desafíos, que ningún país puede afrontar aisladamente, hace imperativa una mejor coordinación internacional. Y en cuarto lugar, el contexto político y económico mundial, y los desafíos que se deben afrontar – con preocupación central en lo social y lo ambiental – están guiando a los formuladores de políticas a reflexionar sobre un nuevo paradigma de desarrollo emergente que sitúa a las metas de desarrollo sostenible e inclusivo en el mismo plano que el crecimiento económico y las metas de desarrollo.

Las tendencias en las políticas de inversión naturalmente reflejan estos desarrollos.

Ha habido cambios fundamentales en el panorama de la inversión y de los inversores.

Los países en desarrollo y las economías en transición son hoy por hoy los principales destinatarios de IED, y su importancia como receptores de IED sigue en aumento. En 2010, por primera vez, los países en desarrollo recibieron más de la mitad de los flujos globales de IED – ahora están a niveles de 55 por ciento. Esto aumenta las oportunidades para crear políticas estratégicas de canalización, promoción y protección de inversiones en países en desarrollo.

Las economías emergentes no sólo se han convertido en importantes receptores de IED, sino que ellas mismas son cada vez más grandes inversores, contando con más de un tercio de la participación en las salidas mundiales de IED. Si bien antes estos países podrían haber estado más preocupados por la presión que afrontaban para dar protección a las inversiones realizadas por terceros, ahora también toman en cuenta la

Las grandes tendencias globales constituyen el telón de fondo para la nueva generación emergente de formulación de políticas de inversión.

seguridad y el trato a los intereses de sus propios inversores en el exterior.

También aparecen nuevos tipos de inversores en escena. Las empresas estatales (EE) son actores importantes en la IED. A pesar de que las EE sólo representan el 1% del total de empresas multinacionales, el monto de sus inversiones en el exterior representa aproximadamente el 10% de los flujos globales de IED. De manera similar, los Fondos Soberanos (FS) están ganando importancia como actores en la IED. Su cartera total en IED ascendió a unos \$160 mil millones en el 2014 y sus inversiones en el exterior sumaban menos del 2 por ciento de los flujos globales de IED. No obstante, con activos totales bajo su control de cerca de \$7 trillones, el potencial para mayores inversiones directas en activos productivos es significativo.

Claramente los patrones y tipos de inversión de estos nuevos actores (en términos de países de origen y países receptores, y en términos de inversores) son diferentes, así como sus prioridades en políticas. Además, es necesario estar al tanto del apoyo decreciente de las economías de mercado desarrolladas hacia un ambiente abierto a las inversiones, frente a la competencia de inversores cada vez más activos provenientes de países en desarrollo.

Los gobiernos están adquiriendo un rol cada vez mayor en la economía y están direccionando cada vez más las políticas de inversión.

Los gobiernos son cada vez menos reticentes a regular y conducir la economía. Cada vez son más los gobiernos que se están alejando del enfoque de no-intervención, y moviéndose hacia el de crecimiento económico y desarrollo que prevaleció anteriormente.¹ Las políticas industriales y las estrategias de desarrollo industrial están proliferando tanto en países desarrollados, como en países en desarrollo (*IIM 11*). Estas estrategias a menudo contienen elementos de promoción o restricción focalizada de la inversión, lo que incrementa la importancia de políticas integradas y coherentes sobre desarrollo e inversión.

Además, los gobiernos son cada vez más activos en sus esfuerzos para integrar empresas nacionales en las cadenas de valor mundiales (CVM). Promueven tal integración mediante el fortalecimiento de la capacidad local, mejoras tecnológicas y actividades de promoción de la inversión, tales como sistemas de vinculación de socios potenciales o el establecimiento de zonas económicas especiales. Las expectativas sobre los esfuerzos de promoción de los gobiernos han ido aumentando a medida que estos se enfocan cada vez más en la *calidad* – y no sólo en la *cantidad* – de la inversión (*IIM 13*).

El miedo y, hasta cierto grado, la evidencia en muchas regiones de crecimiento sin la creación de empleos (o de malos empleos), también está añadiendo presión sobre los gobiernos para que busquen “los tipos

Los gobiernos están desempeñando un papel más activo en la economía en general, lo cual se refleja en la formulación de políticas de inversión.

correctos” de inversión, y para que adopten medidas que maximicen el impacto de la inversión en la creación de empleos. En los países desarrollados, tales miedos en ocasiones han generado un debate sobre si se debe, y cómo hacer para, desalentar a las compañías nacionales de invertir en el exterior o promover la repatriación de inversiones extranjeras de vuelta a su país de origen. En los países en desarrollo, esos mismos miedos alimentan el debate sobre si la inversión está proporcionando suficientes empleos para la gente más pobre y si es lo suficientemente inclusivo.

También se manifiesta un rol más fuerte del Estado con respecto a otros asuntos de sostenibilidad. Se están incorporando nuevas regulaciones ambientales y sociales, o las ya existentes están siendo reforzadas – lo cual tiene implicaciones sobre la inversión. Además de las actividades regulatorias, los gobiernos están aumentando los esfuerzos para promover activamente el cambio hacia el desarrollo sostenible, por ejemplo, a través del estímulo a la IED baja en carbono. También están enfatizando la responsabilidad corporativa al promover la adopción de códigos privados de conducta empresarial.

La tendencia de los formuladores de políticas de intervenir más en la economía y, hasta cierto punto, de conducir la inversión se evidencia en el porcentaje de políticas regulatorias y restrictivas que hay dentro del total de medidas de políticas de inversión, las cuales han aumentado en su mayoría en los últimos diez años (aunque las medidas de liberalización y promoción de la inversión siguen siendo dominantes). Esta tendencia refleja, en parte, un realismo renovado sobre los costos económicos y sociales de las fuerzas del mercado desreguladas, pero también da lugar a preocupaciones sobre la posibilidad de que la aglomeración de actividades regulatorias pueda gradualmente incrementar el riesgo de regulación excesiva o de proteccionismo en materia de inversiones, lo cual obstaculizaría la entrada y salida de IED (véase el recuadro 1).

Hay una mayor necesidad de coordinación mundial en políticas de inversión y de una mejor gobernanza de inversiones internacionales.

Recuadro 1. Definiendo el proteccionismo en materia de inversión

A pesar de que los foros de política internacional de más alto nivel (por ejemplo, el G-20²) frecuentemente hagan referencia al “proteccionismo en la inversión”, no existe una definición universalmente acordada sobre el término. Diferentes escuelas de pensamiento adoptan distintos enfoques.

En un sentido amplio, las medidas proteccionistas relacionadas con la inversión incluirían: (1) medidas dirigidas a los inversores extranjeros, las cuales explícitamente o “*de facto*” los discriminan (es decir, los trata distinto que a los inversores domésticos), y que están diseñadas para prevenir o desalentar la inversión o la permanencia en el país. Y (2) medidas dirigidas a las empresas nacionales, las cuales les exigen repatriar sus activos u operaciones hacia el país de origen, o desalientan nuevas inversiones en el exterior.³ En este contexto, el término “medidas” se refiere a medidas regulatorias nacionales, pero también incluye la aplicación de *procedimientos administrativos* o, lo que es incluso menos tangible, a la *presión política*.

El razonamiento arriba expuesto ignora cualquier posible *justificación* del proteccionismo en la inversión – es decir, que las medidas pueden estar motivadas por preocupaciones políticas legítimas tales como la protección de la seguridad nacional, la salud pública u objetivos ambientales, o por un deseo de incrementar la contribución de la IED al desarrollo económico. Asimismo, no hace referencia a ninguna evaluación de la *proporcionalidad* entre dichas medidas y las preocupaciones de políticas. Tampoco intenta evaluar la *legalidad* de las medidas pertinentes en virtud del

marco normativo internacional aplicable (ya sea un marco específico a la inversión –por ejemplo, acuerdos de inversión internacional; o cuestiones relacionadas con el comercio, por ejemplo, las reglas de la OMC; o de cualquier otro tipo). El hacer caso omiso a estas consideraciones es análogo al caso en comercio donde un arancel puede ser aplicado a las importaciones por razones políticas legítimas, y puede ser legal conforme a las reglas de la OMC, pero aun así ser considerado una medida proteccionista en el léxico de los economistas.

Desde una perspectiva de desarrollo, este enfoque es claramente insatisfactorio: las medidas adoptadas en pos de objetivos legítimos de políticas públicas, que sean relevantes y proporcionales a esos objetivos y adoptadas de acuerdo a los instrumentos internacionales relevantes, no deberían ser consideradas proteccionistas. El reto yace en definir las fronteras de la legitimidad, relevancia y proporcionalidad, a fin de poder distinguir entre las medidas tomadas de buena fe para el bien público y las medidas cuyo objetivo subyacente es discriminar.

Para muchos formuladores de políticas el término “proteccionismo” tiene una connotación negativa. La carencia de un lenguaje común entre los formuladores de políticas y la comunidad inversora – el proteccionismo en un país se traduce en la política industrial en otro – no aporta a los esfuerzos para mantener un ambiente de políticas de inversión internacional dirigido a equilibrar la apertura y la persecución del bien público, y a la vez minimizar los efectos distorsionadores potencialmente nocivos en los flujos de inversión.

Fuente: UNCTAD.

Hay una necesidad de mayor coordinación mundial en políticas de inversión.

A necesidad de afrontar los desafíos comunes de desarrollo sostenible y de responder con eficacia a la perturbación económica y financiera mundial para evitar futuras crisis, ha suscitado que se convoque a nuevos modelos de gobernanza económica mundial. En el ámbito de las inversiones, hay razones de peso para una mejor coordinación internacional. Esto podría ayudar a mantener bajo control las tendencias proteccionistas y el trato discriminatorio a los inversores extranjeros. Además, en un mundo en el que los gobiernos "compiten" cada vez más por sus tipos preferidos de inversión, esto podría ayudar a evitar una "carrera hacia el abismo" en estándares regulatorios o una "carrera por el primer puesto" en incentivos.

Hay una serie de problemas específicos relacionados con la inversión que acentúan la necesidad de una mejor coordinación mundial en políticas de inversión, ya que, por su naturaleza, éstos sólo pueden ser atendidos efectivamente de manera cooperativa. Por un lado, una mejor coordinación internacional ayudaría a superar los problemas de coherencia que plantea el sistema altamente atomizado de AII, el cual consiste en cerca de 3,300 tratados base (es decir, tratados bilaterales de inversión (TBI) y otros acuerdos con disposiciones sobre inversión). Otro ejemplo donde los formuladores de políticas están cada vez más involucrados en el diálogo internacional es la cooperación fiscal internacional. Los niveles insostenibles de déficit público y deuda soberana han hecho a los gobiernos mucho más sensibles a la evasión fiscal, manipulación de "precios de transferencia", paraísos fiscales, y opciones similares a disposición de las empresas multinacionales, que les permiten reducir indebidamente sus obligaciones fiscales tanto en los países receptores como en los países de origen. Tanto las políticas fiscales internacionales, como las políticas de inversión internacional son parte de la gobernanza global de inversiones y existe una gran necesidad de mayor coherencia (IIM 15).

Hay otros desafíos mundiales no financieros que también requieren una mayor coordinación en temas de inversión, tal como se refleja en los esfuerzos por promover las inversiones verdes en apoyo al crecimiento respetuoso con el medio ambiente, y la colaboración internacional en inversión agropecuaria para ayudar a mejorar la seguridad alimentaria (IIM 09, IIM 10).

Está surgiendo una nueva generación de políticas de inversión.

Como consecuencia de los sucesos arriba descritos, está surgiendo una nueva generación de políticas de inversión, la cual persigue una agenda de políticas para el desarrollo más amplia y compleja, dentro de un marco que busca mantener un clima de inversión favorable en general. Esta

Un desafío clave al que se enfrentan las políticas es encontrar el equilibrio correcto entre regulación y apertura.

nueva generación de políticas de inversión lleva tiempo desarrollándose, y la misma se ve reflejada en la dicotomía de la orientación de las políticas durante los últimos años – con acciones simultáneas para liberalizar aún más los regímenes de inversión y promover la inversión extranjera, por un lado, y para regular la inversión en la persecución de objetivos de orden público, por otro lado. Esto refleja el reconocimiento de que la liberalización, para generar resultados de desarrollo sostenible, tiene que estar acompañada – si no es que precedida – por el establecimiento de marcos regulatorios e institucionales apropiados. El desafío clave para las políticas está en encontrar el equilibrio correcto entre regulación y apertura (Epílogo *III* 10).

La “nueva generación” de políticas de inversión sitúa al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible en el centro de los esfuerzos para atraer inversión y beneficiarse de ella. Las cuestiones de desarrollo sostenible – incluyendo las preocupaciones ambientales, sociales y por aliviar la pobreza – así como la responsabilidad de los inversores en estas áreas, no son “nuevas” en sí mismas. Sin embargo, hasta la fecha, la gran cantidad de soluciones y opciones desarrolladas a través de los años, dirigidas a abordar las preocupaciones sobre el desarrollo sostenible, no han sido parte integrante de la corriente principal de formulación de políticas de inversión, y el consenso internacional sobre desarrollo sostenible no se refleja en la misma. La “nueva generación” de políticas de inversión tienen como objetivo *integrar sistemáticamente* el desarrollo sostenible y hacerlo *operativo* a través de medidas concretas y mecanismos a nivel nacional e internacional, y a nivel del diseño de políticas y su implementación.

En términos generales, las políticas de inversión de “nueva generación” se caracterizan por (i) reconocer el papel que juega la inversión como impulsor principal del crecimiento económico y el desarrollo y, en consecuencia, la comprensión de que las políticas de inversión son una *parte central de las estrategias de desarrollo*; y (ii) el deseo de perseguir el desarrollo sostenible a través de la *inversión responsable*, situando a las metas sociales y ambientales en el mismo plano que los objetivos de crecimiento y desarrollo económicos. Además de (iii) reconocer conjuntamente la necesidad de *mejorar la eficacia* de las políticas para promover y facilitar la inversión. Estos tres amplios aspectos de la “nueva generación” de políticas de inversión se traducen en los desafíos específicos de las políticas de inversión a nivel nacional e internacional.

2. LOS DESAFÍOS CLAVE PARA LAS POLÍTICAS DE INVERSIÓN

A nivel nacional, los desafíos clave para las políticas de inversión son (tabla 1):

- *Conectar el marco de políticas de inversión a una estrategia general de desarrollo* o a una política de desarrollo industrial que funcione en el contexto de las economías nacionales, y *garantizar la coherencia con otras áreas de políticas*, incluyendo el desarrollo en general del sector privado o de las empresas, y políticas en apoyo al avance tecnológico, comercio internacional y creación de empleo. La "nueva generación" de políticas de inversión incorpora, cada vez más, objetivos específicos para canalizar la inversión a áreas clave para el desarrollo económico o industrial y para formar, mantener y mejorar la capacidad productiva y la competitividad internacional (véase, por ejemplo, el *IIM 13* sobre políticas de inversión y desarrollo en el contexto de las cadenas de valor mundiales (CVM)).
- *Asegurar que la inversión apoye los objetivos de desarrollo sostenible e inclusivo*. La formulación de políticas de inversión se centrará cada vez más en los aspectos *cualitativos* de la inversión. Dado que el comportamiento de las empresas, incluyendo a los inversores internacionales, con respecto a asuntos sociales y ambientales, está motivado en parte por los estándares de responsabilidad corporativa desarrollados fuera del ámbito de regulación tradicional, un aspecto de éste desafío es encontrar el balance correcto entre las iniciativas regulatorias y las iniciativas del sector privado. Centrarse en los objetivos de desarrollo sostenible también implica que las políticas de inversión pongan mayor énfasis en la promoción de *tipos* específicos de inversión, por ejemplo, "inversiones verdes" e "inversiones bajas en carbono" (*IIM 10*), o en sectores prioritarios para el desarrollo sostenible definidos más ampliamente (*IIM 14*).

Tabla 1. Desafíos a nivel nacional para las políticas de inversión

Integrar las políticas de inversión en la estrategia de desarrollo	<ul style="list-style-type: none"> • Canalizar la inversión a áreas claves para construir capacidad productiva y competitividad internacional • Garantizar la coherencia con la multitud de áreas de políticas orientadas hacia objetivos de desarrollo en general
Incorporar objetivos de desarrollo sostenible en las políticas de inversión	<ul style="list-style-type: none"> • Maximizar los impactos positivos de la inversión y minimizar los negativos • Fomentar el comportamiento responsable del inversor
Asegurar la relevancia y efectividad de las políticas de inversión	<ul style="list-style-type: none"> • Construir instituciones más sólidas para la implementación de las políticas de inversión • Medir el impacto de la inversión sobre el desarrollo sostenible

- *Asegurar la continua relevancia y efectividad de las políticas de inversión*, mediante la creación de instituciones más sólidas para implementar las políticas de inversión y para gestionarlas de manera dinámica, especialmente mediante la medición del impacto de las políticas en el desarrollo sostenible y dar respuesta a los cambios del entorno político. Con el mayor papel que los gobiernos están asumiendo al direccionar la inversión para apoyar los objetivos de desarrollo sostenible, y con el alejamiento selectivo de un enfoque de apertura y liberalismo hacia la inversión, viene una mayor responsabilidad por parte de los formuladores de políticas para asegurar la eficacia de sus medidas, especialmente donde tales medidas implican restricciones a la libertad de los actores económicos o el desembolso de fondos públicos (por ejemplo, en el caso de incentivos o creación de zonas económicas especiales).

De forma similar, *a nivel internacional* el entorno cambiante de las políticas de inversión está generando tres amplios desafíos (tabla 2):

- *Fortalecer la dimensión de desarrollo* del régimen internacional de políticas de inversión. En el debate de políticas, esta dimensión de desarrollo comprende principalmente dos aspectos:
 - Los formuladores de políticas en algunos países, especialmente en aquellos que buscan implementar estrategias de desarrollo industrial y medidas de inversión direccionadas, han encontrado que los AII pueden restringir indebidamente la formulación de políticas nacionales de desarrollo económico.
 - Varios formuladores de políticas han observado que los AII están enfocados casi exclusivamente a proteger a los inversores y que no hacen suficiente para promover la inversión para el desarrollo.

Tabla 2. Desafíos para las políticas internacionales de inversión

Fortalecer la dimensión de desarrollo de los AII	<ul style="list-style-type: none"> • Salvaguardar el espacio de políticas para necesidades de desarrollo sostenible • Crear disposiciones sobre promoción de inversiones más específicas y coherentes con los objetivos de desarrollo sostenible
Equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y de los inversores	<ul style="list-style-type: none"> • Reflejar las responsabilidades de los inversores en los AII • Aprender de los principios de RSC y aprovecharlos
Gestionar la complejidad sistémica del régimen de AII	<ul style="list-style-type: none"> • Hacerse cargo de las lagunas, superposiciones e inconsistencias en la cobertura y contenido de los AII, y resolver las cuestiones institucionales y sobre solución de diferencias • Asegurar la interacción efectiva y la coherencia con otras políticas públicas (por ejemplo, sobre cambio climático, laborales, fiscales) y sistemas (por ejemplo, comerciales, financieros)

- Ajustar el *equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y de los inversores*, haciéndolos más nivelados. Actualmente los AI no establecen ninguna obligación para los inversores a cambio de los derechos de protección que se les han concedido. Los negociadores podrían considerar incluir la obligación de los inversores de cumplir con las leyes nacionales del país receptor. Además, y en paralelo al debate a nivel de políticas nacionales, las iniciativas de responsabilidad corporativa, así como los estándares y directrices para el comportamiento de los inversores internacionales, van dando forma cada vez más al panorama de las políticas de inversión. Tales estándares podrían servir como una forma indirecta de añadir la dimensión de desarrollo sostenible al panorama de las políticas de inversión internacional, a pesar de que haya preocupación entre los países en desarrollo de que estos puedan también actuar como barreras a la inversión y al comercio.
- *Resolver los problemas derivados de la complejidad cada vez mayor del régimen internacional de políticas de inversión.* El régimen actual es un sistema de miles de tratados (en su mayoría tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio con disposiciones sobre inversión y acuerdos regionales), muchas negociaciones en curso y múltiples mecanismos de solución de controversias; el cual, sin embargo, ofrece protección a sólo dos tercios de la cartera global de IED y sólo cubre un quinto de las relaciones bilaterales de inversión (IIIM 11). La mayoría de los gobiernos continúa participando en el proceso de añadir cada vez más acuerdos al sistema, a pesar de que muchos no estén completamente satisfechos con su diseño general. Ello acarrea una serie de problemas sistemáticos, incluyendo lagunas, superposiciones e inconsistencias en la cobertura y contenido; ambigüedades en la interpretación de los tratados por parte de tribunales arbitrales; procedimientos de arbitraje onerosos y la imprevisibilidad de los laudos arbitrales. Asimismo, está ausente la “interconexión” entre las políticas de inversión internacional y otras áreas de políticas tales como políticas de comercio, finanzas, competencia o ambientales (por ejemplo, cambio climático).

3. UN DESAFÍO ESTRATÉGICO MUNDIAL: PROMOVER INVERSIONES EN DESARROLLO SOSTENIBLE

Ante los desafíos económicos, sociales y ambientales mundiales comunes, la comunidad internacional está trabajando para encontrar recursos y soluciones financieras para avanzar en la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la salud humana y educación, la mitigación del cambio climático, y en una serie de otras facetas económicas, sociales y ambientales.

Debido al nivel de inversión necesaria, especialmente en las economías

en desarrollo, en aquellos sectores que son clave para las perspectivas de desarrollo sostenible de los países (véase *IIM 14*), incluyendo infraestructura básica (carreteras, ferrocarriles y puertos, centrales eléctricas, agua y saneamiento), seguridad alimentaria (la agricultura y el desarrollo rural), mitigación y adaptación al cambio climático, salud y educación (sectores relacionados con los ODS), es necesario un cambio radical en la inversión tanto pública como privada.

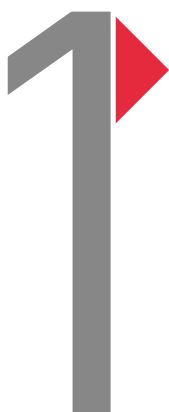
La capacidad de financiación del sector público por sí solo no será suficiente para satisfacer la demanda en todos estos sectores. Sin embargo, al día de hoy, la participación del sector privado en la inversión en sectores prioritarios relacionados con los ODS es relativamente baja. Sólo una fracción de la inversión mundial realizada por las empresas transnacionales - así como otros activos invertidos directamente provenientes de, por ejemplo, inversores institucionales, fondos de capital privado, fondos soberanos, entre otros - es realizada en los sectores relacionados con los ODS; y esto es aún menor en los países en desarrollo, en particular los más pobres (PMA).

Sectores prioritarios para el desarrollo sostenible (sectores relacionados con los ODS)

Véase *IIM 14 – Inversión en ODS: un Plan de Acción*

Sector	Descripción
Energía	Inversión en generación, transmisión y distribución de electricidad
Transporte	Inversión en carreteras, aeropuertos, puertos y ferrocarriles
Telecomunicaciones	Inversión en infraestructura (líneas fijas, móviles e internet)
Agua y saneamiento	Suministro de agua y saneamiento para industrias y hogares
Seguridad alimentaria y agricultura	Inversión en agricultura, investigación, desarrollo rural, redes de seguridad, etc.
Mitigación del cambio climático	Inversión en infraestructura apropiada, generación de energía renovable, investigación e implementación de tecnologías respetuosas con el clima, etc.
Adaptación al cambio climático	Inversión para lidiar con el impacto del cambio climático en la agricultura, la infraestructura, la gestión del agua, las zonas costeras, etc.
Ecosistemas/Biodiversidad	Inversión en la conservación y protección de ecosistemas, la gestión de los recursos marinos, la silvicultura sostenible, etc.
Salud	Inversión en infraestructura, por ejemplo, nuevos hospitales
Educación	Inversión en infraestructura, por ejemplo, nuevas escuelas

El potencial para aumentar la participación del sector privado es mayor en algunos sectores que en otros. Los sectores de infraestructura, tales como el energético y de energías renovables, transporte, y agua y saneamiento, son candidatos naturales para una mayor participación del sector privado, en las condiciones adecuadas y con las garantías adecuadas. Hay otros sectores que son menos propensos a generar un interés significativo del sector privado, ya sea porque es difícil diseñar modelos de riesgo-rendimiento atractivos para los inversores privados (por ejemplo, adaptación al cambio climático), o porque están íntimamente relacionados con la responsabilidad de proveer servicios públicos y esto los hace altamente sensibles a la participación del sector privado (por ejemplo, la educación y la atención de la salud). Por lo tanto, la inversión pública continúa siendo fundamental y crucial. Sin embargo, ya que es poco realista esperar que el sector público en diversos países en desarrollo pueda satisfacer todas las demandas de financiación, las iniciativas estratégicas para aumentar la participación del sector privado son de crucial importancia.



Un primer dilema se refiere a los riesgos que implica el aumento de la participación del sector privado en sectores sensibles. La prestación de servicios de asistencia sanitaria y educación por parte del sector privado en los países en desarrollo, por ejemplo, puede tener efectos negativos sobre el nivel, salvo que exista una fuerte gobernanza y supervisión, lo que a su vez requiere de instituciones capaces y competencia técnica. La participación del sector privado en los sectores esenciales de infraestructura, tales como el energético y el de suministro de agua, puede ser una cuestión sensible en los países en desarrollo donde esto implica la transferencia de los activos del sector público al sector privado. Las operaciones del sector privado en infraestructura para el abastecimiento de agua y saneamiento, por ejemplo, son especialmente sensibles debido a la naturaleza de las necesidades básicas de estos sectores.



Un segundo dilema surge de la necesidad de mantener servicios de calidad, asequibles y accesibles para todos. El obstáculo fundamental para aumentar la contribución del sector privado en la inversión en sectores relacionados con los ODS es el perfil de riesgo-retorno inadecuado de muchas de esas inversiones. Existen muchos mecanismos para compartir los riesgos o mejorar de alguna forma el perfil de riesgo-retorno para los inversores del sector privado. Sin embargo, la búsqueda de mayores rendimientos no debe desembocar en que los servicios prestados por los inversores privados se conviertan, en última instancia, en inaccesibles o inasequibles para los más pobres de la sociedad. Permitir que quienes suministran energía o agua sólo cubran las zonas urbanas económicamente atractivas, a la vez que ignoran las necesidades rurales, o que incrementen los precios de los servicios esenciales, no desemboca en un resultado sostenible.

3

Un tercer dilema surge del papel de la inversión pública y la privada, respectivamente. Aun cuando hay sectores clave que carecen de financiamiento del sector público, haciendo deseable el aumento de la inversión del sector privado, la inversión del sector público sigue siendo fundamental y crucial. Los gobiernos - a través de políticas y reglamentación - necesitan ser los responsables en última instancia de proveer los servicios públicos esenciales y de la estrategia general de desarrollo sostenible.

Tales iniciativas estratégicas de promoción de la inversión deben abordar las principales limitaciones para canalizar fondos para proyectos de desarrollo sostenible, y deben asegurar que la inversión llegue a materializarse en proyectos concretos en los países en desarrollo, especialmente en los PMA. Deben hacer lo anterior en el contexto de un entorno propicio para la inversión en general, en donde existan las garantías adecuadas. Esas garantías son especialmente importantes, ya que el aumento de la participación de los inversores privados en sectores relacionados con los ODS, muchos de los cuales son sensibles o tienen la naturaleza de ser servicios públicos, da lugar a una serie de dilemas para las políticas (tabla 3).

Tabla 3. Promoción de la inversión en sectores relacionados con los ODS: retos de políticas

Resolver las tensiones en las políticas asociadas con la participación del sector privado	<ul style="list-style-type: none"> • Equilibrar la inversión pública y privada y atenuar los riesgos que implica una mayor participación del sector privado en sectores sensibles • Reducir los obstáculos a la inversión reglamentarios, mientras que se mantienen las salvaguardas adecuadas
Encontrar mecanismos para superar los coeficientes de riesgo-rendimiento inadecuados	<ul style="list-style-type: none"> • Abordar las percepciones de que existe un riesgo elevado • Ayudar a los inversores a mitigar los riesgos y diseñar perfiles de riesgo-rendimiento atractivos y modelos de riesgo compartido
Prepararse para una promoción y facilitación de inversiones mucho más exigente	<ul style="list-style-type: none"> • Superar la falta de experiencia y atención de los inversores • Priorizar, preparar y presentar proyectos de inversión de desarrollo sostenible concretos

Estos dilemas se reflejan en forma de barreras regulatorias, una limitación clave para la canalización de fondos hacia los sectores relacionados con los ODS. La inversión en proyectos de desarrollo sostenible puede ser desalentada por un clima de inversión poco acogedor en relación con los sectores específicos previstos. Los inversores en estos sectores enfrentan

a menudo obstáculos regulatorios, administrativos u otros obstáculos relacionados con políticas. Algunos sectores pueden estar cerrados a los inversores privados en general o a los inversores extranjeros en particular.

Otra limitación clave son los coeficientes de riesgo-rendimiento a menudo inadecuados. Los riesgos relacionados con los proyectos de inversión de desarrollo sostenible pueden ocurrir a nivel país y de políticas (ej. la protección legal de la inversión); a nivel de mercado o de sector (ej. incertidumbre de la demanda); y a nivel de proyecto (ej. financiamiento). Por ejemplo, las inversiones en agricultura o infraestructura están sujetas a la incertidumbre y a preocupaciones acerca de la demanda local y el poder adquisitivo de la población local, el derecho de propiedad o el acceso a los recursos sensibles como la tierra y los períodos muy largos para obtener una recuperación. Como resultado, los inversores, sobre todo aquellos que no están acostumbrados a invertir en los sectores pertinentes de los países en desarrollo, a menudo exigen mayores tasas mínimas de rendimiento para invertir en países con mayores riesgos (percibidos o reales).

Principios básicos

"Criterios de diseño" de estrategias, políticas y tratados de inversión

Directrices para políticas nacionales de inversión	Guía para los AII: Opciones de políticas	Menú de acciones: promoviendo la inversión en desarrollo sostenible
Orientación concreta sobre cómo formular políticas de inversión y garantizar su eficacia	Marco y kit de herramientas para el diseño y la negociación de acuerdos internacionales de inversión	Iniciativas estratégicas para movilizar fondos y canalizar la inversión hacia sectores clave para el desarrollo sostenible

Una última limitación se relaciona con los procesos de promoción y facilitación de inversiones requeridos para los proyectos de inversión en desarrollo sostenible, los cuales son mucho más demandantes. En la actualidad existe una falta de información, y de presentación y promoción de proyectos de inversión focalizada que sea eficaz. Las oportunidades de inversión en las actividades comerciales suelen estar claramente delineadas; las opciones de ubicación pueden definirse previamente en zonas industriales; las reglas del proceso de inversión y de temas relacionados están claramente enmarcadas; y los inversores están

familiarizados con el proceso de valoración de riesgos y la evaluación de los posibles rendimientos financieros de la inversión en su propio sector. Los sectores relacionados con los ODS son más complejos.

Los proyectos de inversión en áreas como infraestructura, energía o salud, involucran un proceso político previo en el cual las prioridades políticas deben definirse, una preparación regulatoria necesaria (por ejemplo, planificación de los permisos y licencias, las reglas del mercado) y la realización de estudios de viabilidad. Además, es posible que los proyectos más pequeños no puedan proporcionar la escala que los grandes inversores requieren. Por lo tanto, la preparación de proyectos y una buena presentación de los mismos pueden ser necesarias. Además, las inversiones comerciales a menudo tienen más bien una naturaleza de “impulso”, donde los inversores buscan oportunidades, en contraste con los proyectos de desarrollo sostenible que pueden ser más de naturaleza de “empuje”, en los cuales las necesidades locales empujan a la conformación de oportunidades de inversión. Por lo tanto, la promoción y provisión de información efectiva es aún más importante, también porque los inversores se enfrentan a mayores dificultades en la evaluación de los posibles riesgos y rendimientos de la inversión debido a la falta de datos históricos y puntos de referencia sobre la inversión, para hacer comparaciones significativas de rendimiento.

Es muy importante que la preparación, presentación y comercialización de proyectos de inversión sea más sofisticada y activa debido a la falta de experiencia por parte de muchos inversores. Los inversores del sector privado que los países en desarrollo a menudo intentan atraer hacia los proyectos de gran escala, tales como los de infraestructura o energía, tradicionalmente no han participado en la inversión directa en estos países (en particular, en las economías de bajos ingresos) o sectores, y puede que no tengan los conocimientos necesarios a nivel interno para evaluar las inversiones o para gestionar el proceso de inversión (y, en todo caso, para gestionar las operaciones).

4. ABORDAR LOS DESAFÍOS: UN MARCO DE POLÍTICAS Y UN MENÚ DE ACCIONES

Para abordar los desafíos discutidos en la sección anterior, la UNCTAD ha desarrollado un amplio Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible. Consiste en un conjunto de Principios Básicos para la formulación de políticas de inversión, de directrices para políticas nacionales de inversión, una guía para los formuladores de políticas sobre cómo interactuar con el régimen de políticas internacionales de inversión, (objeto de esta publicación), y un menú de acciones con iniciativas estratégicas de promoción de inversiones para ayudar a canalizar la inversión a los sectores prioritarios para el desarrollo sostenible (recuadro 2).

Los tres elementos operacionales del Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD están estrictamente relacionados entre sí - los tres están situados dentro de los Principios Básicos. Las políticas nacionales e internacionales de inversión tienen que ser consistentes y coherentes. Y las iniciativas estratégicas de promoción de inversiones destinadas a canalizar una mayor inversión privada en sectores prioritarios para el desarrollo sostenible dependen de un marco normativo y garantías favorables, implementadas por las políticas nacionales e internacionales de inversión.

El marco se basa en la experiencia y las lecciones aprendidas por la UNCTAD y otras organizaciones en el diseño de políticas de inversión para el desarrollo. Al consolidar las buenas prácticas, también se establece un punto de referencia para evaluar la calidad del ambiente político de un país para las inversiones extranjeras - teniendo en cuenta que un marco de políticas único no puede hacer frente a los retos de la política de inversión específicos de cada país.

Aunque existen varios instrumentos internacionales que proporcionan orientación a los formuladores de políticas de inversión,⁴ el Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD se distingue en varios aspectos.



En primer lugar, pretende ser un instrumento integral que trata todos los aspectos de la formulación de políticas nacionales e internacionales de inversión.

2 

En segundo lugar, pone especial énfasis en la relación entre la inversión extranjera y el desarrollo sostenible, abogando por un enfoque equilibrado entre la búsqueda de objetivos de crecimiento puramente económicos a través de la liberalización y promoción de las inversiones, por un lado, y la necesidad de proteger a las personas y al medio ambiente, por otro lado.

3 

En tercer lugar, pone de relieve los intereses de los países en desarrollo en la formulación de políticas de inversión.

4 

En cuarto lugar, no es ni un texto jurídicamente vinculante, ni un compromiso voluntario entre Estados, sino orientación especializada por parte de una organización internacional, dando así libertad a los a los formuladores de políticas nacionales de “adaptar y adoptar”, según sea apropiado.

Recuadro 2. El alcance del Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD

Este recuadro aborda una serie de preguntas clave relacionadas con el ámbito, cobertura y audiencia hacia la que está dirigido el Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD.

¿Qué políticas cubre el marco?

El Marco tiene por objeto proporcionar orientación sobre políticas de inversión, enfocándose particularmente en la inversión extranjera directa (IED). Esto incluye políticas con respecto al establecimiento, trato y promoción de inversiones. Además, un marco amplio necesita ir más allá de las políticas de inversión per se e incluir aspectos relacionados con la inversión en otras áreas de políticas.

¿El marco trata sobre la inversión en todos los sectores o sólo en "sectores relacionados con los objetivos de desarrollo sostenible"?

La orientación sobre políticas nacionales e internacionales de inversión se relaciona con todo el marco, en general, para la inversión en todos los sectores económicos. El menú de acciones de iniciativas estratégicas se centra en promover la inversión en sectores específicos que son clave para las perspectivas de desarrollo sostenible de los países.

¿El marco abarca políticas nacionales e internacionales de inversión?

Las políticas de inversión, y las áreas de políticas relacionadas con la inversión, cubiertas por el marco comprenden políticas nacionales e internacionales, así como la coherencia entre ambas.

¿El marco cubre la inversión doméstica y extranjera?

Es evidente el enfoque en IED en las secciones sobre, por ejemplo, la entrada y establecimiento de inversiones, la promoción de inversiones en el extranjero y en el capítulo sobre políticas internacionales de inversión. Sin embargo, varias de las directrices en el capítulo sobre políticas nacionales de inversión son también relevantes para la inversión doméstica.

¿El marco considera la inversión de cartera?

El marco se centra sobre la inversión directa en activos productivos. La inversión de cartera se considera sólo cuando se indique de manera expresa en el contexto

de los AII, los cuales en muchos casos extienden su cobertura más allá de la inversión directa. Los elementos nuevos del marco actualizado, en particular los paquetes de políticas incluidas en el "empuje global para la inversión en desarrollo sostenible", hacen referencia a la inversión de cartera y a la "oferta" del mercado de capitales en el contexto de la movilización de fondos para la inversión en sectores relacionados con los ODS.

¿El marco se ocupa de la inversión entrante y saliente?

El marco ofrece principalmente asesoramiento en materia de políticas para países donde hay inversión – doméstica o extranjera - ya que ésta es usualmente la principal preocupación sobre políticas de inversión. Sin embargo, no ignora el hecho de que las políticas sobre inversión hacia afuera también pueden ser parte de la estrategia de desarrollo de un país.

¿El marco está dirigido a los formuladores de políticas de países desarrollados y en desarrollo?

Los destinatarios del marco de políticas de inversión son, en principio, tanto países desarrollados como en desarrollo. Ha sido diseñado con el objetivo concreto de asistir a los países en desarrollo en el diseño de las políticas de inversión en apoyo a los objetivos del desarrollo sostenible, pero es igualmente relevante para los países desarrollados.

¿El marco centra su atención en la atracción de la inversión o en su impacto?

Las directrices de políticas tienen un doble propósito. Por un lado, tienen la intención de ayudar a los gobiernos a mejorar el atractivo de sus países como lugares de inversión. Para este fin, contienen recomendaciones específicas con respecto a la organización institucional, el clima de negocios y el trato a los inversores. Por otro lado, también proveen orientación sobre cómo pueden los países maximizar los beneficios del desarrollo sostenible derivado de la inversión, en particular de la inversión extranjera.

Fuente: UNCTAD.

A stylized world map composed of a grid of small dots, rendered in a light yellow color against a darker yellow background. The map is centered and slightly tilted. Several small, solid-colored squares (red, orange, blue, green, purple) are scattered across the map, representing specific geographical locations. The overall design is clean and modern, with a focus on global connectivity and investment.

II. PRINCIPIOS PARA LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN

1. ALCANCE Y OBJETIVOS DE LOS PRINCIPIOS

Los Principios Básicos para la formulación de políticas de inversión tienen por objeto guiar el desarrollo de políticas nacionales e internacionales de inversión. A tal efecto, los Principios traducen los desafíos de la formulación de políticas de inversión en un conjunto de “criterios de diseño” de políticas de inversión. Tomando como punto de partida los desafíos discutidos en el capítulo anterior, hacen un llamado a integrar las políticas de inversión en las estrategias generales de desarrollo, a incrementar el desarrollo sostenible como parte de las políticas de inversión, a equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y de los inversores en el contexto de la protección y promoción de la inversión, a incluir la RSC en la formulación de políticas de inversión y a alentar la cooperación internacional para sobreponer los retos relacionados con la inversión.

Los Principios Básicos no son un conjunto de reglas *per se*. Estos son una parte integral del Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD establecidas en el presente documento, que trata de convertirlos, colectivamente y en lo individual, en un conjunto concreto de directrices de políticas para los formuladores de políticas de inversión nacional y negociadores de AI (capítulos III y IV). Como tales, no siempre siguen las “áreas de políticas” tradicionales de un marco de políticas nacionales de inversión, ni el articulado habitual de los AI.

Los Principios Básicos se agrupan de la siguiente manera:

- El **principio general** constituye la premisa del marco en general al afirmar el objetivo general de la formulación de políticas de inversión.
- Los **principios 1, 2 y 3** se refieren al proceso general del desarrollo de políticas y al ambiente de la formulación de políticas como cuestiones relevantes para las políticas de inversión.
- Los **principios 4 a 9** abordan los detalles y el contenido de la formulación de políticas de inversión.
- El **principio 10** se refiere a la cooperación en cuestiones relacionadas con la inversión en el plano internacional.

El diseño de los Principios Básicos se ha sido inspirado en diversas fuentes del derecho y las políticas internacionales. Algunos de estos instrumentos son importantes para todo el conjunto de los principios, ya que se relacionan – en diversos grados – con el desarrollo sostenible. Hay varios otros instrumentos internacionales que se relacionan con cada Principio Básico en lo individual (véase el recuadro 3).

Recuadro 3. Los orígenes de los Principios en el derecho internacional

Los Principios Básicos se remontan a una amplia gama de cuerpos normativos de derecho internacional, tratados y declaraciones existentes.

La Carta de las Naciones Unidas (artículo 55) promueve, entre otras cosas, como meta el progreso y desarrollo económico y social. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU abogan por una Alianza Mundial para el Desarrollo. En particular, su objetivo 8 (Meta 12) fomenta el desarrollo de un sistema financiero y comercial abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio, lo que incluye un compromiso con la buena gobernanza, el desarrollo y la reducción de la pobreza, tanto a nivel nacional como internacional - conceptos que igualmente aplican para el sistema de inversiones. El “Consenso de Monterrey” de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002 reconoce que los países deben continuar sus esfuerzos para lograr un clima de inversiones transparente, estable y predecible, donde se hagan cumplir debidamente los contratos y se respeten los derechos de propiedad, inserto en políticas macroeconómicas sólidas e instituciones que permitan a las empresas, tanto nacionales, como internacionales, operar de manera eficiente y rentable y tener máxima repercusión en el desarrollo. El Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo de la ONU de septiembre de 2002, en seguimiento de la “Declaración de Río”, aboga por la formulación y elaboración de estrategias nacionales de desarrollo sostenible que integren aspectos económicos, sociales y ambientales. La

Fuente: UNCTAD.

cuarta Conferencia de la ONU sobre los PMA en mayo de 2011 adoptó el Programa de Acción de Estambul para los PMA 2011-2020, con un fuerte enfoque en la creación de capacidad productiva y la transformación estructural como elementos fundamentales para lograr un crecimiento más robusto, equilibrado, equitativo y sustentable, y desarrollo sostenible. Finalmente, en el 2012, la XIII Conferencia de la UNCTAD - al igual que las conferencias anteriores de la UNCTAD - reconoció el papel de la IED en el proceso de desarrollo e instó a los países a formular políticas encaminadas a mejorar el impacto de la inversión extranjera en el desarrollo sostenible y el crecimiento inclusivo, al tiempo que subrayó la importancia de un clima de inversión estable y predecible.

Varios otros instrumentos internacionales se relacionan con los Principios Básicos en lo individual. Estos incluyen, en particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, las Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa del Banco Mundial, el Pacto Mundial de la ONU, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, y la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, y varios acuerdos relacionados con la OMC, incluido el AGCS, el Acuerdo sobre las MIC y el Acuerdo sobre Contratación Pública.

2. LOS PRINCIPIOS

Área	Principios Básicos
Inversión para el desarrollo sostenible	<ul style="list-style-type: none"> • El objetivo general de la formulación de políticas de inversión consiste en promover la inversión para el crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible.
1 Coherencia en las políticas	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión deben basarse en la estrategia general de desarrollo de un país. Todas las políticas que inciden en la inversión deben ser coherentes y sinérgicas tanto a nivel nacional como a nivel internacional.
2 Gobernanza e instituciones públicas	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión se deben desarrollar con la participación de todas las partes interesadas, y deben estar insertas en un marco institucional basado en el imperio de la ley, que se adhiera a un alto nivel de gobernanza pública y asegure procedimientos previsibles, eficientes y transparentes para los inversores.
3 Formulación dinámica de políticas	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión deben revisarse periódicamente para su eficacia y pertinencia, y adaptarse a las dinámicas cambiantes del desarrollo.
4 Derechos y obligaciones equilibrados	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión deben guardar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados y los inversores en el interés del desarrollo para todos.
5 Derecho a regular	<ul style="list-style-type: none"> • Cada país tiene el derecho soberano de establecer las condiciones de entrada y operación de la inversión extranjera en aras del bien público, sujeto lo anterior a sus compromisos internacionales, y de reducir los posibles efectos negativos.
6 Apertura a la inversión	<ul style="list-style-type: none"> • En línea con la estrategia de desarrollo de cada país, las políticas de inversión deberán establecer abiertamente condiciones de ingreso que sean estables y previsibles para la inversión.
7 Trato y protección de la inversión	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión deberían proporcionar protección adecuada a los inversores establecidos. El trato a los inversores establecidos debe tener una naturaleza no discriminatoria.
8 Promoción y facilitación de la inversión	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de promoción y facilitación de la inversión deben estar alineadas con los objetivos de desarrollo sostenible, y deben ser diseñadas para minimizar el riesgo de una competencia perjudicial para la inversión.
9 Gobernanza y responsabilidad corporativa	<ul style="list-style-type: none"> • Las políticas de inversión deben promover y facilitar la adopción y cumplimiento de las mejores prácticas internacionales de responsabilidad social corporativa y buen gobierno corporativo.
10 Cooperación internacional	<ul style="list-style-type: none"> • La comunidad internacional debe cooperar para hacer frente a los desafíos comunes de las políticas de inversión para el desarrollo, especialmente en los países menos adelantados. Los esfuerzos colectivos también deben introducirse para evitar el proteccionismo en inversión.

3. ANOTACIONES A LOS PRINCIPIOS

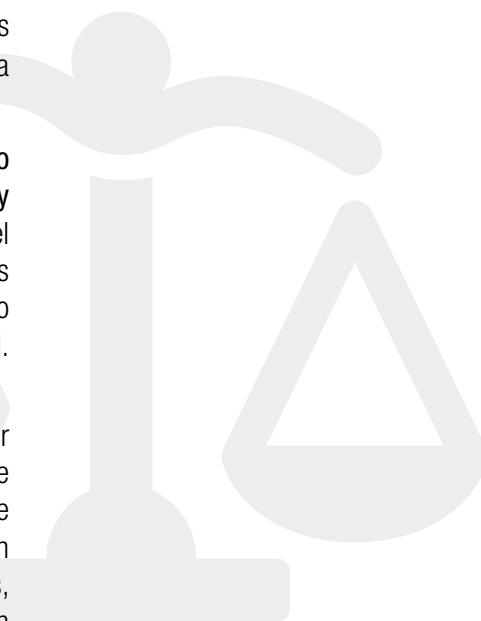
LA PREMISA: INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

PRINCIPIO GENERAL

Este principio general define el objetivo general del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible. Reconoce la necesidad de promover la inversión no sólo para el crecimiento económico como tal, sino para el crecimiento que beneficie a todos, incluyendo a los más pobres. También insta a la incorporación de las cuestiones de desarrollo sostenible - es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras para satisfacer las suyas - en la formulación de políticas de inversión, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Este principio es particularmente importante en el contexto del menú de acciones para la promoción de la inversión en sectores clave para las perspectivas de desarrollo sostenible de los países. Junto con otros principios, éste puede ayudar a resolver los dilemas de políticas derivados del aumento en la participación de inversores privados en sectores sensibles y en sectores con carácter de servicios públicos. Promover la inversión para el crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible implica:

- **Equilibrar la necesidad de ofrecer tasas de riesgo-rendimiento atractivas con la necesidad de ofrecer servicios accesibles y asequibles.** Esto requiere que los gobiernos aborden las fallas del mercado de manera proactiva. Significa establecer claramente las obligaciones de los inversores y obtener compromisos firmes. Y esto implica condicionar los incentivos o subsidios a la inclusión social. (Véase también el principio 4.)
- **Equilibrar la liberalización y el derecho a regular.** Esto puede requerir la adopción de enfoques selectivos, graduales o secuenciados de liberalización. Esto significa equilibrar los derechos y obligaciones de los operadores del sector privado en los sectores relacionados con ODS. También implica conservar la flexibilidad y un espacio de políticas, inclusive respecto de los compromisos internacionales. (Véase también principios 4 y 5.)
- **Equilibrar el impulso a la inversión privada con el papel constante y fundamental de la inversión pública.** Esto requiere de una definición explícita de las funciones complementarias de la inversión pública y privada. También significa gestionar la interacción entre las políticas de inversión y las políticas públicas, especialmente en los sectores relacionados con ODS. Y requiere adoptar un enfoque holístico de la inversión en estos sectores.



COHERENCIA EN LAS POLÍTICAS

Este principio reconoce que la inversión es un medio para un fin, y que las políticas de inversión por lo tanto deben integrarse en una estrategia general de desarrollo. También reconoce que el éxito en la atracción y aprovechamiento de la inversión depende no sólo de las políticas de inversión en “estricto sentido” (es decir, de las normas para la entrada y el establecimiento, del trato y la protección), sino de una serie de áreas de políticas relacionadas con la inversión que van desde las políticas fiscales y comerciales, hasta las políticas sobre medio ambiente y el mercado laboral. Se reconoce que estas áreas de políticas interactúan entre sí y que, en consecuencia, existe la necesidad de un enfoque global coherente para que sean propicias para el desarrollo sostenible y para lograr sinergias. Las mismas consideraciones aplican con respecto a la interacción entre las políticas nacionales de inversión y las normas internacionales de inversión. Las experiencias exitosas con la inversión para el desarrollo a menudo implicaron la creación de organismos especiales con un mandato específico para coordinar el trabajo de diferentes ministerios, dependencias del gobierno y áreas de políticas, incluyendo la negociación de AII.

PRINCIPIO

1

GOBERNANZA E INSTITUCIONES PÚBLICAS

El concepto de buena gobernanza pública se refiere a la eficiencia y eficacia de los servicios públicos, incluyendo aspectos tales como la rendición de cuentas, previsibilidad, claridad, transparencia, equidad, el Estado de derecho, y la ausencia de corrupción. Este principio reconoce la importancia de la buena gobernanza pública como un factor clave para la creación de un entorno propicio que atraiga inversiones. También hace hincapié en la importancia de un enfoque participativo en la elaboración de políticas como un ingrediente básico de las políticas de inversión orientadas al crecimiento inclusivo y equidad para todos. El elemento de transparencia es especialmente importante, ya que por sí mismo tiende a facilitar el diálogo entre las partes interesadas del sector público y privado, incluidas las empresas, sindicatos y organizaciones no gubernamentales (ONG).

PRINCIPIO

2

FORMULACIÓN DE POLÍTICAS DINÁMICA

PRINCIPIO

3

Este principio reconoce que las políticas nacionales e internacionales de inversión necesitan flexibilidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes, a la vez que un clima de inversión favorable requiere estabilidad y previsibilidad. Por un lado, las diferentes etapas de desarrollo implican la necesidad de diferentes políticas. Pueden surgir nuevos factores en la escena política nacional, incluyendo cambios de gobierno, presiones sociales o degradación del medio ambiente. Las dinámicas internacionales también pueden tener un impacto en las políticas nacionales de inversión, incluso mediante la integración regional o a través de la competencia internacional para la atracción de tipos específicos de inversión extranjera. El papel creciente de las economías emergentes como inversores en el exterior, y su respectivo deseo de proteger a sus empresas en el extranjero, también impulsa un cambio en las políticas de inversión.

La dinámica de las políticas de inversión también implica la necesidad de que los países evalúen continuamente la eficacia de los instrumentos existentes. Si éstos no logran los resultados deseados en términos de desarrollo económico y social, o lo hacen a muy alto costo, es posible que tengan que ser revisados.

DERECHOS Y OBLIGACIONES EQUILIBRADOS

PRINCIPIO

4

Las políticas de inversión deben servir para dos propósitos potencialmente en conflicto. Por un lado, tienen que crear condiciones atractivas para los inversores extranjeros. Para ello, las políticas de inversión incluyen características de liberalización, protección, promoción y facilitación de las inversiones. Por otro lado, el marco regulatorio general del país receptor debe garantizar que los efectos sociales o ambientales negativos sean minimizados. Un aumento en la regulación también puede estar justificado para dar respuesta de manera adecuada a las crisis (por ejemplo, crisis financiera, crisis alimentaria, el cambio climático).

En este contexto, este principio básico sugiere que el clima y las políticas de inversión de un país deben guardar un "equilibrio" respecto del trato de los inversores extranjeros en general. En dónde y de qué manera lograr este equilibrio es básicamente un problema para el derecho interno de los países que reciben la inversión y, por tanto, requiere capacidades locales adecuadas. Las políticas internacionales frente a los inversores extranjeros igualmente juegan un papel y - si no son cuidadosamente diseñadas - podrían inclinar la balanza en favor de estos inversores. Este principio no implica que cada regulación individual en el país receptor tenga que ser balanceada.

EL DERECHO A REGULAR

El derecho a regular es una expresión de la soberanía de un país. La regulación incluye tanto el marco jurídico y administrativo general de los países receptores, como las normas específicas de un cierto sector o industria. También incluye la aplicación efectiva de las normas, lo que incluye hacer valer los derechos. La actividad regulatoria no sólo es un derecho del Estado, sino también una necesidad. Sin un marco regulatorio adecuado, un país no será atractivo para los inversores extranjeros, ya que dichos inversores buscan claridad, estabilidad y previsibilidad de las condiciones de inversión en el país anfitrión.

La potestad regulatoria puede ser cedida, bajo ciertas circunstancias, a un organismo internacional para que formule reglas para un grupo de Estados. Ésta puede estar sujeta a las obligaciones internacionales que los países estén constreñidos a cumplir; en lo referente al trato de los inversores extranjeros, esto a menudo se lleva a cabo a nivel bilateral o regional. Por lo tanto, los compromisos internacionales reducen “el espacio de políticas”. Este principio promueve que los países mantengan el suficiente espacio de políticas para regular en pos del bien común.

APERTURA A LA INVERSIÓN

Este principio considera que un clima acogedor para la inversión, con condiciones y procedimientos de entrada que sean transparentes y previsibles, constituye una condición previa para atraer la inversión extranjera propicia para el desarrollo sostenible. El término “apertura” no está limitado a la apertura formal, tal como se expresa en el marco de inversiones de un país y, posiblemente, en los derechos de acceso otorgados en los AI. Resulta igualmente importante la ausencia de barreras informales a la inversión, como por ejemplo, procedimientos administrativos gravosos, poco claros y poco transparentes. Al mismo tiempo, el principio reconoce que los países tienen razones legítimas para limitar la apertura a la inversión extranjera, por ejemplo, en el contexto de sus estrategias para el desarrollo nacional o por motivos de seguridad nacional.

Además, los alcances de las cuestiones de “apertura” van más allá del establecimiento de una inversión. La apertura comercial puede ser también de crucial importancia, en particular cuando la inversión depende en gran medida de las importaciones o las exportaciones.

PRINCIPIO

5

PRINCIPIO

6

PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN

Este principio reconoce que la protección a la inversión, aunque sea sólo una entre muchas determinantes de la inversión extranjera, puede ser un instrumento de políticas importante para la atracción de inversiones. Por lo tanto, también está estrechamente relacionado con el principio de promoción y facilitación de inversiones (Principio 9). Cuenta con un componente nacional e internacional. Los elementos básicos de protección a nivel nacional incluyen, entre otras cosas, el imperio de la ley, el principio de libertad de contratación y acceso a los tribunales. Los componentes claves de protección de la inversión que se encuentran con frecuencia en los AII comprenden el principio de no discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida), trato justo y equitativo, protección en caso de expropiación, disposiciones en materia de circulación de capitales y solución eficaz de controversias.

PRINCIPIO

7

PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LAS INVERSIONES

La mayoría de los países han creado esquemas de promoción para atraer y facilitar la inversión extranjera. Las medidas de promoción y facilitación a menudo incluyen la concesión de incentivos fiscales o financieros, la creación de zonas económicas especiales o de “ventanillas únicas”. Muchos países también han creado agencias de promoción de inversiones (API) especiales, para concentrar su atención en los inversores extranjeros, ofrecer servicios de vinculación con socios potenciales y proporcionar cuidados posteriores.

El principio contiene dos componentes clave. En primer lugar, establece que, en sus esfuerzos por mejorar el clima de inversión, los países no deben comprometer los objetivos de desarrollo sostenible, por ejemplo, mediante la reducción de las normas reglamentarias sobre cuestiones sociales o ambientales, o mediante la oferta de incentivos que anulen una gran parte de los beneficios económicos de la inversión para el país receptor. En segundo lugar, el principio reconoce que, a medida que más y más países tratan de impulsar la inversión y buscan tipos específicos de inversión, el riesgo de competencia dañina por la inversión aumenta; es decir, una carrera hacia el abismo regulatorio o una por el primer puesto en incentivos (con consecuencias sociales y ambientales negativas o comprometiendo cada vez más fondos públicos). Las políticas de inversión deben diseñarse para minimizar este riesgo. Esto subraya la importancia de la coordinación internacional (véase el Principio 11 abajo).

PRINCIPIO

8

GOBERNANZA Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

PRINCIPIO

9

Este principio reconoce que la gobernanza corporativa y la RSC configuran cada vez más las políticas de inversión a nivel nacional e internacional. Este desarrollo se refleja en la proliferación de estándares, incluyendo varias normas desarrolladas por organizaciones intergubernamentales de las Naciones Unidas, la OIT, la CFI y la OCDE, que proporcionan orientación sobre cuestiones fundamentales en materia de RSC;⁵ docenas de iniciativas de múltiples partes interesadas, cientos de códigos de asociaciones industriales, y miles de códigos empresariales individuales (*III M 11*). Más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó una resolución que aprueba el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Los estándares de RSC son de carácter voluntario, y por lo tanto existen como una dimensión única del "derecho no vinculante". El principio insta a los gobiernos a promover activamente los estándares de RSC y vigilar su cumplimiento. La promoción también incluye la opción de adoptar los estándares existentes de RSC como parte de las iniciativas regulatorias, convirtiendo normas voluntarias en requisitos obligatorios.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

PRINCIPIO

10

Este principio considera que las políticas de inversión afectan una serie de cuestiones que se beneficiarían de una mayor cooperación internacional. El principio también propugna por que se hagan esfuerzos específicos para fomentar la inversión extranjera en los países menos adelantados.

Los países de origen pueden apoyar las inversiones salientes que propician el desarrollo sostenible. Por mucho tiempo los países desarrollados han proporcionado garantías a las inversiones contra ciertos riesgos políticos en el país receptor o han ofrecido préstamos a las empresas para invertir en el extranjero. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) ofrece seguros de inversión en el ámbito internacional. Este principio aprovecha los ejemplos de países que han comenzado a condicionar la concesión de garantías de inversión a una evaluación de impactos sociales y ambientales.

También aumenta la importancia de la cooperación internacional a medida que más y más países hacen uso de políticas de promoción de inversiones focalizadas. Es necesaria una mejor coordinación internacional para evitar una carrera mundial hacia el abismo de estándares regulatorios, o una carrera por el primer puesto en incentivos, y evitar regresar a las tendencias proteccionistas.

El aumento de la coordinación internacional, en particular a nivel regional, también puede ayudar a crear sinergias a fin de realizar proyectos de inversión que serían demasiado complejos y caros para un solo país. Otra área de las políticas que se beneficiaría de una mayor cooperación internacional es la inversión en sectores sensibles. Por ejemplo, las preocupaciones sobre la posible apropiación de las tierras y el desplazamiento de agricultores locales por parte de inversores extranjeros han dado lugar a que la ONUAA, la UNCTAD, el Banco Mundial y el FIDA desarrollen los Principios de Inversión Agrícola Responsable (PIAR).

Algunos Principios Básicos se refieren a un área de políticas de inversión específica (por ejemplo, la apertura a la inversión, la protección y promoción de la inversión, la gobernanza y responsabilidad social corporativas) y, por consiguiente, pueden seguirse con facilidad las directrices y opciones específicas en las secciones nacional e internacional del marco. Los otros principios básicos (por ejemplo, sobre gobernanza e instituciones públicas, derechos y obligaciones equilibradas, el derecho a regular) son importantes para la formulación de políticas de inversión en su conjunto. En consecuencia, estos se reflejan como directrices esparcidas a lo largo de una amplia gama de cuestiones relevantes de políticas cubiertas por el marco.

Los Principios Básicos interactúan entre sí. Por lo tanto, los principios individuales y las directrices correspondientes

no deben ser aplicados e interpretados aisladamente. En particular, el Principio "0" – al constituir la regla general dentro del marco de políticas – tiene relevancia para todos los principios subsecuentes. Para integrar las políticas de inversión en las estrategias de desarrollo sostenible se requiere un marco de políticas coherentes. Es necesaria una buena gobernanza pública para su diseño e implementación. El desarrollo sostenible es un desafío permanente, lo que subraya la importancia de la dinámica en la formulación de políticas. Y un marco de política de inversión necesita incluir elementos sobre la regulación de las inversiones y gobernanza corporativa, por una parte, y la apertura, protección y promoción, por otra parte, contribuyendo así a un clima de inversión con derechos y obligaciones equilibrados para inversores.

A stylized world map composed of a grid of small dots, rendered in a light purple color against a darker purple background. Several colored dots (red, orange, yellow, green, blue) are scattered across the map, primarily in the upper-left and central regions. The map is partially obscured by a large, semi-transparent purple shape on the left side.

III. GUÍA PARA EL DISEÑO DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AII)

La orientación provista en este capítulo sobre políticas internacionales de inversión tiene por objeto traducir los Principios Básicos en opciones concretas para los formuladores de políticas, con miras a abordar los desafíos actuales en materia de políticas de inversión. Mientras que los formuladores de políticas nacionales de inversión afrontan estos retos mediante normativas, regulaciones, instituciones e iniciativas, a nivel internacional las políticas se traducen en una compleja red de tratados (que incluye, principalmente, tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio con disposiciones sobre inversiones, acuerdos de asociación económica y acuerdos regionales).⁶ Como se discutió en el capítulo I, la complejidad de esa red, que deriva en lagunas, superposiciones e incoherencias en el sistema de AI, es en sí uno de los retos que deben abordarse. El otro reto consiste en la necesidad de fortalecer la dimensión de “desarrollo” de los AI, equilibrando los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores, preservando el derecho a regular en materia de políticas de desarrollo sostenible y elaborando disposiciones para la promoción de inversiones más concretas y alineadas con los objetivos de desarrollo sostenible.

Los retos en materia de políticas internacionales de inversión deben ser abordados en tres niveles:

Los retos que implican los AI requieren de decisiones estratégicas, diseño consciente y de consenso multilateral.



1. Al momento de formular su *enfoque estratégico para participar en el plano internacional en cuestiones de inversión*, los formuladores de políticas deben incorporar a las políticas de inversión internacional en las estrategias de desarrollo de sus países. Esto implica decidir si desea o no participar en los AI, determinar cómo van a responder a las necesidades de reforma relativas a los AI existentes (IIM 15), gestionar la interacción entre los AI y las políticas nacionales (por ejemplo, garantizando que los AI apoyen las políticas industriales (IIM 11)) y la interacción entre los AI y otras políticas o acuerdos internacionales (por ejemplo, garantizando que los AI no contradigan los acuerdos internacionales sobre medioambiente (IIM 10) o las obligaciones de derechos humanos). El objetivo general es garantizar la coherencia entre los AI y las necesidades de desarrollo sostenible.



2. *Al diseñar detalladamente las disposiciones de los acuerdos de inversión* entre los países, los formuladores de políticas deben incorporar cuestiones sobre desarrollo sostenible, abordando las preocupaciones relacionadas con el derecho a regular (por ejemplo, a través de reservas y excepciones), el equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y de los inversores (por ejemplo, a través de fomentar el cumplimiento con estándares de RSC), la reforma al sistema de solución de controversias y la promoción efectiva de la inversión (por ejemplo, a través de medidas implementadas por el país de origen).



3. *La creación de un consenso multilateral sobre políticas de inversión* puede, a su vez, ayudar a abordar algunos de los problemas sistémicos derivados de la naturaleza del régimen de los AII, un régimen caracterizado por múltiples capas y facetas, incluyendo las lagunas, superposiciones e incoherencias en el sistema, sus múltiples mecanismos de solución de controversias, y su expansión fragmentada y errática. Un enfoque colectivo y multilateral es también la mejor manera de reformar el régimen de los AII con el fin de hacer que funcione para el desarrollo sostenible. Cualquier participación multilateral se beneficiaría de una estructura de apoyo multilateral que pudiera ofrecer funciones de apoyo a través del análisis de políticas, la coordinación entre los distintos procesos en los diferentes niveles y dimensiones, la gestión de la interacción con otras ramas del derecho, la asistencia técnica y la creación de consenso.

Este capítulo, por lo tanto, primero discute cómo los formuladores de políticas pueden participar estratégicamente en el régimen internacional de inversiones, en diversos niveles y de diferentes maneras, en interés del desarrollo sostenible. Posteriormente se proporciona una serie de opciones para el diseño detallado de los AII.

Las opciones propuestas por la UNCTAD para abordar los retos arriba mencionados llegan en un momento en el que una multitud de partes interesadas en la inversión están presentando sugerencias para el futuro de las políticas de AII. En vista de las múltiples negociaciones en curso sobre acuerdos mega regionales y el interés de la comunidad internacional de reformar el régimen de inversión internacional (*IIM 15*, capítulos III y IV), la formulación de políticas de AII se encuentra en una de sus etapas evolutivas más dinámicas, lo cual proporciona una ventana de oportunidad para fortalecer la dimensión de desarrollo sostenible en los AII.

1. DEFINIR EL PAPEL DE LOS AII EN LAS ESTRATEGIAS DE DESARROLLO Y LAS POLÍTICAS DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES

Los instrumentos internacionales de inversión son una parte integral de la formulación de políticas de inversión, y si bien estos instrumentos apoyan los objetivos de promoción de la inversión, también pueden restringir la formulación de políticas de inversión y desarrollo. Los AII, como herramienta de promoción, complementan las normas y reglamentos nacionales al ofrecer garantías adicionales a los inversores extranjeros relacionadas con la protección de sus inversiones y la estabilidad, transparencia y previsibilidad del marco nacional de políticas. En cuanto a las limitaciones, estas podrían tomar muchas formas: podrían limitar las opciones de los países en la formulación de estrategias de desarrollo que podrían requerir un trato diferencial de los inversores, por ejemplo, en las políticas industriales (véase *IIM 11*); o podrían obstaculizar la formulación

Para definir el papel de los AII en la estrategia de desarrollo de los países, es necesario evaluar las ventajas y desventajas de los AII y valorar de manera realista lo que pueden y lo que no pueden hacer.

de políticas en general, incluyendo a los objetivos de desarrollo sostenible, donde los inversores podrían percibir nuevas medidas como desfavorables a sus intereses y recurrir a los procedimientos de solución de diferencias definidos en los AI, fuera del proceso legal doméstico normal.

Teniendo en cuenta estas limitaciones potenciales en la formulación de políticas, es importante garantizar la coherencia de los AI con otras políticas económicas (por ejemplo, políticas comerciales, industriales, tecnológicas, en infraestructura o empresariales que tienen como objetivo fomentar la capacidad productiva y fortalecer la competitividad de los países), así como con las políticas no económicas (por ejemplo, políticas ambientales, sociales, de salud o culturales).⁷ Los formuladores de políticas deberán establecer cuidadosamente una agenda para la participación y negociación internacional en materia de inversión (incluyendo la revisión y renegociación de los acuerdos existentes).

Al considerar las ventajas y desventajas de celebrar AI (véase también *IIM 15*, capítulo IV), los formuladores de políticas deben tener una clara comprensión sobre lo que los AI pueden y no pueden lograr.

- ✓ Los AI **pueden**, mediante la adición de una dimensión internacional de protección de la inversión y mediante el fomento de estabilidad, previsibilidad y transparencia, reforzar la confianza de los inversores y promover así la inversión. Desde la perspectiva de un inversor, los AI actúan esencialmente como una póliza de seguros, especialmente importante para las inversiones en países con calificaciones de riesgo-país desfavorables.
- ✓ Los AI **pueden** promover la inversión en otras formas más allá de otorgar protección al inversor. Algunos AI incluyen compromisos por parte de los países de origen de promover la inversión hacia afuera o de participar en iniciativas de colaboración para este fin (aunque actualmente esta es una pequeña minoría de los tratados).⁸
- ✓ Los AI **pueden** ayudar a construir y publicitar un clima de inversión más atractivo. Al establecer compromisos internacionales, éstos pueden fomentar prácticas de buen gobierno y facilitar o apoyar las reformas internas.
- ✗ Por otro lado, los AI por sí solos **no pueden** convertir un mal clima interno de inversión en uno bueno, y no pueden garantizar la afluencia de inversión extranjera. No existe un vínculo único causal entre la celebración de un AI y la entrada de IED; los AI desempeñan un papel complementario entre muchas otras determinantes que impulsan las decisiones de inversión de las empresas.⁹ Lo que es aún más importante, los AI no pueden ser un sustituto de las políticas nacionales y de un marco normativo nacional sólido para la inversión.

PUEDEN
NO PUEDEN

La participación de los países receptores en el sistema actual de All no puede exclusivamente estar impulsada por un diseño claro y explícito que fundamente sus tratados en un propósito de desarrollo sólido, sino que más bien su participación es influenciada por los objetivos de negociación de las otras partes contratantes u otras consideraciones no económicas.¹⁰ En tal virtud, existe el riesgo de que los All, en cantidad y en contenido, se conviertan en gran medida en un vehículo para la protección de los intereses de los inversores y los países de origen, sin dar la debida consideración a las preocupaciones sobre desarrollo de los países en desarrollo. No es sorprendente que un análisis detallado del contenido de los tratados modelo de los principales países que invierten en el exterior muestra que, en promedio, las disposiciones de los tratados están fuertemente sesgadas hacia proveer un alto nivel de protección, con concesiones en aspectos de desarrollo limitadas, las cuales compensan la protección de los inversores (es decir, permitir a los países un mayor espacio de políticas, generalmente implica otorgar menos protección a los inversores). Esta compensación sugiere que puede haber un problema de desarrollo inherente en los All: los países en desarrollo con las calificaciones de riesgo más desfavorables son los que más necesitan las cualidades protectoras de los All para atraer inversión, pero en general son también los países con mayor necesidad de flexibilidad (o espacio de políticas) para políticas específicas de desarrollo. Por otra parte, no sólo los países en desarrollo con bajos ingresos experimentan los All como una camisa de fuerza, sino también los países de ingresos más altos, e incluso las economías de mercado desarrolladas, a veces se enfrentan a consecuencias inesperadas de sus propios tratados. A medida que más y más países con sistemas jurídicos nacionales sólidos y creíbles, y climas de inversión estables, continúan celebrando All que otorgan un alto nivel de protección a los inversores, se arriesgan a confrontarse ellos mismos a las reglas de solución de disputas inversor-Estado (SDIE) que originalmente estaban destinadas a proteger a sus inversores en el extranjero. Este riesgo se ve agravado por el panorama cambiante de los inversores, en el que cada vez más países en desarrollo, contra quienes en un principio estaba dirigido el escudo protector de los All, se están convirtiendo en importantes inversores en el exterior por derecho propio, invirtiendo la tendencia de que originalmente los países desarrollados eran los demandantes en los All. Además, la proporción relativa de casos en contra de los países desarrollados va en aumento. En 2014, el 40 por ciento de todos los casos conocidos fueron dirigidos contra países desarrollados, siendo España el demandado más frecuente (*IIM 15*, capítulo III). La proporción de casos en contra de los países desarrollados fue de 47 por ciento en 2013, y de 34 por ciento en 2012, mientras que el promedio histórico es de 28 por ciento.¹¹

Los países desarrollados también se enfrentan a consecuencias inesperadas de la firma de All.

Por lo tanto, se torna importante no sólo para los países en desarrollo, sino también para los desarrollados, enunciar los factores y objetivos subyacentes en el enfoque de un país para los AI.

Además de tomar en cuenta los objetivos de los AI en relación con el desarrollo, al definir su agenda para participar y negociar cuestiones de inversión a nivel internacional, los formuladores de políticas de los AI deben:

- *Considerar el tipo de acuerdos a priorizar*, y considerar si se desea optar por acuerdos específicos en materia de inversión, o por disposiciones sobre inversión integradas en acuerdos más amplios, como por ejemplo los que cubran también el comercio, la competencia y/u otras áreas de políticas. Esta última opción ofrece dar un trato integral a cuestiones interrelacionadas con diferentes áreas de políticas. También reconoce la fuerte interacción entre el comercio y la inversión, y los límites difusos entre ambos (debido al fenómeno de las formas de producción internacional sin participación accionaria (*IMM 11*) y de las cadenas globales de valor (*IMM 13*)), así como la interacción entre la IED y el efecto inductor del comercio en los mercados ampliados.
- *Considerar si es apropiado buscar la participación internacional* en las políticas de inversión en el contexto de la cooperación o integración económica regional, o mediante acuerdos bilaterales. Los países en desarrollo más pequeños, con un potencial limitado para atraer por sí mismos inversiones que busquen mercados, bien podrían dar prioridad sobre otros tipos de acuerdos de inversión a las oportunidades de integración y colaboración regional en políticas de inversión, particularmente cuando se combinan con la integración *comercial* regional potencialmente inductora de la IED (UNCTAD 2009). Los beneficios de este enfoque pueden ser mayores cuando se combinan con asistencia técnica y esfuerzos hacia la cooperación regulatoria y desarrollo institucional.
- *Establecer prioridades – cuando los países buscan colaborar bilateralmente en materia de inversión – en términos de las partes contratantes del tratado* (es decir, dar prioridad a los países de origen de los inversores internacionales que son más importantes en los sectores clave para la estrategia de desarrollo del país y donde se desea la participación extranjera).

Por otra parte, al participar en las políticas de inversión en el plano internacional se debe considerar que los acuerdos internacionales interactúan entre sí y con otros cuerpos de derecho internacional. Los formuladores de políticas deben ser conscientes, por ejemplo, de que los compromisos adquiridos con algunas partes contratantes pueden filtrarse fácilmente hacia otras partes a través de las cláusulas de nación más favorecida (NMF), con posibles consecuencias indeseadas.

Los compromisos pueden entrar en conflicto o las concesiones ganadas con mucho esfuerzo en una negociación (por ejemplo, sobre espacio de políticas para requisitos de desempeño) se pueden deshacer gracias a tratados anteriores o posteriores.

Por último, una cuestión de políticas particularmente delicada es si se desean incluir compromisos de liberalización en los All mediante la concesión de derechos de pre-establecimiento a los inversores extranjeros. La mayoría de los All otorgan protección a las inversiones desde el momento en que están establecidas en el Estado receptor, por ende, el país receptor conserva la facultad discrecional respecto de la admisión de inversores extranjeros a su mercado. Sin embargo, en los últimos años, cada vez más All incluyen disposiciones aplicables a la fase previa al establecimiento de la inversión, comprometiéndose a un entorno más abierto a la inversión, a costa de un menor grado de discrecionalidad para regular internamente asuntos referentes a la entrada. Al momento de otorgar derechos de pre-establecimiento, es particularmente crítico gestionar la interacción entre las políticas internacionales y nacionales: los formuladores de políticas pueden utilizar los All para obligar a respetar - a nivel internacional - el grado de apertura otorgado en las leyes nacionales; o pueden utilizar las negociaciones de All como motor para el cambio, fomentando una mayor apertura en el plano nacional (*IIM 04*).¹² Otorgar derechos de pre-establecimiento también añade complejidades nuevas a la interacción entre los acuerdos

La siguiente sección, en la que se discute cómo se pueden abordar los desafíos actuales de las políticas de inversión a través del contenido y las detalladas disposiciones de los All, abarca cuestiones de pre-establecimiento y post-establecimiento. Hasta la fecha, los formuladores de políticas han optado mayoritariamente por celebrar tratados que se limitan a cubrir solamente la fase posterior al establecimiento; cuando optan por abordar cuestiones relativas a la fase previa al establecimiento, numerosas herramientas son puestas a su disposición para adaptar las obligaciones en función de las necesidades específicas de cada país.

Los All tienen amplias implicaciones en las políticas públicas y la coherencia sistémica.

2. LA NEGOCIACIÓN DE AII FAVORABLES PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Enfrentar los desafíos del desarrollo sostenible a través del diseño detallado de cláusulas en tratados de inversión involucra principalmente cuatro áreas de evolución en la práctica de elaboración de tratados. Estos cambios pueden ser implementados mediante la inclusión de nuevos elementos y cláusulas dentro de los AII o adoptando un nuevo enfoque en relación con elementos tradicionales ya existentes:

1. Incorporar compromisos concretos para promover y facilitar las inversiones para el desarrollo sostenible: Actualmente, los AII en su mayoría sólo promueven la inversión extranjera de manera indirecta mediante el otorgamiento de protecciones –es decir, obligaciones por parte de los Estados receptores- y no contienen compromisos para los países de origen de promover inversiones responsables. La mayoría de los tratados contienen un lenguaje exhortatorio que alienta las inversiones en el preámbulo, o cláusulas no vinculantes sobre promoción de las inversiones. Entre las opciones para mejorar el aspecto de promoción de las inversiones en los tratados se encuentran mecanismos concretos de facilitación (compartir información, foros de promoción de la inversión), esquemas de promoción de inversión hacia afuera (seguros y garantías), iniciativas de asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades dirigidas a la inversión sostenible, apoyadas por acuerdos institucionales de cooperación a largo plazo.

2. Equilibrar los compromisos de los Estados con las obligaciones de los inversores y promover las inversiones responsables: La mayoría de los AII actualmente establecen obligaciones para los Estados, pero no especifican ninguna obligación o responsabilidad para el inversor. Las obligaciones legalmente vinculantes para las empresas e individuos están estipuladas en las leyes nacionales, pero están ausentes en los tratados internacionales, los que tradicionalmente no se le aplican directamente al sector privado.¹³ Sin embargo, existen ejemplos donde los AII imponen obligaciones a los inversores (por ejemplo, el Tratado de Inversión COMESA de 2007¹⁴) o donde los tratados internacionales establecen la responsabilidad penal de individuos (por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Una resolución reciente de la Asamblea General de la ONU establece la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta cuyo mandato es elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en materia de derechos humanos en el plano internacional, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.¹⁵ Estos ejemplos, junto con los cambios en la forma

Negociar AII alineados con el desarrollo sostenible requiere de provisiones concretas en promoción de inversiones, balance de derechos y obligaciones de Estados e inversores, salvaguarda del derecho a regular y de la reforma del sistema de resolución de disputas inversor-Estado.

de entender la naturaleza y funciones del derecho internacional, sugieren que los tratados internacionales pueden, en principio, imponer obligaciones al sector privado.¹⁶ Aun cuando algunos AI no llegasen a imponer por sí solos obligaciones a los inversores, algunas alternativas pueden ameritar consideración.

Por ejemplo, los AI podrían incluir un requisito de que los inversores cumplan con las leyes nacionales del Estado receptor relacionadas con la inversión al momento de realizar y administrar una inversión, e incluso después de la etapa operacional (por ejemplo, limpieza del medioambiente), siempre que dichas leyes sean consistentes con las obligaciones internacionales del Estado receptor, incluyendo las previstas en el AI.¹⁷ Las obligaciones de este tipo podrían representar la base para estipular además en los AI las consecuencias en caso de incumplimiento del inversor con las leyes domésticas, como por ejemplo, el derecho del Estado receptor a contrademandar al inversor en procedimientos de SDIE.

Adicionalmente, los AI podrían referir a estándares internacionales comúnmente reconocidos (como por ejemplo, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU). Esto no sólo ayudaría a restablecer un balance entre los compromisos de los Estados y las obligaciones del inversor, sino que ayudaría a la proliferación de estándares de RSC – los que se están convirtiendo en un aspecto cada vez más importante del panorama de políticas de inversión (*IIM 11*). Las opciones para el lenguaje empleado en los tratados en este aspecto pueden ir desde adoptar compromisos para promover los mejores estándares internacionales de RSC hasta asegurarse de que los tribunales consideren el cumplimiento de los inversores con los estándares de RSC cuando decidan un caso de SDIE.

3. Asegurar un equilibrio adecuado entre los compromisos de protección y el espacio de regulación para el desarrollo: Los AI protegen las inversiones extranjeras al comprometer a los gobiernos de los países receptores a conceder ciertos estándares de trato y protección a los inversores extranjeros; poner límites a la libertad regulatoria de los gobiernos forma parte de la propia naturaleza de los estándares de protección de los AI, y también forma parte de sus efectos estabilizadores auxiliares. Por ejemplo, cuando un gobierno de un Estado receptor intentara diferenciar a los inversores domésticos de los inversores extranjeros, o requiriera algún comportamiento corporativo específico, estaría constreñido por las disposiciones sobre no discriminación o requisitos de desempeño. Además, en caso de que los inversores extranjeros percibieran que los cambios en las políticas afectan negativamente sus expectativas, podrían impugnarlas iniciando procedimientos contra los Estados receptores

bajo los AII. Los Estados pueden resguardar un espacio de políticas si formulan con cuidado las estructuras de sus AII y clarifican el alcance y significado de las disposiciones que son particularmente vagas en los tratados, tales como el estándar de trato justo y equitativo o expropiación, así como mediante el uso de mecanismos específicos de flexibilidad, tales como excepciones y reservas por motivos de seguridad nacional o seguridad general. Los AII modelo, tales como el que adoptó Estados Unidos en 2004, ofrecen los primeros ejemplos en este sentido. Más recientemente, los tratados recientemente negociados (véanse las tablas anexas al IIM, disponible en el centro de políticas de inversión de la UNCTAD) y las propuestas de políticas recientes abogan por la necesidad de salvaguardar el derecho de regular (véanse, por ejemplo, los nuevos enfoques por parte de la Unión Europea, Alemania, Indonesia o Noruega; *IIM 15*, capítulo III). El balance adecuado entre la protección de la inversión extranjera y la preservación del espacio de políticas para la regulación doméstica, debe surgir de la estrategia de desarrollo de cada país, asegurando que los mecanismos de flexibilidad no erosionen uno de los objetivos principales de los AII - su potencial para incrementar las inversiones.

4. Blindar a los países receptores de responsabilidades injustificadas y costas procesales altas: La mayoría de los AII refuerzan sus cláusulas de protección de las inversiones al permitir a los inversores buscar reparación directamente a través del sistema de solución de disputas inversor-Estado (SDIE). La fuerza de los AII para otorgar protección a los inversores extranjeros se ha evidenciado cada vez más en el número de casos de SDIE iniciados en la última década, la mayoría de los cuales han sido iniciados contra países en desarrollo. Los países receptores han enfrentado demandas hasta por \$114 mil millones de dólares y laudos hasta por \$50 mil millones de dólares.¹⁸ A estos riesgos financieros se añaden las costas procesales, lo que en conjunto constituye una pesada carga para los Estados demandados, lo cual a su vez, exacerba las preocupaciones relacionadas con el espacio de políticas. Los países receptores – tanto los desarrollados como en desarrollo – han aprendido que la posibilidad de interponer demandas en procedimientos de SDIE puede ser usada por los inversores en formas no anticipadas. Un número de casos recientes ha impugnado medidas adoptadas en función del interés público (por ejemplo, medidas para promover la equidad social, fomentar la protección ambiental o proteger la salud pública), lo cual demuestra que el límite entre la protección frente al riesgo político y la indebida interferencia con políticas domésticas legítimas se está difuminando paulatinamente. Proteger a los países de obligaciones injustificadas y excesivas costas procesales mediante el diseño de tratados, requiere considerar opciones tanto en lo relativo a las disposiciones de SDIE como en lo relativo al alcance y aplicación de cláusulas sustantivas (véase más abajo).

Hacer compromisos de pre-establecimiento añade complejidad al proceso de negociación de un AII.

Estas áreas de evolución son también relevantes en lo concerniente a los “All pre-establecimiento”, es decir, acuerdos que – además de proteger a los inversores ya establecidos– contienen reglas vinculantes referentes al establecimiento de nuevas inversiones. Dado que un mayor número de países opta por el enfoque de pre-establecimiento, es crucial asegurar que cualquier apertura de mercado a través de los All esté en consonancia con las estrategias para el desarrollo de los países receptores. Las disposiciones relevantes optan por una liberalización selectiva, conteniendo numerosas excepciones y reservas diseñadas para proteger a un país de la adopción de compromisos excesivos y/o asegurando flexibilidades en las obligaciones contractuales pertinentes (véase recuadro 4).

Estos cuatro tipos de evoluciones en la actual práctica en materia de tratados se filtran a las cláusulas específicas de diferentes maneras. Los siguientes son ejemplos de cómo esto funciona, enfocándose en algunas disposiciones clave de la práctica actual en materia de tratados - alcance y definición, trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo, expropiación y SDIE. Las preocupaciones en torno al desarrollo sostenible, además de dar forma a cláusulas específicas, también pueden ser enfrentadas individualmente, por ejemplo, mediante trato especial y diferenciado (TED), un aspecto clave en el sistema comercial multilateral que es ampliamente ignorado en la práctica de los All (véase recuadro 5).

Recuadro 4. Obligaciones de pre-establecimiento en los AII

A finales de 2014, los AII pre-establecimiento ascendieron a 228 (7 por ciento de todos los AII celebrados) y su porcentaje ha ido en aumento en los últimos años. La mayoría de los AII pre-establecimiento involucran a Partes de economías desarrolladas, en particular, Canadá, la Unión Europea, Finlandia, Japón y Estados Unidos. En conjunto, estas economías son Partes en el 70 por ciento de todos los AII pre-establecimiento firmados a nivel mundial. Además, algunos países en desarrollo de Asia y América Latina han celebrado activamente AII pre-establecimiento; estos incluyen a Chile, Costa Rica, la República de Corea, Perú y Singapur (*IIIM 15*, capítulo III). Extender la cobertura del AII a cuestiones de pre-establecimiento es una opción de políticas importante en sí misma, y cuando los países deciden hacerlo, esto implica más opciones para encontrar el equilibrio adecuado entre los compromisos internacionales vinculantes y flexibilidad en las políticas nacionales.

Los AII pre-establecimiento señalan que un país está generalmente comprometido con un ambiente abierto a las inversiones, aunque el hecho de que un país sólo concluya AII sobre post-establecimiento no implica necesariamente que tenga una política restrictiva de IED. Además, los compromisos de pre-establecimiento no reflejan necesariamente el grado real de apertura de una economía. Los derechos de establecimiento en los AII pueden permanecer por debajo de ese nivel (es decir, para que el Estado interesado conserve latitud para restringir las condiciones de PE) o ir más allá de ese nivel (es decir, los AII pueden usarse para abrir a los inversores extranjeros las industrias que hasta ese momento estaban cerradas).

Desde la perspectiva de un inversor extranjero, estos ayudan a “mantener fijo” el nivel actual de apertura, hacen que el entorno regulatorio sea más transparente y, en algunos casos, abren nuevas oportunidades de inversión. Desde la perspectiva del país receptor, los compromisos de pre-establecimiento pueden mejorar el atractivo del país como destino de inversión. Contraer compromisos de pre-establecimiento requiere la suficiente capacidad institucional para llevar a cabo una auditoría exhaustiva de las políticas nacionales existentes y considerar las posibles necesidades regulatorias futuras.

Los AII pre-establecimiento típicamente operan extendiendo el trato nacional, el trato de NMF y algunas

otras obligaciones del tratado²¹ al “establecimiento, adquisición y expansión” de inversiones. Esto evita que las partes contratantes traten a los inversores de la otra parte contratante de manera menos favorable de la que tratarían a sus propios inversores y/o inversores de otros países en estas materias.

La clave está en definir adecuadamente el alcance de los compromisos de pre establecimiento. Los dos mecanismos principales son la lista negativa y positiva de sectores/industrias comprometidas, así como enlistar las medidas inconsistentes en sectores comprometidos. El enfoque de lista negativa ofrece la liberalización en todos los ámbitos y los inversores se benefician de compromisos de pre-establecimiento en todos los sectores/industrias, excepto en aquellos que se han excluido de manera explícita. El enfoque de lista positiva ofrece la liberalización selectiva a través de la elaboración de una lista de sectores en los que los inversores podrán disfrutar de derechos de pre-establecimiento. Hasta la fecha, el enfoque de lista negativa ha sido el más frecuente en la práctica de los tratados.

El enfoque de lista negativa es más exigente en términos de recursos: requiere una auditoría exhaustiva de las políticas nacionales existentes. Además, bajo un enfoque de lista negativa y en ausencia de reservas específicas, un país se compromete también a la apertura de aquellos sectores/actividades que al momento de la firma del AII pueden no ser de gran importancia económica para el país, o en los que los marcos regulatorios siguen evolucionando.

En los sectores comprometidos (con independencia de que se comprometan con base en la lista negativa o positiva), las partes contratantes pueden hacer reservas a las obligaciones de pre-establecimiento del AII. Gracias a las reservas, se pueden mantener medidas inconsistentes existentes (“suspensión”) y / o mantener el derecho de adoptar nuevas medidas inconsistentes en el futuro.

Además, algunos tratados incluyen “válvulas de seguridad” que permiten a las partes modificar sus listas de reserva después de que el tratado ha entrado en vigor (sujeto a ciertas condiciones). Por otra parte, los tratados a veces excluyen asuntos de pre-establecimiento del ámbito de SDIE con el fin de que cualquier disputa sobre estos temas esté sujeta sólo a la solución de controversias Estado-Estado.

Fuente: UNCTAD.

²¹ Por lo general, estas otras obligaciones incluyen la prohibición de requisitos de desempeño y la prohibición de requisitos de nacionalidad para los miembros del consejo de administración y altos directivos.

Recuadro 5. Trato especial y diferenciado (TED) y los AII.

Hay un gran número de AII que se celebran entre países desarrollados y en desarrollo. El TED consagra jurídicamente las necesidades especiales y problemas de los países en desarrollo y/o menos adelantados en los acuerdos internacionales (económicos). Se basa en la noción de que las partes de un tratado, cuando están en diferentes estadios de desarrollo, no deberían estar sujetas a las mismas obligaciones.

La manifestación de este principio se puede encontrar, dentro del contexto multilateral, en más de 145 de disposiciones en acuerdos de la OMC,¹⁹ en donde esencialmente se: (i) conceden obligaciones menos onerosas a los países en desarrollo, ya sea permanente o temporariamente; y/o (ii) imponen obligaciones especiales sobre los países desarrollados frente a los países en desarrollo.²⁰ Con el tiempo, el TED se difundió a otros aspectos de las relaciones internacionales, de manera más prominente en el derecho ambiental internacional, incluyendo el marco sobre el cambio climático.

Hasta el momento, el TED en gran medida ha estado ausente de los AII. A pesar de incorporar los conceptos generales del espacio de político y la flexibilidad para el desarrollo, los AII— siendo en su mayoría de carácter bilateral — se basan en la simetría jurídica y la reciprocidad, lo que significa que los derechos y obligaciones de las partes son iguales. Por otra parte, los AII no suelen lidiar con cuestiones de pre-establecimiento/acceso al mercado, para los cuales las consideraciones de TED son particularmente relevantes.

Sin embargo, de manera excepcional, el Tratado de Inversión de COMESA contiene una aclaración acerca de TED con respecto al estándar de trato justo y equitativo: "*Para mayor certeza, los Estados miembros*

entienden que los diferentes Estados miembros tienen diferentes tipos de sistemas administrativos, legislativos y judiciales y que los Estados miembros, en diferentes niveles de desarrollo, pueden no alcanzar los mismos estándares al mismo tiempo".²¹

Podría impulsarse de nuevo el TED de diferentes formas, con el fin de hacer que los AII trabajen más en favor del desarrollo sostenible. Por ejemplo, podrían alcanzarse niveles más bajos de obligaciones para los países en desarrollo mediante: (i) excepciones enfocadas al desarrollo sostenible; (ii) compromisos de mejores esfuerzos para países en desarrollo; (iii) cronogramas con fases de implementación asimétricas, con plazos más largos para los países en desarrollo, o (iv) una interpretación de las obligaciones de los tratados por parte de los tribunales arbitrales orientada al desarrollo. Los compromisos de mejores esfuerzos por parte de países avanzados, podrían relacionarse con, por ejemplo: (i) asistencia técnica y formación (por ejemplo, la asistencia en el manejo de los casos de SDIE o al momento de implementar sistemas de regulación nacionales apropiados para asegurar el cumplimiento de las obligaciones); (ii) promoción de la transferencia/difusión de la tecnología; (iii) el apoyo y asesoramiento a las empresas de países en desarrollo (por ejemplo, para convertirse en inversores en el exterior o adoptar estándares de RSC); (iv) promoción de inversiones (por ejemplo, proporcionar incentivos a las inversiones salientes, tales como garantías de inversión, desgravaciones fiscales).

Aunque el TED continúa en gran medida ausente de los AII, los negociadores podrían considerar añadir elementos de TED, en tanto representan una herramienta promisorio para hacer a los AII más compatibles con el desarrollo sostenible, particularmente para los países menos adelantados y de menores recursos.

Fuente: UNCTAD.

- **Alcance y Definición:** La cobertura de un All determina las inversiones /inversores que se benefician de la protección ofrecida por el All. Las controversias del pasado han demostrado el potencial de los All para ser interpretados ampliamente, de manera tal que pudieran incluir algunos tipos de transacciones que no fueron originalmente previstos en el alcance de los All (como por ejemplo, valores de deuda gubernamental).²² Al momento de negociar un All con una dimensión de desarrollo sostenible reforzada, puede ser apropiado resguardar un espacio de políticas y excluir algunos tipos de transacciones financieras (por ejemplo, inversiones de cartera o flujos financieros especulativos a corto plazo) del alcance del tratado y centrar la aplicación del tratado a aquellos tipos de inversiones que las partes contratantes desean atraer (por ejemplo, la inversión directa en activos productivos).

La cuestión de si los All deberían excluir las inversiones de cartera es una elección de políticas que ha sido objeto de un intenso debate. Las inversiones de cartera pueden contribuir al desarrollo proveyendo capital financiero. Sin embargo, la naturaleza a veces volátil de los flujos de inversión de cartera puede llegar a ser perjudicial. Desde un punto de vista práctico, las inversiones de cartera y la inversión directa son en ocasiones difíciles de diferenciar, tanto en términos de la identificación de flujos financieros relevantes como en términos de instrumentos de política focalizados.

Puede resultar apropiado excluir del alcance del tratado áreas específicas de políticas públicas o sectores económicos específicos (sensibles). O, con el fin de limitar las obligaciones y evitar la “búsqueda del tratado más favorable” y la “inversión de ida y vuelta” (*roundtrip investment*), puede resultar apropiado confinar su aplicación a genuinos inversores de los países contratantes, excluyendo aquellas inversiones que sólo son canalizadas a través de entidades legales establecidas en los países contratantes.

- **Trato Nacional (TN):** El trato nacional protege a los inversores extranjeros de la discriminación frente a inversores nacionales comparables, con el objeto de “nivelar el terreno de juego”. Se considera que el trato no discriminatorio conduce a una buena gobernanza y, en principio, está consagrado en muchos marcos regulatorios domésticos de los países. Sin embargo, incluso si trato nacional está previsto en la legislación nacional, los países pueden ser reacios a mantener “fijos” a nivel internacional todos los aspectos de su marco reglamentario nacional (por ejemplo, iniciativas de desarrollo del sector privado, incluyendo incentivos financieros, fiscales o regulatorios) y, dependiendo de sus estrategias de desarrollo, los Estados podrían desear ofrecer trato preferencial a los inversiones/inversores nacionales como parte de sus políticas de desarrollo industrial o por otros motivos. En estos casos, los negociadores podrían circunscribir el alcance de las cláusulas de trato nacional y/o permitir derogaciones (por ejemplo, a través de formulación de reservas mediante las que se excluyan sectores, áreas de políticas o medidas específicas de su aplicación (véase *III M 11*).

- **Trato de Nación Más Favorecida (NMF):** las cláusulas de NMF buscan prevenir la discriminación entre inversores comparables de diferentes nacionalidades extranjeras. El significado de esta clase de trato ha quedado sujeto a interpretaciones divergentes e inesperadas por parte de los tribunales. Varias decisiones arbitrales interpretaron que la NMF permite al inversor invocar el lenguaje más proclive a su posición entre los tratados del Estado demandado con un tercer país, excluyendo efectivamente al tratado “base” (es decir, el tratado entre el país de origen y el país receptor con base en el que el caso fue presentado). Esta práctica puede ser vista de manera positiva como una “armonización creciente” de los estándares de los AII, o de manera negativa como una “forma de escoger” las mejores cláusulas de diferentes tratados, poniendo en peligro acuerdos en tratados individuales. El trato de NMF debe ser considerado cuidadosamente, particularmente a la luz de la creciente red de AII de los países, que contienen diferentes obligaciones y acuerdos, inclusive en cuestiones de pre-establecimiento. Para eludir malas interpretaciones, los AII han comenzado a excluir explícitamente cuestiones de solución de disputas y obligaciones asumidas con terceros Estados del alcance de la obligación NMF. Otras opciones incluyen limitar el alcance de la cláusula a través de reservas específicas para cada país. En suma, la cláusula de NMF es una disposición fundamental para la reforma de los AII. Si no se toman las medidas adecuadas con respecto a la cláusula de NMF, se puede socavar la redacción mejorada de las disposiciones del tratado (IIM 15).
- **Trato Justo y Equitativo (TJE):** La obligación de conceder trato justo y equitativo a los inversores extranjeros aparece en la gran mayoría de los AII. Los inversores (demandantes) lo han invocado – con considerable éxito – en SDIE. Hay un gran grado de incertidumbre en torno al significado preciso del concepto, puesto que las nociones de “justicia” y “equidad” no connotan un conjunto claro de prescripciones legales en el derecho internacional de inversión, permitiendo un grado significativo de subjetividad en su apreciación. Algunos tribunales han encontrado listas extensivas de reglas dentro de la cláusula de TJE, que son gravosas para cualquier Estado, pero especialmente para los países en desarrollo y los menos adelantados; persiste una falta de claridad en relación con el umbral adecuado de responsabilidad. El uso del TJE para proteger las expectativas legítimas de los inversores puede restringir indirectamente la habilidad de los países para modificar sus políticas vinculadas con inversiones o de introducir nuevas políticas - incluidas aquellas dirigidas al bienestar general - que puedan tener un efecto negativo en inversores extranjeros individuales. Las opciones para reducir la incertidumbre en torno a las obligaciones de los Estados y preservar el espacio de políticas incluyen calificar o clarificar la cláusula de TJE, incluyendo una lista exhaustiva de las obligaciones de los Estados bajo TEJ, o incluso considerar omitirla por completo.

- **Expropiación:** La disposición sobre expropiación protege a los inversores extranjeros contra la desposesión o confiscación de su propiedad, sin compensación, por parte del país receptor. Como la mayoría de los AI también prohíben la expropiación indirecta (es decir que aplican a expropiaciones regulatorias), y como algunos tribunales arbitrales han tendido a interpretarla de manera amplia (es decir que incluye medidas regulatorias legítimas adoptadas en pos del interés público), la cláusula de expropiación tiene el potencial de representar una indebida restricción de la capacidad regulatoria de un Estado. Para evitar esto, los formuladores de políticas pueden clarificar la noción de expropiación indirecta e introducir criterios para distinguir entre expropiación indirecta y regulación legítima que no requiere compensación.
- **Solución de Diferencias Inversor-Estado (SDIE):** Originalmente el sistema internacional de arbitraje inversor-Estado fue concebido como una herramienta efectiva para hacer valer los derechos de los inversores extranjeros. Ofreció acceso directo a los inversores al arbitraje internacional para evitar recurrir a los tribunales nacionales de los países receptores y resolver las disputas en un foro neutral que se esperaba fuese barato, rápido y flexible. Se suponía que debía proporcionar un carácter definitivo y de ejecutables a los laudos, y despolitizar las disputas. Mientras que algunas de esas ventajas siguen vigentes, el sistema de SDIE ha evidenciado recientemente serias deficiencias (por ejemplo, interpretaciones inconsistentes e indeseadas de las cláusulas, usos inesperados del sistema por parte de los inversores, impugnaciones de medidas de políticas tomadas en razón del interés público, procedimientos largos y costosos, transparencia nula o limitada) que minan su legitimidad. Mientras que algunas preocupaciones con la SDIE pueden ser enfrentadas efectivamente solamente mediante un enfoque amplio que requiere colaboración a nivel internacional, los negociadores pueden de alguna forma mejorar los aspectos institucionales y procedimentales del mecanismo y limitar la responsabilidad y el riesgo de verse envueltos en procedimientos costosos. Pueden hacerlo mediante calificar el alcance del consentimiento dado para la SDIE, promoviendo el uso de métodos alternativos de solución de disputas (MASD), incrementando la transparencia de los procesos, alentando a los tribunales internacionales a tomar en consideración estándares de comportamiento de los inversores cuando resuelvan las disputas, limitando el recurso a la SDIE e incrementando el rol de los sistemas judiciales nacionales, previendo la posibilidad de contrademandas por parte de los Estados o incluso mediante abstenerse de ofrecer SDIE.²³ (Para un panorama general de las ventajas y desventajas de SDIE y la solución de controversias Estado-Estado, véase *IM 15*, capítulo IV).

3. OPCIONES DE POLÍTICAS PARA TRATADOS SOBRE PRE ESTABLECIMIENTO Y POST ESTABLECIMIENTO

La tabla de opciones para el diseño de AII (véanse páginas 61-95) contiene una recopilación integral de las diferentes opciones de políticas disponibles para los negociadores de AII, incluyendo opciones para hacer operativos los objetivos de desarrollo sostenible (ver tabla 4). Las opciones comprenden tanto las disposiciones usuales de los AII, como un lenguaje más idiosincrático propio de algunos pocos países. En algunos casos, la tabla de elementos de los AII contiene nuevas sugerencias de la UNCTAD.²⁴

Como un conjunto integral de opciones de políticas, la tabla de elementos de los AII pretende presentar dos perspectivas diferentes en el diseño de AII. En un extremo del espectro se encuentra la escuela de pensamiento que prefiere AII con disposiciones simples, enfocadas a la protección de la inversión y que limitan las clarificaciones y calificaciones al mínimo. Del otro lado tenemos un enfoque integral de la formulación de políticas de inversión, que añade un universo de consideraciones - incluyendo las relativas al desarrollo sostenible - en el texto de las cláusulas de los AII.

El objetivo de la tabla de elementos de los AII es proveer a los formuladores de políticas con un panorama de opciones para diseñar un AII. Ofrece un amplio menú a partir del cual los negociadores de AII pueden escoger opciones. Esta tabla no pretende identificar opciones preferentes para los negociadores de AII o sugerir un modelo de AII específico. Sin embargo, la tabla brevemente comenta las varias posibilidades de redacción en relación con cada disposición de los AII y resalta – en donde es apropiado - sus implicaciones para el desarrollo sostenible. Se espera que estas explicaciones ayuden a los negociadores de AII a identificar las opciones de redacción que mejor se adapten a las necesidades, preferencias y objetivos de sus países.

La tabla de elementos de los AII incluye varias opciones que podrían ser particularmente beneficiosas para el desarrollo sostenible. Como ejemplos tenemos:

- Incluir una cláusula sobre el alcance y definiciones que excluya de la cobertura del tratado la inversión de cartera, a corto plazo o especulativa, y que aborde la cuestión de la “búsqueda del acuerdo más favorable” a través de “empresas fantasma”.
- Diseñar una cláusula de NMF que proporcione previsibilidad en cuanto a su cobertura y que no suprima los efectos deseados de las disposiciones de nuevos tratados recientemente elaborados.

Los formuladores de políticas cuentan con un menú de opciones para la negociación de AII ...

- Formular la cláusula de TJE como una lista exhaustiva de obligaciones de los Estados (por ejemplo, no (i) denegar justicia en un procedimiento administrativo o judicial, (ii) tratar a los inversores de una forma manifiestamente arbitraria, (iii) violar flagrantemente el debido proceso, etc.).
- Aclarar - en la medida de lo posible - la distinción entre una actividad regulatoria legítima y una expropiación regulatoria (expropiación indirecta) que da lugar a la compensación.
- Limitar la disposición sobre Protección y Seguridad Plenas (PSP) a la seguridad y protección “física”, y especificar que esa protección debe ser proporcional al nivel de desarrollo del país.
- Limitar el alcance de las cláusulas de transferencia de fondos mediante una lista exhaustiva de pagos/transferencias cubiertos; incluir excepciones en caso de dificultades serias en la balanza de pagos y condicionar el derecho de transferencia al cumplimiento por parte del inversor de sus obligaciones fiscales y otras relacionadas con las transferencias en el país receptor.
- Incluir excepciones claramente redactadas para proteger los derechos humanos, la salud, los estándares fundamentales de trabajo y el medioambiente, con sistemas de pesos y contrapesos eficientes que garanticen un espacio de políticas y a la vez eviten que se incurra en abuso.
- Incluir una excepción que le permita a los Estados adoptar medidas de emergencia cuando sus intereses esenciales de seguridad se vean amenazados o para mantener la paz y seguridad internacionales.
- Diseñar un sistema eficaz de solución de controversias en materia de inversión que responda a las preocupaciones relacionadas con la legitimidad que enfrenta el sistema, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la calidad de los sistemas administrativos y judiciales de las Partes en el tratado.
- Establecer una plataforma institucional que haga al AIJ adaptable a contextos cambiantes y a eventos imprevisibles graves (por ejemplo, comités *ad hoc* que analicen la efectividad del acuerdo y mejoren su implementación a través de enmiendas o interpretaciones).

Tabla 4. Opciones de políticas para hacer operativos los objetivos de desarrollo sostenible en los AI

	Mecanismo	Ejemplos
<p>Ajustar las disposiciones existentes/comunes</p> <p>para que sean más favorables al desarrollo sostenible, a través de cláusulas que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • preserven el espacio de políticas • limiten la responsabilidad del Estado 	Lenguaje exhortatorio	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Preámbulo</i>: declarar que uno de los objetivos fundamentales del tratado es atraer inversión extranjera responsable que impulse el desarrollo sostenible.
	Clarificaciones	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Expropiación</i>: especificar que las regulaciones de buena fe y no discriminatorias que persiguen objetivos de políticas públicas no constituyen expropiación indirecta. • <i>TEJ</i>: incluir una lista exhaustiva con las obligaciones del Estado.
	Calificativos/limitaciones	<ul style="list-style-type: none"> • <i>SDIE</i>: prohibir que se recurra a SDIE después de que un cierto período de tiempo ha pasado después de los hechos que dieron lugar a la reclamación (“período de caducidad”). • <i>SDIE</i>: prevenir el “abuso” del tratado al negar acceso a SDIE a los inversores que se dedican a “buscar el acuerdo más favorable” o a la planeación de la nacionalidad a través de empresas “fantasma” que canalizan las inversiones, pero no participan en las operaciones reales del negocio en el Estado de origen
	Reservas/exclusiones	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Reservas específicas de cada país</i> sobre TN, NMF u obligaciones de pre-establecimiento; excluir medidas de políticas (por ejemplo, subsidios), áreas de políticas (por ejemplo, políticas sobre minorías, comunidades indígenas) o sectores (por ejemplo, servicios sociales)
	Exclusiones de la cobertura / excepciones	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Alcance y definición</i>: excluir la inversión de cartera, a corto plazo o especulativa de la cobertura del tratado. • Excepciones generales para las medidas regulatorias nacionales que persigan objetivos legítimos de políticas públicas.
	Omisiones	<ul style="list-style-type: none"> • Omitir la cláusula de TEJ, cláusula paraguas.
<p>Añadir nuevas disposiciones</p> <p>o nuevos párrafos más contundentes, que contengan disposiciones a favor del desarrollo sostenible, con el fin de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • equilibrar los derechos y obligaciones del inversor • fomentar la inversión responsable • reforzar el apoyo del país de origen 	Obligaciones y responsabilidades de los inversores	<ul style="list-style-type: none"> • Requerir que los inversores cumplan con las leyes del Estado receptor tanto en la etapa de entrada, como en la etapa posterior a la entrada de la inversión. • Estimular a los inversores a cumplir con los principios universales o respetar los estándares de RSC aplicables.
	Marco institucional para un impacto en el desarrollo sostenible	<ul style="list-style-type: none"> • Marco institucional en virtud del cual los Estados partes cooperen para, por ejemplo, revisar el funcionamiento del AI o emitir interpretaciones de las cláusulas del AI. • Instar a la cooperación entre las Partes para promover el respeto de los estándares de RSC que sean aplicables.
	Medidas del país de origen para fomentar la inversión responsable	<ul style="list-style-type: none"> • Estimular que se ofrezcan incentivos para la inversión hacia afuera favorable al desarrollo sostenible; el cumplimiento con los estándares aplicables de RSC por parte de los inversores puede ser una condición adicional. • Disposiciones de asistencia técnica para facilitar la aplicación del AI y para maximizar su impacto en el desarrollo sostenible, incluso mediante la creación de capacidades para la promoción y facilitación de inversiones.
<p>Introducir Trato Especial y Diferenciado</p> <p>para la Parte menos desarrollada – que surta efectos tanto en las cláusulas nuevas como en las ya existentes</p> <p>- para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • calibrar el nivel de obligaciones tomando en consideración el nivel de desarrollo del país 	Disminuir el nivel de las obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Compromisos de pre-establecimiento que cubren menos actividades económicas.
	Excepciones de las obligaciones/ Compromisos, orientadas al desarrollo	<ul style="list-style-type: none"> • Reservas, excluir áreas, temas o medidas sensibles relacionadas con el desarrollo.
	Compromisos de mejores esfuerzos	<ul style="list-style-type: none"> • Compromisos de TJE, TN que no son jurídicamente vinculantes.
	Calendarios de aplicación asimétricos	<ul style="list-style-type: none"> • Introducción gradual de las obligaciones, incluyendo las de pre-establecimiento, TN, NMF, requisitos de desempeño, transferencia de fondos y transparencia.

La tabla de elementos de los AII reconoce que pueden ser perseguidos objetivos específicos de políticas mediante diferentes elementos del tratado, y en consecuencia invita a los redactores del tratado a elegir la combinación que mejor les convenga. Por ejemplo, un país que desea preservar margen regulatorio para políticas en salud pública puede optar por: (i) excluir del alcance de ciertas disposiciones específicas las políticas en salud pública (por ejemplo, trato nacional); (ii) formular reservas (para el trato nacional o la prohibición de requisitos de desempeño) para políticas en salud pública (existentes y/o futuras); (iii) incluir en las excepciones generales de los AII a la salud pública como un objetivo legítimo de políticas; o (iv) referirse a la protección de la salud pública en el preámbulo del acuerdo.

La tabla de elementos de los AII también refleja que los negociadores pueden determinar la intensidad normativa de las disposiciones del AII: pueden asegurar la naturaleza vinculante y exigible de algunas obligaciones y, al mismo tiempo, recurrir a lenguaje exhortatorio o a la referencia de mejores esfuerzos para otras. Estas opciones pueden ayudar a los negociadores a diseñar niveles de protección que se adecuen de la mejor manera a las circunstancias específicas de las partes negociantes, en línea con la necesidad de un adecuado balance entre la protección de la inversión y el derecho a regular en pos del desarrollo sostenible.

La forma que finalmente adopta un AII es el resultado de una combinación específica de opciones existentes para cada disposición del AII. Es la mezcla la que determina en qué lugar del espectro, entre una protección a ultranza del inversor y una máxima flexibilidad política, se sitúa un AII en particular. Lo mismo se aplica al impacto del AII sobre el desarrollo sostenible. Las combinaciones e interacciones entre las disposiciones de un AII pueden tomar numerosas formas:

- *Interacción entre el alcance/definición de un tratado y las obligaciones que establece para las partes contratantes:* La “fuerza protectora” de un acuerdo no sólo se desprende de los estándares sustantivos y adjetivos de protección que ofrece a los inversores, sino también de la amplitud y la variedad de categorías de inversores e inversiones que cubre (es decir, que se benefician de las normas de protección que ofrece el AII). Por lo tanto, al momento de diseñar un AII en particular y calibrar el grado de protección que ofrece, los negociadores pueden usar diferentes combinaciones de las dos. Por ejemplo, (i) una definición abierta de inversión puede ser combinada con pocas obligaciones sustantivas o con obligaciones formuladas de manera que reduzcan su “alcance”; o (ii) una definición limitada o cerrada de inversión (por ejemplo, que cubra inversiones directas en pocos sectores prioritarios) puede ser combinada con una protección más expansiva como por ejemplo el estándar de TJE incondicional o la prohibición de numerosos requisitos de desempeño.

- *Interacción entre cláusulas orientadas a la protección:* Algunos All combinan cláusulas cerradas en algunas áreas con disposiciones “amplias” en otras. Un ejemplo es la combinación entre una cláusula de expropiación cuidadosamente circunscripta y una disposición sobre TJE incondicional. Otra opción radica en la limitación del impacto de la SDIE mediante la formulación de estándares sustantivos de protección como cláusulas de mejores esfuerzos (es decir, exhortatorias) o prohibiendo el uso de SDIE con respecto a artículos de tratados particularmente vagos, como el estándar TJE.²⁵ En esos supuestos, los estándares de protección aún podrían tener un efecto de potenciación de la buena gobernanza en los marcos regulatorios de los países receptores, y a la par podrían reducir el riesgo de ser arrastrados hacia la SDIE. También debe considerarse la interacción con la cláusula de NMF: con la inclusión de una cláusula de NMF amplia, los inversores podrían verse tentados a eludir las cláusulas de protección “débiles” apoyándose en cláusulas más protectoras (es decir, “más fuertes”) en tratados con terceros.
- *Interacción entre protección y excepciones:* Las cláusulas de protección fuerte y la flexibilidad efectiva para las partes contratantes no son mutuamente excluyentes; más bien, la combinación de las dos ayuda a alcanzar un acuerdo balanceado que cumple con las necesidades de las diversas partes interesadas en la inversión. Por ejemplo, un All puede combinar una “fuerte” protección sustantiva (por ejemplo, no discriminación, garantías de transferencia de capital) con excepciones también “fuertes” (por ejemplo, excepción de seguridad nacional o excepciones generales para proteger objetivos de políticas públicas fundamentales).²⁶

Las opciones de políticas presentadas en la tabla de elementos de los All están fundadas en los Principios Básicos. Por ejemplo, (i) el principio de protección de la inversión directamente se manifiesta en las cláusulas del All sobre TJE, no discriminación, transferencias de capital, protección en caso de expropiación o protección en caso de conflictos; (ii) el principio de buena gobernanza se refleja, entre otras, en las cláusulas de los All que tienen por objeto aumentar la transparencia del Estado receptor en relación con las leyes y reglamentos o en las cláusulas del All que fomentan la transparencia del inversor extranjero frente al Estado receptor; (iii) el principio del derecho a regular se refleja, entre otras, en las cláusulas del All que indican que las inversiones tienen que cumplir con las leyes del país de receptor, lo que permite a los países a formular reservas (incluyendo para políticas futuras); aclarar y circunscribir el contenido de la expropiación indirecta o excepciones generales.

4. IMPLEMENTACIÓN Y MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS

La implementación de los AI a nivel nacional implica:

- **Completar el proceso de ratificación:** Esto puede llevar desde unos cuantos meses hasta varios años, dependiendo de los países involucrados y los elementos concretos en juego. La diferencia entre la conclusión de un acuerdo y su entrada en vigor es importante, ya que los derechos y obligaciones que de él derivan solo surten efectos cuando el tratado entra en vigor. El espacio de tiempo entre la conclusión del AI y su entrada en vigor puede tener implicaciones tanto para los inversores extranjeros, como para los respectivos países receptores.
- **Lograr la conformidad de leyes y costumbres nacionales con los compromisos del tratado:** Al igual que con cualquier tipo de tratado internacional, debe tenerse reparo en que las obligaciones internacionales derivadas del AI estén propiamente traducidas en las leyes nacionales; y, dependiendo del ámbito de aplicación del AI, por ejemplo, con respecto a transparencia, dentro de la práctica administrativa de los países involucrados.
- **Difundir información sobre las obligaciones del AI.** Informar y capacitar a los ministros, agencias gubernamentales y autoridades locales sobre las implicaciones del AI sobre cómo se conducen en los procesos administrativos y regulatorios es importante para evitar que otros órganos del gobierno causen conflictos con las obligaciones del tratado, dando así lugar a quejas de los inversores, que de no resolverse podrían conducir a disputas arbitrales.
- **Prevenir disputas,** incluyendo mediante MASD: Esto puede involucrar el establecimiento de mecanismos institucionales adecuados para prevenir que surjan querrelas y evitar el incumplimiento de contratos y acuerdos por parte de agencias gubernamentales. Ello requiere asegurar que tanto el Estado como sus agencias tengan en cuenta las obligaciones legales pactadas bajo los acuerdos de inversión al momento de emitir leyes y dictar políticas; y establecer un sistema que permita identificar fácilmente las áreas propensas al surgimiento de disputas con los inversores y responder a aquellas en el momento que emerjan.
- **Solucionar disputas** que puedan surgir bajo las AI: Si los esfuerzos preventivos fallan, los Estados necesitan estar preparados para enfrentar efectiva y eficientemente la solución de las disputas desde su comienzo hasta su finalización. Esto conlleva preparar los mecanismos para tomar medidas en caso de que se reciba la notificación de arbitraje, para manejar el caso y, en última instancia, llevarlo a una conclusión, incluyéndose aquí la posibilidad de llegar a una transacción
- **Establecer un mecanismo** de revisión para verificar periódicamente en qué medida contribuye el AI para conseguir los resultados esperados

Los AI requieren actividades de monitoreo después de su negociación, incluyendo la prevención de conflictos y la evaluación de si el acuerdo responde a los objetivos previstos.

en términos de atracción de inversiones y aumento del desarrollo sostenible - teniendo en cuenta que no hay un único vínculo causal entre la concreción de un All y los flujos de inversión.

Sobre todo, en razón de que las políticas nacionales e internacionales de inversión deben ser consideradas de manera integral y ambas necesitan desarrollarse juntamente con las circunstancias cambiantes del país en cuestión, los países deben evaluar continuamente la idoneidad de sus elecciones de políticas con respecto a los elementos claves de inversión, protección y promoción, actualizando sus tratados modelo y renegociando los All existentes, tanto en el contexto bilateral como en el multilateral.

Puede suponer una carga para los países en desarrollo el realizar estos esfuerzos de implementación y monitoreo de una manera efectiva y eficiente, especialmente para aquellos menos adelantados, ya que generalmente presentan carencias en la capacidad institucional requerida o en recursos financieros y humanos. A su vez, enfrentan frecuentemente desafíos cuando se trata de analizar previamente el ámbito de las obligaciones a las que se están comprometiendo al momento de concluir un All y las implicaciones económicas y sociales de los compromisos contenidos en el All.

Esto resalta la importancia de la cooperación para crear capacidad y la cooperación técnica para ayudar a los países en desarrollo a evaluar diferentes opciones de políticas antes de firmar nuevos acuerdos y, subsecuentemente, asistirlos en la implementación de sus compromisos. Los All pueden incluir disposiciones con esta finalidad, incluyendo la preparación de un marco institucional bajo el cual las partes contratantes (y, donde sea apropiado y relevante, otras partes interesadas tales como inversores o la sociedad), pueden examinar el progreso en la implementación de los compromisos de los All, en vista a maximizar su contribución al desarrollo sostenible.

Las organizaciones internacionales apoyan a los países en su búsqueda de All alineados con el desarrollo sostenible.



IV. OPCIONES PARA EL DISEÑO DE AII

OPCIONES PARA EL DISEÑO DE AII

RESUMEN DE CONTENIDO

PARTE A. POST-ESTABLECIMIENTO

Secciones	Descripción
1 Preámbulo	... establece los objetivos del tratado y las intenciones de las Partes Contratantes
2 Alcance del tratado	... define las inversiones e inversores protegidos en virtud del tratado y su aplicación temporal
3 Admisión	... rige la entrada de inversiones en el Estado receptor
4 Estándares de trato y protección	... establece el trato, protección y derechos que los Estados deben otorgar a los inversores/inversiones extranjeras
5 Excepciones de políticas públicas y seguridad nacional	... permite que se tomen medidas relacionadas con políticas públicas y excepciones de seguridad nacional, que de otro modo serían incompatibles con el tratado, bajo circunstancias específicas y excepcionales
6 Solución de diferencias	... rige la solución de diferencias entre las Partes Contratantes y entre los inversores extranjeros y los Estados receptores
7 Obligaciones y responsabilidades del inversor	... promueve el cumplimiento por parte de los inversores de las normas nacionales y/o internacionales en las etapas de entrada y operación
8 Relación con otros acuerdos	... establece una jerarquía en el caso de normas internacionales concurrentes
9 Cláusula de no disminución de estándares	... desalienta a las Partes Contratantes a atraer inversión mediante la relajación de los estándares laborales o ambientales
10 Promoción de la inversión	... tiene el objetivo de alentar la inversión extranjera a través de mecanismos adicionales que van más allá de las disposiciones de protección de los AII
11 Marco institucional	... establece una plataforma institucional/colaboración entre las Partes Contratantes
12 Disposiciones finales	... definen la duración del tratado y su posible prórroga

PARTE B. PRE-ESTABLECIMIENTO

Secciones	Descripción
1 Enfoque general sobre el pre-establecimiento	... determina si el tratado aplica a la adquisición y establecimiento de inversiones, y de qué manera
2 Mecanismo de trinquete	... determina si las medidas nacionales de liberalización adoptadas unilateralmente pueden permanecer "fijas" conforme al IIA
3 Reservas	... preserva el derecho de mantener medidas inconsistentes actuales y/o adoptar nuevas medidas inconsistentes en el futuro
4 Cumplimiento de las obligaciones de pre-establecimiento	... determina cómo se pueden hacer cumplir e interpretar las obligaciones de pre-establecimiento
5 Otras disposiciones de los tratados	... proporciona flexibilidad o circunscribe el ámbito de aplicación del tratado en su conjunto (incluyendo las obligaciones de pre-establecimiento)

PARTE C. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO (TED)

Secciones	Descripción
1 Obligaciones asimétricas	... permiten la imposición de obligaciones menos onerosas para la Parte menos desarrollada
2 Herramientas adicionales	... alientan que la Parte más desarrollada haga contribuciones positivas

Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible

OPCIONES DE POLÍTICA PARA AII

PARTE A. POST-ESTABLECIMIENTO

Las diferentes secciones de la tabla, comenzando con el preámbulo y terminado con las disposiciones finales, siguen el orden de los artículos como se encuentran comúnmente en los AII. En la medida de lo posible, las opciones de políticas se organizan a lo largo de una escala que va desde i) las que son más favorables con inversor o que otorgan mayores protecciones al inversor, hasta ii) las opciones que proporcionan más flexibilidad a los Estados, más equilibrio y/o mayor precisión legal. En algunas secciones, se pueden combinar dos o más opciones de políticas.

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>1 Preámbulo ...establece los objetivos del tratado y las intenciones de las Partes Contratantes</p>	<p>1.1.0 Hacer referencia al objetivo de crear y mantener condiciones favorables para la inversión, y de intensificar la cooperación económica entre las Partes.</p> <p>1.1.1 Aclarar que las Partes celebran este AII, con miras a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • atraer y fomentar la entrada y salida de inversión extranjera responsable, que contribuya al desarrollo sostenible • promover la buena gobernanza • crear trabajos • transferir tecnología y conocimientos técnicos. <p>1.1.2 Aclarar que el objetivo de proteger a los inversores no debe anular los objetivos nacionales de desarrollo ni el derecho de los Estados a regular con miras al interés público, incluso con respecto a ciertos objetivos importantes de políticas, tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • el desarrollo sostenible • la protección de los derechos humanos • la conservación de los estándares de salud, trabajo y/o ambientales • la responsabilidad social corporativa y buena gobernanza corporativa. <p>1.1.3 Indicar que se debe perseguir la promoción y protección de las inversiones, de conformidad con las obligaciones que tienen las Partes en virtud del derecho internacional, incluyendo en particular sus obligaciones en materia de derechos humanos, derechos laborales y protección del medio ambiente.</p>	<p>El preámbulo de un tratado no establece obligaciones vinculantes, pero juega un papel importante en la interpretación de las disposiciones sustantivas de los AII.</p> <p>Cuando un preámbulo se refiere a la creación de “un marco estable para las inversiones” o “condiciones favorables para las inversiones” como el único fin del tratado (es decir, si el AII se refiere únicamente a estos objetivos), los tribunales tenderán a resolver las incertidumbres de interpretación en favor de los inversores. En cambio, cuando un preámbulo complementa los objetivos de promoción y protección de inversiones con otros objetivos, tales como los de desarrollo sostenible o el derecho de las Partes Contratantes a regular, esto puede conducir a interpretaciones más equilibradas y fomentar la coherencia entre los distintos objetivos de políticas/cuerpos normativos.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>2 Alcance del tratado</p> <p>2.1 Definición de inversión ...establece los tipos de inversión cubiertos por el tratado</p>	<p>2.1.0 Ofrecer cobertura a cualquier activo tangible e intangible en el Estado receptor (mediante una lista ilustrativa/abierta), que sea directa o indirectamente propiedad de/controlado por inversores cubiertos.</p> <p>2.1.1 Compilar una lista exhaustiva de las inversiones cubiertas y/o excluir de la cobertura determinados tipos de activos, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • inversión de cartera (ya sea que se defina o no este término) • instrumentos de deuda soberana • contratos comerciales para la venta de bienes o servicios • activos para fines no comerciales • derechos de propiedad intelectual no protegidos por el derecho interno. <p>2.1.2 Requerir que las inversiones cumplan con características específicas, por ejemplo, que la inversión:</p> <ul style="list-style-type: none"> • conlleve un compromiso de capital, una expectativa de ganancia y una asunción de riesgo • incluya activos adquiridos con el propósito de establecer relaciones económicas duraderas • tenga un impacto positivo en el desarrollo del país receptor (es decir, las Partes podrían hacer una lista de criterios específicos según sus necesidades y expectativas). <p>2.1.3 Emplear una definición estrecha, exclusivamente basada en las empresas, la cual cubra únicamente aquellas empresas que son propiedad de/controladas por un inversor (es decir, que ningún otro activo estará cubierto por el tratado).</p> <p>2.1.4 Incluir un requisito de legalidad, es decir, que la inversión debe hacerse “de conformidad con las leyes y reglamentos del país anfitrión” (véase también el apartado 7 “obligaciones y responsabilidades de los inversores”).</p>	<p>Una definición tradicional abierta de “inversión” otorga protección a todos los tipos de activos. Esta definición puede tener un mayor efecto de atracción, pero puede terminar cubriendo transacciones económicas no contempladas por las Partes, o inversiones/activos de dudosa contribución a los objetivos de desarrollo de los países. Esta definición también puede exponer a los Estados a obligaciones financieras inesperadas.</p> <p>Los Estados pueden querer adaptar su definición de inversión para atraer activos clave que conduzcan al desarrollo sostenible, dando protección solamente a las inversiones que aportan beneficios concretos al país receptor, por ejemplo, compromisos de capital a largo plazo, generación de empleo, etc. Para tal efecto, las Partes pueden desear desarrollar criterios para definir cuales inversiones son favorables al desarrollo.</p> <p>Un tratado puede además excluir específicamente de la definición de “inversión” a ciertos tipos de activos (por ejemplo: inversión de cartera – la cual puede incluir las inversiones a corto plazo e inversiones especulativas – derechos de propiedad intelectual que no están protegidos por la legislación interna). Otra opción es adoptar una definición estrecha basada en las empresas que ofrezca protección sólo a las empresas propiedad de o controladas por el inversor (o en las que el inversor posea una cierta participación mínima). Esto cubriría la manera más común de invertir (incluyendo las inversiones hechas a través de fusiones y adquisiciones), pero eliminaría otros tipos de activos de la cobertura del tratado. Los Estados también pueden desear excluir explícitamente de la cobertura aquellas inversiones hechas en violación del derecho interno del Estado receptor.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>2.2 Definición de inversor ...establece los tipos de inversores protegidos en virtud del tratado</p>	<p>2.2.0 Ofrecer cobertura para cualquier persona física y jurídica procedente de la otra Parte Contratante. Con respecto a las personas jurídicas, cubrir a todas aquellas establecidas como tales en la otra Parte Contratante.</p> <p>2.2.1 Excluir a determinadas categorías de personas físicas o jurídicas de la cobertura del tratado, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • inversores con doble nacionalidad (de los cuales una nacionalidad es la del país receptor) • residentes permanentes del país receptor • personas jurídicas que no tengan su sede o ninguna actividad económica real en el país de origen. <p>2.2.2 Incluir una cláusula de denegación de ventajas que permita al Estado receptor denegar la protección del tratado a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • personas jurídicas que son propiedad de/controladas por nacionales de terceros países o nacionales del Estado receptor, y que no tengan actividad económica real en el territorio del país de origen Parte (las llamadas compañías “fantasma”) • personas jurídicas que son propiedad de/controladas por inversores de países con los cuales el país receptor no tiene relaciones diplomáticas o de aquellos países que están sujetos a un embargo económico. <p>Indicar si la cláusula de denegación de ventajas puede ser invocada por un Estado “retroactivamente”, es decir, después de que los procedimientos de SDIE han sido incoados.</p>	<p>Una definición amplia de “inversor” puede tener como resultado la cobertura inesperada o no deseada de personas (físicas o jurídicas). Por ejemplo, si un tratado determina la nacionalidad de una persona jurídica con base únicamente en el lugar de constitución, eso crea la oportunidad para la búsqueda del acuerdo más favorable (<i>treaty shopping</i>) o de beneficios gratuitos (<i>free riding</i>), por parte de inversores que no son considerados como beneficiarios en el tratado (por ejemplo, un inversor de un tercer-país/país-receptor, puede canalizar su inversión a través de una empresa “fantasma” establecida en el territorio de una de las Partes, con el fin de obtener la protección del tratado). En relación a la doble nacionalidad, se derivan una serie de problemas cuando una de las nacionalidades es la del Estado receptor.</p> <p>Hay varias opciones para reducir el abanico de las personas cubiertas. Por ejemplo, para eliminar el riesgo de abuso y aumentar la previsibilidad jurídica, un tratado puede agregar el requisito de que una empresa debe tener su sede en el Estado de origen y realizar actividades económicas reales allí. El volumen de las inversiones canalizadas a través de “entidades de propósito especial” puede hacer que una cláusula de este tipo sea cada vez más relevante.</p> <p>Una alternativa a la adición de las características arriba mencionadas a la definición de un inversor cubierto es utilizar una cláusula de denegación de ventajas que permita negar la protección a empresas “fantasma”/“entidades de propósito especial”.</p> <p>Para garantizar la eficacia de la cláusula de denegación de ventajas en vista de la práctica arbitral contradictoria, puede ser útil aclarar que la cláusula puede ser invocada también <i>después</i> del inicio de un procedimiento arbitral.</p>
<p>2.3 Exclusiones del alcance ...excluyen áreas de políticas y/o industrias específicas del alcance del tratado</p>	<p>2.3.0 Sin exclusiones.</p> <p>2.3.1 Excluir áreas de políticas específicas de la cobertura del tratado (ya sea de algunas o todas las obligaciones del tratado), por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • subsidios y créditos • contratación pública • fiscalidad. <p>2.3.2 Excluir determinados sectores e industrias de la cobertura del tratado (ya sea de algunas o todas las obligaciones del tratado), por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • servicios sociales esenciales (por ejemplo, salud, educación) • industrias sensibles específicas (por ejemplo, industrias culturales, pesca, energía nuclear, industria de defensa, recursos naturales). 	<p>Cuanto más amplio es el alcance de un tratado, más amplio es su efecto protector y su potencial contribución para atraer inversión extranjera. Sin embargo, un tratado amplio también reduce el espacio de políticas del Estado receptor y su flexibilidad, y en última instancia eleva su vulnerabilidad frente a reclamaciones de los inversores. Los Estados pueden ajustar el alcance del acuerdo para cumplir con la agenda de desarrollo del país.</p> <p>Al excluir del alcance del tratado áreas de política y sectores/industrias específicas, los Estados preservan la flexibilidad para implementar estrategias de desarrollo nacional (por ejemplo, otorgar trato preferente a los inversores nacionales o imponer requisitos de desempeño), o para asegurar el acceso a servicios esenciales/servicios públicos. Un enfoque menos drástico sería el de excluir del alcance de la mayoría de las obligaciones del tratado a sectores y áreas de políticas (por ejemplo, fiscales), pero mantener dichas áreas y sectores sujetos a algunas de las obligaciones (por ejemplo, expropiación).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>2.4 Alcance temporal ...determina si el tratado es aplicable a las inversiones y/o medidas anteriores al tratado</p>	<p>2.4.0 Ampliar el alcance del tratado a inversiones establecidas tanto antes como después de la entrada en vigor del tratado.</p> <p>2.4.1 Limitar el alcance temporal a las inversiones realizadas después de la conclusión/ entrada en vigor del tratado.</p> <p>2.4.2 Aclarar que el tratado no permitirá reclamaciones en virtud del AII derivadas de cualquier acto del Estado que dejó de existir antes de la entrada en vigor del AII, aun cuando éste acto pueda seguir teniendo un efecto perdurable en el inversor.</p> <p>2.4.3 Aclarar que el tratado no permitirá reclamaciones en virtud del AII, fundadas en medidas adoptadas antes de la conclusión del tratado.</p>	<p>El alcance del tratado será lo más amplio posible si su aplicación se extiende a todas las inversiones, independientemente del momento de su establecimiento en el Estado receptor. Otro enfoque es excluir a las inversiones ya “atraídas” (es decir, previas al tratado): esto podría verse como una forma de prevenir que los inversores “antiguos” se beneficien gratuitamente, pero al mismo tiempo daría lugar a la discriminación entre inversiones “antiguas” y “nuevas”. Además, esto puede crear incertidumbre respecto a las reinversiones realizadas por inversores “antiguos”.</p> <p>Los formuladores de políticas deben considerar el efecto del tratado sobre los actos del Estado que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado, pero cuyo efecto continúa: violaciones “continuadas” (por ejemplo, mantener una disposición legislativa anterior, la cual entra en conflicto con las obligaciones del tratado); actos individuales cuyos efectos continúan en el tiempo (por ejemplo, los efectos de una expropiación directa en el propietario anterior del activo), y actos “compuestos” (es decir, una serie de acciones u omisiones que, considerados en conjunto, son ilícitos). Es útil proporcionar texto adicional para aclarar si el tratado cubre o excluye tales actos o efectos duraderos.</p> <p>Una disposición expresa que impida la aplicación del tratado a actos o situaciones que dejaron de existir antes de la entrada en vigor del tratado, aumentaría la seguridad jurídica, especialmente en relación con el periodo comprendido entre la fecha de la firma del tratado y su entrada en vigor. Sin embargo, este enfoque mantendría abierta la posibilidad de impugnar las leyes y reglamentos ya existentes, que entran en contradicción con el nuevo tratado una vez que entre en vigor. Una alternativa es aplicar el tratado sólo a aquellas medidas que sean adoptadas después de la entrada en vigor del tratado: esto impediría automáticamente que se impugne cualquiera de las medidas Estatales adoptadas anteriormente que sean inconsistentes con el tratado, lo cual elimina la necesidad de identificar y enlistar dichas medidas individualmente.</p>
<p>3 Admisión ...rige la entrada de inversiones en el Estado receptor (véase también “Parte B:</p>	<p>3.1.0 Establecer que las inversiones serán admitidas con arreglo a las leyes nacionales del Estado receptor.</p> <p>3.1.1 Sin cláusula.</p>	<p>La mayoría de los AII establece la admisión de las inversiones con arreglo a las leyes nacionales del Estado receptor. Así, a diferencia de los tratados que pertenecen al tipo “pre-establecimiento”, en este caso los Estados no dan ninguna garantía internacional a la admisión, y pueden cambiar las leyes nacionales pertinentes según estimen adecuado. Sin embargo, la promesa de admitir las inversiones hechas con arreglo a las leyes nacionales sigue teniendo cierto valor, ya que brinda protección a los inversores en caso de que un Estado receptor niegue la admisión a las inversiones en contradicción o incumplimiento de sus leyes internas.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4 Estándares de trato y protección</p> <p>4.1 Trato nacional (TN) ...protege a los inversores/inversiones extranjeras contra la discriminación respecto de los inversores nacionales</p>	<p>4.1.0 Prohibir el trato menos favorable de inversores/inversiones extranjeras cubiertas, respecto de inversores/inversiones nacionales comparables (“en circunstancias similares”), sin restricciones o calificativos.</p> <p>4.1.1 Establecer criterios para determinar si los inversores/inversiones se encuentran “en circunstancias similares”.</p> <p>4.1.2 Circunscribir el alcance de la cláusula de TN (para ambas/todas las Partes Contratantes), señalando que dicha cláusula, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • subordina el derecho de TN a las leyes nacionales del Estado receptor • reserva el derecho de cada Parte de suspender el TN. <p>4.1.3 Incluir reservas específicas de cada país sobre TN (véase también Parte B “Pre-establecimiento”), por ejemplo, excluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ciertas políticas/medidas (por ejemplo, subsidios y créditos, contratación pública, medidas con respecto a bonos del gobierno) • industrias y sectores específicos en los cuales los países receptores desean preservar el derecho de favorecer a los inversores nacionales • ciertas áreas de políticas (por ejemplo, en temas relacionados con minorías, poblaciones rurales, comunidades indígenas o marginadas) • medidas relacionadas con empresas de un tamaño específico (por ejemplo, PYMEs). <p>4.1.4 Omitir la cláusula de TN.</p>	<p>El TN previene la discriminación con base en la nacionalidad y garantiza a los inversores extranjeros igualdad de condiciones frente a los inversores nacionales comparables. Generalmente se considera que este estándar conduce a una buena gobernanza.</p> <p>Aclarar que la obligación de TN requiere que se compare a los inversores/inversiones que están “en circunstancias similares” puede en cierta medida salvaguardar el derecho a regular, pero también puede plantear preguntas sobre los criterios específicos para dicha comparación. Por lo tanto, puede ser necesario que el tratado establezca los criterios pertinentes.</p> <p>En algunos casos, y de acuerdo con sus estrategias de desarrollo, los Estados pueden querer ser capaces de otorgar un trato preferente a los inversores/inversiones nacionales (por ejemplo, mediante créditos o subsidios temporales) sin extender los mismos beneficios a las empresas extranjeras comparables. En este caso, las disposiciones de TN necesitan contar con flexibilidad para regular en pos de las metas de desarrollo.</p> <p>Por ejemplo, los países que son reacios a rescindir el derecho a discriminar en favor de los inversores nacionales, pueden hacer que la obligación de TN esté “sujeta a sus leyes y regulaciones nacionales”. Este enfoque ofrece plena flexibilidad para otorgar un trato preferente (por ejemplo, trato diferenciado) a los inversores nacionales, mientras que esto sea conforme a la legislación del país. Sin embargo, una limitación tan considerable a la obligación de TN puede percibirse como un desincentivo a la inversión extranjera. Igualmente, omitir la cláusula de TN del tratado preserva el derecho a regular, pero socava significativamente su valor protector.</p> <p>Puede haber un término medio entre la libertad plena de políticas, por un lado, y una rígida garantía de no discriminación, por el otro. Por ejemplo, los Estados podrían eximir áreas de políticas o medidas específicas, así como sectores económicos/industrias sensibles o vitales, del alcance de esta obligación a fin de satisfacer necesidades tanto actuales como futuras de políticas públicas o regulatorias, tales como abordar las fallas del mercado (esto puede hacerse como una excepción aplicable a ambas Partes Contratantes o como una reserva específica de un país) (véase también Parte B “Pre-establecimiento”).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.2 Trato de nación más favorecida (NMF) ...protege a los inversores/ inversiones extranjeras contra discriminación respecto de otros inversores extranjeros</p>	<p>4.2.0 Prohibir el trato menos favorable de inversores/inversiones cubiertas respecto de inversores/inversiones comparables (“en circunstancias similares”) de cualquier tercer país.</p> <p>4.2.1 Establecer criterios para determinar si los inversores/inversiones se encuentran “en circunstancias similares”.</p> <p>4.2.2 Circunscribir el ámbito de la cláusula de NMF señalando que el trato de NMF no aplica respecto del trato más favorable otorgado a los inversores nacionales de terceros países, en virtud de, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • acuerdos de integración económica • tratados de doble tributación • AII concluidos antes (y/o después) de la conclusión del AII en cuestión (por ejemplo, si éste contiene reglas que son menos favorables para los inversores, en comparación con AII anteriores) • cláusulas de SDIE/derechos procesales. <p>4.2.3 Limitar la aplicación de la cláusula de NMF al trato concedido a los inversores extranjeros de conformidad con las leyes nacionales, reglamentos, prácticas administrativas y el trato que reciben de hecho.</p> <p>4.2.4 Incluir exclusiones generales (aplicables a ambas/todas las Partes) o específicas de cada país al trato de NMF, por ejemplo, excluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ciertas políticas/medidas (por ejemplo, subvenciones, etc.) • industrias y sectores específicos • ciertas áreas de políticas (por ejemplo, temas relacionados con minorías, poblaciones rurales, comunidades marginadas o indígenas). <p>4.2.5 Omitir la cláusula de NMF.</p>	<p>La disposición de NMF está diseñada para prevenir la discriminación con base en la nacionalidad y garantizar a los inversores provenientes del país de origen conforme al AII la igualdad de condiciones frente a los inversores comparables de cualquier tercer país. Sin embargo, hay implicaciones y objetivos contrapuestos que pueden entrar en juego al diseñar una cláusula de trato de NMF.</p> <p>Mientras una cláusula de NMF puede utilizarse para asegurar mayor armonización de los estándares del AII, también puede desembocar en que se incorporen inesperadamente mayores derechos otorgados al inversor, en virtud de AII con terceros países, y complicar el diseño concienzudo del tratado. Éste es particularmente el caso si la cláusula de NMF se extiende a las cuestiones de pre-establecimiento (véase también Parte B “Pre-establecimiento”), o cuando el tratado incluye disposiciones cuidadosamente balanceadas que podrían volverse ineficaces por una cláusula de NMF excesivamente amplia.</p> <p>Una serie de decisiones arbitrales han interpretado la obligación de NMF en el sentido de permitir a los inversores invocar disposiciones más favorables al inversor contenidas en terceros tratados, por ejemplo, para incorporar estándares no incluidos en el tratado base, para beneficiarse de mayores estándares de protección en comparación con los que se encuentran en el tratado base, o para esquivar requisitos procedimentales (relacionados con la SDIE) del tratado base.</p> <p>Si un país desea impedir la aplicación de la cláusula de NMF de cualquier acuerdo internacional pertinente, puede hacerlo mediante la exclusión de determinados tipos de tratados del alcance de la cláusula de NMF (véase apartado 4.2.2) o, de una manera más amplia, restringiendo el alcance de la cláusula de NMF al trato doméstico (véase apartado 4.2.3). La exclusión de ciertas industrias/sectores o medidas de políticas a través de reservas específicas de cada país, tomando en cuenta las necesidades regulatorias tanto actuales como futuras, es una herramienta adicional que permite gestionar el alcance de la cláusula de NMF de una manera orientada a las necesidades específicas de las Partes del AII en lo individual (véase también Parte B “Pre-establecimiento”).</p> <p>Una última opción es omitir la cláusula de NMF. Si bien este enfoque mantiene un máximo de flexibilidad, omitir un estándar que muchos consideran como una de las piedras angulares del derecho económico internacional puede dar lugar a cuestionamientos.</p> <p>La cláusula de NMF es una disposición fundamental para la reforma de los AII. No tomar las medidas adecuadas con respecto a la cláusula de NMF puede socavar la redacción, que ha sido mejorada, de las disposiciones del tratado.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.3 Trato Justo y equitativo (TJE) ...protege a inversores/inversiones extranjeras contra, por ejemplo, denegación de justicia, trato arbitrario y abusivo</p>	<p>4.3.0 Otorgar un compromiso incondicional de tratar a los inversores/inversiones extranjeras “de forma justa y equitativa”.</p> <p>4.3.1 Delimitar el estándar de TJE con referencia al nivel mínimo de trato a los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario (NMT/DIC).</p> <p>4.3.2 Aclarar o reemplazar el TJE con una lista exhaustiva de obligaciones del Estado, por ejemplo, la obligación de no:</p> <ul style="list-style-type: none"> • denegar justicia en los procedimientos judiciales o administrativos • tratar a los inversores de manera manifiestamente arbitraria • violar flagrantemente el debido proceso • dar un trato manifiestamente abusivo que implique coerción o acoso continuos e injustificados • infringir las expectativas legítimas de los inversores que estén basadas en declaraciones o medidas que induzcan a la inversión. <p>Puede establecerse que las Partes periódicamente, o a solicitud de una Parte, revisen el contenido de la obligación de TJE.</p> <p>4.3.3 Aclarar (a fin de dar una orientación interpretativa a los tribunales arbitrales) que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • el estándar de TJE incluye la obligación de no denegar justicia en materia penal, civil o procedimientos administrativos • el incumplimiento de otras disposiciones del AII o de otro acuerdo internacional no puede ser fundamento para establecer una reclamación por violación de la cláusula • la cláusula TJE no impide a los Estados adoptar medidas regulatorias de buena fe y otras medidas que persigan objetivos legítimos de políticas. 	<p>El TJE es un importante estándar de trato que merece especial atención: en tanto que se considera que ayuda a atraer a los inversores extranjeros y fomentar la buena gobernanza en el Estado receptor, casi todas las reclamaciones de los inversores contra Estados iniciadas hasta la fecha han incluido una reclamación por incumplimiento de este estándar de protección de amplia cobertura.</p> <p>Mediante la promesa <i>incondicional</i> de tratar a los inversores “de forma justa y equitativa”, un país proporciona la máxima protección a los inversores, pero también se expone al riesgo de poner límites a su espacio de políticas, elevando su vulnerabilidad a las reclamaciones de los inversores extranjeros y a las responsabilidades financieras resultantes. Algunas de estas implicaciones se originan en el hecho de que hay una gran incertidumbre sobre el significado preciso del concepto, porque las nociones de “trato justo” y “equidad” no conllevan un claro conjunto de prescripciones legales y están abiertas a interpretaciones subjetivas. Una cuestión particularmente problemática concierne a la utilización del estándar de TJE para proteger las “expectativas legítimas” de los inversores, lo que puede restringir la capacidad de los países para modificar sus políticas o introducir nuevas políticas que puedan tener un impacto negativo en los inversores extranjeros.</p> <p>Existen varias opciones para hacer frente a las deficiencias de un estándar de TJE <i>incondicional</i>, cada una con sus pros y sus contras. La referencia al derecho internacional consuetudinario puede elevar el umbral de responsabilidad del Estado y ayudar a preservar la capacidad de los Estados de adaptar sus políticas públicas a la luz de objetivos cambiantes (excepto cuando estas medidas constituyan conductas manifiestamente arbitrarias que asciendan a un maltrato flagrante de los inversores extranjeros). Sin embargo, el alcance exacto del NMT/DIC sigue siendo esquivo. Una opción en este sentido sería que las Partes aclaren cuál es su comprensión del estándar al señalar, por ejemplo, que para su incumplimiento se requiere de un acto que sea una barbaridad, que se realice de mala fe, o que constituya negligencia deliberada de un deber o una insuficiencia muy por debajo de los estándares internacionales, tanto que toda persona razonable e imparcial reconocería fácilmente esta insuficiencia. Esto confirmaría un umbral alto para determinar el incumplimiento con el estándar.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Trato Justo y equitativo (TJE) ...protege a inversores/ inversiones extranjeras contra, por ejemplo, denegación de justicia, trato arbitrario y abusivo (continuación)</p>	<p>4.3.4 Reducir el TJE a un compromiso político en vez de que constituya un estándar legal operativo.</p> <p>4.3.5 Omitir la cláusula de TJE.</p>	<p>Otra solución sería reemplazar la cláusula general de TJE por una lista exhaustiva de obligaciones más específicas. Mientras que acordar dicha lista puede llegar a ser una tarea compleja, su naturaleza exhaustiva ayudaría a evitar interpretaciones no previstas y muy amplias por parte de los tribunales. El tratado podría estipular un mecanismo de revisión periódica entre las Partes, de dicha lista exhaustiva, con el fin de mantenerla cabal y en línea con la evolución de la práctica arbitral.</p> <p>Otra opción es incluir TJE como un compromiso político (por ejemplo, al hacer referencia sólo en el preámbulo). Por un lado, esto se aproxima a la opción de “omitir” el TJE, ya que la cláusula no sería jurídicamente vinculante, sino que sólo tendría una naturaleza de mejores esfuerzos. Al mismo tiempo, como parte del preámbulo, la referencia a TJE podría ofrecer una guía para la interpretación de otras obligaciones del tratado.</p> <p>Finalmente, omitir la cláusula de TJE reduciría la exposición de los Estados a las reclamaciones de los inversores, pero también reduciría la función protectora del acuerdo.</p>
<p>4.4 Protección y seguridad plenas (PSP) ...requiere a los Estados receptores ejercer la diligencia debida para proteger las inversiones extranjeras</p>	<p>4.4.0 Incluir una garantía para otorgar seguridad y protección plena a los inversores/ inversiones.</p> <p>4.4.1 Clarificar la cláusula de SPP:</p> <ul style="list-style-type: none"> • especificando que el estándar se refiere únicamente a la seguridad y protección “física” • vinculándola al derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, especificando que esta obligación no van más allá de lo que es requerido por el DIC) • estableciendo que el nivel esperado de protección policial debe ser acorde con el nivel de desarrollo de las fuerzas policiales y de seguridad del país. <p>4.4.2 Omitir la cláusula de SPP.</p>	<p>La mayoría de AII incluye una garantía de seguridad y protección plenas (SPP), que es generalmente considerada como la codificación de las obligaciones del DIC de conceder un cierto nivel de protección policial y seguridad física. Sin embargo, algunos tribunales pueden interpretar la obligación PSP en el sentido de cubrir más que la protección policial: si se entiende que SPP incluye la seguridad y la protección económica, legal y otras, puede restringir prerrogativas regulatorias gubernamentales, incluso respecto a objetivos de desarrollo sostenible.</p> <p>Los formuladores de políticas pueden seguir la tendencia reciente de delimitar el nivel de SPP vinculándolo explícitamente al derecho internacional consuetudinario o incluyendo una definición del estándar, el cual aclara que se limita a la seguridad “física”. Esto proporcionaría previsibilidad y evitaría interpretaciones expansivas que podrían limitar las prerrogativas regulatorias.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.5 Expropiación ...protege a los inversores extranjeros en caso de despojo de sus inversiones por el país receptor</p>	<p>4.5.0 Establecer que una expropiación debe cumplir con/respetar cuatro condiciones: propósito público, no discriminación, debido proceso y pago de indemnización.</p> <p>4.5.1 Limitar la protección en caso de expropiación indirecta (expropiación regulatoria) por medio de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • establecer los criterios que deben cumplirse para que se califique como expropiación indirecta, incluyendo por ejemplo: • el impacto económico de las acciones gubernamentales (privación permanente y absoluta, o casi absoluta) • el grado de interferencia del gobierno con expectativas distinguibles y razonables de la inversión • el carácter de las acciones gubernamentales (por ejemplo, si son discriminatorias o desproporcionadas para la finalidad que persigue la medida impugnada) • el efecto de las acciones gubernamentales (si se han traducido en un beneficio económico directo para el Estado) • definir en términos generales qué medidas no constituyen expropiación indirecta (regulaciones no discriminatorias, de buena fe, relativas a la salud y seguridad públicas, protección del medio ambiente, etc.) • aclarar que determinadas medidas específicas no constituyen expropiación indirecta (por ejemplo, licencias obligatorias en cumplimiento de normas de la OMC). <p>4.5.2 Omitir la referencia a expropiación indirecta o excluirla explícitamente.</p> <p>4.5.3 Especificar la indemnización que debe pagarse en caso de expropiación legítima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • indemnización adecuada, justa o equitativa (por ejemplo, sobre la base de un balance equitativo entre los intereses públicos y privados, donde el valor justo de mercado de la inversión es sólo uno de los factores a tener en cuenta) • indemnización pronta, adecuada y efectiva, es decir, el valor total de mercado de la inversión (“fórmula Hull”). <p>(Véase también el apartado 6.5 sobre medidas de reparación e indemnización).</p>	<p>Una disposición sobre expropiación es un elemento importante de un AII y merece especial atención. Los AII con cláusulas de expropiación no eliminan el derecho de los Estados de expropiar la propiedad, sino que protegen a los inversores contra las expropiaciones arbitrarias o sin compensación, contribuyendo así a un marco jurídico estable y predecible, propicio para la inversión extranjera.</p> <p>Las disposiciones de los AII normalmente cubren la expropiación “indirecta”, la cual se refiere a expropiación regulatoria, expropiación progresiva y actos “equiparables” o “equivalentes a” expropiación. Dichas disposiciones se han utilizado para impugnar regulaciones generales que presuntamente han tenido un efecto adverso en el valor de una inversión. Esto plantea la cuestión del límite adecuado entre la expropiación y a la legítima formulación de políticas públicas (por ejemplo, regulaciones ambientales, sociales o de salud).</p> <p>Para evitar restricciones indebidas a la prerrogativa del Estado de regular en el interés público, un AII puede establecer criterios generales para los actos del Estado que podrían (o no) ser considerados como expropiación indirecta. Mientras que esto no excluye completamente los riesgos de responsabilidad, permite equilibrar mejor los intereses de los inversores y del Estado.</p> <p>Otra opción es omitir del AII la referencia a expropiación indirecta, o excluirla explícitamente de la cobertura del tratado. Dependiendo de la redacción, la mera referencia a “expropiación” en un AII puede interpretarse como que subsume tanto a la expropiación directa como a la indirecta. Por el contrario, excluir expresamente del AII la expropiación indirecta puede ser percibido como una reducción considerable del valor protector del AII, ya que dejaría a los inversores sin protección ante ciertos tipos de expropiación indirecta tales como la expropiación progresiva o expropiación “disfrazada” (teniendo en cuenta que estas medidas podrían estar cubiertas por el estándar de TJE).</p> <p>El estándar de indemnización en caso de expropiación legítima es otro aspecto importante. El uso de términos como “adecuada”, “justa” o “imparcial” en relación con la compensación, da espacio para la flexibilidad en el cálculo de la indemnización. Los Estados pueden encontrar beneficioso ofrecer orientación adicional a los árbitros sobre cómo calcular la indemnización y aclarar qué factores deberían tomarse en cuenta.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.6 Protección frente a situaciones de conflicto ...protege a los inversores en caso de pérdidas sufridas como consecuencia de conflictos armados o altercados civiles</p>	<p>4.6.0 Otorgar un trato no discriminatorio (es decir, TN, NMF) con respecto a la restitución/compensación en caso de conflictos armados o altercados civiles.</p> <p>4.6.1 Garantizar – bajo ciertas circunstancias – como un derecho absoluto, la indemnización en caso de pérdidas incurridas como resultado de conflictos armados o altercados civiles (por ejemplo, exigiendo una indemnización razonable).</p> <p>4.6.2 Definir los altercados/conflictos civiles en el sentido de que no incluyan “actos de Dios”, desastres naturales o causas de fuerza mayor.</p> <p>4.6.3 Omitir la cláusula de protección en caso de altercados.</p>	<p>Los AII a menudo contienen una cláusula de indemnización por pérdidas sufridas bajo circunstancias específicas, tales como conflictos armados o altercados civiles. Algunos países han ampliado la cobertura de esta cláusula mediante la inclusión de una indemnización en caso de desastres naturales o situaciones de <i>fuerza mayor</i>. Un enfoque amplio como este aumenta el riesgo de un Estado de enfrentar las responsabilidades financieras resultantes de reclamaciones de SDIE por eventos que están fuera del control del Estado.</p> <p>La mayoría de AII sólo confiere un derecho relativo a la indemnización de los inversores extranjeros, lo que significa que un país receptor se compromete a compensar a los inversores cubiertos de una manera al menos equivalente a la de nacionales comparables del Estado receptor o inversores procedentes de terceros países. Algunos AII establecen un derecho absoluto de indemnización, obligando a un Estado a restituir o pagar por ciertos tipos de pérdidas (por ejemplo, las causadas por las autoridades o fuerzas gubernamentales al requisar sus propiedades). Este último enfoque es más gravoso para el Estado receptor, pero proporciona un mayor nivel de protección a los inversores.</p>
<p>4.7 Transferencia de fondos ...concede el derecho a la libre circulación de los flujos financieros relacionados con las inversiones, respecto de la entrada y salida del país receptor</p>	<p>4.7.0 Otorgar a los inversores extranjeros el derecho de transferir libremente los fondos relacionados con las inversiones (por ejemplo, una lista indicativa o abierta) que entran y salen del país receptor.</p> <p>4.7.1 Establecer una lista exhaustiva de los tipos de transferencias cubiertas.</p> <p>4.7.2 Incluir excepciones (por ejemplo, derogaciones temporales):</p> <ul style="list-style-type: none"> • para el caso de dificultades graves en la balanza de pagos y dificultades financieras externas, o la amenaza de que esto suceda • donde los movimientos de fondos causen o amenacen con causar serias dificultades en la gestión macroeconómica, en particular, la relacionada con las políticas monetaria y cambiaria. <p>Condicionar estas excepciones para evitar su abuso (por ejemplo, aplicarlas conforme a las reglas del FMI y respetando las condiciones de temporalidad, equidad, no discriminación, buena fe y proporcionalidad).</p>	<p>Los AII prácticamente siempre contienen una cláusula sobre transferencias relacionadas con las inversiones. El objetivo es asegurar que un inversor extranjero pueda hacer libre uso del capital invertido, rendimientos de las inversiones y otros pagos relacionados con el establecimiento, operación o disposición de una inversión.</p> <p>Sin embargo, una disposición incondicional de transferencia de fondos reduce significativamente la capacidad de un país receptor de lidiar con entradas y salidas masivas y repentinas de capital, dificultades de balanza de pagos (BdP) y otros problemas macroeconómicos. Una excepción encontrada cada vez más en los AII recientes permite a los Estados imponer restricciones a la libre transferencia de fondos en circunstancias específicas, generalmente condicionadas por controles y contrapesos (salvaguardias) para prevenir el uso indebido.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Transferencia de fondos ...concede el derecho a la libre circulación de los flujos financieros relacionados con las inversiones, respecto de la entrada y salida del país receptor (continuación)</p> <p>4.8 Transparencia ...promueve el acceso a la información</p>	<p>4.7.3 Reservar el derecho de los Estados receptores a restringir la transferencia de fondos de un inversor en relación con las leyes del país (aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes) relativas, por ejemplo, a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • obligaciones fiscales de los inversores/inversiones en el país receptor • requisitos de informes en relación con la transferencia de divisas • bancarrota, insolvencia o la protección de los derechos de los acreedores • emisión, comercialización o negociación de valores, futuros, opciones o derivados • delitos criminales o penales (por ejemplo, imponiendo sanciones penales) • prevención de lavado de dinero • cumplimiento de órdenes o sentencias derivadas de procedimientos judiciales o administrativos. <p>4.8.0 Requerir que las Partes Contratantes publiquen prontamente documentos que puedan afectar a las inversiones cubiertas, incluyendo, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • leyes y reglamentos • resoluciones administrativas y procedimientos de aplicación general • AII. <p>4.8.1 Requerir a los países otorgar, a solicitud de parte, información relacionada con las inversiones.</p> <p>4.8.2 Requerir a los países publicar por adelantado las medidas que se proponen adoptar con respecto a asuntos cubiertos por el AII y proporcionar una oportunidad razonable para que las partes interesadas afectadas (inversores) puedan hacer comentarios (procedimientos de comentarios previos).</p> <p>4.8.3 Explícitamente reservar los derechos del Estado receptor y/o alentar a los Estados Partes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a implementar políticas que impongan requisitos de transparencia y divulgación para los inversores • a requerir información a un inversor potencial (o ya establecido) o a su Estado de origen • a poner información relevante a disposición del público. • Condicionar lo anterior a la obligación del Estado de proteger la información confidencial. <p>4.8.4 Sin cláusula de transparencia.</p>	<p>Los países también pueden necesitar reservar su derecho a restringir las transferencias si esto es necesario para el cumplimiento de las leyes de esa Parte (por ejemplo, para prevenir el fraude a los acreedores, etc.), de nuevo sujeto a controles y balances para evitar abuso.</p> <p>Algunos AII incluyen una cláusula que requiere a los países publicar con prontitud leyes y reglamentos. Proporcionar a los inversores (ya establecidos y a los prospectivos) acceso a dicha información mejora el clima de inversión de un país. Sin embargo, esto también podría plantear dificultades administrativas para algunos países que no tienen los recursos humanos y la infraestructura tecnológica necesaria. El tratado puede incorporar compromisos para dar asistencia técnica a los países en desarrollo, para apoyarlos en la implementación. La carga administrativa impuesta por las obligaciones de transparencia puede reducirse mediante el uso de frases tales como “en la medida de lo posible”.</p> <p>Los pocos AII que contienen los llamados “procedimientos de comentarios previos” requieren un mayor nivel de acción de los gobiernos, y podrían exponer a los Estados a los grupos de cabildeo político y a presiones en el proceso de desarrollo de esas leyes.</p> <p>Las obligaciones de transparencia a menudo están excluidas del alcance de la SDIE (véase apartado 6.3.0). Aun así pueden ser útiles, dado que cualquier problema relacionado puede ser discutido a nivel Estado-Estado y abordado a través de asistencia técnica.</p> <p>Las disposiciones de transparencia generalmente no incluyen ninguna referencia a las obligaciones de transparencia aplicables a los inversores. Esto contribuye a la percepción de que los AII carecen de: i) características que mejoren la gobernanza corporativa, y ii) balance en los derechos y obligaciones. Los AII podrían promover que los Estados fortalezcan los requisitos nacionales de transparencia (por ejemplo, mediante la inclusión de mecanismos para procedimientos de auditoría).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.9 Requisitos de desempeño ...regula el grado en que los Estados pueden imponer ciertas condiciones operacionales a los inversores/ inversiones extranjeras</p>	<p>4.9.0 Impedir a las Partes Contratantes imponer requisitos de desempeño relacionados con el comercio (por ejemplo, requisitos de contenido local) sobre las inversiones que operan en el sector de bienes (de acuerdo con/incorporando el Acuerdo sobre las MIC de la OMC).</p> <p>4.9.1 Impedir a las Partes Contratantes imponer requisitos de desempeño en las inversiones, más allá de los aspectos relacionados con el comercio, por ejemplo, requisitos para transferir tecnología, para alcanzar un cierto nivel de operaciones de investigación y desarrollo, o de emplear un determinado porcentaje de personal local (MIC+).</p> <p>4.9.2 Impedir a las Partes Contratantes imponer requisitos de desempeño, a menos que estén vinculados a la concesión de incentivos (generalmente en combinación con la opción de MIC+ arriba mencionada).</p> <p>4.9.3 Incluir reservas específicas de cada país a la obligación de MIC+, por ejemplo, excluyendo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • industrias y sectores específicos (por ejemplo, defensa, infraestructura) • medidas relacionadas con empresas de un tamaño específico. <p>4.9.4 Ninguna cláusula que prohíba la imposición de requisitos de desempeño.</p>	<p>Los requisitos de desempeño (RD) se refieren a la imposición de condiciones a las empresas, que limitan sus decisiones económicas y criterio gerencial (por ejemplo, mediante el requerimiento del uso de insumos producidos localmente o de exportar un determinado porcentaje de la producción). Mientras que los RD pueden ser considerados como que crean ineficiencias económicas, también pueden ser una herramienta potencialmente importante para políticas industriales u otras políticas de desarrollo económico. Desde la transferencia de tecnología al empleo de los trabajadores locales, los RD pueden ayudar a materializar los esperados efectos indirectos de la inversión extranjera.</p> <p>Por lo tanto, para cosechar todos los beneficios de la inversión extranjera y alinear la política de inversión con los objetivos de desarrollo nacional, los formuladores de políticas deben considerar cuidadosamente la necesidad de tener flexibilidad de políticas al idear las cláusulas sobre RD. Esto es importante incluso cuando el AII únicamente hace referencia al Acuerdo sobre las MIC de la OMC (porque aunque esto no añade nuevas obligaciones a los Estados que también son miembros de la OMC, la incorporación de MIC en un AII da a los inversores la oportunidad de reclamar directamente una violación de MIC mediante SDIE). Esto es particularmente importante cuando se considera la prohibición de una extensa lista de RD que vaya más allá de MIC (por ejemplo, requisitos de transferencia de tecnología o de emplear a trabajadores locales). Las excepciones y reservas pertinentes deberán ser consideradas desde el punto de vista tanto de las necesidades reglamentarias actuales como futuras. Por último, incluso si el AII no contiene una cláusula que descarte explícitamente los RD, la cláusula de TN prohibiría la imposición discriminatoria de RD sólo a inversores extranjeros.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4.10 Cláusula “paraguas” ...establece un compromiso por parte del Estado receptor de respetar sus obligaciones respecto a inversiones específicas (incluyendo contratos de inversión)</p>	<p>4.10.0 Incluir una cláusula que requiera a cada Parte observar cualquier obligación (por ejemplo, contractual) que ha asumido con respecto a la inversión de un inversor cubierto.</p> <p>4.10.1 Aclarar que únicamente cubre “obligaciones por escrito” y que estas obligaciones deben “ser celebradas” con respecto a inversiones específicas</p> <p>4.10.2 Aclarar que el incumplimiento de la cláusula “paraguas” sólo puede resultar del ejercicio de poderes soberanos por un gobierno (es decir, no de un incumplimiento contractual ordinario por parte del Estado), y que las disputas derivadas de dichos incumplimientos serán dirimidas en el foro prescrito por el contrato.</p> <p>4.10.3 Sin cláusula “paraguas”.</p>	<p>Una cláusula “paraguas” exige a un Estado receptor respetar cualquier obligación asumida por él con respecto a una inversión específica (por ejemplo, en un contrato de inversión). Por ende, la cláusula conlleva obligaciones contractuales y otras obligaciones individuales bajo el “paraguas” del AII, haciéndolas potencialmente exigibles a través de la SDIE. Una cláusula “paraguas”, al someter violaciones contractuales al arbitraje previsto en un AII, por lo tanto hace aún más importante que los países tengan la capacidad técnica para diseñar cuidadosamente los respectivos arreglos contractuales (por ejemplo, cuando celebran contratos de inversión o de concesión).</p> <p>Las principales dificultades con las cláusulas “paraguas” son que (1) efectivamente amplían el alcance del AII al incorporar obligaciones del Estado receptor que no forman parte del tratado, lo que puede aumentar el riesgo de enfrentarse a costosos procedimientos judiciales, y (2) han dado lugar a interpretaciones contradictorias por tribunales inversor-Estado, resultando en un alto grado de imprevisibilidad.</p> <p>Una forma de limitar el alcance de la cláusula es aclarando que únicamente cubre “obligaciones por escrito” y que estas obligaciones deben “ser celebradas” con respecto a inversiones específicas - esto excluiría garantías verbales hechas por funcionarios del Estado, así como las obligaciones expresadas a través de leyes de aplicación general. Además, el tratado puede especificar la naturaleza de los actos que pueden ser objeto de la cláusula paraguas (ejercicio de poderes soberanos) e identificar el foro competente para la solución de diferencias (en aquellos casos donde haya más de uno disponible).</p> <p>Por último, hoy en día muchos países omiten la cláusula “paraguas” de sus AII. Esto significa que un inversor parte de un contrato de inversión, siempre tendrá que demostrar una violación de una obligación del AII, y no un incumplimiento del contrato.</p>
<p>4.11 Personal y contratación ...facilita la entrada, permanencia y empleo de personal extranjero</p>	<p>4.11.0 Establecer la facilitación de la entrada, permanencia y emisión de permisos de trabajo para los nacionales de una Parte (o los individuos sin distinción de nacionalidad) en el territorio de la otra Parte, para propósitos relacionados con una inversión, conforme a la ley nacional de inmigración y otras leyes, cubriendo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a todo el personal, incluyendo a las familias • sólo directivos y personal clave. <p>4.11.1 Garantizar el derecho de los inversores para hacer nombramientos de puestos de cargos directivos sin distinción de nacionalidad.</p>	<p>Facilitar la entrada y permanencia de los empleados extranjeros y el derecho a contratar personal expatriado (incluidos directivos y miembros de la junta directiva) puede ayudar a atraer inversiones extranjeras.</p> <p>Al mismo tiempo, estas disposiciones interactúan con las leyes de inmigración del Estado receptor – un área particularmente sensible de formulación de políticas. Es importante que los Estados receptores mantengan el control sobre sus políticas de inmigración o garanticen la coherencia entre las normas nacionales e internacionales pertinentes.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Personal y contratación ...facilita la entrada, permanencia y empleo de personal extranjero (continuación)</p>	<p>4.11.2 Incluir reservas específicas de cada país a la obligación sobre puestos de cargos directivos (véase apartado 4.11.1), por ejemplo, excluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ciertas políticas/medidas • industrias/sectores específicos • ciertas áreas de políticas (minorías, comunidades indígenas) • medidas relacionadas con empresas de un tamaño específico. <p>4.11.3 Sin cláusula.</p>	<p>Asimismo, los Estados pueden desear alentar efectos colaterales positivos relacionados con el desarrollo, tales como el empleo de trabajadores nacionales o indígenas y los efectos de “filtración” con respecto al conocimiento tecnológico (por ejemplo, exigiendo que las inversiones extranjeras empleen a personal indígena o limitando el número de personal expatriado que esté trabajando para el inversor).</p> <p>Es clave elegir cuidadosamente la intensidad de normatividad correcta (por ejemplo, optando por un enfoque de mejores esfuerzos) y otros mecanismos para preservar la flexibilidad (por ejemplo, asegurando la prioridad de las leyes nacionales).</p>
<p>5 Excepciones de políticas públicas y seguridad nacional</p>		
<p>5.1 Excepciones de políticas públicas ...permite que se tomen medidas de políticas públicas que de otro modo serían incompatibles con el tratado, bajo circunstancias específicas y excepcionales</p>	<p>5.1.0 Sin excepciones de políticas públicas.</p> <p>5.1.1 Incluir excepciones para medidas de regulación nacional que tengan el objetivo de perseguir objetivos legítimos de políticas públicas, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • proteger los derechos humanos • proteger la salud pública • preservar el medio ambiente (por ejemplo, la biodiversidad, cambio climático) • proteger la moral pública o mantener el orden público • preservar la diversidad cultural y/o lingüística • garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean incompatibles con el tratado • permitir medidas prudenciales (por ejemplo, para preservar la integridad y estabilidad del sistema financiero) garantizar la prestación de servicios sociales esenciales (por ejemplo, salud, educación, suministro de agua) • permitir salvaguardias más amplias, incluyendo las que sean por razones de desarrollo (para afrontar las necesidades comerciales, financieras y de desarrollo del país receptor) • contrarrestar la planificación fiscal agresiva • proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico (o el “patrimonio cultural”). 	<p>A la fecha, son pocos los AII que incluyen excepciones de políticas públicas. Sin embargo, los tratados más recientes cada vez más reafirman el derecho de los Estados para regular en el interés público mediante la introducción de excepciones generales. Estas disposiciones hacen a los AII más propicios para el desarrollo sostenible, fortalecen la coherencia entre los AII y otros objetivos de políticas públicas, y reducen la exposición de los Estados a las reclamaciones que surjan de cualquier conflicto que pueda ocurrir entre los intereses de un inversor extranjero, y la promoción y protección de los objetivos de interés público legítimos.</p> <p>Las excepciones permiten que se puedan tomar medidas, bajo circunstancias específicas, que de otro modo estarían prohibidas por el acuerdo. Las excepciones generales identifican las áreas de políticas en las cuales se debe conservar flexibilidad respecto de todos los estándares de protección del tratado.</p> <p>A fin de reducir el umbral para que los Estados puedan recurrir a las excepciones, la disposición puede ajustar el vínculo o “nexo” requerido entre la medida y el objetivo de políticas presuntamente perseguido por esta medida. Por ejemplo, en lugar de establecer que la medida debe ser “necesaria” para lograr el objetivo de las políticas, el AII podría requerir que la medida esté “diseñada” para alcanzar o esté “relacionada” con el objetivo de las políticas.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Excepciones de políticas públicas ...permite que se tomen medidas de políticas públicas que de otro modo serían incompatibles con el tratado, bajo circunstancias específicas y excepcionales (continuación)</p> <p>5.2 Excepciones de seguridad nacional ...permite que se tomen medidas de seguridad nacional que de otro modo serían incompatibles con el tratado, bajo circunstancias específicas y excepcionales</p>	<p>5.1.2 Seleccionar el “nexo” adecuada entre la medida y el objetivo que persiguen las políticas, por ejemplo, la medida debe:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ser “necesaria” para lograr el presunto objetivo de políticas (prueba estricta), o • estar “relacionada con” (tener “como meta”, estar “dirigida a” o estar “diseñada para lograr”) el objetivo de políticas (prueba menos estricta). <p>5.1.3 Evitar el abuso en el uso de las excepciones por los Estados receptores, estableciendo que no se aplicarán medidas “excepcionales” de una manera que pueda constituir discriminación arbitraria o injustificable entre las inversiones o inversores, o una restricción encubierta al comercio o la inversión internacional.</p> <p>5.1.4 Proporcionar orientación para la interpretación de las excepciones, por ejemplo, si un Estado demandado invoca una excepción de orden público en los procedimientos de SDIE, el asunto debe ser referido a las Partes Contratantes para llegar a una determinación conjunta y vinculante sobre si la medida entra o no en el ámbito de una excepción.</p> <p>5.2.0 Enumerar el tipo de situaciones cubiertas por la excepción a fin de determinar su amplitud. Por ejemplo, referirse a medidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • para proteger los intereses esenciales de seguridad de un Estado • para hacer frente a graves crisis económicas • para mantener la paz y seguridad internacionales (aquellas tomadas en cumplimiento de las obligaciones de los Estados de conformidad con la carta de la ONU, para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales) • relativas al tráfico de armas o a la no proliferación de armas nucleares • adoptadas en tiempos de guerra o conflicto armado o una situación de emergencia en las relaciones internacionales. 	<p>Con el fin de prevenir el abuso de las excepciones, es útil aclarar que las medidas “excepcionales” deben ser aplicadas de manera no arbitraria, y no como proteccionismo enmascarado de la inversión.</p> <p>Finalmente, para asegurar el control de las Partes sobre la interpretación de las excepciones, el AII puede disponer que las cuestiones sobre si una cierta medida está justificada por una excepción de orden público deben ser remitidas a las Partes para una determinación conjunta.</p> <p>La seguridad nacional constituye uno de los intereses más vitales de los Estados. Su tutela a veces puede entrar en conflicto con las obligaciones en materia de inversión asumidas conforme a los AII. Los Estados tal vez deseen incluir excepciones que les permitan apartarse de las obligaciones del tratado, cuando esto sea necesario para la protección de sus intereses de seguridad nacional o para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.</p> <p>Los Estados pueden enumerar de manera amplia aquellas situaciones que corresponden a una excepción de seguridad (por ejemplo, los intereses esenciales de seguridad).</p> <p>Las excepciones de seguridad nacional también pueden redactarse de manera más específica, identificando explícitamente cuando pueden ser invocadas (por ejemplo, para justificar las medidas relacionadas con el tráfico de armas, aquellas adoptadas en tiempos de guerra, aquellas relacionadas con la aplicación de políticas nacionales o de acuerdos internacionales para la no proliferación de armas nucleares). Este último enfoque tiene el inconveniente de limitar las situaciones en las que puede usarse una excepción de seguridad nacional, pero también ofrece mayor seguridad jurídica.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Excepciones de seguridad nacional ...permite que se tomen medidas de seguridad nacional que de otro modo serían incompatibles con el tratado, bajo circunstancias específicas y excepcionales (continuación)</p> <p>6 Solución de diferencias</p> <p>6.1 Estado-Estado ...rige la solución de diferencias entre las Partes Contratantes</p>	<p>5.2.1 Decidir si la excepción de seguridad nacional es discrecional o no (es decir, si puede ser objeto de revisión arbitral y de qué tipo de revisión).</p> <p>6.1.0 Establecer que cualquier disputa sin resolver relacionada con el AII puede ser sometida a la solución de controversias Estado- Estado (arbitraje).</p> <p>6.1.1 Establecer una opción o requerir que los Estados participen en consultas y negociaciones previas y/o recurran a la conciliación o mediación.</p> <p>6.1.2 Establecer que el único mecanismo internacional para resolver diferencias relativas a inversiones en el marco del AII sea la solución de controversias Estado-Estado.</p>	<p>Teniendo en cuenta la experiencia previa con la excepción de seguridad en casos de SDIE, también puede ser útil aclarar si la excepción abarca la seguridad económica (por ejemplo, si se aplica a las medidas adoptadas para combatir una crisis económica).</p> <p>Las excepciones de seguridad en los AII recientes suelen ser redactadas como “discrecionales”, permitiendo que el Estado que invoca la excepción sea el único juez sobre si ésta es aplicable. Este enfoque ofrece un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, pero reduce la seguridad jurídica de los inversores y, potencialmente, abre la posibilidad de abusos. Esto último puede ser prevenido al otorgar a los tribunales la facultad limitada de realizar una revisión de buena fe (es decir, el tribunal puede juzgar si la excepción está siendo manifiestamente mal empleada). Por el contrario, las excepciones diseñadas como no discrecionales implican que en caso de una disputa, un tribunal retiene plenos poderes adjudicativos para determinar si la medida en cuestión es permitida por la excepción.</p> <p>A la fecha, han sido muy poco frecuentes los arbitrajes Estado-Estado en virtud de los AII. Esto es una consecuencia natural de incorporar la SDIE en los AII (y de que los inversores lleven a los Estados receptores al arbitraje) para complementar el sistema de protección diplomática.</p> <p>Sin embargo, cuando surge una pregunta sobre el significado de una obligación específica del AII y las Partes Contratantes no logran resolver la incertidumbre a través de consultas, el arbitraje Estado-Estado puede ser un mecanismo útil para aclararla. En este sentido, los procedimientos Estado-Estado conservan su función de “apoyo” para la SDIE.</p> <p>Una alternativa sería ofrecer únicamente solución de controversias Estado-Estado (es decir, sin SDIE). Esto coincide con el principio de que sólo los Estados pueden presentar reclamaciones conforme al derecho internacional. Sin embargo, esta ruta puede conducir a una posible politización de las diferencias relativas a inversiones, con todo lo que esto podría conllevar (por ejemplo, la discrecionalidad del Estado para presentar demandas, elevar disputas comerciales a la esfera de las relaciones internacionales, cabildeo corporativo).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>6.2 Inversor-Estado: alcance y condiciones de acceso ...determina la gama de disputas que se pueden someter a arbitraje y las condiciones para que los inversores puedan acceder a la SDIE</p>	<p>6.2.0 Definir la gama de disputas que pueden ser sujetas a la SDIE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • cualquier controversia relacionada con las inversiones (independientemente del fundamento jurídico de la reclamación, ya sea el AII, un contrato, la legislación nacional u otro) • disputas derivadas de instrumentos específicamente mencionados (por ejemplo, AII, contratos, autorizaciones/licencias de inversión) • las controversias relativas sólo a violaciones del AII • contrademandas de los Estados. <p>6.2.1 Circunscribir el alcance de la SDIE, por ejemplo al:</p> <ul style="list-style-type: none"> • excluir de la SDIE ciertas disposiciones del tratado y/o áreas sensibles • enumerar aquellas cuestiones/disposiciones a las que la SDIE aplica (por ejemplo, sólo a la disposición sobre expropiación) • prohibir que se inicien procedimientos de SDIE después de que un cierto período de tiempo ha pasado desde que ocurrieron los hechos que dan lugar a la reclamación (“período de caducidad”), por ejemplo, tres años • negar el acceso a SDIE a los inversores que incurran en la “búsqueda del acuerdo más favorable” (treaty shopping) o que a través de empresas “fantasma” incurran en “planeación de la nacionalidad”. <p>6.2.2 Introducir un requisito del litigio local como condición previa para recurrir a la SDIE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • exigir a los inversores agotar los recursos internos antes de acceder a arbitraje internacional (sujeto a una excepción de “inutilidad”), o • autorizar el acceso a arbitraje internacional si después de presentar la reclamación ante tribunales nacionales, la reclamación no ha sido resuelta a satisfacción del inversor en un plazo determinado (por ejemplo, 18 meses). <p>6.2.3 Reservar el consentimiento del Estado a arbitraje, por lo que éste tendría que ser otorgado por separado para cada disputa en específico.</p> <p>6.2.4 Omitir la SDIE (es decir, no otorgar consentimiento a arbitraje inversor-Estado en el tratado).</p>	<p>El mecanismo de SDIE permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado receptor. Los AII varían en cuanto a los tipos de disputas que las Partes acuerdan someter a arbitraje (que pueden ir desde presuntas violaciones del tratado, hasta cualquier controversia relacionada con las inversiones, ya sea con fundamento en el tratado o no).</p> <p>La mayoría de los AII permite a los inversores no tener que acudir a los tribunales nacionales de los Estados receptores y poder iniciar procedimientos arbitrales internacionales (por ejemplo, mediante la constitución de un tribunal ad hoc de 3 personas, a menudo en el CIADI o conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI). El objetivo es llevar la disputa fuera del ámbito nacional, para asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros, velocidad y efectividad del proceso, así como el carácter definitivo y ejecutable de los laudos arbitrales.</p> <p>Originalmente inspirado en el sistema confidencial y ad hoc de arbitraje comercial entre particulares, el sistema de SDIE en la actualidad está sujeto a críticas (véase IIM 15). Definir - y circunscribir - el alcance y las condiciones de acceso de los inversores a SDIE puede ayudar.</p> <p>Las Partes del AII también pueden optar por permitir la SDIE únicamente para disputas relacionadas con violaciones al AII en cuestión. También pueden decidir someter solamente las protecciones más fundamentales del AII a la SDIE (es decir, excluyendo ciertas disposiciones del tratado) y/o excluir áreas sensibles de la SDIE. Esto se puede hacer, entre otras razones, por cuestiones de seguridad nacional, incluyendo la revisión de inversiones entrantes; medidas para proteger el medio ambiente, salud y derechos humanos; medidas prudenciales; medidas relativas a la transferencia de fondos (o disposiciones del AII relacionadas); medidas fiscales no equivalentes a expropiación; o disposiciones del AII sobre transparencia</p> <p>Una opción relacionada es negar el acceso al SDIE a los inversores que se dedican a “buscar el acuerdo más favorable”, o a “planificar la nacionalidad” a través de empresas “fantasma” que canalizan la inversión, pero que no realizan operaciones comerciales reales en el Estado de origen (véase también el apartado 2.2.2 sobre la cláusula de denegación de ventajas).</p> <p>La introducción del requisito de litigio local mantendría la opción de SDIE, pero lo convertiría en un recurso de última instancia (véase también IIM15).</p>

Secciones

Inversor-Estado: alcance y condiciones de acceso

...determina la gama de disputas que se pueden someter a arbitraje y las condiciones para que los inversores puedan acceder a la SDIE (continuación)

6.3 Inversor-Estado: cuestiones procesales ...concernen mejoras de carácter procesal

Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)

6.3.0 Introducir mejoras y refinamientos al proceso arbitral, por ejemplo:

- proporcionar mayor transparencia, incluso mediante la autorización de acceso público a los documentos arbitrales (incluidos los convenios de transacción) y a las audiencias arbitrales, así como permitir la participación en los procesos de arbitraje internacional de las partes no contendientes interesadas, tales como organizaciones de la sociedad civil
- asegurar que los árbitros posean las habilidades requeridas y sean totalmente independientes, imparciales, libres de conflictos de interés y “costeables” para las Partes (por ejemplo, a través de un código de conducta)
- “destruir el nexo” entre las partes en la controversia y los árbitros, por ejemplo, mediante el establecimiento de una lista de árbitros calificados y la determinación por sorteo de los árbitros que conocerán de un caso concreto
- aumentar el papel de las Partes Contratantes en la interpretación del tratado, por ejemplo, mediante el establecimiento de mecanismos para emitir interpretaciones vinculantes conjuntas y facilitar la intervención de las Partes Contratantes no contendientes
- incluir un mecanismo para desestimar rápidamente las demandas manifiestamente injustificadas, para evitar desperdiciar en estos casos los recursos necesarios para procedimientos de larga duración
- proporcionar una distribución más equitativa de los costos y desalentar la presentación de reclamaciones infundadas, por ejemplo, mediante la adopción expresa del principio del “perdedor paga” o del principio de que los “costos siguen la suerte del caso”
- prevenir que los inversores recurran a múltiples foros por la misma violación, por ejemplo, mediante la inclusión de una cláusula de “renuncia” (“sin cambio de sentido”).

Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)

Por último, las Partes pueden optar por omitir el arbitraje inversor-Estado y reemplazarlo, por ejemplo, con mecanismos nacionales de solución de conflictos (es decir, procedimientos judiciales y administrativos) en el Estado receptor, o con procedimientos Estado-Estado a nivel internacional (véase también el apartado 6.1). Para los países con sistemas jurídicos sólidos, buena gobernanza y tribunales locales eficaces, tiene sentido confiar exclusivamente en los tribunales nacionales. Esta opción tiene una serie de ventajas y desventajas, incluyendo que muchas jurisdicciones no permiten a los tribunales locales aplicar los AII directamente a la solución de controversias (véase también IIM15).

Las Partes del AII pueden centrarse en reformar la manera en que se conducen los procedimientos arbitrales, mientras que preservan las principales características del sistema de SDIE. Los objetivos que persiguen estas modificaciones son incrementar la legitimidad del sistema de SDIE, incrementar el control de las Partes Contratantes sobre la interpretación de sus tratados, y agilizar el proceso y hacerlo más eficiente.

Una mayor transparencia en los procedimientos de SDIE podría permitir un debate público más informado, así como a una representación más idónea de los intereses de las partes interesadas, podría prevenir acuerdos carentes de transparencia, y estimular decisiones arbitrales equilibradas y bien razonadas. Es posible alcanzar un alto grado de transparencia mediante la incorporación por referencia de las Normas de Transparencia de la CNUDMI y mediante la adhesión a la Convención de Transparencia de la ONU. Esta última establece, en particular, que las normas de transparencia de la CNUDMI se aplicarán a los procedimientos de SDIE promovidos en virtud de AII preexistentes del país en cuestión (habiendo o no sido iniciados conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, es decir, también junto con otras reglas de arbitraje). Las Partes también pueden insertar características de transparencia adicionales en su AII, por ejemplo, la obligación hacer públicos los convenios de transacción.

Elevar los estándares para las calificaciones de los árbitros y el requisito de independencia e imparcialidad, y destruir el “nexo” entre los árbitros y las partes contendientes podría aumentar la legitimidad de la SDIE.

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>6.3 Inversor-Estado: cuestiones procesales ...conciernen mejoras de carácter procesal</p>	<p>6.3.1 Fortalecer el control de las Partes Contratantes sobre la adjudicación de cuestiones sensibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • al requerir que los tribunales les refieran ciertos asuntos (por ejemplo, aquellos relativos a la fiscalidad, medidas prudenciales, reservas previstas en el tratado) para la determinación conjunta de las Partes del tratado • en caso de que las Partes Contratantes no emitan una determinación conjunta, requerir que la cuestión sea referida a la solución de controversias Estado-Estado. 	<p>Otras mejoras procedimentales, tales como un mecanismo para desestimar rápidamente las demandas manifiestamente injustificadas, el principio del “perdedor paga”, la cláusula de “ningún cambio de sentido”, la consolidación de las reclamaciones, y los límites a los honorarios de los árbitros, podrían ayudar a agilizar el proceso de arbitraje y a que sea menos costoso y más eficaz.</p> <p>Tal vez los Estados también deseen reservar para sí un papel activo en la interpretación del AII y en la adjudicación de algunos temas sensibles. Por ejemplo, las Partes pueden introducir cláusulas que requieran que los tribunales refirieran a los Estados determinadas cuestiones para una determinación conjunta, y si las partes no llegan a una determinación conjunta, el asunto puede ser referido a la solución de controversias Estado-Estado (este último puede ser más adecuado para los temas sensibles de importancia sistémica, debido, entre otras razones, a que es probable que los Estados utilicen solamente argumentos jurídicos con los que se sentirían cómodos durante juicios en su contra). La posibilidad de una determinación conjunta aseguraría un marco interpretativo común y la capacidad de las Partes Contratantes de limitar la discrecionalidad de los árbitros.</p>
<p>6.4 Otras opciones para la solución de disputas en materia de inversión ...conciernen mejoras de carácter institucional y alternativas al sistema de SDIE</p>	<p>6.4.0 Modificar el marco institucional de la SDIE, por ejemplo, al:</p> <ul style="list-style-type: none"> • introducir un mecanismo de apelación que realice una revisión sustantiva y corrija las decisiones de los tribunales arbitrales de primera instancia (incluir una referencia en el AII a la posible creación de dicho mecanismo de apelación) • sustituir el sistema de múltiples tribunales arbitrales ad hoc con una corte internacional permanente de inversión que sea competente para conocer de todas las controversias relativas a inversiones derivadas de AII, donde los jueces sean nombrados o elegidos por los Estados en forma permanente y haya una cámara de apelación (incluir una referencia en el AII a la posible creación de dicha corte). <p>6.4.1 Promover el uso de métodos alternativos de solución de disputas (MASD)</p> <ul style="list-style-type: none"> • promover el uso de la conciliación (por ejemplo, reglas de conciliación del CIADI o de la CNUDMI) o la mediación • acordar cooperar para el desarrollo de mecanismos de prevención de disputas (incluso mediante la creación de defensores de la inversión (ombudsperson) u oficinas de defensa de la inversión). 	<p>La creación de una corte internacional permanente de inversión atraería disputas de inversión bajo los auspicios de una institución judicial pública. Una corte permanente podría reforzar la legitimidad del régimen inversor-Estado, y ayudar a armonizar la interpretación de los tratados. También podría reforzar la independencia e imparcialidad, percibida y real, de los adjudicadores, al conferirles un cargo de jueces que cuenten con la seguridad del cargo y exclusividad de funciones. La corte podría ser competente para conocer de todas las disputas de inversión en virtud de un AII, es decir, tanto procedimientos inversor-Estado, como Estado-Estado. También se podría conceder capacidad procesal o derechos procesales a otras partes interesadas (por ejemplo, comunidades afectadas por los proyectos de inversión). Dicha corte funcionaría mejor en un contexto plurilateral o multilateral, y bien podría no ser adecuado para AII bilaterales.</p> <p>Las Partes también pueden considerar promover el uso de métodos alternativos de solución de disputas (MASD), tales como la conciliación y la mediación. Cuando se emplean en las primeras etapas de una disputa, los MASD pueden ayudar a prevenir que escale el conflicto, a preservar la relación de inversión, y a encontrar una solución viable de sentido común, de una manera más rápida, más barata y más flexible.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>6.5 Medidas de reparación e indemnización ...determina las medidas de reparación disponibles en caso de incumplimiento y ofrece directrices para el pago de indemnización</p>	<p>6.5.0 Sin cláusula.</p> <p>6.5.1 Limitar los recursos legales disponibles para obtener indemnización monetaria y restitución de la propiedad (o indemnización solamente).</p> <p>6.5.2 Establecer que la cuantía de la indemnización deberá ser equitativa a la luz de las circunstancias del caso y definir normas específicas sobre indemnización en caso de incumplimiento con el tratado, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • excluir la capacidad de recuperar daños punitivos y/o morales • limitar la capacidad de recuperar el lucro cesante (por ejemplo, a la fecha del laudo) • establecer que la indemnización no podrá ser mayor que la cantidad de capital invertido más los intereses a una tasa comercialmente razonable • asegurar que la cantidad sea proporcional al nivel de desarrollo del país. (Sobre indemnización por expropiación, véase el apartado 4.5.3 anterior). 	<p>La mayoría de AII no se pronuncia sobre el tema de las medidas de reparación e indemnización. En teoría esto permite que los tribunales arbitrales apliquen cualquier medida de reparación que estimen conveniente, incluyendo, por ejemplo, una orden al país de modificar o anular sus leyes o reglamentos. Las medidas de reparación de este tipo podrían entrometerse indebidamente con la esfera soberana de un Estado e impedir sus facultades de formulación de políticas; por ello, las partes en un AII pueden considerar limitar las medidas de reparación disponibles para obtener indemnización monetaria y la restitución de la propiedad (o indemnización solamente).</p> <p>En cuanto a la cuantía de la indemnización por la violación de un tratado, el derecho internacional exige que la indemnización sea “plena”, lo que puede incluir daño moral, pérdida de ganancias futuras y daño consecuencial.</p> <p>Los Estados pueden considerar beneficioso orientar a los árbitros sobre las medidas de reparación aplicables y, de manera similar al caso de expropiación arriba mencionado, en el cálculo de la indemnización. Si las Partes Contratantes creen que ciertos tipos de daños no deberían ser recuperables por los inversores (por ejemplo, daño moral o daño punitivo), pueden explícitamente excluirlos de su AII. También pueden restringir la recuperación de beneficios futuros y establecer que la indemnización debe cubrir las pérdidas directas de un demandante y no exceder al capital invertido más los intereses. Sin embargo, dichas normas pueden ser consideradas en el sentido de que minan la calidad protectora del AII.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>7 Obligaciones y responsabilidades del inversor ...promueve el cumplimiento por parte de los inversores de las normas nacionales y/o internacionales en las etapas de entrada y operación</p>	<p>7.1.0 Sin cláusula.</p> <p>7.1.1 Requerir que los inversores cumplan con las leyes del Estado receptor, tanto en la entrada como en la etapa posterior a la entrada de la inversión.</p> <p>Establecer sanciones en caso de incumplimiento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • denegar la protección del tratado a las inversiones realizadas en violación a las leyes del Estado receptor • denegar la protección del tratado a las inversiones que operan en violación de leyes del Estado receptor que recogen obligaciones internacionales legalmente vinculantes (por ejemplo, normas fundamentales del trabajo, lucha contra la corrupción, tratados sobre medio ambiente) y otras leyes identificadas por las Partes Contratantes • considerar la conducta de los inversores al interpretar los estándares de protección del AII • establecer el derecho de los Estados a presentar contrademandas en la SDIE derivadas de violaciones a las leyes del Estado receptor por parte de los inversores. <p>7.1.2 Convenir en fortalecer los marcos normativos nacionales mediante la incorporación de principios y normas internacionales relacionadas con cuestiones sociales, derechos humanos, salud y medioambiente.</p> <p>7.1.3 Instar a los inversores a cumplir con los estándares universalmente reconocidos, tales como la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales de la OIT y los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, y a realizar auditorías corporativas sobre el desarrollo económico, y los riesgos sociales y ambientales.</p> <p>Establecer que el incumplimiento puede ser considerado por un tribunal al momento de interpretar y aplicar las protecciones del tratado (por ejemplo, TJE) o al determinar la cuantía de la indemnización que corresponde al inversor.</p>	<p>La mayoría de AII sólo establece obligaciones para los Estados. Para corregir esta asimetría, un AII podría también definir obligaciones y responsabilidades para los inversores. Tomando en cuenta los puntos de vista cambiantes sobre la capacidad del derecho internacional de imponer obligaciones a los particulares, los formuladores de políticas del AII podrían considerar una serie de opciones, cada una con sus ventajas y desventajas.</p> <p>Estas opciones (i) condicionan la protección del tratado a cierto comportamiento de inversor; (ii) elevan la obligación de cumplir con las leyes nacionales al nivel internacional (lo cual incrementa su importancia para el arbitraje); y (iii) adoptan un enfoque de mejores esfuerzos sobre las normas universalmente reconocidas o estándares aplicables de RSC. Se puede complementar con opciones que (iv) fortalezcan la RSC a través de medidas de cooperación entre las Partes del tratado, y que (v) alienten a los países de origen a incluir consideraciones de RSC en sus actividades de promoción de la inversión.</p> <p>Una opción profunda sería la de incluir la obligación de los inversores de cumplir con las leyes y regulaciones del Estado receptor tanto en la etapa de entrada como después de la entrada. A pesar de que la observancia de las leyes nacionales por los inversores generalmente puede hacerse cumplir a través de los tribunales nacionales, incluir esta obligación en un AII podría mejorar aún más los medios para asegurar el cumplimiento, por ejemplo, al denegar protección a los inversores infractores (aunque esto podría ser contrario a la razón de ser de la SDIE) o dando a los Estados el derecho de interponer contrademandas en procedimientos de SDIE. También pueden surgir ciertos retos del hecho de que las leyes nacionales generalmente están dirigidas a las empresas locales y no a aquellos que las poseen o controlan, y de la necesidad de garantizar que las infracciones menores/técnicas no conlleven a la completa denegación de las ventajas del tratado (es decir, garantizar la proporcionalidad entre la gravedad del mal comportamiento del inversor y las consecuencias). Finalmente, elevar a nivel de tratado la obligación de cumplir con la legislación nacional no debe afectar el principio general de que las leyes nacionales no deben ser contrarias a las obligaciones internacionales de un país - esto se puede desarrollar explícitamente en la opción 7.1.1 (por ejemplo, especificando que las leyes nacionales pertinentes no deben ser incompatibles con el AII y el derecho internacional).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Obligaciones y responsabilidades del inversor ...promueve el cumplimiento por parte de los inversores de las normas nacionales y/o internacionales en las etapas de entrada y operación (continuación)</p>	<p>7.1.4 Instar a los inversores a observar los estándares de RSC aplicables:</p> <ul style="list-style-type: none"> • sin especificar los estándares de RSC relevantes • dando una lista de estándares de RSC relevantes (por ejemplo, en un anexo) • detallando el contenido de estándares relevantes de RSC, por ejemplo, instando a los inversores a contribuir a la formación de capital humano, a desarrollar las capacidades locales en estrecha colaboración con la comunidad local, a crear oportunidades de empleo y facilitar oportunidades de capacitación para los empleados, y a transferir tecnología. <p>Establecer que el incumplimiento puede ser considerado por un tribunal cuando interprete y aplique las protecciones del tratado (por ejemplo, TJE) o cuando determine la cuantía de la indemnización correspondiente al inversor.</p> <p>7.1.5 Apelar a la cooperación entre las partes para promover la observancia de los estándares aplicables de RSC, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • apoyar el desarrollo de estándares voluntarios • promover estándares internacionales sobre las mejores prácticas de RSC • aumentar la capacidad de las industrias locales para adoptar estándares voluntarios • considerar la adopción y el cumplimiento de estándares voluntarios por parte de los inversores cuando participan en licitaciones públicas • condicionar el otorgamiento de incentivos a la observancia de estándares de RSC • promover la adopción de informes relacionados con la RSC (por ejemplo, en el contexto de las normas para cotizar en una bolsa). <p>7.1.6 Alentar a los países de origen a condicionar el otorgamiento de incentivos de promoción de la inversión saliente (por ejemplo, a través de las agencias de crédito a la exportación y seguros de inversión) al comportamiento socialmente y ambientalmente sostenible de un inversor (véase también apartado 10.1.1 sobre promoción de la inversión).</p>	<p>Las Partes también podrían acordar fortalecer los marcos normativos nacionales mediante la introducción de normas internacionales en materia de RSC, por ejemplo, relacionados con cuestiones sociales, de derechos humanos, de salud y del medio ambiente. Esto significaría que tanto los inversores nacionales como extranjeros deben cumplir con estas normas que forman parte del marco jurídico nacional de los Estados receptores.</p> <p>Otra opción es promover la inversión responsable a través de un lenguaje en el AII que inste a los inversores a cumplir con los principios universales relevantes o con los estándares aplicables de RSC. Esta cláusula de mejores esfuerzos tendría mayor peso si el tratado instruyera a los tribunales a tomar en cuenta el cumplimiento de los principios y estándares pertinentes por parte de los inversores, al decidir reclamaciones de los inversores en la SDIE. Dada la multitud de estándares de RSC existentes, puede ser útil referirse a documentos específicos tales como el Pacto Mundial de Naciones Unidas.</p> <p>La cooperación puede involucrar la labor de un comité especial creado en el marco del AII y cuya tarea sea discutir temas relacionados con la RSC.</p> <p>Por último, las iniciativas relacionadas con la RSC también pueden tener una dimensión del país de origen. Un desarrollo emergente sobre políticas sugiere que los países de origen supervisen o regulen las actividades de sus empresas en el extranjero. Tal esfuerzo puede abordar, entre otras, cuestiones relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente o la corrupción.</p> <p>Todas las opciones anteriores tienen sus pros y sus contras. Aunque existe la preocupación de que los enfoques “menos vinculantes” no tengan un efecto significativo, también conllevan ciertas ventajas. Por ejemplo, mientras menos vinculante sea el enfoque, más fácil será implementarlo e integrar la RSC en el AII. Por otra parte, los enfoques menos vinculantes pueden tener un impacto importante al ampliar los límites para el debate conceptual e innovación en la formulación de políticas internacionales de inversión.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>8 Relación con otros acuerdos ...establece una jerarquía en el caso de normas internacionales concurrentes</p>	<p>8.1.0 Sin cláusula.</p> <p>8.1.1 Estipular que si otro tratado internacional, del cual los Estados contratantes sean partes, establece un trato más favorable de los inversores/inversiones, ese otro tratado prevalecerá en el apartado pertinente.</p> <p>8.1.2 Estipular que en caso de conflicto entre el AII y los compromisos internacionales del Estado receptor, tales conflictos deben resolverse según el derecho internacional consuetudinario, incluyendo una referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.</p> <p>8.1.3 Estipular que en caso de conflicto entre el AII y los compromisos internacionales del Estado receptor en virtud de un acuerdo multilateral, sobre otras área de políticas públicas, como el medio ambiente y la salud pública, deberá prevalecer este último:</p> <ul style="list-style-type: none"> • establecer una lista cerrada o abierta de los tratados a los que se dará prioridad en caso de conflicto con el AII. <p>8.1.4 Establecer que los asuntos relacionados con posibles conflictos entre tratados de las Partes (o su mecanismo institucional) sean remitidos para una determinación conjunta que sea vinculante (véase el apartado 6.3.1 anterior).</p>	<p>Los AII normalmente establecen que, en relación con los inversores, se dará prioridad al trato más favorable consagrado en otro tratado internacional (por ejemplo, un tratado multilateral en el cual ambos Estados firmantes del AII son partes). Es mucho menos usual que se aborde la relación entre un AII y un tratado que rige un área de políticas diferente (por ejemplo, protección del medio ambiente, derechos humanos, etc.). Abordar esta cuestión ayudaría a los tribunales arbitrales a tomar en cuenta estos otros compromisos internacionales con el fin de garantizar, en la medida de lo posible, una interpretación armoniosa de las disposiciones de AII y verlos como parte del derecho internacional general.</p> <p>Un AII puede reafirmar los compromisos de las Partes en virtud de otros tratados internacionales, para que así el AII se interprete en consonancia con las obligaciones de las Partes, en otras áreas, en virtud del derecho internacional. Establecer explícitamente una lista de los acuerdos internacionales a los que se dará prioridad sobre el AII proporcionaría seguridad jurídica. Si bien una lista cerrada no abarcaría futuros tratado, ésta se podría sujetar a revisiones periódicas. Los Países también pueden incluir excepciones generales a favor de ciertos objetivos de políticas públicas que estén cubiertas por las obligaciones de derecho internacional pertinentes (véase el apartado 5.1.1 anterior).</p> <p>Referir a las Partes Contratantes los conflictos referentes al tratado, permitiría a los “dueños” de los tratados decidir qué instrumento tienen prioridad en determinadas circunstancias, y en última instancia contribuir a la coherencia del régimen.</p>
<p>9 Cláusula de no disminución de estándares ...desalienta a las Partes Contratantes a atraer inversión mediante la relajación de los estándares laborales o ambientales</p>	<p>9.1.0 Sin cláusula.</p> <p>9.1.1 Incluir cláusulas ambientales, de derechos humanos y laborales que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • incluyan un compromiso de abstenerse de relajar la legislación ambiental y laboral nacional para fomentar las inversiones (expresada como una obligación vinculante o bien como una cláusula de “derecho no vinculante”) • reafirmen sus compromisos en virtud de, por ejemplo, tratados ambientales internacionales o con respecto a las normas internacionales de salud, los derechos laborales reconocidos internacionalmente o los derechos humanos. <p>9.1.2 Fomentar la cooperación entre las Partes del tratado para aumentar la protección al medio ambiente, los derechos humanos y laborales, y celebrar consultas de expertos sobre dichas cuestiones.</p>	<p>Hay una preocupación de que la competencia internacional para atraer inversión extranjera pueda llevar a algunos países a reducir sus estándares en medio ambiente, derechos humanos y laborales y que esto podría conducir a una “carrera hacia el abismo” en términos de estándares regulatorias.</p> <p>Algunos AII recientes incluyen una redacción que aborda esta preocupación. Disposiciones sobre “no disminución de estándares”, por ejemplo, prohíben o disuaden a los Estados receptores de reducir la protección ambiental y laboral con el propósito de atraer inversión extranjera. De esta manera, el AII va más allá de su papel tradicional de protección de la inversión y persigue el objetivo de mantener un marco regulatorio que conduciría al desarrollo sostenible.</p> <p>Aunque los AII actuales a menudo excluyen las cláusulas de “no disminución de estándares” de la SDIE o de la solución de diferencias como tal, puede ser beneficioso fomentar consultas sobre este tema, las que pueden incluir mecanismos institucionales, para asegurar que la cláusula sea implementada de manera efectiva.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>10 Promoción de la inversión ...tiene el objetivo de alentar la inversión extranjera a través de mecanismos adicionales que van más allá de las disposiciones de protección a la inversión en los AII</p>	<p>10.1.0 Sin cláusula.</p> <p>10.1.1 Establecer disposiciones que alienten los flujos de inversión, con un especial énfasis en aquellos que son más beneficiosos a la luz de la estrategia de desarrollo de un país. Algunos posibles mecanismos incluyen, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • alentar a los países de origen a proporcionar incentivos a la inversión saliente, por ejemplo, garantías de inversión, posiblemente condicionadas al efecto de la inversión en la mejora del desarrollo sostenible y al cumplimiento de los inversores con los principios universales y las normas aplicables de RSC (por ejemplo, las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales) • organizar actividades conjuntas de promoción de la inversión tales como exposiciones, conferencias, seminarios y programas de divulgación • intercambiar información sobre oportunidades de inversión • asegurar que haya consultas periódicas entre las agencias de promoción de la inversión • proporcionar programas de asistencia técnica para los países receptores en vías de desarrollo con el objeto de facilitar el flujo de IED. <p>10.1.2 Establecer en cada Parte Contratante un defensor/facilitador de la inversión con el mandato de, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • tratar con las sugerencias o quejas de los inversores y sus Estados de origen • tomar medidas para prevenir, gestionar y resolver conflictos • proporcionar información pertinente sobre cuestiones legislativas y reglamentarias • promover una mayor conciencia y transparencia. <p>10.1.3 Fortalecer las actividades de promoción a través de un organismo conjunto de promoción de inversiones (véase también 11.1.1 abajo). Éste podría, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • identificar nuevas oportunidades de inversión • supervisar la aplicación de medidas específicas de facilitación (por ejemplo, en relación con la concesión de visas de negocios o el desmantelamiento de obstáculos burocráticos/regulatorios) • tratar con las preocupaciones específicas de los inversores (por ejemplo, con base en un informe realizado por el defensor de la inversión) • Diseñar, implementar y dar seguimiento al avance en los planes de trabajo temáticos (por ejemplo, sobre inversión verde, la promoción de vínculos, las cuestiones relacionadas con las PYMEs, las cadenas de valor mundiales, etc.) • facilitar las actividades mencionadas en los apartados 10.1.1 y 10.1.2. <p>10.1.4 Incluir una cláusula de subrogación.</p>	<p>Aunque los Estados receptores concluyen los AII para atraer inversiones que mejoren el desarrollo, el efecto de aumento de la inversión de los AII es mayormente indirecto (a través de la protección ofrecida a los inversores extranjeros). Sólo unos pocos AII incluyen disposiciones especiales de promoción para fomentar los flujos de inversión y aumentar el conocimiento que tienen los inversores sobre las oportunidades de inversión (por ejemplo, mediante el intercambio de información o actividades conjuntas de promoción de la inversión).</p> <p>Las disposiciones sobre “Promoción” suelen ser “no vinculantes” (no exigibles), y su utilidad depende en gran medida de la voluntad y las acciones de las Partes.</p> <p>Crear una comisión conjunta encargada de la promoción de la inversión puede ayudar a poner en funcionamiento las disposiciones pertinentes. A través de estos comités, las Partes pueden establecer una agenda, organizar y supervisar las actividades acordadas y tomar medidas correctivas si fuera necesario. Las disposiciones sobre promoción conjunta de la inversión también pueden fomentar la cooperación entre los organismos de promoción de inversiones (OPI) nacionales, entre los organismos de inversión saliente (OIS) en los países de origen y los OPI en los países receptores, o entre los OPI y las agencias de promoción comercial. Esto también podría basarse en las experiencias relacionadas con la promoción de las iniciativas de cooperación económica regional, e incluir proyectos de infraestructura regionales, zonas industriales regionales y pactos regionales de inversión en ODS.</p> <p>Los Estados también pueden establecer un defensor de la inversión para supervisar la aplicación del AII y pueden fortalecer las actividades de promoción a través de un organismo conjunto de promoción de inversiones (véase también 11.1.1).</p> <p>El mecanismo de subrogación apoya la promoción de la inversión al garantizar el funcionamiento eficaz de seguros de inversión mantenidos por los Estados de origen, o sus respectivas agencias, para apoyar la exportación de IED. Si el asegurador cubre las pérdidas sufridas por un inversor en el Estado receptor, este primero adquiere el derecho del inversor para presentar una reclamación y puede ejercerlo en la misma medida que, previamente, podía el inversor. La subrogación hace posible que el asegurador sea un beneficiario directo de cualquier indemnización por parte del Estado receptor a la que el inversor habría tenido derecho.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>11 Marco institucional ...establece una plataforma institucional/colaboración entre las Partes Contratantes</p>	<p>11.1.0 Sin cláusula.</p> <p>11.1.1 Establecer un marco institucional bajo el cual las Partes (y, si procede, otras partes interesadas en los AII como inversores, representantes de la comunidad local, etc.) deberán cooperar y celebrar reuniones periódicamente, para fomentar la implementación del acuerdo a fin de maximizar su contribución al desarrollo sostenible. Concretamente, esto puede incluir un compromiso para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • elaborar interpretaciones de las cláusulas del AII • revisar el funcionamiento del AII • discutir y acordar la modificación de los compromisos (acorde con procedimientos especiales) y facilitar la adaptación de los AII a las cambiantes políticas de los Estados Parte sobre desarrollo sostenible, por ejemplo, a través de la renegociación • organizar y revisar las actividades de promoción de la inversión, incluido la participación de los organismos de promoción de la inversión, el intercambio de información sobre oportunidades de inversión, la organización de seminarios sobre promoción de la inversión • discutir la implementación del acuerdo, lo que incluye abordar los obstáculos, barreras informales, obstáculos administrativos y solución de disputas sobre inversión • revisar regularmente el cumplimiento de las Partes con las cláusulas sobre no disminución de estándares del acuerdo • otorgar asistencia técnica a las Partes Contratantes en vías de desarrollo para que puedan participar en el seguimiento institucionalizado del tratado • identificar/actualizar estándares relevantes de RSC y organizar actividades para promover su observancia. 	<p>Si bien los países han concluido numerosos AII, en general, ha habido limitado seguimiento para asegurarse que los AII estén correctamente implementados y se mantengan actualizados. AII recientes han comenzado a incluir disposiciones sobre acuerdos institucionales permanentes que realizan una serie de funciones específicas. Por ejemplo, una interpretación concertada puede ayudar a garantizar la coherencia de los laudos arbitrales. Del mismo modo, las deliberaciones pueden asegurar la toma de decisiones informadas sobre una mayor liberalización de la inversión, o prorrogas, modificaciones del AII. Todo esto puede ayudar a maximizar la contribución de los AII al desarrollo sostenible, por ejemplo, monitoreando las repercusiones de los AII en el desarrollo sostenible, involucrándose en las actividades de prevención de conflictos y la promoción de la RSC.</p> <p>Un mandato claro del tratado facilita la implementación de las actividades mencionadas. Además, proporciona un foro para llegar a otras partes interesadas relevantes, incluyendo inversores, representantes de la comunidad local y el sector académico.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>12 Disposiciones finales ...definen la duración del tratado y su posible prórroga</p>	<p>12.1.0 Especificar la aplicación temporal del tratado (por ejemplo, 10 o 20 años) con renovación semiautomática (el tratado se renueva salvo que una de las partes notifique a la(s) otra(s) su intención de terminarlo).</p> <p>12.1.1 Señalar la duración específica del tratado, pero estipular que la renovación se basa en un acuerdo escrito entre ambas Partes, sobre la base de una revisión (conjunta) informada del AII.</p> <p>12.1.2 Incluir una cláusula de “supervivencia” la cual garantiza que en caso de terminación unilateral del tratado, se mantendrá en vigor durante cierto número de años luego de la terminación del tratado (por ejemplo, por otros 5, 10 o 15 años) con respecto a las inversiones realizadas antes de la terminación.</p> <p>12.1.3 No especificar un mínimo de duración temporal inicial, pero permitir la terminación del tratado en cualquier momento mediante la notificación de cualquiera de las Partes.</p>	<p>Hay una preocupación emergente sobre el envejecimiento de redes de tratados que pueden eventualmente no ser adecuados para las realidades económicas cambiantes, formas de inversión nuevas o emergentes y nuevos retos regulatorios. Esto en parte resulta del hecho que los AII establecen a menudo un periodo fijo de vigencia y una renovación semiautomática (con el objetivo de proporcionar un régimen de inversión estable).</p> <p>Una alternativa sería establecer la renovación si ambas partes lo acuerdan expresamente por escrito después de una revisión conjunta del tratado y una evaluación de su impacto sobre los flujos de IED y cualquier implicación relacionada con el desarrollo. Este ejercicio ayudaría a determinar si el tratado sigue siendo necesario y si requiere algunas modificaciones.</p> <p>Otra cuestión es la protección de los inversores después de la terminación del AII. Un AII puede incluir una cláusula de supervivencia, que efectivamente mantiene fijas las normas del tratado durante varios años después de la finalización del tratado. Mientras que esto proporciona seguridad jurídica a largo plazo para los inversores, lo que puede ser necesario para los inversores con proyectos de largo plazo, lo que conlleva un compromiso sustancial de capital (por ejemplo, en las industrias extractivas), puede también limitar la capacidad de los Estados para regular sus economías de conformidad con las nuevas realidades (especialmente si las disposiciones del tratado no otorgan suficiente flexibilidad de políticas). Los negociadores pueden optar por una solución equilibrada asegurándose de que la cláusula de “supervivencia” no sea demasiado extensa en tiempo.</p>

Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible

OPCIONES DE POLÍTICA PARA AII

PARTE B. PRE-ESTABLECIMIENTO

Las opciones de política en la parte B son suplementarias a las de la parte A y pueden ser utilizadas por los países que deseen ampliar sus AII a asuntos de Pre-establecimiento. Como en la parte A, las opciones de política se organizan de la opción más favorable para el inversor (es decir, el nivel más alto de liberalización) a las opciones que otorgan menores derechos de establecimiento y mayor flexibilidad para los futuros Estados receptores.

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>1 Enfoque general sobre el pre-establecimiento ...determina si el tratado aplica a la adquisición y establecimiento de inversiones, y de qué manera</p>	<p>1.1 Sin disposiciones vinculantes sobre pre-establecimiento (es decir, el modelo adoptado es de post-establecimiento)</p> <ul style="list-style-type: none"> • no incluir ningún compromiso sobre pre-establecimiento • incluir una cláusula de máximo empeño/mejores esfuerzos, la cual no es oponible al Estado receptor • incluir únicamente una disposición sobre negociaciones futuras • incluir una disposición que establezca que la admisión de las inversiones se hará de conformidad con la legislación nacional. <p>1.2 Enfoque de lista positiva.</p> <p>1.2.1 Lista positiva sin reservas</p> <p>Extender ciertas obligaciones seleccionadas del AII al “establecimiento, adquisición y expansión” de las inversiones enlistadas en sectores/industrias específicas. Las obligaciones pertinentes del AII pueden incluir, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • trato nacional (véase la Parte A apartado 4.1) • trato de NMF (véase la Parte A apartado 4.2) • acceso al mercado¹ • requisitos de desempeño (véase la Parte A apartado 4.9) • requisitos de nacionalidad para altos directivos y miembros del consejo (véase la Parte A apartado 4.11). 	<p>Es una opción de políticas importante decidir si se extiende la cobertura del AII a las cuestiones de pre-establecimiento (PE) y, de ser así, encontrar el equilibrio adecuado entre los compromisos internacionales vinculantes y flexibilidad para políticas nacionales.</p> <p>En términos de profundidad, los compromisos en un AII sobre PE pueden (i) dar lugar a una auténtica liberalización, es decir, a la apertura del mercado (ii) “fijar” las condiciones regulatorias existentes, o (iii) estar por debajo del nivel actual de apertura para que el Estado en cuestión conserve espacio para restringir las condiciones de PE si así lo desea. En el mismo tratado, los compromisos de PE pueden ser más profundos en algunos sectores/industrias económicas y menos profundos en las demás. De hecho, un país puede tener un régimen de inversión totalmente abierto, sin tener ningún tipo de compromisos internacionales a tal efecto.</p> <p>En caso de que un país desee mantener su pleno derecho a regular cuestiones de adquisición y establecimiento de inversores extranjeros, la opción más sencilla es abstenerse de hacer cualquier compromiso de PE.</p> <p>En caso de que los países decidieran negociar un AII con una dimensión de PE, el primer paso para el diseño de sus compromisos de PE sería elegir entre el enfoque de lista positiva y lista negativa. El enfoque de lista positiva ofrece la liberalización selectiva por medio de una “lista positiva” de sectores/industrias en las que los inversores podrán disfrutar de los derechos de PE en virtud de las obligaciones de los tratados pertinentes.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Enfoque general sobre el pre-establecimiento ...determina si el tratado aplica a la adquisición y establecimiento de inversiones, y de qué manera (continuación)</p>	<p>1.2.2 Lista positiva con reservas (enfoque “híbrido”) (apartado 3)</p> <p>Reservas en las agendas (por ejemplo, medidas inconsistentes) sobre las obligaciones pertinentes del tratado, respecto de sectores/industrias comprometidas. Las reservas se pueden formular para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • conservar (mantener) las medidas existentes que sean inconsistentes (“suspensión”) y/o • permitir que se adopten nuevas medidas inconsistentes en el futuro. <p>1.3 Enfoque de lista negativa.</p> <p>1.3.1 Lista negativa sin reservas²</p> <p>Extender ciertas obligaciones seleccionadas del AII al “establecimiento, adquisición y expansión” de las inversiones en todos los sectores/industrias, salvo por aquellos explícitamente excluidos. Las obligaciones pertinentes del AII pueden incluir, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • trato nacional (véase la Parte A apartado 4.1) • trato de NMF (véase la Parte A apartado 4.2) • acceso al mercado³ • requisitos de desempeño (véase la Parte A apartado 4.9) • requisitos de nacionalidad para altos directivos y miembros del consejo (véase la Parte A apartado 4.11). <p>1.3.2 Lista negativa con reservas (apartado 3)</p> <p>Reservas en las agendas (por ejemplo, medidas inconsistentes) sobre las obligaciones pertinentes del tratado, respecto de sectores/industrias comprometidas. Las reservas se pueden formular para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • conservar (mantener) las medidas existentes inconsistentes (“suspensión”) y/o • permitir que se adopten nuevas medidas que sean consistentes en el futuro. <p>1.4 Plenos derechos de establecimiento</p> <p>Conceder el pleno derecho de establecimiento con el objeto de garantizar el acceso al mercado, sin restricciones, a los inversores extranjeros (sujeto solamente a las restricciones en razón de políticas públicas/motivos de seguridad en general).</p>	<p>El enfoque de “lista positiva” impone límites a las prerrogativas reguladoras del gobierno únicamente en aquellos sectores/industrias que se incluyen en la lista. Ésta también puede preservar el derecho a regular en sectores comprometidos, dado que las Partes pueden hacer reservas sobre medidas inconsistentes (MI). Dichas reservas se pueden aplicar a las MI actuales o futuras. Cuando el objetivo sea preservar el espacio normativo, adquirir compromisos de PE con base en una lista positiva suele ser considerado como más seguro y favorable al desarrollo, sobre todo cuando los marcos regulatorios de los países se encuentran todavía en una etapa evolutiva.</p> <p>Bajo el enfoque de lista negativa, los inversores se benefician de los compromisos de PE en todos los sectores/industrias, excepto en aquellos que están excluidos explícitamente (lista negativa). Tal “lista negativa” proporciona un amplio inventario de medidas inconsistentes, ofrece transparencia normativa y “captura” las barreras a la inversión que aún quedan.</p> <p>En comparación con el enfoque de lista positiva, la lista negativa a menudo - aunque no necesariamente - da como resultado un mayor número de sectores comprometidos (es decir liberalizados). Esta se considera especialmente adecuada para las Partes que ya cuentan con un régimen de inversión en gran medida abierto, que desean enviar una señal política de que existe un clima de bienvenida a la inversión y/o que tienen como objetivo alcanzar una liberalización amplia y rápida. Al mismo tiempo, el enfoque de lista negativa es exigente en términos de recursos: requiere de una auditoría exhaustiva de las políticas nacionales existentes. Esta puede ser más apropiada para los países que tienen un régimen interno de reglamentación sofisticada y suficiente capacidad institucional para diseñar y negociar correctamente sus listas de compromisos.</p> <p>El derecho pleno de establecimiento es la opción de políticas de mayor alcance y proporciona el mayor grado de liberalización. Se suele basar en el principio de reciprocidad y forma parte de una agenda de integración más amplia, como es el caso de la Unión Europea o la Comunidad Andina. Por lo general, no permite hacer reservas sectoriales o específicamente a cada medida, pero suele estar sujeta a excepciones generales y de seguridad.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>2 Mecanismo de trinquete ...determina si las medidas nacionales de liberalización adoptadas unilateralmente pueden permanecer “fijas” conforme al AII</p> <p>3 Reservas ...preservan el derecho de mantener medidas inconsistentes actuales y/o adoptar nuevas medidas inconsistentes en el futuro</p>	<p>2.1 Sin mecanismo de trinquete</p> <p>No hacer que permanezcan “fijas” las medidas (nacionales) de liberalización adoptadas unilateralmente por una Parte en sectores/industrias comprometidas, aun después de que el tratado entre en vigor.</p> <p>2.2 Incluir un mecanismo de trinquete</p> <p>Hacer que permanezcan “fijas” todas las medidas (nacionales) de liberalización adoptadas unilateralmente por una Parte en sectores/industrias comprometidas después de que el tratado entre en vigor, es decir, prohibir la revocación de las medidas de liberalización adoptadas unilateralmente. Tal mecanismo de trinquete puede ser “parcial”, es decir, aplicable a determinados sectores u obligaciones del tratado.</p>	<p>El trinquete impide a los países revertir las medidas de liberalización adoptadas después de la entrada en vigor del tratado. Cuando un AII tiene un mecanismo de trinquete, los cambios a nivel nacional en las políticas sobre MI sólo pueden ir en la dirección de ser más favorables para los inversores. El trinquete sólo aplica a sectores/industrias comprometidas.</p> <p>Incluir un “mecanismo de trinquete” puede ser atractivo para los países que deseen mostrar su compromiso hacia una mayor liberalización (unilateral). Al mismo tiempo, el trinquete restringe el derecho a regular. Éste plantea retos particulares para los sectores en los que los regímenes regulatorios y las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley son incipientes, y en donde los efectos futuros de la liberalización no están claros.</p> <p>Los países que están “experimentando” con la liberalización y con cambios regulatorios pueden encontrar beneficioso no incluir un mecanismo de trinquete en sus AII, o bien introducirlo después de un período transitorio prolongado. Esto les dará la libertad de revertir el curso de la liberalización siempre que dicha reversión no resulte en un grado de liberalización menor al nivel consagrado en el AII.</p>
	<p>3.1 Exclusiones generales aplicables a ambas/todas las Partes del Tratado</p> <p>Permitir a las Partes mantener:</p> <ul style="list-style-type: none"> • todas las medidas nacionales que no se ajusten a las disposiciones del AII en el momento de entrada en vigor del tratado (“derechos adquiridos generales” sobre todas las medidas inconsistentes) • todas las medidas actuales y futuras tomadas por ciertos niveles de gobierno (por ejemplo, sub-nacional y/o local) • un trato más favorable para los miembros de las organizaciones para la integración económica (la excepción de organizaciones para la integración económica regional a la obligación de trato de NMF, véase apartado 4.2.2 en la Parte A “Post-establecimiento”). <p>3.2 Reservas específicas de cada país</p> <p>Hacer reservas en sectores/industrias comprometidas conforme al enfoque de lista positiva (“híbrido”) o de lista negativa.</p>	<p>Independientemente de si las Partes del AII optan por un enfoque de lista positiva o negativa, éstas pueden hacer reservas en los sectores comprometidos. Esto puede consistir en exclusiones generales, las que por lo general se incluyen en el texto principal del tratado y se aplican a ambas/todas las Partes del AII, o en reservas específicas de cada país, que se aplican al país que los enumera en su respectiva lista de reservas.</p> <p>En virtud de las reservas se pueden mantener las MI existentes (“suspensión”) y/o mantener el derecho de adoptar nuevas MI en el futuro (véase apartados 1.2.2 y 1.3.2). Las reservas pueden ser aplicables a ambas/todas las Partes (exclusiones generales) o pueden ser específicas de cada país. Los países pueden combinar los diferentes enfoques como mejor se ajusten a sus objetivos nacionales de políticas/ desarrollo (y según las preferencias de sus socios de negociación).</p> <p>Las exclusiones generales, es decir, las que normalmente se encuentran en el texto principal del tratado (no en las listas de reservas) y que aplican a ambas/todas las Partes, no requieren que las Partes enlisten las medidas específicas para las que se conserva flexibilidad regulatoria. Las exclusiones generales se pueden combinar con una lista ilustrativa de medidas inconsistentes, esto con fines de transparencia regulatoria.</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Reservas ...preservan el derecho de mantener medidas inconsistentes actuales y/o adoptar nuevas medidas inconsistentes en el futuro (continuación)</p>	<p>3.2.1 Reservas sectoriales</p> <p>Incluir reservas que apliquen a determinados sectores/industrias, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • excluir por completo sectores o industrias • limitar la propiedad y control extranjero, incluyendo topes a la participación en el capital • establecer requisitos de desempeño específicos a un sector • dar permiso a que haya ciertos monopolios empresariales específicos. <p>3.2.2 Reservas en áreas de políticas</p> <p>Incluir reservas en áreas de políticas específicas, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • transferencia o venta de participaciones o bienes del Estado (privatización) • acceso a la tierra y recursos naturales (por ejemplo, permitir topes o prohibiciones de ventas, permitir procedimientos de autorización o aprobación) • medidas de apoyo gubernamental (por ejemplo, subvenciones y créditos) • apoyo gubernamental a las minorías/grupos desfavorecidos • apoyo gubernamental a las industrias y PYMEs vulnerables. <p>3.2.3 Reservas en procedimientos de gobierno</p> <p>Incluye reservas que explícitamente permiten por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • algunos procedimiento especiales para la aprobación de la inversión extranjera • registro especial or licencia • admisión sujeta a “prueba de necesidad económica” (basado en la evaluación de necesidad en el mercado doméstico). 	<p>Una opción es preservar, “al por mayor”, cualquier y todas las medidas actuales inconsistentes con las obligaciones de PE (sin enumerar las MI una por una). Si se combina con un mecanismo de “trinquete” (apartado 2.2), este enfoque tendría el efecto de no liberalizar cualquier sector al momento de la firma del tratado, sino que consagra el <i>status quo</i> y fija toda la liberalización unilateral futura. Otro enfoque consiste en excluir cualquier y todas las medidas actuales y futuras adoptadas en cierto nivel de gobierno (por ejemplo, sub-nacional y/o local). El alcance y la importancia del espacio de políticas que se conserve a través de esta reserva dependerá de la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno en el Estado de que se trate (mecanismo constitucional).</p> <p>Las listas específicas de cada país (es decir, las que por lo general se adjuntan al AII y son vinculantes para la Parte del AII que elaboró la lista en cuestión), se pueden utilizar para registrar una amplia variedad de reservas diferentes y para preservar la flexibilidad reglamentaria para una serie de diferentes medidas y por diferentes propósitos.</p> <p>Las reservas sectoriales se pueden aplicar a todo un sector o un subsector, industria, actividad o incluso una empresa. Los Estados tal vez deseen preservar el espacio normativo de ciertos sectores/industrias, por ejemplo, debido a (i) su importancia social (por ejemplo, la pesca, la agricultura, o servicios públicos como la salud, el suministro de agua o la educación), (ii) su regulación estricta (por ejemplo, energía, petróleo o gas, u otros sectores monopólicos), o (iii) otras sensibilidades (por ejemplo, las industrias aéreas y espaciales, o los sectores relacionados con la defensa, la cultura o los recursos naturales).</p> <p>Las reservas sectoriales pueden cubrir las medidas restrictivas/inconsistentes actuales y futuras, o limitarse a las medidas actuales (por ejemplo, topes específicos en la propiedad de capital, cuotas, derechos exclusivos, y otras medidas restrictivas o discriminatorias). Las reservas sectoriales absolutas pueden ayudar a una Parte a retener una amplia libertad regulatoria sobre cuestiones de PE, en el sector/industria en cuestión, y da como resultado una situación casi equivalente a no comprometer un sector.</p> <p>Las reservas en áreas de políticas preservan la flexibilidad (i) en un determinado ámbito de formulación de políticas (por ejemplo, la privatización, la tierra), (ii) para el uso de ciertos instrumentos de políticas (por ejemplo, subvenciones), (iii) para apoyar a ciertos tipos de beneficiarios (por ejemplo, las minorías).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Reservas ...preservan el derecho de mantener medidas inconsistentes actuales y/o adoptar nuevas medidas inconsistentes en el futuro (continuación)</p>	<p>3.2.4 Otras reservas Incluir otras reservas, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • establecer requisitos de un mínimo de inversión • derecho a imponer tarifas más elevadas a los inversores extranjeros. <p>3.3 Mecanismos adicionales de flexibilidad para reservas</p> <p>3.3.1 Alterar con posterioridad la lista de reservas Preservar el derecho de las Partes de añadir a sus listas, posteriormente, medidas inconsistentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • en sectores, productos o actividades nuevas/emergentes • en todos los sectores comprometidos, hasta una fecha determinada después de la entrada en vigor del acuerdo • en todos los sectores comprometidos, en cualquier momento, siempre y cuando esto “no altere el nivel global de compromisos” en virtud del tratado. <p>3.3.2 Tiempo adicional para la negociación de la lista de reservas Posponer la entrada en vigor de las obligaciones de pre-establecimiento hasta que las Partes estén de acuerdo con sus respectivas listas de reservas.</p>	<p>Una reserva en materia de privatización, por ejemplo, puede conservar la flexibilidad incluso para la imposición de condiciones (por ejemplo, requisitos de desempeño) en este tipo de transacciones. Las reservas relacionadas con la tierra y los recursos naturales tienen importancia para las políticas en razón de los problemas nacionales de seguridad derivados de la ubicación estratégica de la tierra (por ejemplo, el territorio de las zonas fronterizas sensibles o los frentes oceánicos), del acceso estratégico a los recursos naturales (por ejemplo, los minerales, el petróleo, el agua, la biodiversidad), o de cuestiones relacionadas con el tamaño de países/regiones (por ejemplo, la preservación del acceso a propiedades inmobiliarias para la población residente).</p> <p>Las reservas en un AII con frecuencia preservan la capacidad de los países para proporcionar apoyos gubernamentales (subsidios y donaciones). Dependiendo de la redacción, esto puede incluir: (i) diferentes tipos de apoyo financiero (por ejemplo, subsidios, créditos, préstamos, ayuda externa, garantías, seguros); (ii) medidas de apoyo por parte de una entidad gubernamental (incluso a nivel sub-federal), o una empresa del Estado; y/o (iii) medidas de apoyo dirigidas a diversos objetivos de políticas/ para diversos beneficiarios (por ejemplo, las PYMEs, actores económicos en desventaja, actores económicos de una región específica, etc.).</p> <p>El apoyo a las minorías/grupos en desventaja puede incluir a grupos históricamente desfavorecidos, etnias, minorías, actores con dificultades económicas, pueblos indígenas, etc. Ejemplos de MI incluyen: (i) reservar cuotas específicas en ciertas industrias, o de carácter general, para los beneficiarios; (ii) un trato preferencial en la concesión de licencias o el acceso a recursos; (iii) un trato preferencial con respecto a las actividades en un sector determinado; o (iv) la imposición de requisitos de inversión mínima para los inversores extranjeros (es decir, reservar para los beneficiarios, de manera efectiva, las actividades de pequeña escala).</p> <p>Las reservas sobre procedimientos gubernamentales preservan el derecho de los Estados receptores de someter a los inversores/inversiones extranjeras a ciertos procedimientos (especiales o adicionales). Por ejemplo, se puede aplicar un procedimiento especial de escrutinio para la inversión extranjera que supere ciertos umbrales (el tamaño de la inversión, el tamaño de los activos adquiridos, el tamaño de la participación adquirida) y/o en sectores específicos.</p> <p>Por último, las Partes pueden idear mecanismos de flexibilidad que, por ejemplo, les permitan modificar sus listas de reservas (con posterioridad a la adopción de la AII), o que les conceda un plazo más largo para la negociación/diseño de sus reservas (después de la celebración de las negociaciones “principales” del AII).</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>4 Cumplimiento de las obligaciones de pre-establecimiento ...determina cómo se pueden hacer cumplir e interpretar las obligaciones de pre-establecimiento</p>	<p>4.1 Incluir normas sobre el cumplimiento de las obligaciones de pre-establecimiento, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • aplicar todos los mecanismos de ejecución del AII a los compromisos de PE, es decir, someterlos tanto a la solución de diferencias Estado-Estado, como inversor-Estado • excluir de la SDIE las disciplinas sobre pre-establecimiento, es decir, someterlas sólo a la solución de controversias Estado-Estado • disponer que las Partes tienen la autoridad sobre la interpretación de las listas de reserva (es decir, obligar a los tribunales a remitir asuntos relevantes para una determinación conjunta entre las Partes). 	<p>Debido a las sensibilidades que rodean al PE y a la SDIE, algunos AII impiden a los inversores iniciar casos de SDIE contra los gobiernos receptores en estos temas. Un país podrá excluir de SDIE: (i) todas las cuestiones relacionadas con el PE, (ii) solamente las cuestiones derivadas de obligaciones seleccionadas (por ejemplo, sólo TN), o (iii) sólo las decisiones de aprobación de las inversiones entrantes por parte del gobierno (pertinente para los países en los que existen tales procedimientos). Por lo general, la solución de controversias Estado-Estado queda entonces disponible para resolver disputas sobre cuestiones de PE.</p> <p>Otra opción es dar a las Partes la autoridad sobre la interpretación de las listas de reservas. Los gobiernos pueden preferir tener margen de maniobra para encontrar soluciones políticas, por ejemplo, a través de una comisión conjunta que determine por la vía diplomática el alcance de las reservas formuladas, o mediante la negociación de soluciones alternativas.</p>
<p>5 Otras disposiciones de los tratados ...proporcionan flexibilidad o circunscribe el ámbito de aplicación del tratado en su conjunto (incluyendo las obligaciones de pre-establecimiento)</p>	<p>5.1 Preservar el espacio de políticas y la flexibilidad reglamentaria para asuntos de pre-establecimiento a través de las disposiciones generales pertinentes del AII, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • excluir ciertos sectores sensibles y áreas de políticas del ámbito de aplicación del tratado en su totalidad (véase apartado 2.3 en la Parte A “Post-establecimiento”) • incluir excepciones de políticas públicas y/o seguridad nacional (véase apartado 5 de la Parte A “Post-establecimiento”) • incluir una excepción de balanza de pagos a la obligación de libre transferencia (Véase apartado 4.7.2 en la parte A Post-establecimiento). 	<p>Además del enfoque <i>per se</i> adoptado para establecer compromisos de PE, la medida/profundidad del enfoque también está determinada por la cobertura general del tratado y los mecanismos del AII para preservar el derecho a regular (por ejemplo, las excepciones de políticas públicas). Por ejemplo, si el AII no se aplica a un determinado sector/industria (por ejemplo, servicios sociales) o a un área de políticas específico (por ejemplo, subvenciones), entonces las obligaciones de PE del AII tampoco se aplican a ese sector/área. Las técnicas para circunscribir el alcance tratado y sus respectivas ventajas y desventajas se discuten en las secciones pertinentes del Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD.</p>

Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible

OPCIONES DE POLÍTICAS PARA AII

PARTE C. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO (TED)

Las disposiciones sobre TED podrían ser una opción si las Partes Contratantes de un AII tienen niveles de desarrollo significativamente diferentes, especialmente si una de las Partes es un país menos adelantado. El TED presupone que un tratado puede ser construido de forma asimétrica, es decir, las obligaciones del tratado pueden diferir entre las Partes Contratantes.

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>1 Obligaciones asimétricas ... permiten la imposición de obligaciones menos onerosas para una Parte menos desarrollada</p>	<p>1.1.0 Implementación retardada de las obligaciones</p> <p>Introducir un calendario para la implementación de los compromisos del AII con plazos más largos para una Parte menos desarrollada. Podría usarse para, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none">• obligaciones de pre-establecimiento• trato nacional• transferencia de fondos• requisitos de funcionamiento• transferencia• solución de diferencias inversor-Estado <p>1.1.1 Intensidad normativa reducida</p> <p>Reemplazar obligaciones vinculantes por obligaciones de <i>mejor-esfuerzo</i> para una Parte menos desarrollada. Podría usarse para, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none">• obligaciones de pre-establecimiento• trato nacional• requisitos de desempeño• transparencia.	<p>Las disposiciones de TED expresan las necesidades especiales y preocupaciones especiales de países en vías de desarrollo y particularmente menos adelantados (PMA). En gran medida ausente de los AII existentes, este principio se expresa en numerosas disposiciones de los acuerdos de la OMC y ha encontrado su camino en otros aspectos del derecho internacional tal como el marco internacional del cambio climático.</p> <p>El TED puede ser necesario para asegurar que una Parte menos desarrollada en un tratado no asuma obligaciones que serían demasiado gravosas de cumplir o contrarias a su estrategia de desarrollo.</p> <p>Existen varias maneras para convertir a un AII en asimétrico y para reflejar para las necesidades especiales de las Partes menos desarrolladas; por otra parte, varias opciones de TED se pueden combinar en el mismo tratado. Por ejemplo, el tratado puede establecer períodos de introducción gradual mayores para obligaciones de pre-establecimiento, excepciones específicas por países a la prohibición de los requisitos de funcionamiento, obligaciones de <i>mejor esfuerzo</i> sobre transparencia y tomar en cuenta el nivel del nivel de desarrollo en la disposición sobre TJE</p>

Secciones	Opciones de Políticas para Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)	Implicaciones para el Desarrollo Sostenible (DS)
<p>Obligaciones asimétricas ... permiten la imposición de obligaciones menos onerosas para una Parte menos desarrollada (continuación)</p> <p>2 Herramientas adicionales ...alientan que la Parte más desarrollada haga contribuciones positivas</p>	<p>1.1.2 Reservas</p> <p>Incluye reservas de obligaciones generales para países específicos, por ejemplo. Excluyendo sectores sensibles, áreas de políticas o empresas de un tamaño específico (por ejemplo, PYMEs). Podría usarse para, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • obligaciones de pre-establecimiento • trato nacional • trato de NMF • requisitos de funcionamiento • personal y reclutamiento (cargos gerenciales) <p>1.1.3 Interpretación favorable al desarrollo</p> <p>Promover la interpretación de estándares de protección que tome en cuenta los diferentes niveles de desarrollo de los Estados. Podría usarse para, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • trato justo y equitativo • protección y seguridad plenas • cantidad de la indemnización otorgada. <p>2.1.0 Asistencia técnica</p> <p>Asumir una obligación (de mejores esfuerzos) de otorgar asistencia técnica para implementar las obligaciones del AII, dar respuesta a los casos de SDIE y facilitar los flujos de IED.</p> <p>2.1.1 Promoción de la Inversión</p> <p>Establecer incentivos a la salida de IED tales como garantías de la inversión.</p>	<p>El TED puede manifestarse también en obligaciones especiales para la Parte Contratante más desarrollada. Éstas sirven para hacer operativo al AII, para que éste realice su función de promoción de la IED y, si es necesario, para ayudar a la Parte menos desarrollada a implementar ciertas obligaciones del AII. El TED también puede manifestarse como cooperación en materia de capacitación y asistencia para la representación del Estado adecuada en las controversias inversor - Estado, en particular mediante el establecimiento de un centro de asesoramiento de inversiones, lo que puede ayudar a los países a reducir costes y aumentar la eficiencia cuando lidian con reclamaciones SDIE.</p> <p>La inclusión de tales disposiciones en el tratado, incluso de forma no vinculante, daría al socio más desarrollado un mandato para dar asistencia técnica y realizar actividades de promoción.</p>

- 1 Muchos países en desarrollo exitosos mantienen un nivel significativo de influencia gubernamental sobre la dirección del crecimiento económico y el desarrollo en general; véase *Development-led globalization: Towards sustainable and inclusive development paths*, Informe del Secretario General de la UNCTAD a la UNCTAD XIII.
- 2 El G-20, en su declaración de Seúl de 2010, pidió a las organizaciones internacionales (en concreto a la UNCTAD, OMC y OCDE) supervisar el fenómeno del proteccionismo en materia de inversión.
- 3 Véase Sauvant, K.P. (2009). "FDI Protectionism Is on the Rise." *World Bank Policy Research Working Paper 5052*.
- 4 Por ejemplo, las Directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa, el Marco de Políticas para la Inversión (MPI) de la OCDE, y los instrumentos desarrollados por diversas organizaciones regionales y ONG.
- 5 Estos incluyen, entre otros, el Pacto Global de las Naciones Unidas, los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Marco de Sostenibilidad de la CFI y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.
- 6 El universo de los "All centrales" consiste principalmente en TBI y otros acuerdos que contienen disposiciones relativas a inversión, también llamados "otros acuerdos All". Un ejemplo de estos últimos son los tratados de libre comercio (TLC) o acuerdos de asociación económica (AAE). Los "otros All", en lo que respecta a sus obligaciones sustantivas, por lo general caen en una de tres categorías: All con obligaciones comúnmente encontradas en los TBI; acuerdos con disposiciones sobre inversión limitadas; y All enfocados en la cooperación en materia de inversión y/o que establecen negociación sobre inversión en el futuro. Además de "All centrales", hay muchos otros instrumentos jurídicos que son importantes para la inversión extranjera, incluyendo los tratados de doble tributación (TDT).
- 7 Algunos ejemplos incluyen la interacción entre los All y otros cuerpos normativos o de políticas internacionales en el ámbito de salud pública (por ejemplo, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, la OMS CMCT), medio ambiente (por ejemplo, la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos) o de los derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), por nombrar algunos. Para asegurar la coherencia entre la protección de la inversión y el cambio climático, el IIM 10, sugirió una "declaración multilateral" que aclarara que los All no restringen las medidas sobre cambio climático promulgadas en buena fe.
- 8 En algunos países, un requisito previo para otorgar garantías de inversión es que exista un All.
- 9 Este impacto generalmente es mayor en el caso de acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP) que con respecto a los TBI. Véase "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries," UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, diciembre 2009; Véase también "The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014", IIA Issues Note - working draft, septiembre 2015. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>. Para una discusión completa de los determinantes de la IED consulte el IIM 98.
- 10 Véase también, Skovgaard Poulsen, Lauge N. and Aisbett, Emma (2011) "When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning." *Crawford School Research Paper No. 5*.
- 11 UNCTAD, Recent trends in IIAs and ISDS, IIA Issues Note, febrero 2015, No 1, p. 5.
- 12 Como se discutió en el IIM 04, la interacción puede estar dirigida por la liberalización autónoma o por los All, o en cualquier lugar entre estos dos.
- 13 Esto es coherente con la visión tradicional del derecho internacional, ya que rige las relaciones entre sus sujetos, principalmente entre los Estados. En consecuencia, es imposible que un tratado internacional para imponer obligaciones a los actores privados (inversores), que no son partes en el tratado (a pesar de que estén sujetos a la jurisdicción de las respectivas partes contratantes).

- ¹⁴ El artículo 13 sobre la “Obligación de los Inversores” establece lo siguiente: “los inversores de COMESA y sus inversiones deberán cumplir con todas las medidas nacionales aplicables del Estado miembro en el que se realiza la inversión.”
- ¹⁵ Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/RES/26/9, “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, 14 de julio de 2014.
- ¹⁶ De hecho, en el transcurso del siglo pasado, el derecho internacional se ha ido alejando de la estricta visión tradicional, para avanzar hacia la inclusión en su esfera, en caso de que sea apropiado, de actores no estatales. Véase, por ejemplo, A. Bianchi (ed.) (2009), “Non-State Actors and International Law.” (Ashgate, Dartmouth).
- ¹⁷ También la Revisión de 2012 de las Directrices para la Inversión Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) hace referencia a las obligaciones de los inversores de cumplir con las leyes y reglamentos del Estado receptor en todo momento y, en particular, a su obligación de cumplir con la legislación nacional e internacional en materia laboral, aun cuando Estado receptor no hagan cumplir la legislación de manera efectiva.
- ¹⁸ Las dos cifras se refieren a los importes totales de la indemnización reclamada y obtenida por los tres demandantes que constituyen los accionistas mayoritarios de la antigua Yukos Oil Company en el procedimiento de arbitraje internacional contra la Federación Rusa. Véase *Hulley Enterprises Limited (Chipre) v. La Federación Rusa*, CNUDMI, CPA Caso No. AA 226, Laudo, 18 de julio de 2014; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. La Federación Rusa*, CNUDMI, CPA Caso No. AA 227, Laudo, 18 de julio de 2014; *Veteran Petroleum Limited (Chipre) v. La Federación Rusa*, CNUDMI, CPA Caso No. AA 228, Laudo, 18 de julio de 2014.
- ¹⁹ Nottage, Hunter (2003), *Trade and Competition in the WTO: Pondering the Applicability of Special and Differential Treatment*, *Journal of International Economic Law*, 6(1), p.28.
- ²⁰ Esto con base en las seis categorías identificadas en el documento de la OMC (2000) “Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los acuerdos y decisiones de la OMC” Nota del Secretariado, WT/COMTD/W/77, 25 de octubre de 2000, disponible en www.wto.org. Más recientemente, también la Declaración Ministerial de Doha (2001) reafirmó el TED como parte integrante del régimen de comercio multilateral.
- ²¹ Acuerdo de Inversión del Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA por sus siglas en inglés) (2007), artículo 14(3).
- ²² Para obtener más información, véase UNCTAD (2011) “Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements.” *IIA Issues Note, N.º.2*, www.unctad.org, *Abaclat y otros v. La Republica Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.
- ²³ Cualquier esfuerzo integral para reformar el régimen de SDIE también tendría que ir más allá de las cláusulas del IIA, y abordar otras normas, incluyendo las referentes a la conducción de los arbitrajes internacionales (por ejemplo, las del CIADI o de la CNUDMI).
- ²⁴ La experiencia con SDIE ha revelado numerosos casos de cláusulas poco claras o ambiguas que corren el riesgo de ser interpretados de una manera inesperada y amplia. Por tanto, el cuadro incluye opciones para aclararlas. Sin embargo, estas aclaraciones no deben ser utilizados por los árbitros para interpretar las cláusulas anteriores que carecen de aclaraciones en forma amplia y abierta.
- ²⁵ La ausencia de SDIE - y por lo tanto de la posibilidad de ser objeto de las obligaciones financieras derivadas de SDIE - puede hacer que sea más fácil que los países logren un acuerdo sobre ciertas normas de protección.
- ²⁶ Del mismo modo, se pueden combinar cláusulas de liberalización o de protección de largo alcance con la posibilidad de formular reservas (por ejemplo, las cláusulas sobre pre- y post-establecimiento, y para las medidas existentes y futuras). Véase “Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations”, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, junio de 2006; www.unctad.org.