

¿Una Agenda Sureña sobre Inversión?

Fomento del desarrollo con
derechos y obligaciones
equilibrados para
inversores, estados
anfitriones y
estados locales



Por
Howard Mann
Konrad von Moltke

¿Una Agenda Sureña sobre Inversión?

**Fomento del desarrollo con derechos y
obligaciones equilibrados para inversores,
estados anfitriones y estados locales**

Por Howard Mann y Konrad von Moltke

© 2005 *International Institute for Sustainable Development* (IISD)

Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible contribuye al desarrollo sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales; la política económica; el cambio, la medición y la evaluación climáticos y la administración de los recursos naturales. A través de la internet, informamos sobre negociaciones internacionales y compartimos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo y un mejor diálogo entre el norte y el sur.

La visión del IISD consiste en un mejor nivel de vida para todos y de manera sostenible. Su misión es fomentar la innovación, lo cual permitirá a las sociedades vivir sosteniblemente. El IISD es una organización sin fines de lucro pública en Canadá y cuenta con el estatus 501(c)(3) en Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo operativo del gobierno de Canadá, a través del Organismo Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA), del Centro Canadiense de Investigación sobre el Desarrollo Internacional y del Ministerio del Medio Ambiente de Canadá y del gobierno provincial de Manitoba. El instituto recibe financiación para sus proyectos de varios gobiernos dentro de Canadá y alrededor del mundo, de agencias de las Naciones Unidas, de fundaciones y del sector privado.

¿Una Agenda Sureña sobre Inversión? Fomento del desarrollo con derechos y obligaciones equilibrados para inversores, estados anfitriones y estados locales

ISBN 1-895536-75-8

International Institute for Sustainable Development

161 Portage Avenue East, 6th Floor

Winnipeg, Manitoba

Canadá R3B 0Y4

Tel: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Correo electrónico: info@iisd.ca

Sitio web: <http://www.iisd.org/>

Traducción al español por Mara Reich

Diseñado por Donald Berg

Impreso por Unigraphics (Winnipeg, Manitoba, Canadá)



Impreso sobre papel 100% reciclado.

¿Una Agenda Sureña sobre Inversión?

Fomento del desarrollo con derechos y obligaciones equilibrados para inversores, estados anfitriones y estados locales

Índice

Prefacio	v
1. Inversión y desarrollo	1
2. Acuerdos sobre inversión internacional	3
3. Condiciones necesarias para la inversión para desarrollo	5
4. La fase de preestablecimiento	7
5. Replantear las exigencias de rendimiento	9
6. Derechos y obligaciones del estado anfitrión	11
7. Derechos y obligaciones de los inversores	13
8. Derechos y obligaciones del estado local	16
9. Proceso de solución de diferencias	18
10. Observación de los resultados	20
11. Instituciones y financiación para acuerdos sobre inversión	21
12. Conclusiones	23
Sobre los autores	24

Prefacio

Este trabajo es producto de un proceso de investigación que implicó el análisis de varios acuerdos y controversias sobre inversión internacional. Se organizaron tres consultas regionales en Bangkok (mayo de 2004), Ciudad del Cabo (mayo de 2004) y San Pablo (junio de 2004), en los cuales se consideró el clima de inversión y los acuerdos sobre inversión de cinco países (Tailandia, Malasia, Sudáfrica, Argentina y Brasil). Estas consultas también identificaron muchos de los elementos de una agenda sureña sobre inversión que están incluidos en este informe. Los documentos de este proceso están disponibles en: <http://www.iisd.org/investment/dci/sai.asp>.

Este informe se publica bajo la responsabilidad de sus autores y del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD). Sabemos que después de sólo 18 meses de trabajo no es posible enunciar claramente una agenda sureña sobre inversión que es el resultado de un amplio y vigoroso debate sobre política en los países en vías de desarrollo que más están afectados por los acuerdos sobre inversión internacional. Sin embargo, el proceso emprendido por el IISD representa el primer intento para desarrollar una amplia agenda para negociaciones sobre inversión que toma las prioridades de los países en vías de desarrollo como su punto de partida.

La ausencia de un adecuado debate sobre política de inversión en las últimas décadas es sorprendente, incluso chocante. Los acuerdos sobre inversión internacional existentes se basan en un modelo que tiene 50 años que se mantiene concentrado sobre los intereses de inversores de países desarrollados. Este trabajo identifica importantes asuntos de interés para los países en vías de desarrollo que son vitales desde la perspectiva del desarrollo sostenible pero que no están siendo tratados en los procesos actuales de negociación. Las implicaciones son claras: desde la perspectiva del desarrollo y del desarrollo sostenible, las negociaciones pasadas y presentes sobre inversión internacional son gravemente insuficientes. Todo el proceso necesita ser completamente reconceptualizado.

Para fomentar la discusión sobre el enfoque más apropiado para un nuevo comienzo, hemos formulado el Acuerdo Internacional Modelo del IISD

sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible, que se publica de manera separada. Este acuerdo preliminar y la documentación complementaria se encuentran también disponibles en: <http://www.iisd.org/investment>.

Nos gustaría agradecer a los autores e institutos que nos ayudaron con nuestras consultas:

Roberto Bouzas y Daniel Chudnovsky de la Universidad de San Andrés, Argentina; Pedro da Motta Veiga de la *Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior*, (FUNCEX), Brasil; Deunden Nikomborirak del Instituto Tailandés de Investigación para el Desarrollo (TDRI); y Trudi Hartzenberg del Centro de Ley Comercial para Sudáfrica (tralac).

También nos gustaría agradecer a las organizaciones de asistencia financiera que han patrocinado este trabajo durante los últimos 18 meses: la Agencia Sueca de Cooperación para el Desarrollo Internacional (Sida); el Centro Canadiense de Investigación sobre el Desarrollo Internacional (IDRC); la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (SDC); la Agencia Noruega para la Cooperación del Desarrollo (Norad); el Ministerio de Planeamiento Espacial, Vivienda y Medio Ambiente de los Países Bajos, la Agencia Danesa de Desarrollo Internacional (DANIDA) y la Fundación Heinrich Böll.

Existen más de 2000 acuerdos internacionales sobre inversión (AII). Sin embargo, estos acuerdos tratan sólo una pequeña proporción de los asuntos que requieren atención si la inversión internacional debe fomentar el desarrollo sostenible. En la práctica, los AII tratan la gestión para la globalización pero carecen de los estándares que se pueden esperar de tal estructura legal.

Todos los objetivos económicos a largo plazo — en particular, el desarrollo, la protección medioambiental y el desarrollo sostenible — deben en última instancia tratar las condiciones para la inversión porque ninguno puede lograr sus metas sin inversión. Esta realidad ha sido pasada por alto por aquellos que negocian los acuerdos sobre inversión.

No puede haber dudas sobre la prioridad dominante de los países en vías de desarrollo, en lo que respecta a la inversión extranjera. Quieren que esta inversión contribuya a su desarrollo. Los AII existentes contribuyen poco o nada a esta meta. Una agenda sureña sobre inversión debe comenzar por reconocer

que los AII que contribuyen al desarrollo no se parecerán en nada a los AII existentes. Deben incluir más actores, cubrir más asuntos y equilibrar mejor los intereses de los principales actores en la inversión internacional: los inversores, los estados anfitriones y los estados locales.

1. Inversión y desarrollo

Los enlaces entre la inversión y el desarrollo — y el desarrollo sostenible — son tan fuertes que son manifiestos. En una economía de mercado, la inversión determina el ritmo, la dirección y la fuerza del desarrollo. Los países con inversión insuficiente tienen posibilidades limitadas de desarrollo; los países con un fuerte desarrollo se caracterizan por una inversión vigorosa.

Los países con inversión insuficiente tienen posibilidades limitadas de desarrollo; los países con un fuerte desarrollo se caracterizan por una inversión vigorosa.

La inversión extranjera es una parte necesaria del universo de la inversión en la mayoría de los países. Incluso en los países en vías de desarrollo que no están tan limitados por la falta de capital como otros, (Sudáfrica, por ejemplo) el ingreso de inversión extranjera es importante porque trae inversores extranjeros y crea enlaces económicos con la economía global y con las economías de los países locales de estos inversores. Los beneficios emergentes se han documentado extensamente.¹

Las autoridades públicas en la mayor parte de las jurisdicciones buscan atraer inversores, incluso inversores extranjeros. Se ha comprobado, sin embargo, que la atracción de inversión es un arte incierto. En función de un análisis extensivo, existe un consenso sobre las numerosas condiciones necesarias para atraer inversores.²

Sin embargo, los enlaces entre la inversión extranjera directa (IED) y el desarrollo son menos directos de lo

que podría suponerse. Más no es necesariamente mejor, sin embargo casi no existen intentos para establecer distinciones cualitativas entre las inversiones, lo que incluye la IED, que puede ser controlada por varios factores y puede tomar varias formas. El peso relativo de estos factores variará según las metas del inversor, los aspectos financieros y las circunstancias del país anfitrión, siempre vistas en comparación con las oportunidades competitivas para la inversión. La inversión puede estar dirigida hacia el mercado, diseñada para proveer a un mercado lo que no puede ser provisto tan eficazmente de cualquier otra manera; puede estar dirigida hacia los recursos, diseñada para captar ciertos recursos naturales que no se encuentran tan disponibles en ningún otro lado; o puede estar dirigida hacia la eficacia, utilizando dimensiones de una ventaja competitiva de localización — salarios, mano de obra experimentada, recursos naturales o acceso al transporte, por ejemplo.

Ciertas inversiones, en particular aquellas que están dirigidas hacia los recursos o que tienen tasas de rentabilidad excepcionalmente elevadas, pueden ser realizadas casi sin tener en cuenta los asuntos de gestión, mientras que otras inversiones, las cuales cuentan con una vigorosa rentabilidad pero comparativamente incierta, no se realizarán bajo ninguna circunstancia. Existen jurisdicciones que exhiben todas las características de buena gestión y no atraen inversión extranjera, mientras algunas jurisdicciones con una reputación de mala gestión sí atraen inversión.

La cantidad y variedad de factores que influyen las decisiones sobre la IED son confusas y vuelven problemático cualquier enfoque sencillo sobre la inversión extranjera. Los AII que fomentan la inversión que apoya los objetivos de desarrollo del país anfitrión deben reflejar la gama completa de factores de una manera apropiada.

1 Consultar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Informe sobre las Inversiones en el Mundo: UNCTAD, anual.

2 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Incentives*. Serie sobre Asuntos de Acuerdos sobre Inversión Internacional de la UNCTAD. Ginebra: UNCTAD, 2004.

Ciertas inversiones extranjeras pueden desplazar la inversión nacional, dejando al país anfitrión con obligaciones externas adicionales pero sin beneficios nacionales mensurables. Otras inversiones, particularmente en servicios, posiblemente creen presiones de balanza de pagos, ya que los inversores extranjeros tienen una tendencia más alta de trabajar con proveedores conocidos (extranjeros), por lo que incrementan las importaciones sin un aumento correspondiente en las exportaciones; y las ganancias de inversiones sobre servicios recargan adicionalmente la balanza de pagos cuando son repatriadas, ya que no existen exportaciones equilibradas para generar moneda extranjera.³

No toda la IED contribuye al crecimiento económico, e incluso es posible que la IED que contribuye al crecimiento no apoye las prioridades de desarrollo de los países anfitriones.

Es claro que los beneficios del desarrollo asociados con la IED no se acumulan automáticamente. No toda la IED contribuye al crecimiento económico, e incluso es posible que la IED que contribuye al crecimiento no apoye las prioridades de desarrollo de los países anfitriones. Para que esto cambie, los países en vías de desarrollo creen que el enlace entre la IED y el desarrollo debe ser explícito y apoyado por políticas que fomentan resultados deseables, incluso si reconocen los requerimientos económicos fundamentales asociados con cualquier inversión.

Dichas políticas no son fáciles de crear ni de implementar. Los AII deberían estar específicamente diseñados para apoyarlas.

La necesidad de políticas nacionales para asegurar que los beneficios de desarrollo fluyan de la IED está más intensificada cuando se busca fomentar el desarrollo sostenible, que hace que entre en juego un conjunto adicional de prioridades de política. No obstante, es esencial si hay alguna posibilidad de dirigirnos hacia una sociedad más sostenible.

Muchas de las políticas requeridas se encuentran dentro del alcance de la actividad gubernamental normal en los países anfitriones y no dependen de acuerdos internacionales. Existe, sin embargo, un riesgo continuo de que los acuerdos sobre inversión internacional puedan bloquear medidas necesarias, en particular, cuando no logran reconocer explícitamente la necesidad de dichas medidas. Más allá de esta preocupación defensiva, existe el deseo obvio de que los acuerdos sobre inversión internacional contribuyan positivamente al desarrollo y al desarrollo sostenible. Esto se aplica particularmente en países que carecen de algunas capacidades vitales para determinar la viabilidad de la IED — por ejemplo, recursos institucionales, información suficiente para tomar decisiones necesarias, o los medios financieros para apoyar dichas decisiones cuando sea apropiado o las herramientas legales y administrativas para asegurar que las inversiones sean sostenibles en el ambiente local. Como consecuencia, el desafío es crear acuerdos sobre inversión internacional que fomenten un equilibrio apropiado entre los derechos del inversor y los objetivos de desarrollo sostenible de los países anfitriones y locales.

³ Para más detalles, consultar los estudios de casos ASI sobre Argentina (http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_argentina.pdf) y Brasil (http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf).

2. Acuerdos sobre inversión internacional

Existen más de 2000 acuerdos sobre inversión internacional (AII), sin embargo, su propósito continúa singularmente limitado a proteger a inversores extranjeros, al mismo tiempo que se ignoran muchos otros aspectos decisivos de las relaciones que rodean a la IED.⁴ La mayoría de estos acuerdos persiguen este propósito utilizando estándares absolutos de tratamiento (“tratamiento justo y equitativo” o “expropiación”) o estándares relativos (“tratamiento nacional” o “tratamiento de nación más favorecida”) para lograr este objetivo. Brindan protección a los inversores después de haber realizado una inversión, particularmente de la expropiación y acceso a procesos de solución de diferencias internacionales entre inversor y estado. Los promotores de estos acuerdos han sostenido que el efecto de dicha protección será el fomento de inversión adicional entre las partes pero existe escasa evidencia para demostrar que han tenido un efecto mensurable.⁵

Algunos acuerdos sobre inversión internacional también incluyen reglas que rigen la fase de preestablecimiento de inversiones, imponiendo límites sobre el uso de los llamados requerimientos de rendimiento (acciones específicas requeridas de inversores extranjeros como una condición de autorizar el establecimiento de una inversión) y es posible que también inicien un proceso de “liberalización” relacionado con el derecho de establecimiento, por ejemplo al identificar ciertos sectores en los que los extranjeros pueden invertir por propio derecho. A menudo existe una suposición de que la lista de sectores cubiertos puede ser expandida

a través de negociaciones posteriores entre las partes. En unos pocos casos, el acuerdo enunciará el principio de acceso libre (notablemente dentro de la Unión Europea), sujeto a una lista de sectores excluidos. Es importante destacar que la “liberalización” se aplica sólo a las reglas de preestablecimiento; las reglas de postestablecimiento cubren todas las inversiones que se han realizado entre las partes mientras el acuerdo está en vigor, a menos que estén específicamente limitadas o balanceadas por otros intereses públicos en un acuerdo.

Casi todos los AII incluyen una o más partes que son países en vías de desarrollo. Sin embargo, pocos tratan específicamente las aspiraciones de desarrollo de estos países en su declaración de propósitos.⁶ Ninguna disposición específica diseñada para fomentar el desarrollo ha encontrado un uso generalizado. Los AII independientes no mencionan el desarrollo sostenible, un tema mencionado ocasionalmente por acuerdos comerciales que incluyen disposiciones sobre inversión.

Los AII que no hacen ninguna diferencia en lo que se refiere a desarrollo o inversión aumentada pueden ser considerados como un ejercicio inofensivo en relaciones internacionales declaratorias. Efectivamente, existe evidencia de que al menos algunos AII fueron concluidos como un suplemento de un evento diplomático que requería un resultado formal y la firma de un AII parecía inofensiva cuando no se disponía de ninguna otra opción. La inversión es, sin embargo, demasiado importante como para ser el objeto de

4 Esto incluye generalmente tratados bilaterales de inversiones (TBI), acuerdos comerciales bilaterales, regionales e interregionales que incluyen disposiciones de inversión y acuerdos multilaterales de inversión. Los acuerdos sobre comercio en servicios también incluyen disposiciones sobre inversión.

5 Mary Hallward-Driemer, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, World Bank, junio de 2003, http://econ.worldbank.org/files/29143_wps3121.pdf. Para una opinión alternativa ver, *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, por Jeswald Salacuse y Nicholas P. Sullivan, *Harvard International Law Journal*, vol. 46 N° 1 (Invierno 2005), pgs. 67–130. El enfoque de este trabajo es, sin embargo, sobre los TBI de los EE.UU., lo que incluye al TLCAN y el TBI entre EE.UU. y China, por lo que son muy particulares.

6 Luke Eric Peterson, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*. Winnipeg, MB: Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), 2004, p. 4: “—la experiencia del autor al examinar más de 150 tratados [de inversión bilateral] ... sugiere que las referencias al desarrollo son muy raras en tratados fomentados por un número de gobiernos occidentales con países en vías de desarrollo.”

dichas prácticas. Incluso acuerdos aparentemente inofensivos pueden producir resultados indeseables. Efectivamente, hoy en día es claro que los AII sí tienen un impacto, aunque no el que sus autores hayan pretendido.

Desde la perspectiva de la gestión para la globalización, los AII existentes son un fracaso. Inadecuadamente delimitan los papeles de los actores clave en la inversión internacional — inversores, estados anfitriones y locales — así como los de otros interesados. Obstaculizan la capacidad de los países en vías de desarrollo para ejercer algunos de sus derechos más fundamentales, sobre todo para identificar objetivos de desarrollo y para alcanzar el bienestar público al regular actividades económicas. Y tienen un impacto sobre la capacidad de todos los países para fomentar y establecer políticas y medidas de desarrollo sostenible.

Los objetivos expresados por los AII son importantes. Ayudan a determinar los estándares por los cuales un acuerdo y sus impactos serán juzgados. En el proceso de solución de diferencias, suministran a los árbitros directivas para interpretación. Muy frecuentemente, hoy en día, el único objetivo declarado es la protección y el fomento de la inversión, pero las disposiciones esenciales del tratado sólo tratan la protección del inversor, lo que conduce a los árbitros a dar prioridad a este objetivo. Frecuentemente, sin embargo, una declaración de propósitos puede utilizarse para enunciar objetivos a largo plazo, algunos de los cuales pueden ser actualmente imposibles de lograr. Esto crea un marco para los árbitros y un incentivo para los negociadores para tener cuidado y para crear oportunidades (en lugar de obstáculos) para el ajuste posterior de acuerdos a fin de reflejar una comprensión evolutiva de lo que funciona y lo que no.

No existe una relación reconocible entre los AII y los flujos de inversión. Algunos países que no forman parte de ningún AII reciben importantes inversiones internacionales y muchos países que forman parte de varios AII no reciben casi ninguna.

Ha surgido muy poca evidencia empírica para apoyar la opinión de que los tratados que brindan protección al inversor estimulan flujos nuevos y adicionales de inversión directa extranjera. No existe una relación reconocible entre los AII y los flujos de inversión. Algunos países que no forman parte de ningún AII reciben importantes inversiones internacionales y muchos países que forman parte de varios AII no reciben casi ninguna. Algunos países no forman parte de acuerdos sobre inversión y sin embargo reciben inversiones. Algunos países que reciben inversiones internacionales forman, en efecto, parte de AII, pero la inversión no sigue el modelo de acuerdos de ninguna manera perceptible.⁷ En realidad, esto es apenas sorprendente, dado el número de factores que condicionan las decisiones sobre inversión pero no están afectados por AII existentes. En la práctica, estos factores exceden el impacto de los AII existentes.

El desarrollo es, sin duda, el objetivo dominante de los países en vías de desarrollo en política económica internacional. Desde una perspectiva sureña, los acuerdos sobre inversión no son deseables si no apoyan el desarrollo. Es difícil alegar que los AII existentes satisfacen esta prioridad.⁸ Las disposiciones esenciales de los acuerdos existentes no brindan ninguna consideración visible a los procesos y dilemas de desarrollo — o, en realidad, el desarrollo sostenible. Esto se debe en parte a la incertidumbre que rodea a los esfuerzos para asegurar que la inversión fomenta el desarrollo. Sin embargo, se siguen buscando los acuerdos sobre inversión tradicionales y se añaden disposiciones sobre inversión en los acuerdos comerciales.

Ningún AII por sí mismo puede asegurar que los países anfitriones logren sus objetivos de desarrollo. Esto es apenas sorprendente una vez que se reconoce que los AII tratan, principalmente, sobre la gestión internacional de la inversión, en una economía globalizada. Las instituciones de gobierno están diseñadas para fomentar resultados deseables, para evitar los indeseables y para asegurar un debido proceso. Rara vez pueden garantizar resultados específicos por sí mismos. Existe una necesidad de un régimen para la inversión internacional que esté caracterizado por una gestión equitativa a todo nivel y que cumpla con los criterios más fundamentales de legitimidad, transparencia y responsabilidad.

7 Salacuse, Hallward-Dreimer (ver nota al pie. 5).

8 Ver *Bilateral Investment Treaties*, por Luke Eric Peterson, (ver nota al pie. 6).

3.

Condiciones necesarias para la inversión para desarrollo

Es apropiado concentrarse primero en lo que sí sabemos y en lo que concierne a las condiciones necesarias para fomentar la inversión.⁹

Mercados. Las inversiones sólo se pueden realizar donde hay un mercado para los productos o servicios generados por la inversión a precios que cubren sus costos y prometen una ganancia razonable. Sin mercados no debería haber inversiones y cuando se realiza la inversión donde no hay mercado, en general indica la existencia de alguna forma de distorsión de mercado. Estos mercados pueden ser locales, nacionales o internacionales. Una de las limitaciones más importantes de la inversión en ciertos servicios públicos, tales como el suministro de agua y la sanidad, es la incapacidad de los mercados locales de apoyar los costos asociados con la realización y la mejora de esas inversiones. Entender los mercados y asegurar que funcionen de una manera satisfactoria es importante para fomentar flujos de inversión.

Mano de obra. La disponibilidad de mano de obra (calificada) es frecuentemente clave para la inversión. El enfoque apropiado de este asunto es una de las tareas más desafiantes del debate sobre el desarrollo sostenible. Por un lado, los bajos costos de mano de obra son una fuente decisiva de ventajas comparativas para productores en los países en vías de desarrollo; por otro lado es importante que se respeten los derechos laborales fundamentales. En el caso de que no se cuente con mano de obra calificada a nivel local, la capacidad de trasladar a personas calificadas al país anfitrión o del mismo se vuelve importante, además de la necesidad de controlar ciertos nombramientos clave relacionados con inversiones que están integradas a una cadena internacional de productos.

Recursos naturales. Muchas inversiones extranjeras se realizan para asegurar el acceso a importantes recursos naturales. En efecto, ciertos recursos son tan importantes que las inversiones se hacen casi sin tener en cuenta las condiciones en el país anfitrión. Algunos

inversores han tenido dificultades con asuntos relacionados con el desarrollo sostenible de recursos naturales y otros asuntos tales como el respeto por los derechos de los pueblos indígenas.¹⁰

Infraestructura. La existencia de infraestructura clave — transporte, comunicaciones, energía y servicios medioambientales, en particular — es decisiva para muchas inversiones, ya sea para producir bienes o servicios. En algunos casos, tales como la explotación de recursos naturales, los inversores están dispuestos a crear la infraestructura necesaria como parte de su inversión general.

Instituciones públicas. Los inversores extranjeros dependen de las instituciones de gobierno del país anfitrión. Necesitan la administración oportuna, imparcial y eficaz de reglas y reglamentos que rijan sus actividades, lo que incluye revisiones y apelaciones. A pesar de que la existencia de una buena gestión por sí sola no garantiza el flujo de inversiones, si no intervienen otros factores, la calidad de la gestión puede tener un impacto decisivo sobre las decisiones relacionadas con la inversión.

Instituciones privadas. Las inversiones no existen en un vacío institucional: requieren una gama de instituciones privadas para ofrecer el apoyo necesario, en su mayor parte en forma de servicios: bancarios, de asesoría legal y de seguros al mínimo y, frecuentemente, apoyo técnico y otras formas de servicios de consultoría. Los riesgos de la inversión se incrementan rápidamente en la ausencia de dichas instituciones.

No todas estas condiciones están controladas por autoridades públicas en el país anfitrión. Por esta razón, así como por muchas otras, las políticas de inversión exitosas requieren un nivel sin precedentes de cooperación pública-privada así como el compromiso activo de autoridades públicas en diferentes países y la existencia de organizaciones

9 V. N. Balasubramanyam, *Foreign Direct Investment in Developing Countries: Determinants and Impacts*, estudio preparado para el Foro Global de la OCDE sobre Inversión Internacional, Ciudad de México, 26 y 27 de nov. de 2001, p. 13.

10 Ver *Mining, Minerals and Sustainable Development* en <http://www.iied.org/mmsd/finalreport>.

internacionales apropiadas. El fomento de mecanismos nacionales e internacionales para alentar estas condiciones debe ser el objetivo primario de los acuerdos sobre inversión internacional.

La inversión puede ocurrir en la ausencia de una, y a veces incluso de todas, las condiciones mencionadas anteriormente pero es muy poco probable que sirva para fomentar el desarrollo sostenible. La inversión en la extracción de recursos naturales puede ser determinada por una sola consideración, a saber, dónde se encuentran los recursos necesarios.

Todas las demás consideraciones disminuyen junto a este requerimiento manifiesto. Sin embargo, en

ausencia de algunas de las condiciones mencionadas anteriormente, es muy poco probable que la inversión internacional en la extracción de recursos naturales contribuya al desarrollo sostenible del país anfitrión, mucho menos la jurisdicción anfitriona dentro de ese país. Pueden citarse muchos ejemplos de la extracción de petróleo, en particular, para ilustrar este punto.

Esta lista también demuestra que la inversión es un fenómeno complejo con implicaciones importantes para el desarrollo sostenible. Una comprensión adecuada de la agenda completa sobre la inversión es una condición para crear regímenes de inversión internacional exitosos.¹¹

11 Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (ECLAC), versión preliminar de la Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe, 2005. Santiago: ECLAC, 2005. Schiff, Maurice W. y L. Alan Winters, *Regional Integration and Development*. New York: Oxford University Press, 2003. Ver también los estudios sobre clima de inversión del Banco Mundial en: <http://rru.worldbank.org/InvestmentClimate/>

4.

La fase de preestablecimiento

Desde la perspectiva del desarrollo, y del desarrollo sostenible en particular, la fase de preestablecimiento de inversión productiva a largo plazo es decisiva. Durante esta fase de preparación y planeamiento, se toman decisiones clave para determinar el impacto de una inversión sobre una economía nacional, el medio ambiente y la comunidad. Los posibles inversores enumeran sus objetivos y sus actividades. Según el tamaño y el tipo de la inversión, requieren permisos y autorizaciones que pueden incluir la inscripción de una compañía (con los derechos y las obligaciones concomitantes, en particular, en lo que se refiere a la contratación y a los impuestos); permiso para utilizar cierta infraestructura pública, tal como calles y puertos; y permisos de utilización del terreno y permisos medioambientales para utilizar y desechar agua, para emitir residuos a la atmósfera o para administrar de otra manera el flujo de residuos. En el caso de grandes inversiones de producción, cada una de estas actividades puede tener implicaciones a largo plazo para la comunidad local y el medio ambiente. Ecosistemas enteros pueden ser transformados, particularmente por inversiones basadas en recursos naturales y se pueden determinar las posibilidades de una comunidad para crecer y prosperar.

Durante la etapa de preestablecimiento, es probable que las relaciones entre un posible inversor, el país anfitrión y el país local sean más intensas y que impliquen más decisiones importantes que en cualquier otro momento del ciclo de la inversión.

Durante la etapa de preestablecimiento, es probable que las relaciones entre un posible inversor, el país anfitrión y el país local sean más intensas y que impliquen más decisiones importantes que en cualquier otro momento del ciclo de la inversión. En

la práctica, un inversor extranjero está a punto de convertirse en un ciudadano económico del país anfitrión. Así como los países tienen el derecho de aceptar o rechazar a personas naturales en lo que respecta a la ciudadanía, es necesario que puedan tomar decisiones consideradas sobre la admisión de ciudadanos económicos, ya que una vez admitidos, dichos ciudadanos tienen derechos que deben ser respetados, no sólo debido a reglas internacionales sino también en lo que respecta a la legislación nacional. En la práctica, esta fase puede implicar un proceso de negociación y los AII que crean un derecho para invertir, tal como algunos lo hacen, de hecho cambian el equilibrio entre el inversor y el estado anfitrión a favor del primero, a menudo eliminando controles que el estado anfitrión pueda utilizar. En particular, aplicar el derecho al tratamiento nacional en una fase de preestablecimiento permite derechos a los inversores extranjeros a pesar de que no se hayan convertido todavía en ciudadanos económicos del estado anfitrión.

Algunos AII que incluyen tratamiento nacional en la fase de preestablecimiento utilizan listas para limitar sus aplicaciones. Estas pueden ser listas positivas que identifican a sectores cubiertos o listas negativas con sectores que están excluidos. La eficacia de dichas listas al proteger el derecho de los estados anfitriones de alcanzar sus prioridades de desarrollo depende de la calidad de la información con respecto a posibles implicaciones futuras de una lista y de la capacidad de cambiar sectores una vez que hayan sido incluidos o excluidos en la lista. La disponibilidad de dicha información puede variar ampliamente, lo que pone a los gobiernos de muchos países en vías de desarrollo en una situación de considerable desventaja por la falta de información adecuada. Estos son asuntos que requieren una negociación en un ambiente donde se distribuye la información equitativamente. Ninguno de estos asuntos puede ser determinado en función de principios económicos, por lo que las soluciones adecuadas requieren un equilibrio cuidadoso de prioridades a veces conflictivas. En este aspecto, las negociaciones de inversión se parecen muy poco a las negociaciones comerciales en las que se puede calcular

un resultado económico óptimo, incluso si no se lo puede lograr en la práctica.

La admisión de inversión extranjera productiva a un país, como la aprobación de cualquier inversión productiva, implica un proceso complejo que está diseñado para asegurar que todos los intereses relevantes se tomen en cuenta. Estos procedimientos varían desde la inscripción y la gestión de una empresa a numerosas licencias que autorizan el uso de recursos o instalaciones públicas, desde la evaluación del impacto medioambiental hasta disposiciones sobre salud y seguridad. Están acompañados por los requerimientos procesales apropiados en lo que respecta al suministro de información, la transparencia y la participación pública. Y están sujetos a apelación administrativa y revisión judicial. Un AII que corre el riesgo de pasar por alto estos requerimientos de cualquier manera sería dañino, a la larga debilitando el desarrollo esencial de las instituciones requeridas para apoyar estos procedimientos en una sociedad abierta.

Una vez que una inversión se haya realizado, las relaciones entre los principales interesados cambian notablemente. El inversor ha adquirido importantes derechos, no sólo en lo que se refiere a permisos y autorizaciones sino a derechos más amplios basados en la inversión y en los compromisos que implica.

Por eso es importante distinguir claramente entre la fase de preestablecimiento y el período restante de una inversión, que puede durar muchas décadas. Puede durar incluso más de un siglo, como es el caso cuando el bosque virgen se convierte para usos agrícolas. La fase de preestablecimiento debería estar diseñada para asegurar que se logre un equilibrio apropiado entre los intereses legítimos de inversores (privados) y los bienes públicos que su inversión pueda afectar. Esta es una tarea exigente que requiere recursos administrativos extensivos. En muchos países incluye obligaciones de informar al público y oportunidades para participación pública cuando se espera que los impactos de una inversión propuesta sean extensivos.

Después de la determinación inicial de derechos y obligaciones de los interesados clave en una inversión, el foco de atención se centra en asegurar que todas las

partes cumplan con sus cometidos y que el equilibrio que se haya establecido se mantenga de una manera apropiada. También es muy importante que este equilibrio se ajuste a nuevos desarrollos económicos y a un conocimiento nuevo o cambios en la prioridades de políticas de un modo que refleje estándares de buena gestión.

Desde la perspectiva de los AII y del desarrollo, una de las decisiones más importantes se relaciona con el hecho de si el acuerdo debe cubrir la fase de preestablecimiento o no y, de hacerlo, qué tipos de disciplinas se contemplan. En este respecto, existe una gama de modelos, incluso acuerdos que establecen límites obligatorios a las acciones del gobierno del país anfitrión en la fase de preestablecimiento; acuerdos que enuncian principios generales que rigen la fase de preestablecimiento y acuerdos que no tratan la fase de preestablecimiento para nada.¹² Hasta la fecha, ninguno de los acuerdos trata los asuntos de la responsabilidad del inversor o el papel de los gobiernos del país local en la fase de preestablecimiento, una brecha importante desde una perspectiva sureña.

La posición inicial para los negociadores sureños es probable que sea un rechazo de los compromisos de preestablecimiento.

Las implicaciones de esta discusión para una agenda sureña sobre inversión están claras. La posición inicial para los negociadores sureños es probable que sea un rechazo de los compromisos de preestablecimiento. Si, no obstante, existen negociaciones sobre dichos compromisos, deben ser enunciadas de un modo que es notablemente diferente del enfoque que se puede encontrar en la mayoría de los AII existentes, reconociendo que las decisiones sobre la admisión de las inversiones pueden implicar procedimientos complejos en el país anfitrión, a los cuales se les debe dar una debida consideración.

12 El Acuerdo General de la OMC sobre el Comercio de Servicios (AGCS) establece tratamiento de nación más favorecida en el artículo 2 como una obligación general, sujeta a una posible lista negativa. También incluye una serie de disposiciones de preestablecimiento que se aplican cuando un país ha realizado compromisos sobre sectores específicos y sobre modos específicos de suministro de servicios. Como regla, el país habrá abierto su mercado a proveedores de servicios en las áreas comprometidas en función de un tratamiento nacional.

5.

Replantear las exigencias de rendimiento

Las “exigencias de rendimiento” son obligaciones impuestas sobre un inversor por las autoridades públicas de un país anfitrión. Son típicamente parte de las negociaciones de preestablecimiento que se llevan a cabo entre un posible inversor y las autoridades del estado local relevantes, pero también pueden surgir en relación con la reautorización o el otorgamiento de alguna ventaja a una inversión existente. Se ha identificado una amplia gama de exigencias de rendimiento pero se pueden dividir en seis categorías generales: rendimiento de exportación; empresa mixta y participación en el capital social; investigación y desarrollo; transferencia de tecnología; empleo y capacitación; y otras exigencias tales como requerimientos de contenido local o el suministro de garantías en forma de bonos o de otra manera.¹³

El análisis económico empírico ha demostrado que las exigencias de rendimiento pueden funcionar, supuestamente porque el progreso en el desarrollo y el bienestar público exceden la pérdida de eficacia económica.

Las exigencias de rendimiento hacen que el inversor ofrezca garantías para cumplir con ciertos criterios que probablemente no se cumplirían en función de los criterios de mercado solamente — de lo contrario, no habría ninguna razón real para imponerlos. En consecuencia, se considera que, en general, las exigencias de rendimiento imponen una carga económica o de otra manera reducen la eficacia económica de una inversión. Sin embargo, la documentación sobre lo apropiado de las exigencias de rendimiento es ambigua. El análisis empírico económico ha demostrado que las exigencias de

rendimiento pueden funcionar, supuestamente, porque el progreso en el desarrollo y el bienestar público exceden la pérdida de eficacia económica.

Las exigencias de rendimiento están sujetas a una serie de disciplinas en algunos AII, mientras que otros no las tratan. Aún más importante, el Acuerdo de la OMC sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) prohíbe efectivamente las exigencias de contenido local; exigencias de balanza comercial; restricciones de moneda extranjera relacionadas con los flujos de moneda extranjera atribuibles a una empresa; y controles sobre la exportación. Como en todos los acuerdos de la OMC, la implementación del acuerdo MIC es multiunilateral: cada estado miembro lo interpreta individualmente, sujeto a la posibilidad de que se inicie una diferencia para debatir su interpretación. El Acuerdo MIC, sin embargo, ofrece sólo un proceso de solución de diferencias estado-estado a través del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). Dichas diferencias son relativamente improbables, en particular en lo que respecta a las inversiones individuales, ya que los estados necesitarán sopesar sus intereses en tal diferencia contra una prudencia general al recurrir al proceso de solución de diferencias en la OMC. No se dispone de un proceso de solución de diferencias entre inversor y estado en la OMC.

Una lista más larga de exigencias de rendimiento está prohibida, condicionada o desalentada por algunos tratados bilaterales de inversión (TBI), o acuerdos regionales, tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Estas incluyen exigencias en lo que concierne al establecimiento de empresas mixtas o capital nacional; la ubicación de instalaciones; exigencias laborales; exigencias de exportación; restricciones en la venta de artículos en la jurisdicción donde se encuentra ubicada la producción; suministro de artículos o servicios; acuerdos de suministro de fuente exclusiva; transferencia de

¹³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*. Ginebra: UNCTAD, 2003.

tecnología; e investigación y desarrollo. Otras exigencias de rendimiento, tales como la obligación de suministrar garantías, no están restringidas.

Se ha sostenido que los países desarrollados utilizaron muchas de las herramientas de política en su proceso de desarrollo que los AII ahora pretenden prohibir para los países en vías de desarrollo.¹⁴ Aun si este fuera el caso, no implicará que los países en vías de desarrollo se beneficiarán de la utilización de las mismas herramientas bajo las circunstancias totalmente cambiadas de la primera parte del siglo XXI con la decolonización completa y el surgimiento de una economía global. No obstante, lo contrario no se aplica tampoco: no hay suficientes fundamentos para decidir que las exigencias de rendimiento, en general, no son aceptables.

Igualmente pertinente es el hecho de que los países desarrollados utilizan reglas complejas de origen para establecer preferencias comerciales, muchas de las cuales están ahora sancionadas por acuerdos comerciales regionales o bilaterales. Estos tienen el mismo efecto económico que las exigencias de rendimiento. Las reglas de origen exigen que los productos contengan un porcentaje específico de contenido producido localmente para recibir tratamiento de aranceles preferenciales establecidos en acuerdos de libre comercio bilaterales o regionales. En lugar de especificar el rendimiento de exportación, las reglas de origen limitan las importaciones. Actúan como exigencias de contenido local. También crean incentivos poderosos para invertir en la jurisdicción

local en cuestión o para establecer enlaces retroactivos a otros actores económicos locales. El hecho de tratar de lograr estos efectos a través de medidas directas de política es, sin embargo, exactamente lo que las prohibiciones de las exigencias de rendimiento buscan proscribir.

Las exigencias de rendimiento ejercen un impacto sobre muchas de las prioridades de desarrollo que un gobierno pueda estar buscando al negociar con un inversor. Pueden ayudar a estabilizar una relación que está, por su naturaleza, sujeta a una amplia gama de alteraciones que pueden surgir de cualquiera de las partes del proceso. En consecuencia, muchos países en vías de desarrollo consideran el derecho de utilizar exigencias de rendimiento de vital importancia, a fin de asegurar que la inversión extranjera contribuya a sus prioridades de desarrollo. Por lo menos, parece cuestionable el hecho de si los AII deberían prohibir dichas exigencias ya que la determinación de si son apropiadas o no depende, a menudo, de las circunstancias específicas de una inversión, en lugar de principios económicos generales, y por lo tanto es mejor dejarlo a criterio de los participantes en esa decisión. Además, las disciplinas de mercado poderosas existen para establecer condiciones límites para las exigencias de rendimiento: cuando los estados anfitriones se exceden, pierden inversión.

Esto sugiere que los países en vías de desarrollo no deberían aceptar disposiciones en los AII que limiten su uso de exigencias de rendimiento, o deberían, por lo menos, tener mucho cuidado al hacerlo.

14 Ha-Joon Chang, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*. Londres: Anthem Press, 2002.

6.

Derechos y obligaciones del estado anfitrión

La mayoría de los AII se centran en los derechos de los inversores y las obligaciones del estado anfitrión. A menudo, se ha observado una falta de consideración hacia las obligaciones del inversor. Sin embargo, no existe tampoco un esfuerzo visible para equilibrar los derechos y las obligaciones de los estados anfitriones, aunque los AII tengan un impacto sobre ambos.

El más importante de los derechos del estado anfitrión — el derecho a regir — no se encuentra incluido en ningún acuerdo sobre inversión. Es un elemento inherente a la soberanía de los estados. En efecto, la facultad de regir es una función central de un estado soberano, la cual no se discute en los debates relacionados con su forma y grado apropiados que han sido numerosos en muchos países desarrollados durante varias décadas. El derecho a regir es tan fundamental que sería inapropiado si los AII lo trataran como una excepción de sus propias exigencias.

El más importante de los derechos del estado anfitrión — el derecho a regir — no se encuentra incluido en ningún acuerdo sobre inversión.

Se puede discutir que no es necesario mencionar el derecho a regir en los AII. Sin embargo, los AII ejercen un impacto sobre el derecho del estado anfitrión de regir, y es imperativo que estos impactos sean reconocidos y sopesados explícitamente, y que los redactores aseguren que cualquier límite impuesto a este derecho esté justificado por beneficios proporcionados. Esto no ha sucedido, lo cual ha generado una situación en la que se imponen límites progresivos sobre los estados anfitriones, a menudo a través de procedimientos de solución de diferencias

que por sí mismos no cumplen aun con los criterios más básicos de buena gestión.¹⁵

Esta severa declaración de la situación actual genera una necesidad urgente de asegurar que los límites establecidos directa o indirectamente sobre la capacidad de los estados anfitriones de ejercer su derecho a regir estén explícitamente identificados, definidos exactamente a fin de limitar la discreción de los paneles de solución de diferencias, y completamente justificados.

Los derechos y obligaciones del estado anfitrión hacia un inversor, nacional o extranjero, en la práctica son muy extensos. El estado anfitrión debe adoptar la amplia gama de reglas que están diseñadas para asegurar que los inversores sean responsables, que el impacto de una inversión sobre las comunidades y el medio ambiente sea aceptable y que una inversión contribuya al bienestar público a través del empleo, los impuestos y de otras formas. En la práctica, esto implica la serie completa de leyes y reglas que rigen la conducta de los negocios en el país anfitrión. Al mismo tiempo, el estado anfitrión debe actuar de una manera que es legítima, transparente y responsable, y debe proteger los derechos que los inversores y las inversiones han adquirido en virtud de invertir y llevar a cabo un negocio.

La mayoría de los países cuenta con arreglos legales e institucionales elaborados para asegurar un equilibrio entre los derechos del inversor y el bienestar público. Todos estos se ven potencialmente afectados por los AII, siempre y cuando no se dicte ninguna disposición para asegurar que se les dé debida consideración. Estos arreglos son vigorosos, continúan evolucionando y han resistido la prueba del tiempo en los países desarrollados. La situación en los países en vías de desarrollo es diferente. Muchos países en vías de desarrollo cuentan con una infraestructura institucional incompleta para lograr el equilibrio deseado. Buscan incrementar esa infraestructura al mismo tiempo en que buscan atraer

¹⁵ Aaron Cosbey y otros, *International Investment and Sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements*. Winnipeg, MB: IISD, 2004. <http://www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=627>.

inversores, tanto nacionales como extranjeros, y muchas de las instituciones existentes cuentan con una limitada experiencia al lidiar con desafíos importantes. Los países en vías de desarrollo que fueron previamente colonizados surgieron de la era colonial casi sin instituciones indígenas y sin los recursos humanos requeridos para regirlas, mucho menos desarrollarlas. La falta de capacidad humana y financiera continúa limitando el desarrollo institucional necesario en muchos casos.

Sería casi manifiesto que los AII debieran contribuir al proceso de desarrollo institucional en los países en vías de desarrollo. Lo mínimo que deberían hacer es no debilitarlo. Sin embargo, no hay mucho en la mayoría de los AII existentes que contribuya a este objetivo. El enfoque sobre el derecho de prioridad que caracteriza a muchos AII, que es la tendencia de trasladar diferencias directamente al nivel internacional sin ofrecer una solución en el país anfitrión y sin una expresión de consideración hacia las leyes o instituciones del país anfitrión, puede disminuir los esfuerzos para lograr una buena gestión a nivel nacional.

Los países que cuentan con instituciones nacionales adecuadas deberían ser en gran parte resguardados de la interferencia internacional.

El desafío que queda por enfrentar es crear acuerdos internacionales que fomenten realmente el desarrollo institucional del país anfitrión. Supuestamente, esto requerirá la elaboración de patrones de referencia que identifiquen el grado en que el desarrollo institucional del país anfitrión alcanza estándares internacionales, y relacionarlos a las disposiciones específicas del acuerdo mismo. Los países que cuentan con instituciones nacionales adecuadas deberían ser en gran parte resguardados de la interferencia internacional. El

objetivo aquí no es crear instituciones perfectas sino instituciones que cumplan con los estándares esenciales de buena gestión y que conduzcan a resultados que reflejen apropiadamente los intereses de aquellos que se ven afectados por una inversión. Los países que no cumplen con dichos estándares deberían recibir ayuda institucional a nivel internacional de una manera que cumpla con los mismos estándares del proceso y del resultado.

Existe un grado sorprendente de variación en las formulaciones que deben ser incluidas en los AII existentes, incluso entre los acuerdos firmados por una sola nación e incluso al expresar principios muy reconocidos tales como el tratamiento nacional, el tratamiento de nación más favorecida, la expropiación y los estándares mínimos de tratamiento. Esto transfiere la tarea de determinar si dichas diferencias son importantes para el proceso de solución de diferencias y crea un alcance indeterminado para la interpretación. Es probable que estas variaciones no reflejen las decisiones consideradas, pero sean el resultado de la negociación indiferente de los AII y una falta de discusión pública sobre sus propósitos y cómo lograrlos de la mejor manera.

Además, la mayoría de los AII no logra ofrecer a aquellos responsables del proceso de solución de diferencias una orientación confiable sobre la intención del negociador o una estructura para la interpretación. Al enunciar principios para la no discriminación y el tratamiento justo de los inversores, pero ninguno para muchas otras dimensiones relevantes del proceso de la inversión mencionado anteriormente, los AII indican que los derechos del inversor deberían ser interpretados sin referencia a otras prioridades de desarrollo, mucho menos al desarrollo sostenible.

Es importante asegurar que los textos de los acuerdos sobre inversión utilicen un vocabulario cuidadosamente desarrollado que solo puede ser el resultado de un debate y un análisis públicos y amplios. En la práctica, es probable que requiera detalles mucho más elaborados sobre la intención y el alcance de los derechos y obligaciones que son creados.

7.

Derechos y obligaciones de los inversores

Muchos AII se centran en los derechos del inversor; la mención de las obligaciones del inversor no es muy común. Sin embargo, un acuerdo sobre inversión que no trata las obligaciones del inversor está claramente incompleto.

Las obligaciones del inversor son cualitativamente diferentes que los derechos o las obligaciones del estado anfitrión o los derechos del inversor. Un acuerdo internacional entre estados soberanos que busca crear obligaciones específicas del inversor es, de muchas maneras, problemático. Los acuerdos internacionales se concluyen entre estados e imponen obligaciones entre los mismos. Normalmente, imponen obligaciones solamente sobre los individuos al obligar a los estados a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que sus ciudadanos actúen en conformidad con acuerdos internacionales. Algunos acuerdos internacionales, en particular aquellos que tratan los derechos humanos, crean derechos para los individuos e intentan crear obligaciones directas también. No obstante, en ausencia de medidas de ejecución por parte de los estados, la ejecución de estos derechos a través de instituciones internacionales es extremadamente difícil.

Por el contrario, los AII que crean derechos para los inversores se mueven en un medio con pocos precedentes. Lo han logrado al someter la conducta de los estados a arbitraje entre inversor y estado. Sin embargo, no dan el siguiente paso, que es crear obligaciones para inversores extranjeros.

Ha surgido un canon para los derechos del inversor de los AII existentes. Estos derechos incluyen un paralelo a un enfoque no discriminatorio que ha sido muy útil para el régimen comercial, que es el “tratamiento nacional,” “tratamiento de nación más favorecida” y el proceso de solución de diferencias. Este enfoque, no obstante, no logra reconocer adecuadamente las diferencias entre el contexto comercial relativamente directo y la red de relaciones creada por una inversión en la comunidad anfitriona y en los múltiples niveles

de gobierno. Como consecuencia, la experiencia emergente con el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y con varios arbitrajes de tratado bilateral en los que este enfoque se ha puesto en práctica ha indicado que, visto desde el punto de vista del proceso de solución de diferencias entre inversor y estado, ninguna de estas disposiciones carece de problemas.¹⁶

Otros derechos clave del inversor tampoco han carecido de problemas. Los más importantes de estos han sido el derecho a un estándar mínimo de tratamiento por parte de los estados anfitriones y la protección contra la expropiación sin compensación. El primero está surgiendo, al menos bajo algunos arbitrajes, como un estándar de ley internacional de transparencia y buena gestión que está siendo ejercido sobre los estados anfitriones, sin ningún sentido de que ésta fue la intención original basada en la historia de las disposiciones en esta área. El último ahora ha sido expandido para incluir demandas de compensación por medidas regulatorias, que tienen un impacto sobre el rendimiento económico de una inversión. Este asunto se trata con más detalles, más adelante.

Hasta un cierto punto, estos problemas se pueden atribuir a prácticas de redacción descuidadas las cuales muchos supusieron que eran apropiadas para acuerdos entre estados, con la garantía implícita de soberanía en el proceso de implementación. No existe dichas garantías, sin embargo, en el proceso de solución de diferencias entre inversor y estado, y la falta de precisión en la redacción puede conducir directamente a resultados indeseables.

Desde la perspectiva de un país en vías de desarrollo, lo que parece ser más importante que la idea de derechos para el inversor es la capacidad de generar la suficiente claridad en el alcance de estos derechos, a fin de asegurar que tanto el inversor como el estado anfitrión tengan la capacidad de funcionar correctamente y sin miedo o cargas indebidos. A pesar

¹⁶ Howard Mann, *Private Rights, Public Problems. A Guide to the NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*. Winnipeg, MB: IISD, 2001. <http://www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=270>.

de eso, existe una cuestión importante sobre la capacidad de cualquier obligación de tratamiento nacional de operar sin restringir indebidamente el espacio de política de países en vías de desarrollo para fomentar enlaces de desarrollo de inversiones extranjeras.

En el pasado, se han realizado esfuerzos para generar obligaciones, o por lo menos responsabilidades, para los inversores extranjeros, pero nunca han tenido tanto éxito como la creación de derechos para el inversor. Una razón es que los individuos afectados han revelado sus puntos de vista sin ambigüedades y han actuado vigorosamente para evitar la redacción de reglas flexibles.

La negociación sobre la obligatoriedad de las obligaciones del inversor han sido extremadamente contenciosas. Hace más de 20 años, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se intentó llevar a cabo esta tarea a través del Centro de las Naciones Unidas para Corporaciones Transnacionales (UNCTNC). El intento atrajo la resistencia avasallante de las corporaciones transnacionales más poderosas y de los gobiernos de países donde se encontraban domiciliadas y fracasó en medio de recriminaciones.¹⁷ El UNCTNC tuvo que cerrarse, un evento raro en organizaciones internacionales, y el trabajo de la UNCTAD sobre inversión internacional fue muy reducido por muchos años.

La definición de las obligaciones del inversor menos que obligatorias ha tenido una historia menos contenciosa. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) elaboró las Directrices para las Empresas Multinacionales que han sido enmendadas exitosamente.¹⁸ Se ha desarrollado una cantidad creciente de otras directrices voluntarias y recientemente la Organización Internacional de Normalización (ISO) ha comenzado a trabajar en el desarrollo de un estándar en esta área. Ninguna de estas declaraciones de obligaciones del inversor ha sido relacionada exitosamente con ningún acuerdo sobre inversión internacional.

Desde la desaparición del UNCTNC, no ha habido ningún intento de desarrollar un enfoque sobre las

obligaciones del inversor que tome las necesidades y las prioridades de los países anfitriones como su punto explícito de partida. En la práctica, el desafío implica lograr un equilibrio apropiado entre los elementos obligatorios y voluntarios en dichas disposiciones. Las obligaciones obligatorias pueden suministrar protecciones de un nivel mínimo para estados anfitriones para fines tales como evaluaciones medioambientales, prácticas de derechos humanos por parte de inversores extranjeros, requerimientos de anticorrupción y tal vez otros estándares mínimos que se consideran cada vez más decisivos desde una perspectiva de desarrollo sostenible. Los elementos voluntarios pueden asegurar que los estándares reflejen condiciones comerciales reales y pueden evolucionar como evoluciona lo que es generalmente aceptado como buena práctica.

Los elementos voluntarios pueden asegurar estándares que reflejan condiciones comerciales reales y pueden evolucionar como evoluciona lo que es generalmente aceptado como buena práctica.

Ninguno de los AII existentes da el siguiente paso obvio, o sea, someter la conducta de los inversores a las reglas y disciplinas del proceso de solución de diferencias. Este objetivo puede lograrse al hacer que las obligaciones en un AII estén sujetas a la ley nacional y por lo tanto sean exigibles en las cortes nacionales, al permitir el arbitraje entre el estado y el inversor, o al condicionar el acceso de inversores al arbitraje entre el inversor y el estado, en función de una revisión del rendimiento del inversor en relación con las obligaciones del inversor, las cuales pueden ser, en efecto, voluntarias a fin de asegurar que son apropiadas para el tamaño y la naturaleza de una inversión. Estas obligaciones también deberían ser lo suficientemente flexibles para adaptarse al entendimiento cambiante de prácticas de inversor apropiadas. Los detalles adicionales sobre las responsabilidades del inversor

¹⁷ UNCTNC, *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *International Investment Agreements. A Compendium, vol. 1: Multilateral Instruments*. Nueva York: Naciones Unidas.

¹⁸ OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, Commentaries and Clarifications*. París: OCDE, 2000.

pueden también derivar del uso de sistemas voluntarios de establecimiento de estándares que impliquen a las partes interesadas.

Un enfoque más detallado puede servir para asegurar que el rendimiento del inversor con respecto a un estándar voluntario pueda volverse parte de cualquier proceso de solución de diferencias entre el inversor y el estado (o entre el estado y el inversor). Los inversores pueden tener la opción de códigos voluntarios a los cuales pueden adherirse y es posible que se requiera que identifiquen un código que acepten y el proceso por el cual sus prácticas están

siendo observadas, lo que incluye la opción de auditorías que reportan a juntas corporativas.

Este es un debate que no ha sido continuado, lo que ha dejado una ambigüedad significativa en lo que respecta a las expectativas de los países en vías de desarrollo anfitriones en relación con el comportamiento del inversor. El tratamiento de este lado de la relación entre el inversor y el estado anfitrión, para ser incluida en los AII, ha sido expresamente planteado por países en vías de desarrollo como China, India y Brasil, y es un asunto cada vez más prominente para la sociedad civil.

8. Derechos y obligaciones del estado local

Los AII existentes no tratan los derechos y obligaciones del estado local. Sin embargo, los estados locales son indudablemente partes interesadas en lo que se refiere a la inversión directa extranjera. Los intereses de los estados locales están en gran parte determinados por su deseo de garantizar la seguridad de sus inversores, los cuales en muchas situaciones exportarán capital desde el estado local y repatriarán las ganancias.

Los derechos de los estados locales se basan en medidas que puedan adoptar para fomentar la inversión extranjera y para ayudar a sus inversores a administrar los riesgos concomitantes, los cuales están típicamente relacionados con el movimiento de capital y la seguridad de las inversiones en el estado anfitrión. Esto puede implicar el fomento de la inversión y varias formas de seguro. Mientras que estos pueden convenir a todas las partes — estado local, estado anfitrión e inversor — es esencial que sean manejados de una manera que se base en las reglas y que sea transparente, una tarea que los AII pueden ayudar a llevar a cabo.

Es posible que los estados locales deban suministrar cierta información, ayudar a combatir la corrupción y asegurar que la responsabilidad del inversor se extienda hasta el estado local de una manera apropiada.

Las obligaciones de los estados locales son más difíciles de definir. Es posible que los estados locales deban suministrar cierta información, ayudar a combatir la corrupción y asegurar que la responsabilidad del inversor se extienda hasta el estado local de una manera apropiada. Un problema emergente es el uso de “estados locales de conveniencia” por parte de inversores que no tienen

actividad sustancial en esos estados, con la probabilidad de reducir la eficacia de los AII en la misma forma en que los pabellones de conveniencia hacen que el control de las prácticas del transporte marítimo sea particularmente difícil. Cada una de estas áreas presenta desafíos en lo que se refiere a la redacción y a la ejecución de los AII que fomentan el desarrollo en los estados anfitriones.

El problema de los “estados locales de conveniencia” puede resolverse al hacer de la designación de un estado local una cuestión de acuerdo mutuo entre el inversor y el estado anfitrión, sujeto a ciertos principios que establecen que un inversor debe tener una relación material con un estado local designado. Dicho enfoque puede ser separado de las consideraciones legales, financieras e impositivas que frecuentemente determinan el lugar de la incorporación para ciertas inversiones. Este enfoque permite el desarrollo de disposiciones más importantes en lo que se refiere a obligaciones del estado local.

Una vez que se ha establecido que el inversor tiene una relación material con el estado local, también es posible recurrir a información relevante que pueda estar disponible para las autoridades del estado local, en lo que concierne al inversor y sus operaciones. Este no es un asunto simple, ya que mucha información relevante está dispersa entre las agencias del estado local y es importantísimo asegurar que la confidencialidad se mantenga en todo momento. No obstante, el estado local puede ser capaz de brindar ayuda importante a los estados anfitriones confrontados con inversiones complejas y exigentes a nivel técnico y que carecen de muchos recursos que pueden ser necesarios para tratar con dichas inversiones de manera apropiada.

Los problemas de la corrupción están reconocidos ampliamente. Sin embargo, combatir la corrupción que implica la inversión internacional es particularmente desafiante, ya que requiere compromiso y esfuerzo de parte de todos los actores, inversores, estados locales y estados anfitriones. Puede ser necesario que los estados locales aseguren, en

particular, que los inversores publiquen información sobre pagos que realicen a las autoridades públicas o sus agentes en estados anfitriones y para hacer de la corrupción por parte de inversores una actividad criminal a nivel nacional, incluso para las acciones que se llevan a cabo en el extranjero.

Finalmente, los estados locales tienen un papel para desempeñar cuando sus inversores incurren en responsabilidad en los estados anfitriones, a través de acciones que se originaron en el estado local o cuando aquellos que son responsables están fuera del alcance

de las autoridades del estado anfitrión sin la ayuda de los estados locales.

Es sorprendente notar que, desde la perspectiva del desarrollo sostenible, los estados locales tienen un papel mucho más activo e importante del que está generalmente reconocido por los AII o incluso del que se discute en la documentación. La conclusión sencilla, desde la perspectiva de una agenda sureña, es que muchos estados anfitriones no pueden responder apropiadamente a las oportunidades de inversión sin la ayuda de los estados locales.

9.

Proceso de solución de diferencias

El proceso de solución de diferencias es una institución clave para la implementación de acuerdos comerciales, al asegurar que la interpretación unilateral de las reglas multilaterales por cada parte esté sujeta a revisión — y a posible diferencia — por todas las demás. El proceso de solución de diferencias en derecho mercantil es un proceso exclusivamente entre estado y estado.

Los acuerdos sobre inversión se implementan de una manera completamente diferente. La relación principal para implementación, aunque no es la única, es entre el estado anfitrión y el inversor, por lo tanto, es improbable que el proceso de solución de diferencias entre estado y estado desempeñe un papel importante en la implementación de los AII. Esto ha conducido a la introducción de procesos de solución de diferencias entre el inversor y el estado en los AII.

El proceso internacional de solución de diferencias fue originalmente diseñado para resolver situaciones específicas de conflicto entre estados y entre partes privadas. No fue diseñado para resolver diferencias entre partes privadas y estados que requieren garantías procesales mucho más elaboradas para proteger los derechos de ambas partes. No fue diseñado para crear un órgano de interpretación que podría cambiar el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes de un acuerdo o de aquellos afectados por el mismo. La ausencia de *stare decisis*, que es la suposición de que ninguna diferencia perjudicaría el manejo de otras diferencias, era una herramienta esencial para limitar las funciones del proceso de solución de diferencias. Sin el *stare decisis*, tampoco había necesidad de establecer un poder judicial internacional independiente, a fin de asegurar que las decisiones se hicieran públicas o para fomentar una cultura de análisis y discusión para asegurar que se pudieran identificar y después corregir los errores. Sin embargo, el proceso de solución de diferencias ahora va por un camino que, en efecto, asigna a los paneles de solución de diferencias un papel activo en la implementación y la interpretación, sin ninguna de las instituciones de buena gestión que son esenciales para tal compromiso en otras jurisdicciones.

Durante muchos años, no hubo muchas diferencias entre inversor y estado (o por lo menos muy pocas se conocieron, ya que no había y no hay, ninguna fuente pública disponible para observar todas las diferencias). Las diferencias entre inversor y estado no atrajeron mucha atención, pero tampoco lo hicieron los AII. Los problemas con el proceso de solución de diferencias entre inversor y estado recién surgieron desde que los acuerdos sobre inversión se convirtieron en un asunto contencioso, hace aproximadamente diez años. Estos problemas se relacionan menos con el principio de las diferencias entre inversor y estado — lo que refleja la estructura problemática de los AII de una manera precisa — que lo apropiado de las instituciones implicadas y si el texto de los AII suministra suficientes directrices para el proceso de solución de diferencias, a fin de asegurar que no conduce a resultados inaceptables. Para este momento, el número y la gravedad de las inquietudes sobre el proceso de solución de diferencias entre inversor y estado son tan significativos que supuran como una herida abierta. Afortunadamente, existen soluciones para la mayoría de estas inquietudes. El hecho de asegurar que se revise completamente el enfoque sobre el proceso de solución de diferencias es un requerimiento central para cualquier agenda sureña.

Para este momento, el número y la gravedad de las inquietudes sobre el proceso de solución de diferencias entre inversor y estado son tan significativos que supuran como una herida abierta. Afortunadamente, existen soluciones para la mayoría de estas inquietudes.

No hay una razón precisa por la cual la revisión de las demandas de un inversor contra un estado no pueda ser realizada por parte de las instituciones del estado

en cuestión — a condición de que éstas sean independientes de la autoridad pública que está en controversia y deslinden sus responsabilidades de acuerdo con los principios básicos de buena gestión, incluso un poder judicial independiente. Este es el enfoque enunciado en el artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) sobre la regulación nacional de servicios. El proceso internacional de solución de diferencias entre el inversor y el estado sólo se necesita cuando este proceso falla y un inversor sufre daños graves sin recurso adecuado.

Desafortunadamente, existe poca indicación en los textos de los AII de que los negociadores han actuado con prudencia para fomentar mejores procesos de solución de diferencias en el estado anfitrión o para asegurar que los procesos internacionales respeten los principios básicos de buena gestión. El resultado ha sido que las excentricidades del proceso de solución de diferencias entre inversor y estado han llegado a tal punto que los administradores prudentes pueden ahora evitar la más legítima de las acciones para minimizar las posibilidades de quedar implicados en dicha diferencia, un fenómeno conocido como frialdad regulatoria. Este resultado tan indeseable es la consecuencia de aquellos AII que sólo han tratado una parte limitada de la agenda asociada con la inversión internacional y que están redactados inadecuadamente, y de fallas de las instituciones de solución de diferencias. No se puede pretender que un acuerdo que no logra confrontar estos problemas de manera global pueda tratar las necesidades de los países en vías de desarrollo.

Las instituciones de solución de diferencias existentes no fueron diseñadas para tratar asuntos complejos de política pública, que ahora entran en juego de manera rutinaria en las diferencias entre inversor y estado.

Las fallas en la redacción descritas anteriormente, en relación con la enunciación de los derechos de los inversores, están agravadas por las insuficiencias de los arreglos para la solución de diferencias. Las instituciones de solución de diferencias existentes no fueron diseñadas para tratar asuntos complejos de

política pública, que ahora entran en juego de manera rutinaria en las diferencias entre inversor y estado. Fueron creadas en un momento en el que había poca inversión internacional, pocos acuerdos sobre inversión internacional y escasas discusiones de cómo deberían ser las reglas apropiadas para una economía globalizada. En efecto, el concepto de la globalización misma no había sido enunciado todavía. En consecuencia, es poco sorprendente que el proceso de solución de diferencias entre inversor y estado esté caracterizado por una falta de transparencia y sufra de conflictos de interés estructurales. En respuesta a las críticas, han ocurrido algunos cambios moderados en algunas de las instituciones de solución de diferencias disponibles. Las diferencias presentadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que está muy relacionado con el Banco Mundial, están ahora listadas en un registro disponible al público. Un panel arbitral (que opera bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha aceptado informes *amicus curiae*. Las discusiones en algunos casos se han hecho en público. Éste es, por lo menos, un comienzo.

Existen soluciones para los problemas del proceso de solución de diferencias. Estas incluyen más transparencia, la selección de árbitros de una manera neutral en lugar de por las partes; consideración apropiada a los procedimientos nacionales de solución de diferencias; una clara separación de las funciones de árbitro y de defensor; y la introducción de un proceso de apelación. La mayoría de estos cambios, para este momento, parecen ineludibles. La manera precisa en la cual se dan estos pasos debe ser el resultado del análisis, debate y negociaciones apropiadas, en los que participen los países en vías de desarrollo.

Estos asuntos superan por lejos las necesidades de una agenda sureña sobre inversión y reflejan asuntos que deberían ser de preocupación para todos los gobiernos. Sin embargo, los estados anfitriones de los países en vías de desarrollo se ven más afectados por los mismos que cualquier otro actor en el proceso de inversión, por el simple hecho del número de demandas de arbitraje que enfrentan y seguirán enfrentando en el futuro. Aunque estos problemas deben ser tratados en el interés de cualquiera que se preocupe por la gestión de la economía global, son de preocupación dominante para los países en vías de desarrollo.

10.

Observación de los resultados

Es importante identificar los resultados anticipados de cualquier acuerdo internacional que trata la inversión. De lo contrario, no existe ningún estándar contra el cual evaluar su eficacia. Y es necesario observar los resultados reales en función de los resultados proyectados.

La teoría económica indica que la liberalización del comercio generará beneficios casi automáticamente, aunque no dice nada sobre la distribución de estos beneficios. Ninguna conclusión similar se aplica ya sea a la liberalización de la inversión o a la introducción de nuevas reglas para fomentar la inversión o para asegurar una adecuada gestión internacional de inversión. En efecto, la mayoría de los acuerdos sobre inversión existentes están caracterizados por un grado sustancial de incertidumbre en lo que concierne a sus consecuencias prácticas. Por lo tanto, es esencial observar las inversiones internacionales y el impacto de los AII a fin de asegurar que se pueda aprender la lección gracias a la experiencia de una manera oportuna y a fin de identificar más pasos que puedan tomarse para mejorar la eficacia. Es sorprendente que el factor más importante entre los conductores económicos de la globalización — la inversión — no cuente con un solo foco institucional internacional.

La mayoría de la información actual sobre inversión internacional es cuantitativa. Los flujos y las acciones

de inversión internacional han sido evaluados regularmente durante muchos años.¹⁹ Sin embargo, la información cualitativa es extremadamente difícil de conseguir, en particular, la información cualitativa que es sistemática y cubre la mayoría de los países. En efecto, incluso no hay coincidencia sobre los criterios a aplicar para recoger dicha información. El punto de partida es la enunciación de propósitos aceptados ampliamente y cuidadosamente negociados para acuerdos sobre inversión internacional.

La observación de los resultados de acuerdos sobre inversión requiere una estructura institucional y organizativa que sea capaz de realizar dicha tarea, que esté sujeta a los mismos principios de gestión como inversión, y que sea legítima, transparente y responsable. En la práctica, esto implica medios institucionales vigorosos y una estructura organizativa que refleje las necesidades de todos los actores en la inversión internacional. Aunque es posible identificar algunos de los elementos necesarios de dicha estructura institucional para la inversión internacional — y organizaciones internacionales existentes tales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y el Banco Mundial ofrecen algunos elementos — su forma final debe ser el producto de una negociación cuidadosa.

19 Los informes anuales sobre inversión son publicados por la UNCTAD y por algunas de las comisiones regionales de la ONU.

11.

Instituciones y financiación para acuerdos sobre inversión

Es difícil exagerar las incertidumbres asociadas con la gestión para la inversión internacional, en particular cuando el foco principal es el desarrollo de una agenda sureña. Toda gestión que concierne a la inversión debe originarse al nivel nacional. Por lo tanto, la primera prioridad es encontrar formas para fortalecer la gestión de la inversión nacional.

Las relaciones entre los actores de la inversión al nivel internacional están muy poco desarrolladas. Estas relaciones necesitan ser exploradas con el tiempo y se deben identificar las respuestas institucionales apropiadas. El objetivo final es un sistema vigoroso, legítimo, transparente y responsable de gestión internacional para inversión, que tome completa consideración de las prioridades de desarrollo de los países en vías de desarrollo. Esto sólo puede ser el resultado de un proceso que se extiende a lo largo de un período de años y que está construido para permitir el aprendizaje y el ajuste, a medida que se desarrolla un mayor entendimiento de los requerimientos específicos. La tarea principal de un acuerdo internacional sobre inversión que refleja las necesidades del desarrollo sostenible es, en consecuencia, enunciar los principios generales que se deben aplicar, establecer un conjunto inicial de medidas y establecer procedimientos que permitan el ajuste dinámico del régimen con el tiempo.

Los AII se redactan de la misma manera que los acuerdos comerciales, suponiendo que son mayormente autoejecutables y que sus beneficios son automáticos. Sin embargo, el fomento de la inversión, un objetivo de los AII frecuentemente enunciado, sin contar el fomento de las inversiones *sostenibles*, requiere un mayor grado de capacidad institucional y debe estar apoyado por financiación.

La inversión implica decisiones caso por caso tanto para los inversores como para las autoridades públicas. Aunque algunas inversiones surgen de acuerdo con prácticas bien establecidas y por consecuencia requieren poca o ninguna acción discrecional, otras inversiones generan largos y complejos procesos de toma de decisiones para el inversor y el estado anfitrión. Las capacidades

institucionales de ambas partes — y la habilidad de considerar inquietudes adicionales de otros interesados — son de una importancia crítica. Mientras que la mayoría de estas instituciones tendrá una base nacional, algunas pueden implicar otros países en cooperación regional y algunas pueden comprometer a organizaciones internacionales en una variedad de formas, incluso el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC). Los AII deben contribuir al desarrollo institucional y al funcionamiento apropiado de estos procesos, y no sólo por medio de procesos de solución de diferencias cuando una parte cree que son erróneos.

Las capacidades institucionales de ambas partes — y la habilidad de considerar inquietudes adicionales de otros interesados — son de una importancia crítica.

Actualmente no se conocen todas las necesidades institucionales para este propósito a nivel internacional. Algunas han sido desarrolladas por el Grupo del Banco Mundial pero ahora necesitan reflejar mejor los intereses de todos los países en cuestión, de lo que la estructura de gestión del Banco Mundial nunca permitirá. Algunas pueden derivar de modelos existentes, en particular en las áreas de política comercial y administración medioambiental internacional. Algunas necesitarán ser desarrolladas paso a paso, mientras las medidas sean reconocidas y las instituciones se acomoden a estas necesidades. Las implicaciones para los AII son relativamente claras: deben tener la flexibilidad para responder a nuevas necesidades institucionales, a medida que surjan.

La cuestión más amplia de financiación en apoyo de la inversión (en particular la inversión extranjera), a países que actualmente reciben menos de lo que se podría esperar en función de sus necesidades y de la

condiciones prevalecientes, plantea numerosos dilemas. Nuevamente, el Grupo del Banco Mundial ha desempeñado un papel en esta área durante mucho tiempo, pero la necesidad de devolver los préstamos del Banco Mundial los vuelve menos aplicables al desarrollo institucional y a la generación de capacidad, ya que es improbable que alguna de las dos actividades genere un ingreso capaz de amortizar un préstamo. La habilidad de la Corporación Financiera Internacional (IFC) de participar en inversiones — y de mantener acciones — representa un camino importante para mejorar la habilidad de los países menos desarrollados de atraer inversiones. Sin embargo, los asuntos cruciales del desarrollo

institucional y de la generación de capacidad siguen sin resolverse, además de los asuntos que se relacionan con la gestión del Banco Mundial.

Es necesario que un vigoroso régimen internacional para inversión sea capaz de generar fondos para apoyar el desarrollo institucional, llevar a cabo la generación de capacidad y mejorar factores clave que puedan influenciar las decisiones sobre inversión. Estos fondos deben administrarse de una manera equitativa por todos los países que participen en un régimen en particular, reflejando tanto la habilidad de suministrar capital y algunos criterios sobre necesidad.²⁰

20 La estructura administrativa del Fondo para el Medio Ambiente Mundial, que requiere mayorías dobles para las decisiones formales, puede ofrecer lecciones útiles.

12.

Conclusiones

Los AII existentes no han sido diseñados para cumplir con las necesidades de desarrollo de los países en vías de desarrollo, mucho menos para fomentar el desarrollo sostenible a nivel mundial. Para lograr estos objetivos, es necesario que los futuros acuerdos sobre inversión exhiban un número de características decisivas:

- Reconocer que un acuerdo sobre inversión trata fundamentalmente sobre buena gestión para asegurar que los derechos del inversor y los bienes públicos estén protegidos de una manera que sea legítima, transparente y responsable.
- Aplicar los estándares básicos de buena gestión al acuerdo internacional mismo.
- Establecer un propósito u objetivo claro para el acuerdo internacional: crear un enfoque sobre la inversión internacional que respete las aspiraciones de los países en vías de desarrollo y que fomente el desarrollo sostenible mundial.
- Contener disposiciones claras que equilibren los derechos del inversor con sus obligaciones, y con los derechos y obligaciones del estado anfitrión y local.

- Establecer propuestas específicas para arreglar lo que es actualmente un sistema quebrantado de solución de diferencias entre el inversor y el estado.
- Incluir un enfoque sobre las obligaciones del inversor que logre un equilibrio entre los elementos voluntarios y obligatorios.
- Suministrar una estructura institucional que asegure la observación de su progreso como un instrumento de desarrollo, fomentando el aprendizaje de sus errores y creando una base para futuras mejoras.

La inversión es central para cualquier intento de fomentar el desarrollo sostenible. Es difícil concebir una economía mundial sin un conjunto de reglas vigorosas, creativas y transparentes para la inversión. Un nuevo enfoque osado establecerá una agenda para mejorar el clima de la inversión internacional y para fomentar el desarrollo sostenible, dando mayor certeza a los inversores que se enfrentan con demandas de muchos interesados y reconociendo a compañías que ya ejercen una buena práctica.

Sobre los autores



*Konrad von Moltke trabaja sobre relaciones medioambientales internacionales. Recientemente, su trabajo se ha centrado sobre política medioambiental y relaciones económicas internacionales: deuda, comercio y desarrollo. Ha contribuido a desarrollar la agenda sobre comercio y medio ambiente

a nivel mundial y regional. Es investigador superior en el Fondo Mundial para la Naturaleza en Washington D.C., profesor adjunto de estudios medioambientales e investigador superior del Instituto sobre Gestión Mediomabiental Internacional en el *Darmouth College* y profesor invitado de estudios mediomabientales en la *Free University* de Amsterdam. Desde 1989 hasta 1998 editó el *International Environmental Affairs*, una publicación para la investigación y la política.

El Dr. von Moltke estudió matemáticas en el *Darmouth College* (Licenciatura, 1964) e historia medieval en la universidad de Munich y en la universidad de Göttingen (Doctorado, 1970). Enseñó en la *State University* de Nueva York/Bufalo, donde fue también miembro de la administración, relacionado con el desarrollo de licenciaturas interdisciplinarias. Se establecieron seis nuevos programas durante su mandato como Director del Sistema de la Escuela Superior, lo que incluye una facultad de estudios medioambientales.

Desde 1972 a 1984, el Dr. von Moltke vivió en Europa donde desarrolló materiales para el programa de estudios estadounidenses y ayudó a fundar un número de instituciones europeas privadas orientadas a la política en la *European Cultural Foundation* [fundación cultural europea] (Amsterdam). Entre 1976 y 1984, fue el Director Fundador del *Institute for European Environmental Policy* [instituto para la política medioambiental europea] (Bonn, París, Londres), una institución privada dedicada al análisis de alternativas de política para problemas medioambientales europeos.

El Dr. von Moltke es ciudadano de la República Federal de Alemania y vive en Norwich, VT y París. Ha publicado extensamente sobre historia medieval, educación comparativa y desarrollo de programas escolares y política medioambiental internacional.

* El Dr. Konrad von Moltke falleció en mayo de 2005.



Howard Mann ejerce como abogado internacional en Ottawa, Canadá y es asesor senior sobre ley internacional del IISD. El Dr. Mann tiene un doctorado en ley internacional de la Escuela de Economía de Londres y fue negociador de varios acuerdos medioambientales internacionales

para Canadá, antes de convertirse en abogado del sector privado y unirse al equipo del IISD.

El Dr. Mann se especializa en ley internacional de desarrollo sostenible, con una concentración particular sobre comercio internacional, ley sobre medio ambiente e inversión y política legal. Ha publicado ampliamente en estas áreas y participa frecuentemente en conferencias internacionales. El Dr. Mann ha participado en dos comités especiales de asesoramiento sobre ley de inversión internacional y derecho mercantil para el Gobierno de Canadá y recibe invitaciones en forma frecuente para ayudar a diferentes organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales sobre el desarrollo de la ley económica internacional desde una perspectiva de desarrollo sostenible. Su análisis legal del capítulo sobre inversión del TLCAN, desde una perspectiva de desarrollo sostenible, se considera una publicación líder en este campo.

Para mayor información sobre Howard Mann, consultar su sitio web de su práctica privada en: <http://www.howardmann.ca>.

¿Una Agenda Sureña sobre Inversión?

La Agenda Sureña sobre Inversión del IISD es uno, sino el primero, de los esfuerzos deliberados para estudiar cómo tratar las negociaciones sobre inversión internacional en función de una agenda que toma las prioridades de los países en vías de desarrollo como punto de partida. Los acuerdos sobre inversión internacional existentes se basan en un modelo que data de 50 años y que se centra sobre los intereses de los inversores de los países desarrollados.

Este trabajo identifica los asuntos de mayor inquietud para los países en vías de desarrollo, que son vitales desde la perspectiva del desarrollo sostenible pero que no están siendo tratados en los procesos actuales de negociación, empezando por la misma necesidad de que la inversión apoye los objetivos de desarrollo. Cuando estos asuntos son identificados, parece claro que, aunque se hayan firmado más de 2000 acuerdos sobre inversión internacional, éstos sólo se dirigen a una pequeña proporción de asuntos que requieren atención, si la inversión internacional debe fomentar el desarrollo sostenible.

En la práctica, los acuerdos sobre inversión internacional tratan ahora sobre la gestión para la globalización, pero carecen de los estándares que se espera para dicha estructura legal. La Agenda Sureña sobre Inversión busca comenzar un diálogo sobre un enfoque diferente, centrado en las necesidades de la gran mayoría de la gente en el planeta. Es una agenda — y un diálogo — que debe comprometer a más actores, cubrir más asuntos y mejorar el equilibrio de los intereses de los inversores, los estados anfitriones, las comunidades locales y los estados locales.

