Naciones Unidas TD/B/C.II/42

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
2 de septiembre de 2019
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo
11º período de sesiones
Ginebra, 11 a 15 de noviembre de 2019
Tema 4 b) del programa provisional
Inversión y empresa para el desarrollo: Aprovechamiento del marco de inversión en favor del desarrollo sostenible

Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Ante las nuevas dificultades mundiales que plantean la inversión y el desarrollo, los encargados de formular políticas deben diseñar nuevas políticas públicas que propicien el desarrollo sostenible y deben reforzar los marcos de las políticas de inversión existentes sin perder de vista este objetivo. En el plano internacional, el desarrollo sostenible se ha incorporado a las políticas internacionales de inversión generales. Ahora que se han logrado progresos considerables en la reforma de los acuerdos internacionales de inversión (AII), ha llegado el momento de hacer balance de las medidas de reforma en este ámbito y trazar el camino que se seguirá en el futuro.

La formulación de políticas internacionales de inversión se encuentra en una fase dinámica, lo cual genera amplias repercusiones. En esta nota se actualizan las diez opciones para la fase 2 de la reforma de los AII que propuso la UNCTAD en el *Informe sobre las inversiones en el mundo 2017*. Los países pueden adaptar y adoptar esas opciones para llevar a cabo las reformas acordes a sus prioridades en materia de políticas. Las opciones de políticas de la UNCTAD han incitado a emprender la modernización de los tratados de vieja generación. Cada vez es más frecuente que los países interpreten, enmienden, sustituyan o terminen tratados anticuados.

Aunque la reforma de los AII avanza, aún queda mucho por hacer. El acervo de tratados de vieja generación es diez veces mayor que el de tratados modernos orientados a la reforma, y los inversionistas siguen recurriendo a los tratados de vieja generación cuando plantean casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Las medidas encaminadas a reformar los AII plantean a su vez nuevos retos. Para aprovechar las relaciones internacionales de inversión de manera efectiva en aras del desarrollo sostenible, hace falta llevar a cabo una reforma holística y sincronizada mediante un proceso inclusivo y transparente. La UNCTAD puede cumplir una importante función como facilitadora en ese sentido.

GE.19-14947 (S) 240919 270919
1914947

Se ruega reciclar

I. Introducción

1. La reforma progresista de los AII ya está en marcha: todos los tratados concluidos en 2018 contienen varias reformas acordes con el paquete de reformas para el régimen internacional de inversiones de la UNCTAD (2018) o el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD[1].

2. De los 29 AII concluidos en 2018 cuyo texto se conoce, 27 contienen al menos 6 elementos de reforma[2]. Las disposiciones que se consideraban innovadoras en los AII anteriores a 2012 se han vuelto habituales. Los tratados modernos suelen incluir una orientación hacia el desarrollo sostenible, la preservación del espacio regulatorio y la mejora o la omisión del sistema de solución de controversias en materia de inversión. El ámbito de reforma más habitual es la preservación del espacio regulatorio. Algunos tratados modelo o AII recientes contienen asimismo referencias explícitas a la igualdad de género. El arbitraje entre inversionistas y Estados es otro tema central de la reforma de los AII. Sigue estando sujeto a controversia, suscitando debates en los círculos de la inversión y el desarrollo y en la sociedad. Alrededor del 75 % de los AII celebrados en 2018 contienen al menos un elemento de reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, y muchos de ellos contienen varias.

3. Las herramientas de políticas de la UNCTAD también han incitado a emprender la modernización de los tratados de vieja generación. Cada vez es más frecuente que los países interpreten, enmienden, sustituyan o terminen tratados anticuados. Hasta la fecha, esas medidas de reforma se han dirigido a un número relativamente reducido de AII, por lo tanto, es urgente impulsar la reforma y queda mucho por hacer. En la actualidad, el acervo de tratados de vieja generación es diez veces mayor que el de tratados modernos orientados a la reforma (figura 1) y, hasta la fecha, la mayoría de los casos conocidos de solución de controversias entre inversionistas y Estados se han basado en tratados de vieja generación.

Figura 1
Acervo de acuerdos internacionales de inversión de vieja generación (1959 a 2011) y recientes (2012 a 2018)
(En porcentaje)



Fuente: UNCTAD, 2019, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.19.II.D.12, Ginebra).

[1] Véanse https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1437 y https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition-.

[2] En 2018, los países concertaron al menos 40 AII: 30 tratados bilaterales de inversión (TBI) y 10 tratados con disposiciones sobre inversión. En el momento de redactar el presente documento, se conocía el texto de 29 AII.

4. En la presente nota se actualizan las diez opciones para la fase 2 de la reforma de los AII, que se presentaron por primera vez en el *Informe sobre las inversiones en el mundo 2017* y que posteriormente se incluyeron en el paquete de reformas para el régimen internacional de inversiones de 2018[3]. En la nota se pasa revista a las medidas de reforma más recientes de la fase 2 y al final se señalan cuatro problemas que la comunidad de la inversión internacional tiene que resolver para que la reforma logre resultados verdaderamente satisfactorios.

II. Diez opciones para la fase 2 de la reforma de los acuerdos internacionales de inversión: dificultades y posibles soluciones

5. Los países disponen de numerosas opciones para modernizar el acervo de tratados de primera generación y reducir la fragmentación del régimen de AII. En esta nota se resumen y analizan diez opciones, con sus ventajas e inconvenientes, para que los países las adapten y adopten con arreglo a sus objetivos específicos de reforma. Para decidir qué opción de reforma conviene a un país en una determinada situación se requiere un análisis cuidadoso y empírico de la relación costo-beneficio, al tiempo que se afrontan varios problemas más amplios.

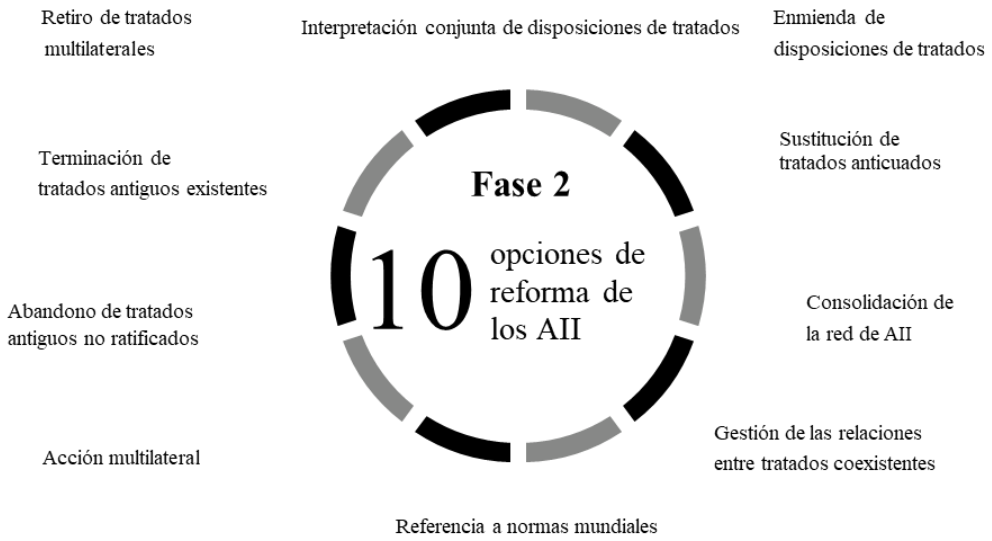
6. Los países que desean modificar los tratados vigentes para adaptarlos a los objetivos y las prioridades de las nuevas políticas y encarar las dificultades que plantea la fragmentación del régimen de AII cuentan al menos con diez opciones para hacerlo (figura 2). Esos mecanismos no se excluyen mutuamente, sino que pueden usarse de forma complementaria, especialmente en el caso de los países que tienen amplias redes de AII.

7. Las diez opciones difieren en varios aspectos, según prevean medidas que son más técnicas (como la interpretación o la enmienda de disposiciones de tratados) o políticas (como actuar a nivel multilateral), se centran en el procedimiento (como la enmienda o sustitución de tratados) o también en la sustancia (como hacer referencia a normas internacionales), o entrañan una continua intervención en el régimen de AII (como la enmienda o la sustitución de tratados o la acción multilateral) o la salida (como la terminación sin sustitución o el retiro de mecanismos multilaterales). Representan modalidades para introducir cambios en el régimen de AII (“cómo” reformar), aunque al examinarlos también hay que tener en cuenta el diseño del contenido de los tratados (“qué” reformar, la fase 1 de la reforma de AII).

8. A la hora de decidir si un mecanismo de reforma es adecuado para un país en una determinada situación, es preciso realizar un análisis cuidadoso y empírico de la relación costo-beneficio, que tenga en cuenta varias dificultades más amplias. Entre las dificultades estratégicas figura la de lograr un resultado global y equilibrado, en vez de extralimitarse en la reforma y privar al régimen de AII de su objetivo de proteger y promover las inversiones. Se plantean dificultades sistémicas a causa de lagunas, superposiciones y fragmentación que crean problemas de coherencia y congruencia. Las dificultades de coordinación requieren priorizar las medidas de reforma, encontrar las partes en un tratado apropiadas para aplicar esas medidas y lograr la coherencia entre las iniciativas de reforma a los distintos niveles de la formulación de políticas. Las dificultades de capacidad hacen que a los países pequeños, sobre todo a los países menos adelantados, les cueste subsanar las deficiencias de los AII de primera generación.

[3] UNCTAD, 2017, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.17.II.D.3, Ginebra).

Figura 2
Diez opciones para modernizar el acervo de acuerdos internacionales de inversión de vieja generación



Fuente: UNCTAD, 2017.

9. Para encontrar la mejor combinación posible de las diez opciones, hay que escoger. Por ejemplo, se suele combinar la terminación de tratados con la sustitución o consolidación. La combinación de opciones elegida debería reflejar, en última instancia, la dirección de la política de inversiones internacionales de un país, en consonancia con su estrategia nacional de desarrollo. Además, al llevar a cabo la reforma de los AII, los encargados de formular las políticas deberían tener en cuenta el efecto combinado de las opciones. Algunas combinaciones de opciones de reforma pueden dar lugar a un régimen de tratados que carezca, en gran parte, de su función tradicional de protección de las inversiones, o pueden suponer el abandono total del régimen de AII. Las iniciativas de reforma, en particular las integrales, deberían aprovechar los beneficios que pueden obtenerse del estado de derecho y responder a las expectativas de los inversionistas en cuanto a previsibilidad, estabilidad y transparencia de la formulación de políticas.

10. Al escoger entre los mecanismos de reforma, los encargados de formular políticas deben tener en cuenta también las dificultades que entrañan, tanto jurídicas como prácticas. Entre las dificultades jurídicas, las tres más destacadas son: la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula de supervivencia y la gestión de las transiciones entre tratados antiguos y nuevos. Cada una de estas dificultades puede revestir especial interés para determinadas opciones de reforma, como se explica a continuación:

- Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objetivo prevenir la discriminación por nacionalidad. Suelen prohibir que los inversionistas de un Estado signatario reciban un trato menos favorable que inversionistas similares de cualquier país tercero. Muchos tribunales han interpretado disposiciones muy generales de la nación más favorecida en el sentido de que permitían importar las disposiciones más favorables de AII firmados por un Estado receptor con terceros países, lo cual suscitó cierta controversia y dio lugar a que, más adelante, se cuidara más la redacción de los tratados, a fin de limitar el ámbito de aplicación de la disposición sobre la nación más favorecida. Incluir en un tratado nuevo cláusulas de la nación más favorecida redactadas de manera general puede socavar las iniciativas de reforma, ya que permite a los inversionistas escoger las cláusulas más favorables de los tratados pendientes de reforma que haya suscrito un Estado receptor con terceros países. En el caso de los AII existentes, las dificultades que entraña la cláusula de la nación más favorecida suelen surgir, sobre todo, en relación con cuatro opciones de reforma: la interpretación conjunta, la enmienda, la sustitución y la gestión de relaciones entre tratados.

- Las cláusulas de supervivencia que se incluyen en la mayoría de los TBI están pensadas para prolongar la aplicación del tratado más allá de su terminación (a veces durante un período de 5 años, pero más a menudo durante 10, 15 o incluso 20 años). Dependiendo de cómo estén formuladas, las cláusulas de supervivencia se aplican únicamente a la terminación unilateral o pueden aplicarse también a la terminación conjunta de un tratado (incluida la terminación debida a la sustitución por un tratado nuevo). Permitir que un tratado de vieja generación (no reformado) se aplique mucho tiempo después de su terminación socavaría las iniciativas de reforma, en especial si ello implicara aplicarlo en paralelo con el nuevo tratado. Por lo tanto, quizá convenga neutralizar las cláusulas de supervivencia de los tratados antiguos que se terminen conjuntamente o se sustituyan (incluso mediante consolidación). Las dificultades que entrañan las cláusulas de supervivencia son especialmente marcadas en el caso de las opciones de reforma de terminación, sustitución o consolidación.
- Las cláusulas de transición delimitan el ámbito de aplicación temporal de un tratado al aclarar en qué situaciones y durante cuánto tiempo después de la terminación del tratado, podrá un inversionista invocar el antiguo AII para plantear un caso de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Si se incluyen en el nuevo tratado, esas cláusulas ayudan a que la transición del antiguo al nuevo tratado se desarrolle sin tropiezos, limitando las situaciones en las que ambos tratados se aplican simultáneamente (o aclarando que, tras la entrada en vigor del nuevo tratado, el antiguo se dejará de aplicar gradualmente). Las cláusulas de transición modifican de manera efectiva el funcionamiento de la cláusula de supervivencia del tratado que deja de estar vigente, son especialmente pertinentes en el caso de las opciones de reforma en que se sustituye tratados antiguos, incluso mediante consolidación.

11. Además de las dificultades jurídicas, los encargados de formular políticas también deben considerar las numerosas dificultades prácticas y políticas que puedan surgir, reseñadas en el capítulo siguiente, y deben tenerlas en cuenta en la planificación.

III. Diez opciones para la fase 2 de la reforma de los acuerdos internacionales de inversión: reseña y balance

1. Interpretación conjunta de disposiciones de tratados

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

13. Las interpretaciones conjuntas autorizadas pueden ayudar a reducir la incertidumbre y aumentar la previsibilidad para los inversionistas, las partes contratantes y los tribunales (cuadro 1). Este instrumento de reforma es el más fácil de aplicar en la práctica, ya que permite a las partes en un tratado expresar sus posiciones acerca de una determinada cláusula de un AII sin recurrir al procedimiento de enmendar o renegociar el tratado, que tiene un costo mayor y lleva más tiempo. Afirmando de manera explícita en el tratado que la interpretación conjunta es vinculante para el tribunal, las partes pueden eliminar cualquier duda acerca de sus efectos jurídicos. Sin embargo, incluso a falta de semejante disposición, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga a los árbitros a tener en cuenta, junto con el contexto, "todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado" (artículo 31, párrafo 3 a)).

14. En 2018 Colombia y la India firmaron una declaración interpretativa conjunta relativa a su TBI de 2009. En la declaración se perfeccionan las cláusulas clave del tratado de 2009 con miras a reflejar objetivos de desarrollo sostenible, reforzar el derecho de las partes a regular velando por el interés público y aclarar las disposiciones relativas al trato justo y equitativo, la expropiación, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida y la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

15. En 2017 Bangladesh y la India firmaron una declaración conjunta similar acerca de su TBI de 2009. Además, en 2017, Colombia y Francia firmaron una declaración interpretativa conjunta relativa a su TBI de 2014, en que se aclara que el artículo 16 relativo a otras disposiciones no debe leerse como una cláusula de estabilización y que la vulneración de un contrato estatal entre un inversionista y una parte no constituye una vulneración del tratado.

16. En varios modelos y AII recientes se crean también órganos conjuntos que tienen el mandato de dictar interpretaciones vinculantes de las disposiciones del tratado (por ejemplo, el acuerdo de libre comercio entre Australia y el Perú, de 2018; el TBI entre Belarús y la India, de 2018; el tratado de libre comercio entre Centroamérica y la República de Corea, de 2018; el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, de 2018; el acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Singapur, de 2018; el acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, de 2019; el tratado de libre comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América (2007), enmiendas de 2018; el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y el Canadá, de 2018; y el modelo de TBI de los Países Bajos, de 2018).

Cuadro 1
Medida de reforma: interpretación conjunta de disposiciones de tratados

Aclara el contenido de la disposición de un tratado y reduce la discrecionalidad interpretativa de los tribunales	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Permite a las partes aclarar una o varias disposiciones concretas sin enmendar o renegociar el tratado (no se requiere ratificación, es menos costoso y lleva menos tiempo). • Es particularmente efectiva si el tratado dispone expresamente que las interpretaciones conjuntas de las partes (o sus órganos conjuntos) sean vinculantes para los tribunales. • Es válida desde el momento de la aprobación, incluso para las controversias pendientes. • Tiene autoridad, ya que se ha originado en las partes en un tratado.	• Tiene efectos limitados, ya que no puede dar un significado totalmente nuevo a la disposición que se interpreta. • Puede plantear dudas acerca de su carácter realmente jurídico (a veces puede ser difícil distinguir entre una interpretación conjunta y una enmienda). • Puede dejar a los tribunales un margen de discrecionalidad. • Podría ser difícil determinar la autenticidad de la interpretación si alguna de las partes ha actuado sistemáticamente de un modo no conforme con ella. • Puede ser difícil de negociar en casos en que una controversia pendiente afecta a la aplicación de la disposición en cuestión.

Fuente: UNCTAD, 2017.

2. Enmienda de disposiciones de tratados

17. Puede resultar difícil corregir mediante interpretaciones conjuntas la redacción amplia de ciertas obligaciones que aparecen con frecuencia en los AII más antiguos. Al enmendar las disposiciones de un tratado, las partes pueden lograr un mayor cambio y así garantizar que el tratado enmendado refleje sus nuevas preferencias normativas.

18. Por lo general, el número de enmiendas es limitado y no afecta a la concepción general y la filosofía de un tratado[4]. Cuando las partes en un tratado están interesadas tan solo en determinadas disposiciones (por ejemplo, la nación más favorecida o el trato justo y equitativo), quizás sea preferible introducir enmiendas discretas a renegociar todo el tratado, procedimiento que puede ser largo y, dependiendo de la otra parte (o las otras partes), difícil (cuadro 2).

19. Los procedimientos de enmienda aplicables dependen del tratado que se vaya a modificar. En los AII que no regulan las enmiendas, suelen aplicarse las normas generales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, muchos AII más recientes incluyen sus propias disposiciones sobre enmiendas. Esto es especialmente importante para los tratados plurilaterales o multilaterales, en los que la participación de numerosas partes hace más complejo el proceso. Las enmiendas a los AII suelen formalizarse mediante acuerdos separados (por ejemplo, protocolos o canjes de cartas o notas), que tienen efecto siguiendo un procedimiento similar al del tratado original, es decir, después de que se han completado los procedimientos respectivos de ratificación de los países.

20. En 2018 se utilizaron las enmiendas en contextos bilaterales y regionales; en AII megarregionales, las partes recurrieron a protocolos y canjes de cartas y notas adjuntas. Las 11 partes del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico convinieron retener algunos elementos esenciales del texto del Acuerdo de Asociación Transpacífico y enmendar determinados aspectos. En cuanto a la inversión (capítulo 9), las partes acordaron suspender la aplicación de las disposiciones relacionadas con los contratos entre inversionistas y Estados y las autorizaciones de inversiones.

21. En septiembre de 2018, la República de Corea y los Estados Unidos firmaron una enmienda a su tratado de libre comercio (2007) en la que se aclaró el significado del nivel mínimo de trato y se excluyeron los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Asimismo, en la enmienda se encargó al comité conjunto el examen de las mejoras de la disposición relativa a la solución de controversias entre inversionistas y Estados que cumplan los objetivos de ambos países (es decir, las formas de resolver controversias y eliminar las alegaciones infundadas).

22. En 2019 la Conferencia de la Carta de la Energía aprobó el calendario para el debate sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía y acordó examinar una serie de temas como parte del debate, entre ellos, el derecho a regular, el desarrollo sostenible, la responsabilidad social empresarial, el trato justo y equitativo, y la expropiación indirecta[5]. Mediante el proceso de modernización se determinarán las posibles opciones normativas para cada uno de los temas enumerados. Los miembros del subgrupo de la conferencia iniciarán las negociaciones destinadas a modernizar el tratado con arreglo a los temas propuestos y las opciones normativas que se hayan definido.

Cuadro 2
Medida de reforma: enmienda de disposiciones de tratados

Modifica el contenido de un tratado existente introduciendo nuevas disposiciones o alterando o eliminando disposiciones existentes	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Constituye un instrumento más amplio y de mayor alcance que la interpretación; puede introducir nuevas normas en vez de limitarse a aclarar el significado de las que ya existen.	• Suele requerir la ratificación de los países para tener efecto. • Solo se aplica en lo sucesivo, es decir, no afecta a las controversias pendientes.

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

[5] Véase http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017.

Modifica el contenido de un tratado existente introduciendo nuevas disposiciones o alterando o eliminando disposiciones existentes	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Aborda de manera selectiva las cuestiones más importantes en las que las posiciones de las partes coinciden. • Puede ser más fácil de acordar con la otra parte en el tratado y más eficiente que renegociar el tratado en su totalidad.	• No propicia un cambio general en la concepción y la filosofía del tratado. • Puede dar lugar a un toma y daca, de manera que las enmiendas deseadas solo se consigan a cambio de concesiones a las partes que reclaman otras enmiendas.

Fuente: UNCTAD, 2017.

3. Sustitución de tratados anticuados

23. La sustitución permite llevar a cabo una revisión integral del tratado en vez de enmendar de manera selectiva algunas cláusulas.

24. Esta medida sustituye los AII anticuados por otros nuevos. Los nuevos AII pueden celebrarse entre las mismas partes (por ejemplo, cuando un TBI es sustituido por otro nuevo) o por un mayor grupo de países (por ejemplo, cuando varios TBI son sustituidos por un tratado plurilateral (véase la opción 4)). Volverse a plantear un tratado desde el principio permite a las partes lograr mayores cambios que mediante el sistema de enmiendas selectivas y ser más rigurosas y conceptuales al concebir un AII que refleje una visión contemporánea común (cuadro 3).

25. Cada vez son más los AII concertados recientemente que reemplazan tratados de vieja generación, en general sustituyendo un tratado antiguo por uno nuevo. De los 30 TBI suscritos en 2018, 4 reemplazaron TBI bilaterales más antiguos (por ejemplo, el TBI entre Belarús y Turquía sustituyó el que habían firmado en 1995; el TBI entre Kirguistán y Turquía sustituyó el de 1992; el TBI entre Lituania y Turquía sustituyó el de 1994, y el de Serbia y Turquía sustituyó el que habían firmado en 2001).

26. Tres tratados que contenían disposiciones en materia de inversión formalizados en 2018 sustituyeron o van a sustituir un tratado cada uno. El acuerdo de libre comercio entre Singapur y Sri Lanka sustituyó un TBI (1980) y el acuerdo de libre comercio entre el Perú y Australia (2018) prevé la sustitución de un TBI (1995), a menos que se sustituya cuando entre en vigor el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico para ambos países. Cuando entre en vigor, el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y el Canadá (2018) sustituirá el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992). Otros tres tratados que contienen disposiciones en materia de inversión han sustituido varios acuerdos al mismo tiempo (véase la opción 4).

27. La transición efectiva de un tratado antiguo a uno nuevo puede garantizarse mediante cláusulas de transición. Tres tratados recientes que contienen disposiciones en materia de inversiones establecen un período de transición de tres años después de la entrada en vigor del nuevo acuerdo (a saber, el acuerdo de libre comercio entre Australia y el Perú (2018), el acuerdo de libre comercio entre Singapur y Sri Lanka (2018) y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y el Canadá (2018))[6]. Las cláusulas de transición son un fenómeno relativamente nuevo y su prevalencia está aumentando en los AII regionales y plurilaterales recientes. Se sabe que las siguientes

[6] Existen indicios de que solo una minoría de los AII de sustitución contiene cláusulas de transición, pero que su prevalencia está aumentando en los AII regionales y plurilaterales recientes. Se pueden encontrar ejemplos de cláusulas de transición en el anexo 10-E del tratado de libre comercio entre Australia y Chile (2008), en el artículo 30.8 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (2016), en el artículo 10.20 del tratado de libre comercio entre el Perú y Singapur (2008) y en otros tratados. Otras partes en tratados que consta que han utilizado disposiciones de transición al menos una vez son México, Panamá, la República de Corea y Viet Nam.

partes en tratados han utilizado disposiciones de transición al menos una vez: Australia, Canadá, Chile, México, Panamá, Perú, República de Corea, Singapur, Viet Nam y Unión Europea.

Cuadro 3
Medida de reforma: sustitución de tratados anticuados

Sustituye un tratado antiguo por uno nuevo	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Permite un enfoque integral de la reforma mediante la revisión exhaustiva del tratado con arreglo a la evolución de los objetivos de las partes contratantes. • Permite revisar la filosofía y la concepción general del tratado e incluir nuevas cuestiones normativas. • Se puede hacer en cualquier momento de la vida del tratado.	• Requiere la participación de una o varias partes en el tratado que tengan opiniones similares. • Puede ser costosa y larga, ya que el tratado debe negociarse desde el principio. • No garantiza la inclusión de elementos reformadores (dependerá de los resultados de las negociaciones). • Requiere una transición efectiva entre el tratado antiguo y el nuevo.

Fuente: UNCTAD, 2017.

4. Consolidación de la red de acuerdos internacionales de inversión

28. Cada vez más AII regionales incluyen cláusulas específicas que disponen la sustitución de los tratados suscritos entre las partes. Derogar dos o más tratados antiguos mediante la creación de un único tratado nuevo puede ayudar a modernizar el contenido de los tratados y evitar la fragmentación de la red de AII.

29. La consolidación es una forma de sustitución (véase la opción 3). Significa abrogar varios tratados preexistentes y sustituirlos por uno nuevo, moderno y orientado al desarrollo sostenible. Desde la perspectiva de la reforma de los AII, se trata de una opción atractiva, ya que tiene el doble efecto positivo de modernizar el contenido de los tratados y reducir la fragmentación de la red de AII, entre otras cosas estableciendo reglas uniformes en el tratado para más de dos países (cuadro 4).

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

31. Tres de los tratados que contenían disposiciones de inversión formalizados en 2018 sustituyeron más de un TBI antiguo. Se sustituyeron cláusulas concretas del texto de los nuevos AII o de las cartas que disponen la terminación y sustitución. Por ejemplo, el acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Singapur (2018) sustituirá 12 TBI más antiguos formalizados entre los Estados miembros de la Unión Europea y Singapur, y el tratado de libre comercio entre Centroamérica y la República de Corea (2018) sustituirá 5 TBI.

32. En el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, algunas partes disponen la sustitución de TBI preexistentes (por ejemplo, el TBI entre Australia y Viet Nam, de 1991; el TBI entre Australia y el Perú, de 1995; y el TBI entre Australia y México, de 2005) con arreglo a las condiciones establecidas en las cartas adjuntas pertinentes.

33. El protocolo de inversión de la Zona de Libre Comercio Continental Africana, cuya negociación está prevista en el marco de la fase 2 del proceso de integración continental, podría implicar la sustitución de más de 170 TBI entre países africanos.

Cuadro 4
Medida de reforma: consolidación de la red de acuerdos internacionales de inversión

Abroga dos o más TBI antiguos entre las partes y los sustituye por un nuevo AII plurilateral	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Permite un enfoque integral de la modernización del AII mediante la revisión exhaustiva del tratado. • Reduce la fragmentación de la red de AII disminuyendo el número de tratados existentes. • Puede ser más económica y rápida que celebrar múltiples negociaciones bilaterales.	• Requiere la participación de numerosas partes en el tratado. • No garantiza la inclusión de elementos reformadores (dependerá de los resultados de las negociaciones). • Puede ser más difícil lograr resultados en negociaciones plurilaterales que en negociaciones bilaterales.

Fuente: UNCTAD, 2017.

5. Gestión de las relaciones entre tratados coexistentes

34. Cuando los países optan por mantener en paralelo tratados antiguos y nuevos, los objetivos de la reforma de los AII tan solo podrán lograrse si, en caso de conflicto o incoherencia, prevalece el nuevo AII, más moderno.

35. En vez de optar por la sustitución, algunas partes en un tratado deciden que los tratados antiguos y nuevos deben existir paralelamente (cuadro 5). Esto ocurre a menudo cuando el nuevo tratado es plurilateral (por ejemplo, un acuerdo regional de libre comercio que contiene un capítulo sobre inversiones) y los tratados antiguos subyacentes son bilaterales. Por lo general, esta coexistencia añade complejidad al sistema y no favorece la reforma de los AII. Para lograr una reforma efectiva y global, el mejor enfoque sería evitar la aplicación paralela de los AII coexistentes entre las mismas partes. Sin embargo, los Estados pueden tener razones para elegir la coexistencia de los AII.

36. En algunos tratados recientes que contienen disposiciones de inversión, los países siguen rigiéndose por tratados preexistentes que se solapan. En el caso del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, siguen vigentes un total de 37 AII previos que coexisten con el Tratado. Por ejemplo, Australia y Singapur mantienen un tratado de libre comercio (de 2003) que se solapa, el Japón y Viet Nam tienen dos tratados antiguos que siguen vigentes (el TBI del Japón y Viet Nam, de 2003; y el Acuerdo de Asociación Económica entre el Japón y Viet Nam, de 2008) e incorporaron el TBI al Acuerdo de Asociación Económica.

37. Al menos 12 TBI firmados en 2018 tienen relación paralela con otros tratados. Por ejemplo, el TBI entre Azerbaiyán y Turkmenistán (2018) y el TBI entre Belarús y Turquía (2018) se solapan con el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994) en lo que respecta al sector energético. El TBI entre Indonesia y Singapur (2018) coexiste con el Acuerdo Integral de Inversiones de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) (2009). El TBI entre Kazajstán y los Emiratos Árabes Unidos (2018) y el TBI entre Mauritania y Turquía (2018), entre otros, se solapan con el Acuerdo de Inversiones de la Organización de Cooperación Islámica (1981).

38. Las partes del Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Australia e Indonesia siguen sujetas al TBI suscrito entre ambos países en 1992 y por el acuerdo de libre comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelandia, de 2009. El Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Australia e Indonesia incluye una cláusula sobre la relación entre tratados que dispone que, cuando una parte considere que existe una incoherencia entre acuerdos, consultará con las demás a fin de llegar a una solución satisfactoria para todas.

39. Para paliar las consecuencias negativas que podrían derivarse de esa situación, los Estados pueden incluir cláusulas que aclaren la relación entre los AII coexistentes. Por ejemplo, en una cláusula sobre conflictos se puede especificar cuál de los tratados

prevalecerá en caso de conflicto o incoherencia. En el acuerdo de libre comercio entre Australia y el Perú (2018) se dispuso que las partes se consultarían en caso de que se detectara alguna incoherencia entre acuerdos.

Cuadro 5
Medida de reforma: gestión de las relaciones entre tratados coexistentes

Establece normas que determinan cuál de los AII coexistentes se aplica en una determinada situación	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Garantiza que los países no estén sujetos a obligaciones aplicables simultáneamente derivadas de tratados que se superponen. • Puede contribuir a las reformas garantizando la prevalencia del tratado más reciente. • Aun manteniendo en vigor el tratado anterior (ambos en paralelo), aclara la relación del nuevo tratado con el anterior.	• No termina el tratado anterior. • Solo palia las consecuencias negativas que se derivan de la coexistencia; no favorece una reforma efectiva y global de los AII. • La repercusión dependerá de cómo se formule la cláusula sobre conflictos.

Fuente: UNCTAD, 2017.

6. Referencia a normas mundiales

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

41. Los AII son, en la actualidad, los instrumentos más destacados que se ocupan de la inversión extranjera (a nivel bilateral, regional, plurilateral y multilateral). Sin embargo, a nivel internacional también se han creado muchas otras normas e instrumentos que pueden ser o no ser vinculantes y que, directa o indirectamente, tienen que ver con las inversiones internacionales.

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

43. Aunque sigue habiendo alguna incertidumbre acerca de la función y el peso que los tribunales internacionales de arbitraje darían a esos instrumentos, los responsables políticos disponen de ciertas opciones para utilizar esas normas mundiales en la reforma de los AII, haciendo referencia a ellas en los acuerdos (cuadro 6). Por ejemplo, pueden adoptar las medidas siguientes:

- Introducir normas e instrumentos mundiales en sus nuevos AII (por ejemplo, mediante referencias cruzadas), como ya se ha hecho en un pequeño pero creciente número de acuerdos. Esas cláusulas servirían, como mínimo, para destacar la importancia de la sostenibilidad en las relaciones entre inversionistas y Estados. También podrían concienciar a los inversionistas de sus responsabilidades en relación con el desarrollo sostenible y servir de guía interpretativa para los tribunales encargados de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.
- Adoptar una declaración conjunta que recuerde los compromisos que contrajeron los países con determinadas normas e instrumentos mundiales y que señale que las relaciones entre países participantes en materia de (políticas de) inversión deben

comprenderse a la luz de estos compromisos. Tendría efectos similares a los de las referencias cruzadas, pero se aplicaría no solo a los nuevos tratados, sino también a los preexistentes. Cuanto mayor fuera el grupo de países participantes (y posiblemente, cuanto más larga fuera la lista de normas mundiales), tanto más fuertes o de mayor alcance serían sus efectos.

- Incorporar, a un nivel más amplio, cuestiones sobre la sostenibilidad mundial en los debates sobre la gobernanza económica mundial y el marco normativo internacional que regula las inversiones.

44. La referencia a normas mundiales, con miras a que las actividades de inversión se lleven a cabo con más responsabilidad y estén mejor reguladas, se ha convertido en un elemento cada vez más destacado en los tratados. De los 29 tratados firmados en 2018 cuyo texto se conoce, al menos 18 hacen alusión al logro de objetivos de desarrollo sostenible y al menos 4, a una o varias normas mundiales concretas relacionadas con la promoción del desarrollo sostenible. Tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos son mencionadas tres veces. En dos tratados se menciona el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las obligaciones que incumben a los miembros de la Organización Internacional del Trabajo y las directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

45. El caso más significativo es que el Acuerdo de Asociación Económica entre la Asociación Europea de Libre Comercio e Indonesia (2018) se refiere específicamente a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (es el segundo tratado que lo hace, el primero fue el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea, de 2016). Los tratados de la Asociación Europea de Libre Comercio son los que más mencionan normas mundiales (hasta siete normas en el Acuerdo de Asociación Económica entre la Asociación Europea de Libre Comercio e Indonesia (2018), seguido de cuatro normas en el Acuerdo de Asociación Económica entre la Asociación Europea de Libre Comercio y el Ecuador (2018)).

Cuadro 6
Medida de reforma: referencia a normas mundiales

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

Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Puede ayudar a definir el espíritu (objeto y fin) de un tratado e influenciar su interpretación por parte de los tribunales de arbitraje. • Puede contribuir a la modernización de tratados existentes y a la creación de nuevos tratados. • Puede reconectar los distintos universos de normas internacionales. • Es económica y relativamente rápida (los países pueden utilizar instrumentos existentes ya acordados por las partes).	• Según la norma mundial de que se trate, puede considerarse que sobrecarga el régimen de AII con cuestiones que no son esenciales para el objetivo tradicional de los AII, que es proteger la inversión extranjera. • No contribuye necesariamente a la claridad jurídica ni limita la discrecionalidad interpretativa de los tribunales de arbitraje. • No da a las partes en un tratado control sobre la evolución futura de los respectivos instrumentos.

Fuente: UNCTAD, 2017.

7. Acción multilateral

46. La acción multilateral puede ser la vía más efectiva, pero también la más difícil, para reformar los AII ya existentes. Al buscar inspiración en procesos multilaterales actuales o anteriores, debería prestarse atención a sus diferencias en lo que respecta a la intensidad, la profundidad y el carácter de la acción.

47. De tener éxito, la iniciativa de reforma multilateral mundial sería la manera más eficiente de subsanar las incoherencias, las superposiciones y los problemas para el desarrollo que caracterizan los miles de tratados que constituyen el régimen actual de AII. Sin embargo, toda reforma multilateral plantea un desafío, en particular a la hora de determinar la manera de llevarla a cabo (cuadro 7).

48. Últimamente ha habido varias novedades normativas a nivel multilateral (o plurilateral) que pueden servir de inspiración para futuras iniciativas de reforma multilateral de los AII, tanto por la manera en que se han elaborado las nuevas normas como por los procedimientos o instrumentos utilizados para hacer extensivas las nuevas normas a los tratados existentes.

49. Entre los ejemplos recientes de novedades multilaterales en la formulación de políticas de inversión en 2018 cabe citar las deliberaciones celebradas en el marco de la Carta de la Energía y, por ejemplo, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Sin embargo, es poco probable que los resultados de las iniciativas que se han emprendido alteren sustancialmente el panorama de la modernización de los tratados de inversión de vieja generación orientada al desarrollo sostenible.

50. Más allá del régimen de inversiones, la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, preparada a partir de un proyecto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y el Grupo de los 20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, ofrece importantes enseñanzas de cara a las medidas de reforma de la fase 2 (recuadro).

Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios: lecciones de las medidas de reforma de la fase 2

Las futuras medidas de reforma de los AII podrían basarse en el proceso multilateral que condujo a la aprobación del paquete final sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y en la arquitectura del tratado, que es similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, pero más compleja.

El paquete de medidas sobre erosión de la base imponible y traslado de beneficios tiene por objeto actualizar las normas fiscales internacionales y reducir la oportunidad de las empresas multinacionales de eludir impuestos; además trata varias cuestiones de interés (como los arreglos para mecanismos híbridos, la utilización abusiva de los tratados fiscales y la racionalización de la resolución de controversias). La Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios tiene como propósito aplicar rápidamente las medidas relacionadas con los tratados fiscales recogidas en el paquete final.

La Convención promueve la aplicación de las medidas relacionadas con los tratados fiscales por parte de los Estados y la posible enmienda de más de 3.000 tratados fiscales bilaterales formalizados hasta la fecha. Crea oportunidades de cambio de manera flexible y adaptada a las distintas necesidades, ya que permite declaraciones unilaterales y reservas selectivas o enmiendas a tratados fiscales preexistentes. Por ejemplo, la Convención se aplicará tan solo a aquellos tratados fiscales que las partes en la Convención hayan designado específicamente y utiliza mecanismos de exclusión expresa para que las partes puedan excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones. La posibilidad de elegir entre disposiciones alternativas y mecanismos de aceptación expresa permite asumir nuevos compromisos.

Más de 100 jurisdicciones concluyeron las negociaciones de la Convención en noviembre de 2016. Con la firma de Albania y Marruecos en mayo y junio de 2019, respectivamente, la Convención cubrió 89 jurisdicciones. La Convención entró en vigor

el 1 de enero de 2019 y actualmente se aplica a 51 tratados fiscales celebrados entre las 28 jurisdicciones que la habían ratificado al 25 de junio de 2019. En julio de 2019, el marco inclusivo sobre erosión de la base imponible y traslado de beneficios contaba con 131 miembros de todos los continentes y grados de desarrollo.

Fuente: UNCTAD, a partir del folleto informativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2019, que se puede consultar en https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm; y https://www.oecd.org/tax/beps/morocco-signs-landmark-agreement-to-strengthen-its-tax-treaties.htm.

51. Por último, para favorecer las investigaciones de expertos, el análisis, el apoyo y los intercambios de opiniones sobre cómo llevar adelante la reforma, resultan útiles las plataformas y los procesos multipartitos, como el Foro Mundial de Inversiones celebrado en la UNCTAD —el foro internacional para la celebración de debates inclusivos y de alto nivel sobre el régimen existente de AII, de múltiples niveles y facetas—, y el foro sobre la financiación para el desarrollo, que pidió a la UNCTAD que siguiera celebrando consultas con los Estados miembros acerca de los AII.

Cuadro 7
Medida de reforma: acción multilateral

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

Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Entre las opciones de reforma, es la más adecuada para tratar cuestiones de políticas de importancia mundial (como el desarrollo sostenible) o cuestiones sistémicas (como la cláusula de la nación más favorecida). • De tener éxito, es el tipo de reforma más eficiente, ya que introduce cambios de una sola vez para múltiples países o relaciones entre tratados. • Puede contribuir a evitar una mayor fragmentación derivada de la adopción de diversas medidas de reforma por distintos países.	• Es la vía de reforma más ardua, ya que resulta difícil lograr el consenso de muchos países. • Puede crear una situación en la que los países con menor capacidad de negociación o que se incorporan más tarde deban limitarse a aceptar las normas. • Es más probable que dé como resultado, al menos en la actualidad, instrumentos no vinculantes o instrumentos de alcance sustantivo limitado (como diversos aspectos de la solución de controversias entre inversionistas y Estados); por consiguiente, tiene unos efectos generales limitados en el régimen de AII.

Fuente: UNCTAD, 2017.

8. Abandono de tratados antiguos no ratificados

52. Un número relativamente elevado de TBI, muchos de ellos antiguos, todavía no han entrado en vigor. Un país puede comunicar oficialmente su decisión de no obligarse por ellos con el fin de depurar su red de AII y promover la negociación de nuevos tratados más modernos.

53. Un país puede decidir no obligarse por tratados de vieja generación que no hayan entrado en vigor. Según el derecho internacional, un Estado "deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado" que haya firmado, incluso antes de que dicho tratado entre en vigor (artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El abandono oficial de un tratado (se utiliza "abandono" en el sentido coloquial y jurídicamente neutro del término) garantizaría que el país se eximiera de esa obligación. Normalmente es un procedimiento sencillo porque el tratado no está en vigor.

54. Aunque las acciones explícitas para abandonar tratados no ratificados son poco frecuentes, algunos ejemplos llamativos son la terminación por parte de la India de varios TBI que había firmado pero que todavía no habían entrado en vigor (por ejemplo, los TBI firmados con Etiopía (2007), Ghana (2002), Nepal (2011) y Eslovenia (2011)). Existen más de 480 AII que se firmaron hace más de diez años y todavía no han entrado en vigor, lo cual puede indicar que los Estados han abandonado los intentos de ratificación (cuadro 8).

55. Sin embargo, en ciertos tratados, los países acuerdan la aplicación provisional, lo que significa que el tratado (o parte de él) se aplica después de la firma pero antes de su entrada en vigor. Abandonar un tratado que se aplica provisionalmente suele ser más complicado, ya que se asemeja a terminar un tratado que ha entrado en vigor. Por lo general, los AII estipulan el procedimiento que un país debe seguir para terminar la aplicación provisional; esto también puede activar la aplicación de una cláusula de supervivencia.

Cuadro 8
Medida de reforma: abandono de tratados antiguos no ratificados

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

Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Puede ayudar a depurar la red de AII de un país. • Es un procedimiento sencillo, que requiere tan solo la notificación a las otras partes. • Puede enviar un mensaje reformista a otras partes en el tratado y a la opinión pública.	• Podría entenderse que afecta negativamente al clima de inversión del país. • Podría perturbar las relaciones con otras partes en el tratado. • Puede no afectar a controversias actuales resultantes de una aplicación provisional. • Puede no afectar a futuras reclamaciones para la solución de controversias entre inversionistas y Estados (durante el período de la cláusula de supervivencia) si un país acepta la aplicación provisional a la espera de la ratificación.

Fuente: UNCTAD, 2017.

9. Terminación de tratados antiguos existentes

56. La terminación de TBI anticuados, ya sea de manera unilateral o conjunta, es una manera directa (aunque no siempre instantánea) de eximir a las partes de sus obligaciones.

57. La terminación de un tratado exime a las partes de la obligación de seguir actuando de conformidad con él (cuadro 9). Esto difiere de la terminación de un tratado a causa de su sustitución por uno nuevo (véanse las opciones 3 y 4). Un tratado puede terminarse unilateralmente (cuando el tratado lo permite) o de mutuo acuerdo (en cualquier momento). Las normas para la terminación unilateral de un tratado suelen exponerse en el propio TBI. Por lo general, los TBI establecen un período de funcionamiento inicial de entre 10 y 20 años, que debe expirar antes de que una de las partes pueda terminar unilateralmente el tratado.

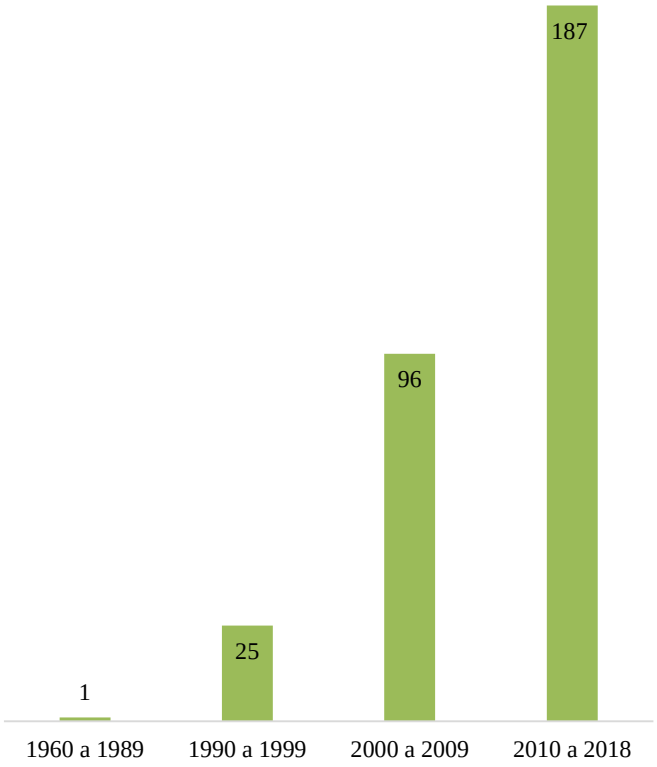
58. La terminación unilateral activará la cláusula de supervivencia (si el tratado la contempla), lo que prolonga el funcionamiento del tratado durante un determinado tiempo después de su terminación. Las cláusulas de supervivencia se aplican a las inversiones efectuadas antes de la fecha de terminación, pero se refieren a las medidas gubernamentales adoptadas antes y después de la fecha de terminación (mientras dure el período de supervivencia). Hay dos tipos principales de cláusulas de supervivencia: unas están formuladas de manera que se apliquen solo a la terminación unilateral de los tratados (tipo 1); y otras no aclaran si se limitan a los casos de terminación unilateral o si también se aplican a la terminación conjunta por las partes (tipo 2). La terminación unilateral de un tratado activa sistemáticamente la cláusula de supervivencia, mientras que en el caso de la

terminación conjunta, la situación no está tan clara, puede que la cláusula de supervivencia se active o no, en función de su redacción (tipo 1 o 2) y de si las partes la han neutralizado en el momento de la terminación.

59. En aras de la claridad, los países pueden considerar la posibilidad de neutralizar la cláusula de supervivencia cuando terminan un tratado de manera conjunta. La cláusula de supervivencia fue neutralizada por el acuerdo expreso de las partes en el caso de la terminación conjunta del TBI entre la Argentina e Indonesia (1995), así como en la terminación conjunta de varios TBI suscritos entre Chequia y otros Estados miembros de la Unión Europea.

60. En general, las terminaciones de AII están aumentando. Solo entre 2010 y 2018 entraron en vigor 187 terminaciones de AII (figura 3), de las cuales 128 fueron fruto de terminaciones unilaterales. En 2018 entraron en vigor al menos 24 terminaciones y en el primer semestre de 2019, al menos 10.

Figura 3
Terminaciones efectivas de acuerdos internacionales de inversión
(Número de acuerdos por período)



Fuente: UNCTAD, 2019.
Nota: Se incluyen los tratados que fueron denunciados unilateralmente, terminados por consentimiento, sustituidos por un nuevo tratado y que vencieron automáticamente.

61. En 2017 entraron en vigor al menos dos terminaciones de TBI entre miembros de la Unión Europea y otras seis a comienzos de 2019. En 2017 y 2018 fueron enviadas varias notificaciones de terminación (por ejemplo, por parte de Polonia) que todavía no han entrado en vigor.

62. Se espera que en los próximos años aumente el número de terminaciones de tratados como se indica a continuación:

- La terminación prevista de los TBI entre miembros de la Unión Europea, que afecta aproximadamente a 190 tratados vigentes entre Estados miembros de la Unión

Europea, será más rápida que las medidas de terminación anteriores. En enero de 2019, 22 Estados miembros de la Unión Europea anunciaron en una declaración su intención de terminar, a más tardar el 6 de diciembre de 2019, todos los TBI formalizados entre ellos. En otras declaraciones, los seis Estados miembros restantes reafirmaron, en esencia, la declaración sobre los TBI entre miembros de la Unión Europea.

- Una vez que entren en vigor varios tratados regionales, plurilaterales o megarregionales firmados recientemente (por ejemplo, el acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Singapur), sustituirán efectivamente los BTI más antiguos, que serán terminados.

63. La terminación de los AII no implica necesariamente que el país tenga intención de desvincularse por completo del sistema, sino que puede formar parte del replanteamiento general de la formulación de políticas internacionales de inversión del país, acompañado de la preparación de un modelo de tratado revisado y el inicio de nuevas negociaciones de AII. Dos países —la India e Indonesia— que terminaron recientemente un gran número de AII, en muchos casos de forma unilateral, formalizaron nuevos TBI en 2018 (por ejemplo, uno entre Belarús y la India y otro entre Indonesia y Singapur).

64. Además, la terminación no siempre exime instantáneamente a las partes de las obligaciones que les incumben en virtud de los tratados. Puede activar una cláusula de supervivencia, que suele figurar en los AII, a menos que las partes en el tratado la neutralicen en el momento de la terminación.

Cuadro 9
Medida de reforma: terminación de tratados antiguos existentes

Exime a las partes de las obligaciones contraídas en virtud del tratado	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Puede ser una terminación unilateral o conjunta (sin sustitución por un nuevo tratado). • Manda una clara señal a las partes reformistas nacionales y a los críticos del régimen de AII. • Puede promover una reforma orientada al desarrollo sostenible, si forma parte de una estrategia conjunta y coordinada de sustitución.	• Podría considerarse que empeora el clima de inversión en el país o los países que terminan el tratado. • Podría ser causa de que los inversionistas de una parte dejen de estar protegidos en el territorio de la otra parte. • Podría no ser instantánea si se activa una cláusula de supervivencia (es decir, sigue existiendo la posibilidad de que deba procederse a la solución de controversias entre inversionistas y Estados durante el período previsto en la cláusula de supervivencia).

Fuente: UNCTAD, 2017.

10. Retiro de tratados multilaterales

65. El retiro unilateral de mecanismos multilaterales relacionados con la inversión (como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados) puede ayudar a reducir el riesgo de que un país reciba reclamaciones de inversionistas, pero también puede crear problemas para la futura cooperación multilateral en materia de inversión.

66. El retiro unilateral de un mecanismo multilateral relacionado con la inversión exime a la parte que se retira de las obligaciones derivadas del instrumento y, según como sea el instrumento en cuestión, puede reducir al mínimo el riesgo de que un país reciba reclamaciones de inversionistas (cuadro 10). El retiro unilateral también puede indicar que el país ha perdido la fe en el sistema y desea abandonarlo en vez de reformarlo. Puede mostrar una preferencia por otro foro.

67. Hasta la fecha, dos países se han retirado del Tratado sobre la Carta de la Energía. En 2009 la Federación de Rusia notificó que terminaba su aplicación provisional y declaró su intención de no ser parte en el Tratado. En 2014 Italia denunció el Tratado, con efecto el 1 de enero de 2016 (a diferencia de la Federación de Rusia, Italia había ratificado el Tratado y era parte de pleno derecho). El Tratado contiene dos cláusulas de supervivencia distintas de 20 años, para los signatarios que aplicaban el Tratado de manera provisional y para las partes de pleno derecho.

68. Hasta la fecha, tres países han terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, a saber, el Estado Plurinacional de Bolivia en 2007, el Ecuador en 2009 y la República Bolivariana de Venezuela en 2012. En el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones se habían presentado múltiples reclamaciones de inversionistas basadas en tratados contra cada uno de estos países, en las que estaban en juego importantes sumas de dinero.

69. Recientemente no ha habido más ejemplos de esta opción de reforma, lo que apunta a que el retiro de tratados de inversión internacionales no es una vía de reforma popular en la actualidad.

Cuadro 10
Medida de reforma: retiro de tratados multilaterales

Libera a las partes que se retiran de la fuerza vinculante del instrumento	
Resultados (ventajas)	*Problemas (inconvenientes)*
• Puede ayudar a reducir el riesgo de un país de recibir (futuras) reclamaciones de inversionistas (según la cláusula de supervivencia del tratado denunciado y sin perjuicio de las reclamaciones que puedan presentar los inversionistas en virtud de otros AII o ante otros foros internacionales). • Puede reducir los gastos anuales (por ejemplo, si el tratado requiere contribuciones anuales). • Puede ser la segunda mejor solución para los países que preferirían reformar el tratado existente, pero no pueden hacerlo solos.	• Podría considerarse que afecta de manera negativa al clima de inversión de un país o podría colocar al país fuera del sistema. • Priva a un país de las posibilidades de cooperación futura con otras partes en el tratado y de expresar su opinión en la evolución del acuerdo. • Se aplica únicamente en lo sucesivo. • Como la mayor parte de los AII prevén múltiples foros para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, quizás no elimine del todo el riesgo de reclamaciones para la solución de esas controversias. • Podría reducir la protección de los nacionales que inviertan en el extranjero.

Fuente: UNCTAD, 2017.

IV. Conclusiones

70. La reforma orientada al desarrollo sostenible ya ha llegado a las políticas de inversión que se formulan en la actualidad. Se han tomado medidas de reforma a todos los niveles (nacional, bilateral, regional y multilateral). Las medidas cubren las cinco esferas de reforma que figuran en el paquete de reformas para el régimen internacional de inversiones de la UNCTAD (2018) y, cada vez más, ponen en práctica las diez opciones de la fase 2 de la reforma de los AII.

71. No obstante, aún queda mucho por hacer. Para que la reforma consiga resultados verdaderamente satisfactorios, la comunidad de la inversión internacional debe cumplir cuatro requisitos.

72. En primer lugar, modernizar los tratados de vieja generación sigue siendo prioritario. A pesar de las iniciativas de reforma en curso, el acervo de tratados de la vieja generación de AII que no incluyen elementos reformistas sigue comprendiendo más de 3.000 AII (diez veces superior al número de AII modernos formalizados desde 2012). Esta cifra ilustra la magnitud de la tarea que supone reformar el grueso del régimen de AII para hacerlo más equilibrado, manejable y favorable al desarrollo sostenible.

73. En segundo lugar, la reforma tiene que ser integral. Aunque las iniciativas de reforma convergen en el objetivo de hacer que el régimen de AII esté más orientado al desarrollo sostenible, los países no las aplican de forma constante; además, las iniciativas de reforma se centran en aspectos concretos del régimen que a menudo se tratan de forma aislada. Por ejemplo, la reforma de la solución de controversias en materia de inversión, que recientemente ha recibido atención en todo el mundo, no está sincronizada con la reforma de las normas sustantivas incorporadas en los AII. No obstante, para reorientar el régimen de políticas de inversión hacia el desarrollo sostenible hay que reformar tanto las normas sobre la solución de controversias como las normas sustantivas de los tratados.

74. En tercer lugar, todavía hay que probar algunas cláusulas de la reforma; es demasiado pronto para valorar la eficacia de algunos elementos innovadores de la redacción de los AII para alcanzar sus objetivos de salvaguardar el derecho de los países a regular. Todavía habrá que probar muchos de los nuevos ajustes de los AII en controversias relativas a inversiones y sigue habiendo dudas acerca del modo en que los árbitros vayan a interpretar esos ajustes en los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Esto se refiere tanto a las cláusulas nuevas que suelen utilizarse en los tratados como a aquellas que hasta ahora apenas se han utilizado.

75. En cuarto lugar, las iniciativas de reforma tienen que ser inclusivas y no verse restringidas por limitaciones de capacidad. Para que la reforma tenga éxito hace falta un proceso transparente e inclusivo. Los Gobiernos y foros internacionales han de velar por que haya posibilidades para que las partes interesadas puedan mantener un contacto productivo y por desarrollar las aptitudes y la experiencia de los encargados de negociar y formular las políticas. Los programas de asistencia técnica bilateral o regional pueden dar seguimiento a las necesidades de fomento de la capacidad señaladas por los Gobiernos. El intercambio de experiencias y mejores prácticas relacionadas con la reforma de los AII puede potenciar el aprendizaje entre pares acerca de las opciones de reforma orientada al desarrollo.

76. En su calidad de centro de coordinación de las Naciones Unidas para el tratamiento integrado de las cuestiones relacionadas con el comercio y el desarrollo y las cuestiones conexas en los ámbitos de la financiación, la tecnología, las inversiones y el desarrollo sostenible, la UNCTAD apoya los procesos de formulación de políticas en curso con el fin de reformar los AII orientándolos al desarrollo sostenible. Su apoyo a la reforma se concreta en sus tres pilares de acción, a saber, elaborar herramientas de políticas basadas en la investigación y el análisis de políticas; la asistencia técnica, que incluye el fomento de la capacidad y los servicios de asesoramiento; y la búsqueda de consenso intergubernamental. Quizá el 11º período de sesiones de la Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo desee hacer balance de las iniciativas de reforma emprendidas hasta la fecha, indicar las enseñanzas extraídas y trazar el camino que se seguirá en el futuro.