

BRIDGES AFRICA

Analysis and news on African trade and sustainable development

INVESTMENT BRIDGES AFRICA
VOLUME 5 - NUMBER 5

The evolving international investment law and policy regime: Ways forward

21 June 2016

Karl P. Sauvant



How to encourage the flow of sustainable FDI for sustainable development? This article examines the state of the international investment law and policy regime and presents potential options for its reform.

International investment has already become the single most important form of international economic transactions and the most powerful vector of integration among economies. It has become more important than trade in delivering goods and services to foreign markets, and it interlocks national economies through increasingly integrated production networks and global value chains.

The presence and commercial links of multinational enterprises (MNEs) across different international markets has led to a substantial share of international trade taking place within global value chains, thus tightly intertwining investment and trade. Emerging markets are increasingly participating in these developments, as both major recipients of foreign direct investment (FDI) and major outward investors. This new reality makes it all the more important to re-examine the governance of international investment.

As part of the E15 Initiative, ICTSD, in partnership with the World Economic Forum, convened a Task Force on Investment Policy to examine the state of the international investment law and policy regime and how its governance might be enhanced to encourage the flow of sustainable FDI for sustainable development. The regime covers the international investment typically undertaken by MNEs, primarily through FDI and various forms of non-equity modes of control, including management and supplier contracts, as well as portfolio investment. The purpose was to identify key policy options to help meet the challenge of enhancing the investment regime.

In reforming the investment regime, priority needs to be given to special efforts to promote substantially higher flows of sustainable FDI for sustainable development, particularly to developing and least developed countries, within an encouraging and generally accepted international investment framework. The policy recommendations as regards an enhanced investment regime focus on the need to expand the regime's purpose beyond the protection of international investment and the facilitation of efficient investor operations to encompass also the promotion of sustainable development (and allow for the pursuit of other legitimate public policy objectives) and further to institutionalise the regime's dispute-settlement

mechanism, complemented by an Advisory Centre on International Investment Law. Negotiation of a multilateral/plurilateral investment agreement could provide an overall framework for international investment, preceded (or accompanied) by an informal consensus-building process.

Background to rule-making on international investment

Despite the economic importance of international investment, there is no overarching set of rules governing this subject matter. Instead, the international investment regime consists of over 3,000 international investment agreements (IIAs), the great majority of them bilateral investment treaties (BITs). The investment regime, in turn, increasingly provides the legal yardstick for national rule-making on investment. The international and national investment frameworks together regulate what international investors and governments can and cannot do.

Having the right international investment framework in place is not an objective in itself. In the face of prospects that the world economy may face a decade or more of slow growth, it is unfortunate that world FDI inflows declined substantially from their peak of US\$2 trillion in 2007 as a result of the financial crisis. Flows need not only to recover, but surpass this earlier record. There is no economic reason why FDI flows could not be double or triple what they were in 2007, although the issue is not only more FDI, but more FDI that helps to put the world on a sustainable development path.

Mobilising such investment requires, first of all, that the economic, regulatory, and investment-promotion determinants in individual countries are in place. But the international framework dealing with the relations of governments and international investors needs to be enabling as well: the framework needs to provide clear rules of the road and a suitable mechanism for resolving disputes between these two actors, should disputes arise. Moreover, the framework needs to provide international support to help all economies that are not members of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) become more attractive for international investors. An improved investment regime, with enhanced legitimacy, provides the enabling framework for increased flows of sustainable FDI for sustainable development.

The policy options presented below focus on a limited number of topics that have *systemic* implications, with a view towards suggesting ways of

enhancing the international investment regime. These topics are discussed separately for analytical reasons, but they are closely interrelated.

Updating the purpose and contents of IIAs

Any discussion of strengthening the international investment regime needs to begin with the very purpose of the regime. Given the origin of IIAs, it is not surprising that its principal purpose has been, and remains, to protect foreign investors, and, more recently, to facilitate the operations of investors, seeking to encourage in this manner additional FDI flows and the benefits associated with them.

Broaden the regime's purpose to promote sustainable development

But this purpose alone is no longer sufficient – it needs to be expanded. In particular, IIAs need to recognise, in addition, the need to promote sustainable development and FDI flows that support this objective. Further objectives include the protection of public welfare and human rights, including public health, labour standards, safety, and the environment. Especially more vulnerable economies may require dedicated international support, including through IIAs, in pursuing some of these objectives, a situation further accentuated by the international competition for investment.

Recognise the need for adequate policy space

Promoting such an expanded purpose of the regime, in turn, necessitates that governments preserve a certain amount of policy space that gives them the right to regulate in the interest of legitimate public policy objectives, a right that needs to be acknowledged in a dedicated article in IIAs. It also means that investors commit themselves to responsible business conduct. The contents of IIAs need to reflect this broadened purpose.

“Policy space” is a vague and sometimes politicised concept. Care needs to be taken that it is not interpreted as a *carte blanche* for governments to disregard international commitments such as non-discrimination. This is similar to the challenge of ensuring that other key concepts and protections contained in IIAs are not interpreted too broadly.

Clarify key concepts and interrelationships

Accordingly, an important aspect of enhancing the investment regime concerns clarifying the key concepts in IIAs, by providing tighter wording that defines as clearly as possible the sort of injuries for – and circumstances in – which investors can seek compensation, and the type of actions governments can and can not take. The development and generalised use of standardised wording would help in this regard. Clarifications are also needed concerning the inter-relationships of the international investment regime with other substantive areas of international law, especially those pertaining to human rights, the environment, labour, and trade, as well as taxation and incentives.

Establish a working group to prepare a list of FDI sustainability characteristics

Progress has been made on the above, but more needs to be done. This includes the difficult challenge of defining sustainability characteristics of international (and domestic) investments. A working group should be established to prepare, in a multi-stakeholder process, an indicative list of FDI sustainability characteristics that could be utilised by interested governments seeking to attract sustainable FDI.

There is also the issue of the responsibilities of investors, to promote desirable corporate conduct and discourage undesirable behaviour. Host country governments, as sovereigns, can of course impose obligations on investors in their national laws and regulations, and have done so. Investors have to abide by them, making them liable for any infringements that might occur.

Recognise the responsibilities of investors in IIAs

But there is the question of the extent to which IIAs limit the ability of host countries to impose obligations on investors, or discourage them from doing so, for fear of transgressing on treaty provisions. The introduction of investor responsibilities in IIAs could remedy this situation by providing international standards, although it would not be easy to obtain broad consensus on such standards. Moreover, broad consensual international standards on this matter could also help countries with limited capacity to implement their own laws and regulations in this area, at least to a certain extent.

Expanding the purpose of IIAs, providing greater clarity of key concepts, acknowledging interrelationships with other legal regimes, and recognising investor responsibilities should all be pursued going forward.

Developing an international support programme for sustainable investment facilitation

One particular aspect of the purpose and contents of the international investment regime deserves special attention, namely the efforts of virtually all governments to attract FDI and benefit from it as much as possible. But a number of governments, especially of the least developed countries, have weak capabilities to compete successfully for such investment in the world FDI market. For that reason, an international support programme for sustainable investment facilitation should be launched, focused on improving national FDI regulatory frameworks and strengthening investment promotion capabilities. Such a programme should concentrate on practical ways and means of encouraging the flow of sustainable FDI to developing countries and, in particular, the least developed among them. It should be geared towards strengthening the capacity of investment promotion agencies (IPAs) in developing countries.

Choose an option to implement such an international support programme

In fact, one option to implement such a programme would be to extend the Aid for Trade Initiative to cover investment as well, and fully so, into an Aid for Investment and Trade Initiative. Another, medium-term, option would be to expand the Trade Facilitation Agreement to cover sustainable investment, turning it into an Investment and Trade Facilitation Agreement. A third option is for all – or a group of interested – countries to launch a Sustainable Investment Facilitation Understanding that focuses entirely on practical ways to encourage the flow of sustainable FDI to developing countries.

The proposal's key premise is the importance – and urgency – of creating more favourable national conditions for higher sustainable FDI flows to meet the investment needs of the future. As governments and the private sector increasingly share this view, they need to muster the political will to put an international support programme for sustainable investment facilitation in place.

Addressing the challenge of preventing, managing and resolving

disputes

Develop national investor-state conflict management mechanisms

Even if the investment regime's purpose is enhanced and its contents are clarified, disputes between international investors and host country entities can arise. Governments therefore need to develop national investor-state conflict management mechanisms that allow governments and investors to address their grievances well before they escalate into full-blown legal disputes.

Establish ISDS appeals mechanisms or a world investment court

But it is unavoidable that some disputes reach the international arbitral level. It may be possible to deal with some of them through alternative dispute-settlement mechanisms, and the use of such mechanisms needs to be encouraged further. But given the centrality of the investor-state dispute-settlement (ISDS) mechanism to the investment regime, that mechanism has to be beyond reproach. This is not only a technical matter, but also one that has implications for the very legitimacy of the international investment regime. A number of steps have already been taken to improve this mechanism, but more needs to be done.

The principal major reform would involve the establishment of appeals mechanisms for the current *ad hoc* tribunals or (as recently proposed by the European Commission) a world investment court as a standing tribunal making the decision in any dispute-settlement case, or a combination of both. Further institutionalising dispute settlement in this manner could be a major step towards enhancing the investment regime, comparable to the move from the *ad hoc* dispute-settlement process under the GATT to the much-strengthened Dispute Settlement Understanding of the WTO. Institutional development in this direction could not ensure the full consistency of the application of IIAs, given that the underlying treaties are not uniform, even though these agreements share certain principles and recurrent core concepts. However, it could, over time, enhance consistency, help make the dispute-settlement process more accountable, and develop a body of legally authoritative general principles and interpretations that would increase the coherence, predictability, and, ultimately, the legitimacy of the investment regime.

Allow governments direct access to ISDS as claimants

Finally, there is the question of access to any dispute-settlement mechanism. In particular, if the contents of IIAs are expanded to include investor responsibilities, governments arguably should have direct access to the regime's dispute-settlement mechanism. The question would also arise – and this would be a profound and very ambitious change – whether the dispute-settlement process should then be opened up to other stakeholders too.

Consider, long-term, turning ISDS into an investment dispute-settlement mechanism

Steps in this direction would profoundly change the nature of the international investment dispute-settlement process by turning it from an *investor-state dispute-settlement mechanism* into an *investment dispute-settlement mechanism*. This, in turn, could dramatically modify the dynamics of the current international ISDS discussion.

However challenging the task of improving the current dispute-settlement mechanism may be in terms of overcoming numerous political and technical difficulties, embarking on the process of exploring how this could be done with a view towards developing a better mechanism would send a strong signal that governments recognise that this mechanism requires improvement. This is not merely a technical question but (as the public discussions of ISDS show) a matter of what is considered fair by public opinion.

Establishing an advisory centre on international investment law

An independent Advisory Centre on International Investment Law would help to establish a level playing field by providing administrative and legal assistance to respondents that face investor claims and are not in a position to defend themselves adequately. While a number of issues would have to be considered before establishing such a facility, the experience of the Advisory Centre on WTO Law shows that it can be done – to the benefit of the world trading system.

Create a small-claims court for small and medium-sized enterprises

Similar considerations apply to small and medium-size enterprises, as these

too typically do not have the expertise and resources to bring claims. They too require support. Costs and delays could become even more of an obstacle if an appeals mechanism were to be established. A small-claims settlement mechanism, with an expedited process, set deadlines, and sole arbitrators, could be of help in this regard.

Independently of these two institutions (the Centre and the small-claims mechanism), and as a low-cost alternative dispute-settlement mechanism of potential value to both governments and (in particular small) firms, an International Investment Ombudsperson could be designated, cooperating with an *ad hoc* ombudsperson in a respondent state.

Negotiating a multilateral/plurilateral framework on investment

The discussion so far has focused on individual – but key – aspects of the international investment regime and how they could be improved. But one could also take a holistic approach to the governance of international investment, namely to negotiate a comprehensive universal framework on international investment, preferably a multilateral framework on investment, possibly starting with a plurilateral framework on investment that would be open for future accessions by other states. Such a framework would have to start from the need to promote sustainable FDI for sustainable development. The convergence of policy interests that has been underway between home and host countries with the growth of outward FDI from emerging markets could facilitate reaching such an objective.

Moreover, it is significant that governments continue to show a great willingness to make rules on international investment, as revealed in the proliferation of IIAs. This is particularly reflected in the negotiation of BITs between key countries, as well as in the negotiation of mega-regional agreements with investment chapters. Together, these negotiations represent significant opportunities to shape the investment regime by narrowing the substantive and procedural investment law differences between and among the principal FDI host and home countries. If this should occur, the result of these negotiations could become important stepping stones towards a subsequent universal investment instrument. Still, the negotiation of such an instrument, especially a high-standards one, would face significant challenges, in light of the unsuccessful efforts of the past and the wide range of views and the considerable passion surrounding IIAs.

Initiate an exploratory process towards a comprehensive universal investment framework

Given these and other challenges, it would be desirable to begin a process of exploring the possibility of negotiating an international framework on investment, ideally of a multilateral nature. This may be particularly pertinent in light of the July 2015 decision by the Third International Conference on Financing for Development to mandate UNCTAD to work with member states to improve IIAs, and the experience of that organisation in this area, not least in its comprehensive recent effort to facilitate the formulation of a new generation of investment policies through its Investment Policy Framework for Sustainable Development.

On the other hand, the WTO offers the best platform for the trade and investment regimes to be combined and consolidated, as a unified system providing systematic legal and institutional support for the future growth of global value chains, turning that organisation into a World Investment and Trade Organization. If this course were to be pursued, the WTO's Working Group on the Relationship between Trade and Investment could be reactivated in due course, or a new working group could be established. Another alternative is to build on existing agreements, especially the WTO's General Agreement on Trade in Services, to cover other types of investment and obligations. There might also be the possibility that the international investment court and appellate mechanism sought by the European Commission could become a stepping stone towards a permanent multilateral system for investment disputes, which, in turn, could become the nucleus around which a universal framework could be built.

If a truly universal and comprehensive strong investment framework is out of reach at this time, a plurilateral framework on international investment could serve as a first step in that direction. Following the example of the Trade in Services Agreement, it could be an agreement negotiated by interested parties that would be open for future accessions by other states. The situation may be favourable for such an initiative, in particular if the China-United States BIT should be concluded expeditiously. If that should occur, the most important home and host countries among developed and developing countries would have negotiated an agreement that could serve as a template that could be taken forward. The 2016 G20 summit in China could initiate such a process.

Next steps: an informal and inclusive consensus-building process

As the public debate about the investment regime and the debate within the international investment law community suggest, improving the regime has become a matter of urgency. Improvements in the regime should be sought subject area by subject area, when negotiating individual IIAs. Where new initiatives need to be taken, they should be launched as soon as possible. Finally, preparations for the negotiation of a multilateral/plurilateral investment agreement should be seriously considered. In the end, any systematic process to improve the investment regime needs to be government-led and -owned.

Launch an informal consensus-building process

However, considering the range of stakeholders involved in international investment matters, it would be advisable to launch an (accompanying) informal but inclusive confidence-, consensus-, and bridge-building process on how the international investment law and policy regime can best be enhanced. Such an informal process should take place outside an intergovernmental setting, to stimulate and encourage a free and open discussion of all the issues involved. It should be a process organised by a trusted institution, perhaps with the support of a few individual countries particularly interested in this subject. It should take a holistic view of what needs to be done, drawing on the important work carried out in recent years by established international organisations. It should identify systematically any weaknesses of the current regime and advance concrete proposals on how to deal with them – not only regarding the relationship between governments and investors, but also with a view towards increasing sustainable FDI flows and the benefits of these flows. It would have to be an inclusive process that involved the principal stakeholders to ensure that all issues are put on the table and all key interests are taken into account.

The outcome of such a process could be a draft agreement that could be made available to governments to use as they see fit. In any event, the outcome should be made available widely, to help governments improve the international investment law and policy regime as the enabling framework for increased flows of sustainable FDI for sustainable development.

This article is an adaptation of a longer paper published under the E15 Initiative.

Author: Karl P. Sauvant, Resident Senior Fellow, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI).

TAG: INVESTMENT, SUSTAINABLE DEVELOPMENT, TRADE FACILITATION

*This article is published under
Bridges Africa, Volume 5 - Number 5*

[SEE SPANISH VERSION BELOW:](#)

El régimen de derecho y política internacional de inversión: ¿qué sigue?

19 May 2016

Karl P. Sauvant

Email



La inversión internacional se ha vuelto la forma más importante de transacciones económicas internacionales y el agente de integración más poderoso entre las economías. Se ha vuelto más relevante que el comercio en la entrega de bienes y servicios a mercados extranjeros y entrelaza economías nacionales a través de cadenas globales de valor y redes de producción cada vez más integradas.

La presencia y los vínculos comerciales de las empresas multinacionales (EMN) en los diferentes mercados internacionales ha dado lugar a una parte sustancial de comercio internacional dentro de cadenas globales de valor, entrelazando fuertemente la inversión y el comercio. Los mercados emergentes participan cada vez más como principales receptores de inversión extranjera directa (IED) e inversionistas en el exterior.

Como parte de la Iniciativa E15, ICTSD y el Foro Económico Mundial

convocaron a un Grupo de Trabajo sobre Política de Inversión para examinar el estado del régimen de derecho y política internacional de inversión y cómo podría mejorar su gobernanza para fomentar el flujo sostenible de IED para un desarrollo sostenible. El régimen cubre la inversión internacional que suelen realizar las EMN, principalmente a través de la IED y varios tipos de modos de control no participativos, incluyendo los contratos de administración y proveedores, así como las inversiones de cartera. El propósito fue identificar opciones de política clave para hacer frente al reto de mejorar el régimen de inversión.

Al reformar el régimen de inversión se debe dar prioridad a los esfuerzos para promover sustancialmente mayores flujos de IED sostenible, particularmente para países en desarrollo y los menos adelantados, dentro de un marco de inversión internacional favorable y generalmente aceptado. Las recomendaciones de políticas se enfocan en la necesidad de ampliar el propósito del régimen más allá de la protección de la inversión internacional y la facilitación de las operaciones de los inversionistas para abarcar el fomento del desarrollo sostenible e institucionalizar un mecanismo de solución de diferencias del régimen, que esté complementado por un Centro de Asesoría sobre el Derecho Internacional de Inversión. La negociación para un acuerdo de inversión multilateral o plurilateral podría brindar un marco general para la inversión internacional, precedido o acompañado por un proceso informal de creación de consenso.

Antecedentes de la elaboración de normas de inversión internacional Aun con la importancia económica de la inversión internacional, no existe un conjunto de normas globales que regule la materia. El actual régimen de inversión internacional consiste en más de 3.000 acuerdos internacionales de inversión (AII), la gran mayoría de ellos tratados bilaterales de inversión (TBI). Dicho régimen proporciona el criterio legal para la elaboración de normas nacionales sobre inversión, mientras que los marcos de inversión internacionales y nacionales regulan en conjunto lo que pueden y no pueden hacer los Gobiernos e inversionistas internacionales.

Contar con el marco de inversión internacional adecuado no es un objetivo en sí mismo. Teniendo en cuenta que la economía mundial podría enfrentar una década o más de lento crecimiento, es lamentable que las entradas globales de IED se hayan reducido sustancialmente desde 2007 como resultado de la crisis financiera, cuando alcanzaron un máximo de US\$ 2 billones. Los flujos necesitan no solo recuperarse, sino superar dicho récord. No existe razón económica alguna para que los flujos de IED no puedan duplicar o triplicar lo alcanzado en 2007, aunque la cuestión de fondo no es solo más IED, sino IED que ayude a llevar al mundo por un camino de

desarrollo sostenible.

Movilizar tales inversiones requiere, primero que nada, que se establezcan las condiciones económicas, normativas y de promoción de la inversión en los distintos países, pero el marco internacional que regula la relación entre Gobiernos e inversionistas internacionales también debe ser propicio. Dicho marco debe establecer normas claras y un mecanismo adecuado para resolver las diferencias entre estos dos actores. Además, debe proporcionar apoyo internacional para ayudar a que todas las economías que no pertenecen a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se vuelvan más atractivas para los inversionistas internacionales. Un régimen de inversión mejorado, con una mayor legitimidad, ofrece el marco habilitante para el aumento de flujos de IED sostenible para un desarrollo sostenible.

Las siguientes opciones de políticas están enfocadas a un número limitado de temas que tienen implicaciones sistémicas con el objetivo de sugerir maneras de mejorar el régimen de inversión internacional. Estos temas se discuten por separado por razones analíticas, pero están estrechamente relacionados.

Opciones de política: IED sostenible para un desarrollo sostenible *Actualizar el propósito y contenido de los AII* Cualquier discusión acerca de fortalecer el régimen de inversión internacional debe comenzar con el propósito preciso del régimen. Dado el origen de los AII, no es de sorprender que su propósito principal ha sido, y sigue siendo, proteger a los inversionistas extranjeros y, más recientemente, facilitar las operaciones de los inversionistas, buscando fomentar de esta manera flujos adicionales de IED y los beneficios asociados con estos. Al respecto, una recomendación básica es animar a todos los países a proporcionar mejor información para la evaluación del impacto de la IED

Ampliar el propósito del régimen para fomentar el desarrollo sostenible En particular, los AII deben reconocer la necesidad de promover el desarrollo sostenible y los flujos de IED que apoyan este objetivo. Otros objetivos incluyen la protección del bienestar social y los derechos humanos, la salud pública, las normas laborales, la seguridad y el medio ambiente.

Puede que las economías más vulnerables en particular necesiten apoyo internacional especial, incluso a través de AII, para lograr algunos de estos objetivos, una situación acentuada aún más por la competencia internacional por la inversión.

Reconocer la necesidad de un espacio normativo adecuado Promover tal propósito requiere que los Gobiernos mantengan cierta cantidad de espacio normativo que les da el derecho de regular con respecto a los objetivos

legítimos de política pública, un derecho que debe ser reconocido en un artículo especial en los AII. También implica el compromiso por parte de los inversionistas a una conducta empresarial responsable.

En relación con el concepto de “espacio normativo”, se debe tener en cuenta que no es una carta blanca para que los Gobiernos hagan caso omiso de los compromisos internacionales. Esto es similar al desafío de asegurar que otros conceptos y protecciones clave contenidos en los AII no se interpreten con excesiva holgura.

Aclarar conceptos e interrelaciones clave Un aspecto importante a mejorar en el régimen de inversión tiene que ver con aclarar conceptos clave en los AII, proporcionando una redacción más precisa que defina con la mayor claridad posible el tipo de daños y circunstancias respecto de los cuales los inversionistas pueden reclamar una indemnización y el tipo de acciones que pueden y no pueden tomar los Gobiernos. El desarrollo y uso generalizado de una redacción estandarizada ayudaría en este sentido.

También se necesita aclarar la interrelación del régimen de inversión internacional con otras áreas sustantivas del derecho internacional, especialmente aquellas relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente, el trabajo y el comercio, así como los impuestos e incentivos.

Grupo de trabajo para abordar las características de sostenibilidad de la IED Se debe establecer un grupo de trabajo para preparar una lista indicativa de características de sostenibilidad de la IED que podrían utilizar los Gobiernos interesados en atraer IED sostenible.

También existe la cuestión de la responsabilidad de los inversionistas para promover una conducta corporativa deseable y desalentar un comportamiento en sentido contrario. Los Gobiernos de países anfitriones pueden, por supuesto, imponer obligaciones a los inversionistas en sus leyes y reglamentos nacionales, y lo han hecho. Los inversionistas deben cumplir con ellas, haciéndose responsables por las infracciones que pudieran ocurrir.

Reconocer las responsabilidades de los inversionistas en los AII Existe la cuestión del grado en que los AII limitan la capacidad de los países anfitriones de imponer obligaciones sobre los inversionistas, o disuadirlos de hacerlo, por temor a violar las disposiciones del tratado. La introducción de responsabilidades de inversionistas en los AII podría remediar esta situación al proporcionar estándares internacionales.

Amplios estándares internacionales consensuados sobre este tema podría ayudar a países con capacidad limitada para implementar sus propias leyes y reglamentos en esta área, al menos hasta cierto punto.

Programa de apoyo internacional para la facilitación de la inversión sostenible Un aspecto en particular del propósito y el contenido del

régimen de inversión internacional merece atención especial, específicamente los esfuerzos de prácticamente todos los Gobiernos de atraer la IED y beneficiarse de ella lo más posible. Sin embargo, algunos Gobiernos, especialmente los de países menos adelantados, tienen poca capacidad para competir exitosamente por tales inversiones en el mercado global de IED.

Por esta razón se debe lanzar un programa de apoyo internacional para la facilitación de la inversión sostenible enfocada en mejorar los marcos regulatorios nacionales de la IED y fortalecer las capacidades de promoción de las inversiones. Tal programa debe concentrarse sobre las maneras prácticas de promover el flujo de IED sostenible hacia los países en desarrollo y los menos adelantados.

Elegir una opción para implementar tal programa de apoyo internacional En efecto, una opción para implementar tal programa sería ampliar la Iniciativa de Ayuda para el Comercio y transformarla en una Iniciativa de Ayuda para la Inversión y el Comercio.

Otra opción a mediano plazo sería ampliar el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio para cubrir inversiones, convirtiéndolo en un Acuerdo sobre Facilitación del Comercio y la Inversión.

Una tercera opción es que todos los países –o un grupo de países interesados– lancen un Entendimiento de Facilitación de la Inversión Sostenible que se enfoque exclusivamente en formas prácticas de fomentar el flujo de IED sostenible hacia países en desarrollo.

La premisa clave de la propuesta es la importancia y urgencia de crear condiciones nacionales más favorables, para que mayores flujos de IED sostenible puedan cubrir las necesidades de inversión en el futuro. A medida que los Gobiernos y el sector privado compartan este punto de vista, se necesitará reunir la voluntad política necesaria para establecer un programa de ayuda internacional para la facilitación de la inversión sostenible.

Prevenir, gestionar y resolver diferencias Desarrollar mecanismos nacionales de gestión de diferencias inversionista-Estado Aun si se mejora el propósito del régimen de inversión y se aclara su contenido, pueden surgir diferencias entre los inversionistas internacionales y las entidades del país anfitrión, por lo que los Gobiernos deben desarrollar mecanismos nacionales de gestión de diferencias inversionistas-Estado que permitan a las partes abordar sus quejas antes de que escalen a disputas legales.

Mecanismos de apelación o tribunal de inversión mundial Es necesario establecer mecanismos de apelación de arbitraje de diferencias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) o un tribunal de inversión mundial. Si bien es inevitable que algunas diferencias lleguen al nivel de arbitraje

internacional, tal vez sea posible hacer frente a algunas de estas a través de mecanismos alternativos de solución de diferencias.

No obstante, dada la centralidad del mecanismo ISDS para el régimen de inversión, tal mecanismo debe ser irreprochable. Esta no es solo una cuestión técnica, sino que tiene implicaciones para la propia legitimidad del régimen de inversión internacional.

La reforma principal implicaría establecer mecanismos de apelación para los tribunales ad hoc actuales o, como propuso recientemente la Comisión Europea, un tribunal de inversión mundial como tribunal permanente que tome decisiones en cualquier caso de solución de diferencias o una combinación de ambos.

Institucionalizar la solución de diferencias de esta manera podría ser un gran paso hacia la mejora del régimen de inversión, comparable al proceso vivido por el mecanismo de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El desarrollo institucional no podría garantizar la plena coherencia de la aplicación de AII, dado que los tratados subyacentes no son uniformes, aun cuando estos acuerdos comparten ciertos principios y conceptos básicos recurrentes. Sin embargo, con el tiempo podría mejorar la consistencia, ayudar a hacer más responsable el proceso y desarrollar un conjunto de principios generales e interpretaciones con autoridad legal que aumentaría la coherencia, la previsibilidad y la legitimidad del régimen de inversión.

Permitir a los Gobiernos acceso directo a ISDS como demandantes Si el contenido de los AII se amplía para incluir las responsabilidades de los inversionistas, los Gobiernos probablemente deberían tener acceso directo al mecanismo de solución de diferencias del régimen. Cabría preguntarse entonces si el proceso de solución de diferencias debería abrirse también a otras partes interesadas.

Convertir el ISDS en un mecanismo de solución de diferencias de inversión Tomar pasos en esta dirección cambiaría profundamente la naturaleza del proceso de solución de diferencias de inversión internacional al pasar de un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado a un mecanismo de solución de diferencias de inversión. Esto, a su vez, podría modificar dramáticamente la dinámica de la actual discusión sobre ISDS internacional.

Independiente del reto que esto plantea, explorar la manera de lograr esto con miras a desarrollar un mejor mecanismo enviaría una fuerte señal de que los Gobiernos reconocen que este mecanismo necesita mejorar. Esta no es solo una cuestión técnica, como muestran las discusiones públicas sobre ISDS, sino una cuestión de lo que la opinión pública considera justo.

Establecer un Centro de Asesoría sobre el Derecho Internacional de

Inversión Un Centro de Asesoría sobre el Derecho Internacional de Inversión ayudaría a establecer igualdad de condiciones al proporcionar asesoría administrativa y legal a los demandados que se enfrentan a reclamos de inversionistas y no estén en posición de defenderse adecuadamente. Mientras que se tendrían que considerar una serie de cuestiones antes de establecer una instalación de este tipo, la experiencia del Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC muestra que sí es factible para el beneficio del sistema de comercio mundial.

Crear un tribunal de reclamos menores para pequeñas y medianas empresas Consideraciones similares aplican a las pequeñas y medianas empresas, ya que estas normalmente tampoco tienen la experiencia y los recursos para iniciar demandas. Los costos y retrasos podrían volverse un obstáculo mayor si se estableciera un mecanismo de apelación. Un mecanismo de solución de reclamaciones menores, con un proceso expedito, plazos establecidos y árbitros únicos podría ayudar en este sentido.

Independientemente de estas dos instituciones (el Centro y el tribunal de reclamos menores) se podría designar a un Defensor del Pueblo (*Ombudsman*) de Inversión Internacional, que coopere con un Defensor del Pueblo ad hoc en un Estado demandado.

Negociar un marco multilateral o plurilateral de inversión Hasta ahora la discusión se ha centrado en aspectos individuales del régimen de inversión internacional y la manera en que se podría mejorar, pero también se podría adoptar un enfoque holístico hacia la gobernanza de la inversión internacional, específicamente al negociar un marco integral universal de inversión internacional, de preferencia un marco multilateral de inversión, el cual podría comenzar con un marco plurilateral de inversión abierto a futuras adhesiones de otros Estados.

Dicho marco tendría que partir de la necesidad de promover la IED sostenible. La convergencia de intereses de política que ha estado en marcha entre países de origen y países anfitriones con el crecimiento de salidas de IED de mercados emergentes podría facilitar el logro de dicho objetivo.

Es importante que los Gobiernos continúen mostrando una gran voluntad con respecto a la creación de normas sobre inversión internacional. Esto se refleja particularmente en la negociación de TBI entre países clave, así como en la negociación de acuerdos megaregionales con capítulos de inversión.

En conjunto, estas negociaciones representan importantes oportunidades para dar forma al régimen de inversión al reducir las diferencias sustantivas y procedimentales de la ley de inversión entre los principales países de origen y anfitriones de IED. El resultado de estas negociaciones podrían ser un paso importante hacia un instrumento de inversión universal.

Aún así, la negociación de dicho instrumento, especialmente uno de altos estándares, se enfrentaría a retos considerables, teniendo en cuenta los esfuerzos fallidos del pasado, la amplia variedad de puntos de vista y la gran pasión que rodea a los AII.

Iniciar un proceso exploratorio hacia un marco integral de inversión universal Teniendo en cuenta estos y otros desafíos, sería deseable comenzar un proceso para explorar la posibilidad de negociar un marco internacional sobre inversión, idóneamente de carácter multilateral. Esto puede ser particularmente pertinente dada la decisión de julio de 2015 de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de ordenar a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo trabajar con los Estados miembros para mejorar los AII, y la experiencia de esta organización en el área, particularmente en su esfuerzo para facilitar la formulación de una nueva generación de políticas de inversión a través de su Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible.

La OMC, por su parte, ofrece la mejor plataforma para que los regímenes de comercio e inversión se combinen y consoliden como un sistema unificado, proporcionando apoyo legal e institucional para el crecimiento futuro de cadenas globales de valor, convirtiendo a esta organización en una Organización Mundial del Comercio y la Inversión.

Si se siguiera este camino, el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones de la OMC podría ser reactivado en su debido momento o se podría establecer uno nuevo. Otra alternativa es construir sobre acuerdos existentes, especialmente el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC para cubrir otros tipos de inversiones y obligaciones.

También podría ser posible que el tribunal de inversión internacional y el mecanismo de apelación que busca la Comisión Europea sea un trampolín hacia un sistema multilateral permanente para las diferencias sobre inversiones, lo que a su vez podría convertirse en el núcleo para construir un marco universal.

Si un marco de inversión verdaderamente universal e integral está fuera de alcance en este momento, un marco plurilateral de inversión internacional podría servir como un primer paso en esa dirección. Siguiendo el ejemplo del Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, podría ser un acuerdo negociado por partes interesadas abierto a futuras adhesiones. La situación puede ser favorable para dicha iniciativa, particularmente si el TBI entre China y Estados Unidos concluye próximamente. Si esto ocurre, los países de origen y anfitriones más importantes entre los países desarrollados y en

desarrollo habrán negociado un acuerdo que podría servir como modelo para llevar adelante. La cumbre del G-20 en 2016 en China podría iniciar dicho proceso.

Próximos pasos: un proceso informal e inclusivo de creación de consenso. Como sugiere el debate público sobre el régimen de inversión y el debate dentro de la comunidad del derecho internacional de inversión, mejorar el régimen se ha convertido en materia urgente. Se deben buscar las mejoras al régimen materia por materia, al negociar AII individuales. Donde se deban tomar nuevas iniciativas, estas deben ponerse en marcha lo más pronto posible.

Finalmente, se deben considerar seriamente las preparaciones para la negociación de un acuerdo de inversión multilateral o plurilateral. Cabe señalar que cualquier proceso sistemático para mejorar el régimen de inversión debe pertenecer y ser dirigido por los Gobiernos.

Poner en marcha un proceso informal de creación de consenso Tomando en cuenta la variedad de partes interesadas involucradas en temas de inversión internacional, sería conveniente poner en marcha un proceso – adjunto– informal, pero inclusivo, que cree confianza, consenso y puentes sobre cómo mejorar el régimen de derecho y política internacional de inversión.

Dicho proceso debe llevarse a cabo fuera de un marco intergubernamental para estimular y fomentar una discusión libre y abierta sobre las cuestiones planteadas. Debe ser un proceso organizado por una institución de confianza, tal vez con el apoyo de algunos países interesados en el tema. Se debe tener un punto de vista holístico de lo que se necesita hacer, aprovechando la importante labor que se ha realizado en años recientes por organizaciones internacionales establecidas.

Se debe identificar sistemáticamente cualquier debilidad del régimen actual y avanzar propuestas concretas sobre la manera de tratar con ellas –no solo en cuanto a la relación entre Gobiernos e inversionistas, sino también con miras a aumentar los flujos de IED sostenible y sus beneficios.

El resultado de dicho proceso podría ser un proyecto de acuerdo que podría ponerse a disposición de los Gobiernos para usarse como mejor estimen. De cualquier manera, el resultado debe estar disponible para ayudar a los Gobiernos a mejorar el régimen de derecho y política internacional de inversión y el marco que permita un aumento de los flujos de IED sostenible.

TAG: E15INITIATIVE, GLOBAL GOVERNANCE, INVESTMENT

*This article is published under
Puentes, Volume 17 - Number 3*