

- Equality: Costa Rican Women Demand 'The Real Thing'.* (USA: Women & Politics, Vol. 11 (3), 1991). *Juezas en las Américas: compartiendo perspectivas sobre el género y toma de decisiones.* (San José: FIU, 1992).
- MOSER, Caroline. *Género y desarrollo.* (San José: FLACSO, Cuaderno de Ciencias Sociales No. 60, 1993).
- MUJER/FEMPRESS. (Santiago, Chile, Revista de Género, 1993).
- NARANJO, Carmen. *Mujer y cultura.* (San José: EDUCA, 1989).
- PACHECO, Irene. *La mujer ante la sociedad y el derecho.* (San José: UCR, tesis en Derecho, 1960).
- QUIROS, Teresa. *Los obstáculos que dificultan la participación político-social de la mujer popular en Costa Rica.* (San José: Anuario de Estudios Centroamericanos. Vol. 9, 1983, U.C.R.).
- RANDALL, Margaret et al *Las mujeres.* (México: Siglo XXI, 1990).
- RODRIGUEZ, Aisha. *La mujer en el ejercicio de la abogacía.* (San José: UCR, tesis en Derecho, 1975).
- SAU, Victoria. *Diccionario ideológico feminista.* (Barcelona: Icaria, 1981).
- SEGURA, Patricia. *El sexismo en el lenguaje.* (San José: APROMUJER, 1991).
- SHARRATT, Sara. *Feminismo y ciencia: relación problemática.* (San José: FLACSO, cuaderno No. 65, 1990).
- SOJO, Ana. *Mujer y política.* (San José: DEI, 1985).
- URRUTIA, Elena (Comp.) *Imagen y realidad de la mujer* (México: SEPSETENTAS, No. 172, 1975).
- VARGAS, Milú. *Mujeres en Centroamérica.* (Managua: revista Pensamiento Propio, No. 107, octubre de 1993).
- VILAR, Esther. *El varón domado.* (México: Grijalbo, 1973). *El varón polígamo.* (Barcelona: Ed. Plaza & Janés, 1977).
Modelo para un nuevo machismo. (Barcelona: Plaza & Janés, 1977).
El discurso inaugural de la papisa americana. (Barcelona: Brugera, 1982).
- Estudio por país**
- Mujeres latinoamericanas: *Costa Rica* (FLACSO, sede de Costa Rica, Ana Isabel García y Enrique Gomáriz et al., 1993. Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales de España, y FLACSO; Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1993).
- Ley No. 7142, *igualdad social de la mujer* (Costa Rica), 1990.

LA GARANTIA INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Lic. Edgar Nassar Guier
 Abogado costarricense

SUMARIO:

Introducción

- I. La emisión de la garantía de inversión
 - A. Requisitos de elegibilidad de la inversión
 1. Características de la inversión
 2. Requisitos del inversionista elegible
 3. Requisitos del país anfitrión
 - B. Riesgos contra los que se garantiza
 - C. Condiciones y modalidades del otorgamiento de la garantía
 1. Con respecto a la prima
 2. Duración de la garantía
 3. Alcance de la cobertura
 4. Valor indemnizable
 5. Aprobación previa del país anfitrión
 6. Arreglo de disputas
- II. La Convención AMGI y las obligaciones internacionales del Estado anfitrión. La subrogación
 1. Garantía de inversiones y reconocimiento convencional de la subrogación
 2. Implementación de la subrogación
- B. La aplicación de un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras
 1. El trato justo y equitativo como requisito para la emisión de la garantía
 2. El examen del tratamiento dado por el país anfitrión a las inversiones extranjeras
 3. La suscripción de convenios que garanticen un trato satisfactorio a la inversión.
 4. Otras competencias referentes a la promoción de un flujo continuo de inversiones extranjeras

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

A fin de promover un flujo continuo de inversiones de los países industrializados a favor de los países en desarrollo, surgió a nivel nacional e internacional la figura jurídica de la garantía de inversiones internacionales. Este mecanismo consiste en la suscripción de un contrato de garantía entre una agencia aseguradora y una persona, física o jurídica, que proyecta llevar a cabo una inversión en un país extranjero. Gracias a ese mecanismo la inversión estará cubierta a largo plazo contra riesgos no comerciales o políticos. Dicha protección le garantiza al inversionista extranjero que invierte en un país en desarrollo que no será afectado por eventos que no cabe englobar dentro de los riesgos que normalmente conlleva una inversión en tanto que operación comercial.

Dos tipos de sistemas de aseguramiento de inversiones internacionales deben ser distinguidos:

Por un lado, los sistemas denominados "nacionales", adoptados en los países desarrollados para cubrir a los inversionistas nacionales que desean invertir en los países en desarrollo. Estos sistemas poseen en realidad una naturaleza "mixta" en virtud de que junto con la adopción por el país desarrollado de disposiciones jurídicas internas que establecen el régimen de garantía de inversiones, se suscriben, en la mayoría de los casos, acuerdos bilaterales de "protección de inversiones" con los países en desarrollo interesados en acoger las inversiones extranjeras. Estos convenios internacionales aparte de fijar el régimen al que será sometido el inversionista extranjero, contienen cláusulas específicas sobre la garantía de las inversiones, y, en especial, sobre la eventual subrogación de los derechos del inversionista a la agencia nacional que emitió la garantía.⁽¹⁾

Por otro lado, tenemos los diferentes sistemas internacionales, de carácter regional o universal.

El único régimen universal,⁽²⁾ el cual será el objeto del presente análisis, fue creado a través de la convención para el establecimiento de la *Agencia*

(1) Para un análisis comparativo de los sistemas nacionales de garantía de inversiones ver: LAVIEC (J.P.): "Promotion et protection des investissements", PUF, Paris, 1986.

(2) Hemos excluido de nuestro análisis las agencias internacionales regionales de garantía de inversiones como es el caso de la "Compañía Inter-árabe para la Garantía de Inversiones".

Multilateral de Garantía de Inversión (AMGI). Buscando mejorar las condiciones para atraer extranjeras, recientemente el gobierno costarricense ratificó esta convención multilateral internacional, suscribiendo al mismo tiempo una parte del capital de la organización internacional constituida, lo que le permite a nuestro país beneficiarse en el futuro con sus programas en tanto que "país miembro en desarrollo".

En el presente estudio analizaremos en una primera instancia diversos aspectos jurídicos de la relación que se establece entre la AMGI, que a continuación nos referiremos a ella como "la Agencia", y el inversionista internacional, abarcando en particular los aspectos concernientes a la emisión de la garantía de la inversión por la parte de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión. En una segunda instancia, abordaremos las principales disposiciones de la Convención que tienen un impacto directo sobre el contenido de las obligaciones internacionales de los Estados y que se refieren a las relaciones jurídicas que se establecen entre la Agencia y el estado anfitrión, y entre este último y el inversionista.

I. LA EMISION DE LA GARANTIA DE INVERSION

La Convención del 11 de octubre de 1985 establece una nueva organización internacional intergubernamental, a saber, la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (AMGI), para encargarse de emitir garantías a las inversiones internacionales que reúnan determinados requisitos. La emisión de las garantías está regulada esencialmente por el tratado multilateral que le dio origen a la Agencia, y por las regulaciones que se adopten en su seno a fin de hacerla operacional, es decir, por una normativa estrictamente internacional.

Según dispone el artículo 2 de dicha Convención la Agencia tiene como objetivo "el fomentar el flujo de inversiones con fines productivos entre los países miembros y, en particular, hacia los "países miembros en vías de desarrollo...". Esta finalidad muestra que la emisión de garantías de inversión por parte del AMGI no ha sido concebida como un fin en sí misma, sino que va dirigida a promover el desarrollo en los países del Tercer Mundo. La búsqueda de este objetivo y el interés de que la Agencia mantenga una viabilidad financiera se ven reflejados en los requisitos que deben reunir la inversión, el inversionista, el país anfitrión, al igual que en los tipos de riesgo que abarca la cobertura y en las condiciones específicas en que se emite la garantía.

A. Requisitos de la operación de inversión

1. Características que debe tener la inversión

La convención AMGI, al igual que las disposiciones internas que rigen los sistemas nacionales, define lo que será considerado una inversión internacional para efectos de su cobertura, estableciendo requisitos de naturaleza diversa.

a) En cuanto a la forma y el tipo de inversión:

La Convención AMGI en su artículo 12 secciones a) b) y c) enumera diversas condiciones relacionadas con el tipo y la forma de la inversión. En particular la sección a) del referido artículo dispone:

"a) Las inversiones elegibles incluirán los intereses del capital, incluyendo los préstamos de mediano o largo plazo hechos o garantizados por los tenedores del capital en la respectiva empresa, así como aquellas formas de inversión directa que la Directiva determine".

La Convención, buscando ser flexible, no enumera exhaustivamente los tipos y formas de las inversiones que pueden ser elegidas.⁽³⁾ De esta manera se busca abarcar las nuevas formas de inversión que puedan presentarse en el futuro; aspecto que queda claramente demostrado por lo dispuesto en el último reglón de las secciones a) y b) del artículo 12.

Así, varias son las modalidades de inversión que son susceptibles de ser cubiertas por el sistema AMGI: la inversión de capital (participación mayoritaria o minoritaria en *joint ventures*), los préstamos y garantías a los accionistas de la empresa interesada, las inversiones contractuales directas, inversiones en especie, de bienes tangibles o intangibles, etc.

Si bien debe tratarse de inversiones nuevas, es decir, cuya implementación se inicie luego de suscrita la solicitud de garantía, ello no impide, de conformidad con lo dispuesto en la sección c) del mismo artículo 12, que se otorguen garantías a inversiones dirigidas a modernizar, expandir o desarrollar una inversión ya existente.

(3) "The convention establishes the principle that any form of medium or long-term provision of assets for productive purposes is eligible for MIGA's cover". (SHIHATA (I.). "MIGA and foreign Investment", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 111).

b) En cuanto a la utilidad y solidez de la inversión:

La convención AMGI establece en su artículo 12 d) diversas condiciones que debe reunir la inversión en cuanto a su viabilidad económica y su utilidad respecto al desarrollo del país anfitrión. De esta manera, la inversión internacional aparte de ser rentable, es decir, susceptible de dar beneficios en el futuro, deberá contribuir al desarrollo del país en desarrollo donde se lleve a cabo. Además, no deberá estar en conflicto ni con el ordenamiento jurídico, ni con las prioridades de desarrollo del país anfitrión.

Estas dos condiciones muestran claramente que si bien se pretende promover el desarrollo del país receptor de la inversión y minimizar las pérdidas de los inversionistas, también se busca salvaguardar la viabilidad financiera de la Agencia misma.⁽⁴⁾

En el artículo 13 de la Convención AMGI se establece las condiciones que debe reunir el inversionista para que su inversión sea susceptible de ser garantizada por la Agencia:

a) En cuanto a la naturaleza del inversionista:

Puede ser persona física o jurídica, siendo su situación jurídica determinada por la ley bajo la cual ha sido constituida.

b) En lo concerniente a la nacionalidad del inversionista:

En los sistemas nacionales de garantía de inversiones las regulaciones internas adoptan diferentes criterios de derecho internacional privado para determinar las personas morales que pueden ser consideradas como nacionales y por tanto, beneficiarse con el otorgamiento de la garantía. En la mayoría de los casos es el criterio del "control el que será utilizado, es decir, que se va a determinar si existe una relación efectiva entre la comunidad nacional y la compañía inversionista.

La Convención AMGI, por su parte, adopta dos parámetros alternativos en el artículo 13 para determinar si la compañía posee la nacionalidad de alguno de los estados miembros. Por un lado, se aplican simultáneamente dos criterios de derecho internacional privado, el de la "incorporación" y el de la "sede social", es decir que la compañía además de estar inscrita en los registros

(4) *Idem.*, p. 222.

mercantiles del país miembro, debe tener su sede principal de negocios en el territorio de este último. Por otro lado, la Convención prevé que se podrán obviar estos requisitos en el caso que la mayoría del capital de la compañía que solicita la garantía sea poseído por un Estado miembro o por sus nacionales.

A pesar de que la labor de la Agencia se dirige a proteger las inversiones extranjeras, el artículo 13 inc. c) prevé que, mediando autorización de la Junta Directiva, podrán extenderse los beneficios a personas físicas o morales que tengan la nacionalidad del Estado anfitrión, aspecto totalmente novedoso en la materia.

c) En cuanto a la naturaleza jurídica de la persona moral:

De conformidad con el artículo 13 sección a) de la Convención, deberá tratarse de una sociedad comercial. Condición que se presume en el caso de empresas donde el capital es propiedad de personas privadas, por tener éstas, generalmente propósitos de lucro.

3. Requisitos del país anfitrión

El artículo 14 de la Convención AMGI establece el requisito fundamental de que el país donde se va a llevar a cabo la inversión, es decir el país anfitrión, sea un "país miembro en desarrollo". Los territorios no independientes cuyas relaciones internacionales sean manejadas por un Estado miembro pueden también ser elegidos como beneficiarios. En las regulaciones de la Agencia se pone particular atención a los países considerados por las Naciones Unidas como los "menos desarrollados".⁽⁵⁾

Por otro lado, el artículo 12 en su sección d) inciso iv) establece dos condiciones relativas al trato que el país receptor brinda a las inversiones extranjeras. Se exige que exista un tratamiento justo y equitativo en materia de inversiones internacionales, y que se garantice una protección legal adecuada. Ambos requisitos deben cumplirse en la ley y en los hechos.⁽⁶⁾ Este aspecto será abordado en la segunda parte del presente estudio.

B. Los riesgos contra los que se emite la garantía

En cuanto a los tipos de riesgos de los que pueden resultar pérdidas contra las cuales se garantiza la inversión en el artículo 2 sección a) se dispone que,

(5) *Idem.*, p. 122.

(6) *Idem.*, p.2 23.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

cualquier "riesgo no comercial" puede ser abarcado. Sin embargo, el artículo 11 se encarga de señalar cuatro categorías de riesgos que pueden ser cubiertos en principio, los cuales concuerdan con los que generalmente son previstos en los sistemas "nacionales", y que son los siguientes:

1) Los riesgos de inconvertibilidad monetaria o de transferencia de las ganancias de inversión. Sin embargo, en ningún caso, de conformidad con el artículo 11 sección b), se podrá extender la cobertura al riesgo de devaluación o depreciación monetaria.

2) El riesgo de expropiación o de medidas análogas de despojo. Si bien el artículo 11 sección a) inciso ii) de la Convención establece el riesgo por expropiación de una manera amplia, sin embargo el mismo artículo también prevé una excepción concerniente a las "medidas no discriminatorias de aplicación general", que según SHIHATA se explica porque:

"In view of its status as an international development institution, MIGA will at the same time have to avoid conflicts between its financial self interest and members' legitimate exercise of governmental powers in their territories".⁽⁷⁾

De igual manera, a fin de no entrar en conflicto con el uso de las prerrogativas soberanas de los estados miembros, las omisiones legislativas y las decisiones judiciales son excluidas de la garantía en las Regulaciones adoptadas por la Directiva. De lo contrario, la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión se encontraría en la posición incómoda de pagar por reclamos basados en lo que las leyes locales debieron haber previsto y no lo hicieron, o por reclamos fundados en la deficiencia de decisiones de los tribunales nacionales.

3) Los riesgos provenientes de una guerra, una revolución o una insurrección en el país anfitrión.

4) Los riesgos por falta de pago de los estados importadores de capital, y los derivados de la ruptura de contratos concluidos entre el estado anfitrión y un inversionista extranjero.

El mismo artículo 11 en su sección b) prevé la posibilidad de que la Agencia acuerde cubrir otros riesgos en caso de que ello sea solicitado conjuntamente por el país receptor y el inversionista extranjero.

(7) *Idem.*, p. 126.

C. Condiciones y modalidades del otorgamiento de la garantía

Una vez que la inversión es considerada como elegible los términos y condiciones del contrato de garantía serán determinados por la Agencia de conformidad con la Convención y las normativa que emita para tales efectos la Directiva, tal como lo dispone el artículo 16. En muchos casos las condiciones en que se emita la garantía dependerán de la naturaleza del proyecto de inversión y de sus efectos previsibles para la economía del país receptor de la inversión. Por su parte los sistemas nacionales también toman en cuenta los efectos en la economía del país del cual es nacional el inversionista.

Algunas de las condiciones que se estipulan en dichos contratos son:

1. Con respecto de la prima

El tenedor de la garantía de inversión deberá versar una prima anual a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión. En el artículo 26 de la Convención AMGI se prevé que la Agencia revisará periódicamente las tasas de las primas aplicable a cada tipo de riesgo cubierto. Ellas variarán, además, según se trate de una cobertura completa, contra varios tipos de riesgos o contra uno específico. Para cada tipo de riesgo las Regulaciones establecen primas que van del 0.3% al 1.5% por año del total de la garantía.

2. Duración de la garantía

La duración de la cobertura es generalmente entre quince y veinte años, tiempo que se calcula, necesita el inversionista para amortizar la inversión y sacar algún beneficio de ella.

3. Alcance de la cobertura

En la mayor parte de los sistemas nacionales la indemnización cubre hasta el 90% del monto de las pérdidas. En el sistema AMGI, el monto máximo de la garantía será negociado entre la Agencia y el inversionista. En todo caso, con miras a evitar una conducta irresponsable por parte del inversionista, de conformidad con el artículo 16 de la Convención, no podrá la indemnización alcanzar el 100% de las pérdidas. Las Regulaciones adoptadas por la Directiva de la Agencia, ha establecido un límite máximo de un 90% para la cobertura. La mínima normativa interna prevé que los aspectos que se tomarán en cuenta para

fijársela son: a) en el caso de no tratarse de una inversión directa, el monto de la contribución del inversionista; b) el valor de los recursos aportados por el inversionista al proyecto, en el caso de no tratarse de una inversión directa; c) el principal más los intereses acumulados en el caso de los préstamos.

4. El valor indemnizable

En el sistema AMGI al igual que en los sistemas nacionales, el valor indemnizable es revisado y actualizado, conforme a los cambios en el valor de la inversión.

5. Aprobación previa del país anfitrión

Previo a la conclusión del contrato de garantía, la Convención AMGI en su artículo 15 exige la aprobación del país anfitrión. Este es un aspecto más en común con los sistemas nacionales, en los cuales, por regla general, el estado exportador de capitales no aceptará asegurar una inversión sin el beneplácito previo de las autoridades del país en desarrollo anfitrión, por ser éste último el indicado para definir si la inversión es o no beneficiosa para su desarrollo económico.

6. Arreglo de disputas

De conformidad con el artículo 58 de la Convención cualquier disputa concerniente al contrato entre la Agencia y el tenedor de la garantía será sometida a arbitraje para su determinación final, en conformidad con las normas que se estipulan en el contrato de garantía específico. El recurso a las jurisdicciones internas de los estados miembros es explícitamente excluido en el artículo 44, en claro contraste con los sistemas de garantía de inversiones "nacionales", en los cuales las jurisdicciones competentes son precisamente las instancias judiciales o arbitrales del mismo estado donde fue emitida la garantía.

Consideramos que en el caso del sistema AMGI el recurso al arbitraje internacional es el medio más adecuado, si se considera que el recurso a los tribunales de un estado se vería dificultado por las inmunidades de jurisdicción y ejecución de que goza la Agencia en tanto que organización internacional intergubernamental. Como se verá mas adelante, la Convención AMGI ha previsto un uso exhaustivo del arbitraje como medio de solución de diferendos.

II. LA CONVENCION AMGI Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO ANFITRION

Esencialmente, la garantía de inversiones establece una relación jurídica entre la Agencia y el inversionista. Sin embargo, no podemos pasar por alto que para el derecho internacional coexisten otras dos relaciones: la de la Agencia con el Estado anfitrión, y la de este último con el inversionista extranjero tenedor de la garantía. La primera de estas relaciones nos conduce a estudiar los aspectos legales de la puesta en práctica de la subrogación que se opera. La segunda nos hace analizar las disposiciones de la Convención que disponen sobre el trato que el Estado anfitrión debe aplicar a las inversiones garantizadas.

A. La subrogación

1. Garantía de inversiones y reconocimiento convencional de la subrogación

En los sistemas jurídicos internos la subrogación es un mecanismo que se ejerce en beneficio del garante cuando éste ha pagado una indemnización al garantizado. En virtud de la ley o del contrato, el subrogado se convierte en titular de los derechos del subrogante, pudiendo hacerlos valer ante el juez a fin de recuperar la suma pagada como indemnización del tercero responsable. Este principio de la subrogación se aplica en materia de garantía de inversiones de la misma manera que si se tratara de un régimen ordinario de seguros. Sin embargo, en el ámbito de la garantía de inversiones nos encontramos ante la particularidad de que el tercero responsable es un estado soberano.

En los sistemas nacionales de garantía de inversiones, con la finalidad de asegurarse que los organismo garantes nacionales puedan oponer la subrogación operada frente a los estados anfitriones responsables, se ha optado por incluir en los tratados bilaterales de protección de inversiones una cláusula de reconocimiento de la subrogación. Este reconocimiento convencional de la subrogación permitirá al organismo asegurador nacional dirigir su reclamo directamente contra el estado anfitrión responsable, a fin de recuperar de éste, las sumas pagadas al inversionista indemnizado.

En la Convención AMGI la sección a) del artículo 18 establece que una vez pagada la indemnización al inversionista cubierto, la Agencia asumirá aquellos derechos o reclamos relacionados con la inversión garantizada que el tenedor de la garantía haya podido tener contra el país anfitrión y otros

deudores”.⁽⁸⁾ Esta disposición constituye la base legal de la obligación del estado anfitrión de reconocer la subrogación de los derechos y acciones del inversionista a favor de la Agencia. La importancia de este artículo, tal como lo señala SHIHATA⁽⁹⁾ es en virtud que establece la subrogación en el plano jurídico internacional como un derecho de la Agencia frente al estado anfitrión.

2. La implementación de la subrogación

Dadas las particularidades de la subrogación en materia de aseguramiento de inversiones, la manera como opera la recuperación de las indemnizaciones pagadas por la Agencia aseguradora presenta ciertas particularidades a través de las diferentes etapas del proceso por el cual el subrogado hace valer sus derechos frente al estado responsable.

Los contratos de garantía que se suscriban entre la Agencia y el inversionista deberán prever que, en caso de siniestro, este último estará obligado a hacer valer sus derechos y utilizar los remedios administrativos a su disposición para ser indemnizado por el estado anfitrión, de conformidad con el artículo 17 de la Convención.

En caso de que los esfuerzos para ser indemnizado directamente por el estado anfitrión hayan sido infructuosos, la Agencia procederá, de conformidad con el contrato, a pagar el reclamo al tenedor de la garantía. La Agencia en contrapartida será subrogada por el inversionista de sus derechos o reclamos relacionados con la inversión garantizada, a fin de hacerlos valer frente al estado anfitrión en virtud de lo dispuesto por la sección b) del artículo 18 citado.

Las diferencias que pudieran surgir entre la Agencia y un estado miembro respecto a su condición de subrogada de los reclamos de un tenedor de una garantía, serán arregladas de conformidad con los métodos de solución de diferendos previstos en el Anexo 11 de la Convención, salvo que se llegue a un acuerdo especial (artículo 57). Los métodos previstos en este Anexo son la negociación, la conciliación y, en particular, el arbitraje, fijándose reglas procesales específicas en el caso de este último.

3. La protección de los derechos adquiridos por la Agencia como sucesora del tenedor de la garantía

Los montos que la Agencia logre recuperar del estado anfitrión gozarán respecto a su utilización y conversión, “un tratamiento de parte del país

(8) *Idem.*, p. 179.

(9) Citado por SHIHATA, I., *op. cit.*, p. 233.

anfitrión, tan favorable como el tratamiento al que tendrían derecho dichos fondos en manos del tenedor de la garantía” (sección c) del artículo 18)). Igual tratamiento recibirán los bienes y haberes adquiridos por la Agencia como sucesora del tenedor de una garantía (sección b) del artículo 45 de la Convención AMGI).

B. La aplicación de un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras

La Convención AMGI no entra propiamente a legislar sobre el tipo de trato que debe ser otorgado a los inversionistas extranjeros por parte de los países anfitriones. Sin embargo, el flujo positivo de inversiones internacionales, la demanda de los servicios de la Agencia y su propia viabilidad financiera, dependerán en gran medida de la aplicación de un trato justo y las inversiones internacionales por parte de los países donde se lleva a cabo la inversión. Dicha importancia operacional de estos patrones o estándares de justicia y equidad queda demostrada en la Convención por lo dispuesto en su Preámbulo y en sus artículos 12 sección d) y 23 sección b).

1. El trato justo y equitativo como requisito para la emisión de la garantía

En el Preámbulo de la Convención se reconoce que el logro del objetivo primordial de la nueva organización internacional, es decir, el aumento del flujo de inversiones internacionales hacia los países en desarrollo, estará supeditado a que las inversiones extranjeras que se pretende realizar en estos países sean llevadas a cabo “en condiciones compatibles con sus necesidades de desarrollo, políticas y objetivos”. En contrapartida y para balancear los intereses en juego, se establece como condición básica la existencia de “estándares justos y estables para el tratamiento de la inversión extranjera” en el país anfitrión. En el artículo 12 inc. d), la existencia en el país anfitrión de un trato “justo” y “equitativo” para las inversiones internacionales es claramente establecida como un requisito para la emisión de la garantía por la Agencia respecto a una inversión específica y no como una obligación de carácter general contraída por los Estados parte a la Convención. El referido artículo dispone en que:

“Al garantizar una inversión, la Agencia quedará satisfecha en relación con: (...)

iv) Las condiciones de inversión en el país anfitrión, incluyendo, la disponibilidad de un tratamiento justo y equitativo así como la protección legal para la inversión”.

De conformidad con lo anterior, la Agencia deberá estar satisfecha con las condiciones de inversión en el país en desarrollo que sirve de anfitrión, es decir, con respecto a las condiciones que ofrece desde el punto de vista institucional, físico, financiero y legal.

2. El examen del tratamiento dado por el país anfitrión a las inversiones extranjeras

Los términos amplios en que está redactada la disposición citada permiten a la Agencia juzgar con discreción las condiciones de inversión en cada caso. Los estándares exigidos deberán, por un lado, ser consagrados en leyes nacionales o en tratados internacionales, y, por otro lado, ser aplicados en la realidad y no quedar en letra muerta.

Adicionando lo dispuesto en la normativa citada, las Regulaciones adoptadas por la Directiva en la sección 3.16, establecen los criterios que deben guiar el examen de la protección que los estados acuerdan a las inversiones extranjeras:

“An investment will be regarded as having adequate legal protection if it is protected under the terms of a bilateral investment treaty between the host country and the home country of the investor. When there is such treaty, adequate legal protection should be ascertained by the Agency in the light of the consistency of the law and practice of the host country with international law (...)”.

Así por un lado se establece un criterio principal que basta por sí solo, es decir, la suscripción por el estado anfitrión de un tratado de protección de inversiones con el estado nacional de la inversión. Por otro lado, un criterio subsidiario basado en la conformidad con el derecho internacional de la ley y la práctica del estado en cuestión respecto a las inversiones extranjeras. La aplicación de este último parámetro no deja de presentar problemas, considerando lo dividido de las opiniones respecto a lo que debe considerarse un “trato conforme al derecho internacional”.

3. La suscripción de convenios que garanticen un trato satisfactorio a la inversión garantizada

En el caso que un país determinado no ofreciera condiciones de inversión adecuadas, la Agencia suscribiría un convenio con él para garantizarse la

aplicación de estándares satisfactorios respecto a la inversión que se garantiza. Esta competencia se le otorga en el inciso ii) de la sección b) del artículo 23 de la Convención, el cual dispone:

“b) Además, la Agencia: (...)

ii) Hará esfuerzos por concluir los acuerdos con los países anfitriones en perspectiva, lo cual garantizará que la Agencia, con respecto a la inversión garantizada por ella, recibe un tratamiento al menos tan favorable como el acordado por el respectivo miembro a la más favorecida agencia de garantías de inversión o Estado mediante un acuerdo relativo a la inversión, el cual debe ser aprobado por mayoría especial de la Directiva”.

4. Otras competencias referentes a la promoción de un flujo continuo de inversiones extranjeras

Además de la competencia señalada anteriormente, el artículo 23, sección b), incisos i) y ii), de la Convención AMGI trata de las competencias que posee la Agencia, aparte de las propiamente aseguradoras, dirigidas a crear un clima propicio para el flujo de inversiones de los países desarrollados hacia los países en desarrollo. De esta manera dispone que:

“b) Además, la Agencia:

i) Fomentará el arreglo amistoso de las disputas entre los inversionistas y los países anfitriones.

i) (...)

iii) Fomentará y facilitará la conclusión de los acuerdos entre sus miembros relativos al fomento y protección de las inversiones”.

En virtud del párrafo iii) le ha sido asignado a la Agencia un rol catalizador en el fortalecimiento de la práctica bilateral y multilateral de suscripción de instrumentos internacionales de protección de inversiones, cooperando así en el desarrollo progresivo de una área del derecho internacional donde las normas jurídicas de carácter obligatorio son escasas y donde abundan las que entran en la categoría de *soft-law*.

Señala SHIHATA⁽¹⁰⁾ que esta labor de la Organización no se limitaría a la promoción de la adopción de normas internacionales relativas a los aspectos sustantivos del tratamiento de las inversiones internacionales, sino que también incluiría la promoción de normas de carácter procesal referentes a los procedimientos de admisión de inversiones y los medios de solución de disputas, promoviendo, entre otros, el recurso por las partes en conflicto al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), organismo que al igual que el AMGI forma parte del Banco Mundial.

CONCLUSION

La Agencia Multilateral de Garantía de Inversión es un claro ejemplo de lo que la cooperación institucional Norte-Sur puede generar. Con el establecimiento de la Agencia tras dos décadas de negociaciones en el seno del Banco Mundial, un poderoso instrumento de promoción de inversiones es puesto a la disposición de las partes envueltas: los países exportadores de capital, los países importadores de capital y los inversionistas.

La suscripción de garantías de inversión administradas por una agencia multilateral en un plano internacional, además de fortalecer el clima de confianza entre las partes, contribuye a reducir, en el futuro, las diferencias internacionales que puedan afectar las relaciones de cooperación entre los países en desarrollo y los países industrializados. La subrogación en los derechos de los inversionistas por las agencias nacionales de garantía de inversiones originan frecuentemente fuertes conflictos legales entre el país importador de capital y el país exportador de capital.

Además, la existencia del sistema AMGI tendrá un efecto persuasivo sobre los estados anfitriones de inversiones cubiertas, en el sentido de que, una vez ocurrido el siniestro, preferirán llegar a un arreglo directamente con el inversionista afectado que enfrentarse con una institución de la cual se forma parte.

La ratificación de la Convención por Costa Rica se enmarca dentro de una estrategia que busca atraer las inversiones extranjeras mediante el fortalecimiento de la protección legal de éstas, es decir mediante la creación de un clima de confianza y de reducción de riesgos. Esta misma política hizo que hace un par de años el país ratificara igualmente la convención que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del cual lamentablemente hasta la fecha no se ha hecho uso según tengo entendido.

(10) *Idem.*, p. 228.

BIBLIOGRAFIA

- BROCHES (Aron): "La Convention et l'assurance-investissements. Le probleme dit de la subrogation" en *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*. Pedone, Paris, 1969, pp. 161-168.
- CARREAU (D.), FLORY (Th.) y JULLIARD (P.): *Manuel de droit international économique*. PUF, Paris, 1991.
- CONVENCION PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTIA DE INVERSION, Ley No. 7318, La Gaceta No. 236 de 19 de diciembre de 1992, pp. 1-12.
- LAVIEC (J.P.): *Promotion et protection des investissements*. PUF, Paris, 1986.
- PETERS (Paul): "Investment risk and trust: the role of International Law" en *International Law and Development*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- SHIHATA (Ibrahim): *MIGA and foreign investment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- The Multilateral Investment Guarantee Agency and the legal treatment of foreign investment*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, tomo 203, 1987/II, pp. 95-320.