

## **LA AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTIA DE INVERSIONES (MIGA)**

Fernando Jamarne Banduc

Abogado; Master of Comparative

Jurisprudence. New York University. New York.

### **INTRODUCCION**

**El Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (en Inglés MIGA), adoptado el 11 de octubre de 1985 por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), en la Reunión de Seúl, Corea, ha sido recientemente ratificado por Chile, que se convierte así en uno de sus miembros fundadores.**

**El Convenio que crea este nuevo organismo financiero internacional y que establece el marco jurídico dentro del cual se desarrollarán sus actividades, se divide en un preámbulo, once capítulos, dos anexos y dos apéndices. El análisis de sus disposiciones y que se presenta a continuación, tiene un carácter explicativo o descriptivo del texto del Convenio.**

#### **I. Creación y Naturaleza Jurídica de la Agencia.**

**Como se señaló, por el Convenio se crea la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, la que cuenta con personalidad jurídica internacional, con capacidad para contraer derechos y obligaciones.**

#### **II. Objetivos**

**El principal propósito del Organismo es propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países miembros, en especial hacia los países en desarrollo, complementando de tal manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de la Corporación Financiera Internacional y otras instituciones internacionales de financiamiento para el desarrollo.**

Al efecto, el Organismo: a) otorgará garantías, incluidos coaseguros y reaseguros, contra riesgos no comerciales respecto de inversiones realizadas en un país miembro y provenientes de otros países miembros; b) realizará actividades complementarias apropiadas para promover el flujo de inversiones hacia los países miembros en desarrollo y entre los mismos; y c) ejercerá todas las demás facultades concomitantes que sean necesarias o deseables.

### III. Definiciones

El instrumento establece diversas definiciones para los fines de la Convención, tales como "miembro de la misma", "país receptor", "gobierno receptor", "país miembro en desarrollo", "mayoría especial" y "moneda usada libremente".

En efecto, se ha señalado que:

- a) "Miembro" es un Estado respecto del cual este Convenio ha entrado en vigor.
- b) "País receptor" o "Gobierno receptor" significa un miembro, su gobierno, o una dependencia pública de un miembro en cuyo territorio estará ubicada una inversión que ha sido garantizada o reasegurada por el Organismo o que el Organismo está considerando garantizar o reasegurar.
- c) "País miembro en desarrollo" significa un miembro del Organismo designado como tal en el Apéndice A del Convenio.
- d) "Mayoría especial" significa el voto afirmativo de no menos de dos tercios del total de los derechos de voto que representen no menos del 55% de las acciones suscritas del capital del Organismo.
- e) "Moneda de libre uso" significa (i) una moneda así designada de cuando en cuando por el Fondo Monetario Internacional y (ii) toda otra moneda que pueda obtenerse libremente y usarse efectivamente, que la Junta de Directores designe para los fines del Convenio previa consulta con el Fondo Monetario Internacional y con la aprobación del país emisor de dicha moneda.

### IV. Miembros

Podrán ser parte del Organismo los miembros del Banco Mundial y Suiza. Se señaló que los miembros fundadores serían aquellos Estados referidos en el Apéndice A del Convenio y que hubieren sido parte del mismo a más tardar el 30 de abril de 1988.

A este respecto podemos indicar que al 30 de marzo del año en curso, veintiseis países habían ratificado la Convención en análisis, incluyendo a Chile.

## V. Capital

El capital autorizado del Organismo se encuentra expresado en DEG (Derechos Especiales de Giro) 1.000 millones, dividido en 100.000 acciones con un valor nominal de DEG 10.000 cada una. Las obligaciones de pago de los miembros se satisfarán sobre la base del valor medio del DEG en términos del dólar de los Estados Unidos de América en el período que media entre el 1 de enero de 1981 y el 30 de junio de 1985, valor que corresponde a 1.082 dólares de los Estados Unidos de América por cada DEG. Una vez que el capital inicial se encuentre completamente suscrito, será aumentado automáticamente para permitir la admisión de nuevos miembros.

Por otra parte, el capital autorizado puede, también, ser aumentado en cualquier momento por el Consejo de Gobernadores siempre que se cuente con una mayoría especial no inferior a los dos tercios de los votos que representen a lo menos el 55% del capital suscrito.

## VI. Suscripción de Acciones y Pago.

Cada miembro fundador debe suscribir la cantidad de acciones de capital que se estipula frente a su nombre en el Apéndice A al valor nominal. A Chile le corresponden 485 acciones, lo que equivale a 4,85 millones de DEG (US\$ 5.247.700).

El capital suscrito del Organismo determina, como es lógico, su capacidad de otorgamiento de garantías del Organismo.

Un 10% del precio de las acciones suscritas deberá pagarse en efectivo y un 10% adicional en forma de pagarés no negociables que no devenguen interés u otras obligaciones similares que habrán de cobrarse conforme a una decisión de la Junta de Directores. El 80% restante está sujeto a requerimiento del Organismo cuando sea necesario para el cumplimiento de sus obligaciones.

## VII. Operaciones

El Organismo puede garantizar inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de uno o más de los siguientes tipos de riesgo: transferencia de moneda derivada de restricciones y demoras del gobierno del país receptor en convertir y transferir moneda local, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato por parte del Gobierno receptor y guerra y disturbios civiles. Además, cabe señalar que, en virtud de una solicitud conjunta del inversionista y el país receptor, la Junta de Directores, por mayoría especial, puede aprobar una extensión de la cobertura a riesgos no comerciales específicos diferentes de los señalados, pero en ningún caso a los riesgos de devaluación o depreciación de la moneda.

Se excluyen las pérdidas resultantes de:

- a) Cualquier acción u omisión del gobierno receptor a la que haya consentido el tenedor de la garantía o por la cual éste sea responsable; y
- b) Cualquier acción u omisión del gobierno receptor o cualquier otro hecho que sea anterior a la celebración del contrato de garantía.

Por otro lado, las inversiones admisibles comprenden las contribuciones al capital social, incluyendo los préstamos a mediano o largo plazo otorgados o garantizados por los accionistas de la correspondiente empresa, y las formas de inversión directa que la Junta de Directores pueda determinar. La Junta, por mayoría especial, puede extender la admisibilidad a cualquier otra forma de inversión a mediano o largo plazo, salvo que se trate de préstamos diferentes a los recién mencionados en cuyo caso sólo podrán ser admisibles si están vinculados a una inversión específica garantizada o que se proponga garantizar. Cabe destacar que la garantía está restringida a aquellas inversiones cuya ejecución comience después de ser registrada por el Organismo la correspondiente solicitud de garantía.

Para garantizar una inversión el Organismo debe examinar y estar satisfecho de la solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor, el cumplimiento de las leyes y reglamentos de éste, la armonía de la inversión con los objetivos y prioridades del país receptor y las condiciones para las inversiones en el país receptor.

En esta materia, cabe agregar que cualquier persona natural o persona jurídica puede recibir la garantía del Organismo siempre que la persona natural sea nacional de un país miembro distinto del país receptor. La persona jurídica deberá estar constituida y tener la sede de sus negocios en un país miembro o la mayoría de su capital deberá ser de propiedad de uno o más países miembros o de nacionales de estos, siempre que dicho país miembro no sea a su vez el país receptor, además, aunque la persona jurídica no sea de propiedad privada deberá realizar sus operaciones en términos comerciales.

En virtud de una solicitud conjunta del inversionista y del país receptor la Junta podrá extender la admisibilidad a una persona natural que sea nacional del país receptor o a una persona jurídica que esté constituida en el país receptor o cuyo capital sea en su mayoría de propiedad de sus nacionales, siempre que los capitales se transfieran desde el exterior al país receptor.

Como se ha indicado, los únicos países receptores admisibles para estos efectos son aquellos países miembros en desarrollo. Especial mención merece el hecho que el Organismo no podrá celebrar ningún contrato de garantía antes que el gobierno receptor haya aprobado el otorgamiento de la garantía por parte del Organismo contra los riesgos correspondientes.

Los términos y condiciones de cada contrato serán los determinados por el Organismo conforme a las reglas que dicte la Junta. En ningún caso podrá el Organismo cubrir la pérdida total de las inversiones garantizadas.

El pago de reclamaciones al tenedor de una garantía se sujetará a lo que establezcan el contrato de garantía y las políticas que adopte la Junta. En los contratos de garantía se exigirá que los tenedores de garantías, antes que el Organismo haga un pago, entablen los recursos administrativos que sean adecuados en virtud de las circunstancias.

Por el pago de la indemnización al tenedor de una garantía el Organismo se subrogará en los derechos o reclamaciones relacionadas con la inversión garantizada que puede haber tenido el tenedor contra el país receptor y otros obligados. Estos derechos serán reconocidos por todos los miembros. Los términos y condiciones de la subrogación se contemplarán en el contrato de garantía.

Por otro lado, el Organismo desarrolla y complementa labores de cooperación con organismos nacionales y regionales que llevan a cabo actividades similares con el objeto de maximizar la eficiencia en los servicios que prestan incrementando la inversión extranjera.

Asimismo, se ha previsto que el Organismo pueda otorgar reaseguros, respecto de inversiones específicas, contra pérdidas que se deriven de uno o más de los riesgos no comerciales que hubieran sido garantizados por un miembro o dependencia del mismo o por una entidad regional de garantía de inversiones cuya porción mayor de capital sea de propiedad de dos

**o más miembros.** Las condiciones de admisibilidad para otorgar garantías también se aplicarán a los reaseguros, con la excepción que las inversiones reaseguradas se podrán realizar antes de la solicitud de reaseguro. En todo caso, la subrogación correspondiente sólo tendrá efecto después de la aprobación del reaseguro por parte del país receptor. Además, se prevé que el Organismo coopere, también, con aseguradores y reaseguradores privados según los términos del Convenio.

Cabe mencionar que el monto máximo de obligaciones contingentes que puede asumir el Organismo no puede exceder del 150% de su capital suscrito y reservas más la porción de cobertura de reaseguro que la Junta determine. Tal monto puede ser modificado, pero en ningún caso podrá exceder de cinco veces su capital y reservas más la porción de cobertura de reaseguro.

El Organismo también realiza una labor de promoción de inversiones: a) alentando el arreglo amistoso de diferencias entre inversionistas y países receptores; b) procurando celebrar, previa aprobación de la Junta por mayoría especial, acuerdos con países miembros en desarrollo por los que se asegure que el Organismo tenga, respecto de las inversiones garantizadas, un tratamiento por lo menos tan favorable como el acordado por el miembro a la entidad de garantía de inversiones o al Estado más favorecido; y c) promoviendo y facilitando la celebración de acuerdos entre sus miembros sobre promoción y protección de inversiones.

Especial mención merece la garantía del Organismo de Inversiones a través de acuerdos de patrocinio conforme a lo dispuesto en el Anexo I del Convenio. Cualquier miembro puede patrocinar la garantía de una inversión de un inversionista de cualquier nacionalidad o inversionistas de una o varias nacionalidades. Por el patrocinio el país miembro, que propone la garantía de una inversión al Organismo, contrae la obligación contingente de compartir las pérdidas en el monto de la garantía que patrocina. Las primas y otros ingresos atribuibles a las garantías patrocinadas se acumulan en un Fondo Fiduciario de Patrocinio, del mismo se pagan los gastos administrativos y las reclamaciones. Agotado que sea el Fondo, toda pérdida en que se incurra en una garantía patrocinada será compartida por todos los miembros patrocinadores. Sin embargo, la responsabilidad recién señalada se limita al máximo del pasivo contingente de todas las garantías patrocinadas de cuando en cuando por el miembro correspondiente. Las garantías de inversiones patrocinadas se rigen por las normas aplicables a las operaciones de garantías, salvo en cuanto las inversiones patrocinadas pueden ser hechas, por un inversionista o inversionistas admisibles, conforme a lo señalado en la segunda oración de este párrafo, en los territorios de cualquier miembro, y el Organismo no estará obligado con respecto a sus propios activos en razón de una garantía o reaseguro, conforme al Anexo I del Convenio. Cabe señalar, además, que un país receptor puede co-patrocinar la cobertura de inversiones.

El Organismo puede otorgar reaseguros a un miembro, a una dependencia del mismo, a un organismo regional o a un asegurador privado de un país miembro sobre la base de patrocinio. El Organismo puede obtener reaseguro para las inversiones garantizadas por él conforme al Anexo I y satisfacer el costo del reaseguro con cargo al Fondo Fiduciario de

**Patrocinio.** Los activos del Fondo Fiduciario de Patrocinio son mantenidos y administrados por cuenta conjunta de los miembros patrocinadores y están separados de los activos del Organismo.

### **VIII. Aspectos Financieros**

El Organismo lleva a cabo sus actividades conforme a sanas prácticas de negocios y prudentes prácticas de administración financiera. El Organismo fija y examina periódicamente el nivel de primas, comisiones y otros cargos aplicables a cada tipo de riesgo.

### **IX. Organización y Administración**

El Organismo se compone de manera semejante al BIRF, por:

- a) Un Consejo de Gobernadores;
- b) Una Junta de Directores; y
- c) Un Presidente y funcionarios.

El Consejo de Gobernadores tiene todas las facultades del Organismo, salvo las excepciones señaladas en el Convenio. Está integrado por un Gobernador titular y uno suplente por cada miembro. Celebra una reunión anual y las demás reuniones que el Consejo determine o que la Junta convoque.

Por su parte, la Junta es responsable de las operaciones generales del Organismo. Se compone de doce Directores y se reúne cuando la convoque su presidente. El Presidente de la Junta será el Presidente del BIRF. Una cuarta parte del total de Directores se eligen separadamente, uno por cada país miembro con el mayor número de votos, y los demás Directores, se eligen por los demás países miembros. El Presidente del Organismo, que es designado por la Junta, bajo la supervisión de la misma, se ocupa de los asuntos ordinarios del Organismo.

En el Convenio se prevé que ni el Organismo ni sus funcionarios interferirán en los asuntos políticos de ningún miembro y tampoco pueden ser influenciados por el carácter político del miembro o miembros de que se trate.

Por otro lado, se señala que el Organismo debe cooperar con la Organización de las Naciones Unidas y con otros organismos internacionales relacionados, en especial con el BIRF y la Corporación Financiera Internacional.

En relación con este Banco Central, se ha previsto que cada miembro designe a su banco central como depositario donde el Organismo pueda mantener tenencias en la moneda de dicho miembro u otros activos del Organismo.

#### **X. Derechos de Voto, Ajustes de las Suscripciones y Representación.**

Con el fin que el poder de votación refleje la igualdad de intereses en el Organismo de los países miembros desarrollados y los países miembros en desarrollo, así como la importancia financiera de cada uno de los miembros, cada miembro tiene 177 votos de adhesión más un voto de suscripción por cada acción que este miembro tenga en el capital social.

#### **XI. Privilegios e Inmidades.**

Como es usual en estos casos, se ha previsto que el Organismo goce en el territorio de cada miembro, de una serie de privilegios e Inmidades para cumplir sus funciones. Tales privilegios e Inmidades dicen relación con acciones judiciales, bienes y activos, archivos y comunicaciones, impuestos y funcionarios del Organismo.

#### **XII. Retiro, Suspensión de Miembros y Cesación de Operaciones**

Cualquier miembro, después del plazo de tres años contado desde la entrada en vigencia de la Convención en relación con el miembro, podrá retirarse del Organismo, dando la correspondiente noticia por escrito a la oficina principal.

#### **XIII. Arreglo de Diferencias**

Toda cuestión de interpretación o de aplicación del Convenio que surja entre un miembro y el Organismo o entre sus miembros, será resuelta por la Junta. Luego de la decisión de la Junta el miembro podrá requerir que la cuestión sea remitida al Consejo, cuya decisión será definitiva.

Sin perjuicio de lo anterior y de lo que se señala en el siguiente párrafo, cualquier diferencia entre el Organismo y un miembro o un país que ha dejado de ser miembro, se arreglará conforme al procedimiento señalado en el Anexo II del Convenio.

Las diferencias sobre reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista, se solucionarán conforme al procedimiento señalado en el Anexo II o a un acuerdo celebrado entre el Organismo y el miembro interesado sobre uno o más métodos alternativos de arreglo de diferencias (para lo cual servirá de base el Anexo II).

En el referido Anexo II se prevé que la diferencia se tratará de resolver mediante la negociación antes de recurrir a la conciliación o arbitraje. La negociación se considerará agotada si dentro de 120 días no se llega a una solución.

Las partes, por acuerdo mutuo, fracasada la negociación, podrán recurrir al procedimiento de conciliación. El conciliador determinará las normas que regirán el procedimiento de conciliación y se guiará al efecto por las normas de conciliación adoptadas de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. En un plazo de 180 días el conciliador presentará su informe y las partes se comunicarán su opinión sobre el informe dentro de 60 días contados desde la fecha del mismo.

Las partes de un procedimiento de conciliación no tendrán derecho a recurrir al arbitraje, salvo en cuatro casos, a saber: a) que el conciliador no haya presentado su informe dentro del plazo de 180 días; b) que las partes no hayan aceptado ninguna de las propuestas del informe dentro del plazo de 60 días; c) que no haya acuerdo entre las partes sobre las materias controvertidas dentro del plazo de 60 días; y d) que una de las partes no haya expresado su opinión acerca del informe.

El arbitraje comenzará por la notificación de la parte que procura el arbitraje dirigida a la otra parte en la diferencia. El procedimiento está regulado en el artículo 4 del Anexo II. Cabe destacar que el Tribunal determinará su forma de proceder y, en este aspecto, se guiará por las normas de arbitraje adoptadas de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. El juez decidirá sobre su propia competencia. El Tribunal aplicará las disposiciones del Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, las de los estatutos y reglamentos del Organismo, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro que se trate y las eventuales disposiciones aplicables del contrato de inversión. El Tribunal, si el Organismo y miembro interesado así lo convienen, podrá decidir una diferencia en equidad.

Todo miembro reconocerá como obligatorio y ejecutable dentro de sus territorios un laudo dictado conforme al artículo 4 ya citado, como si se tratara de una sentencia definitiva de un tribunal de ese miembro. La ejecución del laudo se regirá por las leyes relativas a la ejecución de sentencias que se encuentren en vigor en el Estado en cuyos territorios se pretenda tal ejecución y no se entenderá como derogatoria de la ley vigente relativa a la inmunidad en materia de ejecución.

Por otro lado, toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o reaseguro entre las partes del mismo se someterá al arbitraje de conformidad con las reglas que se estipulen en el contrato de garantía o de reaseguro.

#### XIV. Enmiendas

El Convenio y sus Anexos podrán ser modificados mediante el voto de tres quintas partes de los Gobernadores que representen cuatro quintos del total de los derechos de voto, de la manera señalada en el Capítulo X del Convenio.

### **XV. Disposiciones Finales**

**Se previno que el Convenio entrará en vigor en la fecha en que hubieren depositado no menos de cinco instrumentos de ratificación en nombre de los miembros desarrollados (Estados signatarios Categoría Uno), y no menos de quince de tales instrumentos en nombre de los miembros en desarrollo (Estados signatarios Categoría Dos). En todo caso, el total de las suscripciones de estos Estados deberá sumar a lo menos un tercio del capital autorizado del Organismo.**

### **XVI. Comentarios**

**Se estima que la participación de nuestro país en el Convenio tiene por objeto mejorar aún más el ambiente para la inversión extranjera en Chile. En tal sentido este documento tiene la ventaja, por sobre los convenios bilaterales de protección y promoción de inversiones, de establecer un régimen multilateral de normas preestablecidas que otorgarán garantías a inversiones que, posiblemente, no eran elegibles bajo los sistemas de garantías bilaterales y con una mayor capacidad para otorgamiento de garantías. Asimismo, podrá permitir una participación más activa del país receptor en la promoción de inversiones, en especial, a través de la posibilidad de co-patrocinar inversiones.**