

Por Qué Es Necesario que Los Funcionarios Electos Presten Atención a los Acuerdos Internacionales de Inversión 1

Guía de Principiantes a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) 2

Noticias en Breve: Sudáfrica afectada por juicio de tratado de inversión en torno a políticas para el progreso racial 2

Noticias en Breve: Llamado a debate parlamentario sobre negociaciones entre EUA y Malasia mientras que las políticas sociales para proteger a los indígenas malasio continúan siendo conflictivas 2

Noticias en Breve: Inversor norteamericano en el sector radial de Ucrania demanda por presuntas violaciones de tratado 3

Cuando los inversores utilizan el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas para demandar a los gobiernos: Qué es lo que Parlamentarios deben saber 4

Miembros del Parlamento Europeo divididos sobre las negociaciones ACP-UE y el posicionamiento de las reglas de inversión 5

Quién es Quién: Una guía para 6 organizaciones y recursos especializados sobre acuerdos internacionales de inversión 6

Diferencias Relativas a Acuerdos Internacionales de Inversión Plantean Temas Delicados 8

Reacciones, comentarios o preguntas: psq@iisd.org

Informe AII

Guía para Parlamentarios sobre los acuerdos internacionales de inversión y sus implicancias en la creación de políticas internas

Por Qué Es Necesario que Los Funcionarios Electos Presten Atención a los Acuerdos Internacionales de Inversión

Según cálculos de la ONU, las corrientes de inversión externa directa (IED) alcanzaron los 1.2 billones (USD) en 2006, un remarcable aumento de 24% con respecto al año anterior. A medida que las empresas se extienden más allá de sus propias fronteras éstas deben considerar nuevas lenguas, nuevas culturas y nuevas formas de hacer negocios. Cada vez más, las empresas también deben encargarse de un creciente universo de acuerdos internacionales que contienen reglas estipulando dónde los inversionistas pueden invertir y lo que los gobiernos anfitriones pueden hacer (o no) con respecto a estos inversores extranjeros.

En un marcado contraste con el mundo del comercio, la mayor parte del cual recae bajo la rúbrica de la Organización Mundial del Comercio, la inversión externa directa se rige por un número apabullante de acuerdos bilaterales y regionales. Muchos de estos acuerdos son negociados con mucho menos escrutinio o debate público en comparación con los típicos acuerdos comerciales, pero las consecuencias — para los gobiernos que los firman — pueden ser tan cruciales como los impactos generados por cualquier acuerdo comercial.

Muchos de estos acuerdos son negociados con mucho menos escrutinio o debate público en comparación con los típicos acuerdos comerciales, pero las consecuencias — para los gobiernos que los firman — pueden ser tan cruciales como los impactos generados.

Solo hay que preguntar a la República Checa.

A fines de 1990, una compañía de radiodifusión holandesa se enredó en una diferencia con reguladores de medios de comunicación checos. La firma holandesa inició un arbitraje contra la República Checa según los términos de una oscura protección de un tratado de inversión celebrado entre la República Checa y los Países Bajos. Cuando se dispersó la polvareda en esta diferencia, se encontró que la República Checa había violado sus obligaciones del tratado para proteger a los inversionistas holandeses, y fue obligada a

pagar más de \$350 millones (USD) en compensación.

Gracias a este fallo desfavorable, el déficit en el sector público checo alcanzó casi el doble. El Parlamento checo lanzó una investigación para explorar el manejo del gobierno en la diferencia con el radiodifusor holandés y para entender los impactos de estos tratados sobre la soberanía interna. Encontraron que la República Checa había firmado silenciosamente docenas de tratados internacionales con gobiernos extranjeros — todos los cuales obligaban al país a dar mayores niveles de protección legal para los inversionistas extranjeros en comparación con las protecciones disponibles bajo el derecho interno. Estos tratados fueron celebrados con un insignificante debate político o público, y permitían a los inversionistas extranjeros retirarse del sistema judicial de la República Checa para presentar sus diferencias ante paneles de arbitraje internacional.

Recientemente, el Ministerio de Finanzas del país señaló que podría ser necesario alterar los términos de estos acuerdos a fin de reducir la vulnerabilidad del país a ciertos tipos de pleitos iniciados por inversores extranjeros.

Si bien no todos los gobiernos han experimentado un llamado de atención tan costoso, muchos se están dando cuenta de que los acuerdos internacionales de inversión (AIIs) llegan mucho más allá de sus fronteras nacionales, teniendo un impacto sobre la manera en que los organismos y agencias gubernamentales interactúan con los inversionistas extranjeros. Mientras que los defensores de estos acuerdos apuntan a su utilidad para poner freno a los abusos arbitrarios o caprichosos contra los inversores extranjeros, los críticos advierten que los tratados pueden menoscabar la regulación y supervisión legítimas de los gobiernos. En otros tiempos, los tratados pueden imponer estándares excesivamente altos que son difíciles de alcanzar en la práctica — por ende, exponiendo a los funcionarios gubernamentales a juicios o demandas por compensación financiera de inversionistas extranjeros disconformes.

(continuado en la pagina 2)

Por Qué Es Necesario que Los Funcionarios Electos Presten Atención a los Acuerdos Internacionales de Inversión (continuando de la página 1)

Algo en lo que todas las partes pueden estar de acuerdo es en que estos acuerdos internacionales largamente ignorados tienen púas. Tal como un tribunal arbitral advirtió en un fallo reciente:

“Los tratados bilaterales de inversión no son meras declaraciones de buena fe o declaraciones de intenciones benevolentes hacia los inversores y las inversiones de los dos países involucrados. Son instrumentos legales internacionales según los cuales los estados soberanos asumen firmes compromisos bajo el derecho internacional en cuanto al trato que otorgarán a los inversores y las inversiones del otro estado.”

Algunos acuerdos de inversión pueden obligar a los gobiernos a abrir determinados sectores e industrias a la inversión externa; y virtualmente todos estos acuerdos estipulan altos estándares legales que pueden ser exigidos a través de un arbitraje vinculante a solicitud de inversionistas extranjeros. Las diferencias que surgen de estos acuerdos pueden relacionarse con acciones tomadas por agencias estatales, organismos regulatorios, legislaturas nacionales o supranacionales, e incluso por tribunales del país anfitrión. Varias diferencias de alto perfil han exigido a los árbitros que determinen una distinción entre la regulación legítima — en áreas tales como salud o medio ambiente — y las interferencias ilegítimas en desmedro de inversionistas extranjeros.

Es deber de los miembros del parlamento entender los compromisos asumidos por sus países — a menudo sin una consulta o supervisión parlamentaria extensiva.

Mientras los inversores extranjeros toman conciencia de los derechos y privilegios que les confiere esta red de acuerdos internacionales, es deber de los miembros del parlamento entender los compromisos asumidos por sus países — a menudo sin una consulta o supervisión parlamentaria extensiva. La publicación que están leyendo ha sido diseñada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible para concientizar sobre los acuerdos internacionales de inversión y su potencial impacto en las acciones de los gobiernos a nivel nacional (y supra-nacional).



Guía de Principiantes a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)

Los acuerdos internacionales que establecen reglas para los corrientes de inversión directa externa tienden a recaer en una de dos categorías, los específicos tratados bilaterales de inversión (TBIs) y los más comprehensivos tratados preferenciales de comercio e inversión (APCIs). Los TBIs son mucho más comunes, con la existencia de más de 2.500 tratados como tales. Estos tratados están estrechamente diseñados para proporcionar a las inversiones extranjeras una lista específica de protecciones en el derecho internacional. En cambio, los APCIs, tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), cubren una gama mucho más amplia de temas, incluyendo el comercio de productos, protección de derechos de propiedad intelectual, liberalización de contratación pública y servicios financieros. Con los recientes contratiempos de la Ronda de negociaciones comerciales de Doha en la Organización Mundial del Comercio (OMC), muchos gobiernos están poniendo mayor énfasis en la negociación de APCIs comprehensivos sobre una base bilateral o regional. Por su parte, algunos de los acuerdos de la OMC también cubren ciertos aspectos de la inversión; más notablemente, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) se aplica a las inversiones transfronterizas en el sector de servicios.

Dejando a un lado los acuerdos de la OMC, las disposiciones sobre la protección de inversiones contenidas los TBIs limitados o en los más amplios APCIs habitualmente abarcan un núcleo de protecciones estándar:

- *No-Discriminación:* Los gobiernos acuerdan no discriminar a inversionistas extranjeros o las inversiones externas, y conferir un trato equivalente al trato otorgado a inversionistas/inversiones internas, o a inversionistas/inversiones provenientes de terceros países.
- *Expropiación/Nacionalización:* Los gobiernos establecen los términos según los cuales pueden expropiar o nacionalizar las inversiones externas; habitualmente, se pagará plena compensación al valor del mercado.
- *Libres Transferencias:* La capacidad de transferir dinero hacia o desde un país

(continuado en la página 3)

Noticias en Breve

(de Noticias sobre Tratados de Inversión,
<http://www.iisd.org/investment/itn>)

Sudáfrica afectada por juicio de tratado de inversión en torno a políticas para el progreso racial

El Gobierno de Sudáfrica se encuentra en la mira de un juicio internacional iniciado por un grupo de compañías mineras europeas. Las compañías cuestionan elementos de las políticas de Empoderamiento Económico Negro de Sudáfrica — incluyendo los requerimientos de contratar a empleados negros o históricamente desfavorecidos y de vender su participación accionaria a accionistas favorecidos por la política de EEN.

El juicio sorprendió a muchos en Sudáfrica porque proseguirá bajo los tratados de inversión celebrados por Sudáfrica con Gobiernos europeos inmediatamente después del Apartheid. Estos tratados estaban diseñados para evitar la nacionalización de las inversiones extranjeras; sin embargo, los demandantes en el reciente juicio insisten en que los tratados también limitan la amplia gama de regulaciones gubernamentales que podrían imponerse a los inversores extranjeros, incluyendo aquellas que se están relacionadas con la política de EEN.

Un panel de tres árbitros está siendo designado para entender en la diferencia. Actualmente, aun no se sabe si las compañías y el gobierno aceptarán conjuntamente permitir que las audiencias estén abiertas al público y a los medios. La mayoría de los tratados de inversión permiten a cualquiera de las partes de una diferencia vetar todo esfuerzo por exponer los procedimientos de arbitraje a mayor publicidad.

Llamado a debate parlamentario sobre negociaciones entre EUA y Malasia mientras que las políticas sociales para proteger a los indígenas malasio continúan siendo conflictivas

Mientras el Gobierno de Sudáfrica se encuentra defendiéndose en un juicio iniciado por inversores extranjeros en torno a sus políticas de Empoderamiento Económico Negro, Malasia continúa resistiendo la presión del Gobierno de EUA para dismantelar sus preferencias por la etnia malasia.

Desde la década de 1970, Malasia ha utilizado políticas de acción afirmativa y políticas de contratación gubernamental y de propiedad corporativa preferenciales en un esfuerzo por potenciar las posibilidades económicas de la etnia malasia y de otros pueblos indígenas. Recientemente, estas políticas han sido objeto de acaloradas discusiones a medida que Malasia y EUA negocian su tratado de libre comercio e inversión.

(continuado en la página 3)

Guía de Principiantes a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) (continuando de la página 2)

puede ser crucial para los inversores extranjeros, al mismo tiempo que los gobiernos deseen monitorear tales corrientes para el balance de pagos o por otras razones. Los acuerdos de inversión habitualmente disponen la libre transferencia de fondos relativos a inversiones extranjeras, y pueden o no estipular cuando los gobiernos pueden interferir justificadamente con dichas transferencias.

- **Estándares Mínimos de Trato:** Los gobiernos pueden comprometerse a brindar “protección y seguridad” a las inversiones externas, o a tratarlas “justa y equitativamente”. Existe considerable debate sobre la clase de trato concreto que se pretende de dichas promesas.
- **Arreglo de Diferencias:** La mayoría de los acuerdos de inversión permiten a los inversionistas extranjeros iniciar un arbitraje internacional en el caso de diferencias con sus gobiernos anfitriones. Los tribunales arbitrales pueden estar facultados para concluir que el país anfitrión se encuentra en violación con sus compromisos internacionales, y otorgar compensación financiera a los inversores afectados.

La principal preocupación con los acuerdos de inversión es que la mayoría no estipula excepciones significativas a las obligaciones antes mencionadas, y por ende, pueden fallar en preservar un margen suficiente para que los gobiernos adopten medidas para proteger el medio ambiente, la salud o, incluso en ocasiones, la seguridad nacional.

Es raro que los tratados bilaterales de inversión obliguen a los gobiernos a reabrir sectores o industrias previamente cerrados a la apropiación o participación externa; en cambio, dan garantías y compromisos legales a aquellos extranjeros que invierten en sectores de la economía del país anfitrión que ya se encuentran abiertos a la inversión externa. Por el contrario, los APCIs a menudo incluyen disposiciones de acceso al mercado que liberalizan sectores de una economía a inversionistas extranjeros. La distinción importante, por lo tanto, es si los acuerdos proporcionan a los extranjeros el derecho de “establecer” nuevas inversiones en otro país.

La principal preocupación con los acuerdos de inversión es que la mayoría no estipula

excepciones significativas a las obligaciones antes mencionadas, y por ende, pueden fallar en preservar un margen suficiente para que los gobiernos adopten medidas para proteger el medio ambiente, la salud o, incluso en ocasiones, la seguridad nacional. Sin embargo, las verdaderas implicancias de un acuerdo internacional determinado son difíciles de definir de manera abstracta.

Los roces entre estos emprendimientos de tratados y las políticas internas pueden dar origen a diferencias que pueden ser resueltas fuera de los tribunales locales del país anfitrión.

Los roces entre estos emprendimientos de tratados y las políticas internas pueden dar origen a diferencias que pueden ser resueltas fuera de los tribunales locales del país anfitrión. Los arbitrajes internacionales entre inversores extranjeros y sus gobiernos anfitriones están creciendo en número, y estas diferencias están atrayendo la atención de académicos, ONGs y políticos ya que las políticas gubernamentales – en áreas tan diversas como imposición de impuestos, salud, medio ambiente y energía – son examinadas por árbitros internacionales. Los árbitros son apelados para interpretar las vagas obligaciones presentes en estos tratados y para pasar sentencia sobre la conducta de los gobiernos anfitriones. Este nuevo tipo de supervisión internacional demanda que los gobiernos se adapten no solo a estos acuerdos, sino a sus utilidades legales por parte de inversionistas extranjeros.

Recursos para lectura adicional

IIDS, *Investment and Sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements*, IISD, 2004, disponible en línea en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=627>

UNCTAD, *Developments in international investment agreements in 2005*, International Investment Agreements (AII) MONITOR No. 2 (2006), (UNCTAD/WEB/ITE/AII/2006/7), disponible en línea en: http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067_en.pdf



Llamado a debate parlamentario sobre negociaciones entre EUA y Malasia mientras que las políticas sociales para proteger a los indígenas malayos continúan siendo conflictivas

(continuando de la página 2)

Los negociadores de EUA han presionado a Malasia para que retire las políticas de inversión y contratación que favorecen a los intereses locales por encima de los intereses comerciales estadounidenses, y para que prometa no reintroducir estas políticas en el futuro.

Este tema ha sido uno de los más controvertidos en las extensas conversaciones entre EUA y Malasia. Recientemente, los negociadores excedieron la fecha límite del 31 de marzo para concluir las negociaciones, lo que implica que todo acuerdo resultante no se beneficiaría de la no-intervención en la revisión y aprobación que el congreso de EUA ha otorgado a otros Tratados de Libre Comercio de EUA.

Mientras tanto, un miembro del parlamento malasio, Datuk Markiman Kobiran (BN-Hulu Langat), ha hecho un llamado al Gobierno de Malasia para que expusiera los documentos de negociación entre EUA y Malasia. Asimismo, Markiman está apelando a un debate parlamentario y a mayores esfuerzos para informar a los individuos malayos sobre las potenciales implicancias del pacto económico entre EUA y Malasia.

Inversor norteamericano en el sector radial de Ucrania demanda por presuntas violaciones de tratado

Un inversor estadounidense ha presentado un aviso contra Ucrania, alegando violaciones de un tratado de protección de inversiones firmado por Estados Unidos y Ucrania.

El eje de la demanda se centra en una diferencia con los reguladores del gobierno sobre el manejo de numerosas licencias de radiodifusión y solicitudes de marcas

comerciales por parte de las empresas comerciales de radio de propiedad del Sr. Joseph Charles Lemire en Ucrania. El mismo también objeta los términos de la Ley de Radiodifusión de 2006 la cual obliga a las estaciones de radio a pasar un 50% de música ucraniana, y la cual prohíbe a extranjeros ser “fundadores” de compañías radiales.

Observadores legales remarcan que la diferencia podría suscitar preguntas delicadas acerca de las políticas culturales y mediáticas, incluyendo si los inversores extranjeros podrían reclamar daños por toda pérdida que surja de la decisión de un gobierno de imponer reglas internas de contenido al sector de radiodifusión. La demanda fue registrada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de Washington D.C. en diciembre de 2006. Actualmente, un tribunal arbitral está siendo designado para entender en la diferencia.

<http://www.worldbank.org/icsid>

Cuando los inversores utilizan el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas para demandar a los gobiernos: Qué es lo que Parlamentarios deben saber

Fiona Marshall

En julio de 2006, La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) anunció que estaba por comenzar la revisión de su Reglamento de Arbitraje. Este anuncio marcó la primera revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde su adopción en 1976. Dadas las amplias implicancias del Reglamento sobre las políticas públicas, el IIDS y otras organizaciones no-gubernamentales están siguiendo de cerca el proceso de revisión.

Estas reglas de arbitraje patrocinadas por las Naciones Unidas están siendo utilizadas en un creciente número de arbitrajes internacionales iniciados por intereses comerciales privados contra gobiernos soberanos.

Estas reglas de arbitraje patrocinadas por las Naciones Unidas están siendo utilizadas en un creciente número de arbitrajes internacionales iniciados por intereses comerciales privados contra gobiernos soberanos. Pese a que habitualmente son confidenciales, dichos arbitrajes con frecuencia albergan consecuencias significativas en términos políticos y financieros para los gobiernos. Los mismos pueden enfrentar considerables demandas por daños si adoptan leyes relativas a impuestos, planeamiento de tierras, recursos naturales, trabajo, salud y seguridad, u otra legislación que tenga un impacto negativo en los inversionistas extranjeros. Por esta razón, se aconseja a parlamentarios que presten particular atención a las reglas de procedimiento que rigen procedimientos legales internacionales como tales.

Como parte de la revisión del Reglamento de la CNUDMI, los gobiernos decidirán sobre cuestiones fundamentales — que incluyen si la existencia de estos procedimientos de arbitraje debería ser

divulgada públicamente y si las audiencias y demás documentos deberían estar abiertos al público, los medios y los representantes electos — quizás tan pronto como en la próxima reunión de la CNUDMI a realizarse en septiembre de 2007.

La CNUDMI fue establecida en 1966 con el mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional. Está compuesta por sesenta estados miembro, cada uno elegido por la Asamblea General de las Naciones Unidas por períodos de seis años.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI es el más comúnmente utilizado para resolver diferencias comerciales entre partes privadas (por Ej. En torno a la presunta violación de un contrato o un acuerdo de venta). Sin embargo, resulta de mayor relevancia para parlamentarios el hecho de que el Reglamento está siendo crecientemente utilizado en arbitrajes donde un inversor extranjero decide demandar a un gobierno soberano en virtud de un tratado de inversión o de comercio.

La falta de transparencia que rodea a muchos de estos juicios entre inversor-estado resulta problemática, ya que importantes intereses públicos y financieros pueden verse en riesgo en casos de esta índole.

Actualmente, cuando un inversor inicia un procedimiento de arbitraje contra un gobierno, la real existencia del procedimiento puede permanecer en secreto para los ciudadanos y sus representantes electos. En ocasiones, solo un departamento gubernamental maneja la defensa en el juicio, sin revelar la existencia de la demanda — o detalles acerca de sus implicancias políticas y financieras — a otras partes del gobierno, mucho menos a parlamentarios. Los procedimientos en sí mismos son conducidos a puertas cerradas, e incluso algunos inversores extranjeros han invocado resoluciones impidiendo al gobierno discutir libremente el caso o revelar documentos aún a sus propios ciudadanos; frustrando de esta manera los esfuerzos de los gobiernos por promover los principios de transparencia y participación pública.

La notable falta de transparencia que rodea los arbitrajes entre inversor-estado conducidos bajo el Reglamento de la CNUDMI tiene implicancias adicionales para los creadores de políticas de los gobiernos. Dado que el Reglamento impide que los laudos arbitrales sean hechos públicos sin el consentimiento de ambas partes, muchas decisiones legales no son de dominio público. Los creadores de políticas,

por lo tanto, no pueden verificar si una medida de política pública similar a la que desean proponer — por Ej. un nuevo impuesto o una nueva regulación ambiental — ha sido anteriormente recusada por un inversor en un arbitraje de tratado de inversión, y si lo fue, de qué manera se resolvió el caso. Notablemente, los gobiernos pueden resultar potencialmente expuestos a juicios internacionales iniciados por inversores extranjeros sin poder evaluar plenamente cómo los anteriores juicios de esta índole han sido arbitrados y resueltos.

Cuando un inversor inicia un procedimiento de arbitraje contra un gobierno, la real existencia del procedimiento puede permanecer en secreto para los ciudadanos y sus representantes electos.

Dado que los arbitrajes entre inversor-estado pueden tener implicancias públicas de amplio espectro, una tercera parte tal como una organización no-gubernamental, ocasionalmente puede solicitar permiso al tribunal para realizar una presentación legal en calidad de parte no-contendiente en la diferencia. Hasta el punto en que la conducta del gobierno, que el inversor alega como ilegal, fuera adoptada en pos del bien público y el desarrollo sostenible, las partes no-contendientes frecuentemente apoyarán las acciones del gobierno. Sin embargo, el Reglamento de la CNUDMI actualmente no permite de manera explícita que el tribunal atienda presentaciones de partes no-contendientes. El IIDS piensa que los importantes intereses públicos que se encuentran en riesgo ameritan que el Reglamento sea revisado para permitir explícitamente que las partes no-contendientes sean escuchadas.

El organismo a cargo de la revisión del Reglamento de la CNUDMI actúa extensamente como un cuerpo técnico de expertos con considerables aportes de reconocidos abogados comerciales. Los funcionarios gubernamentales que participan en el Grupo de Trabajo tienden a ser especialistas en comercio, en lugar de ser expertos en derecho público. El IIDS cree que en vista del creciente uso del Reglamento de la CNUDMI en arbitrajes entre inversor-estado que implican altos riesgos, los gobiernos deberían garantizar que sus delegaciones en este Grupo de Trabajo incluyan a especialistas en derecho público, particularmente aquellos bien capacitados en derechos humanos y

(continuado en la pagina 5)

Cuando los inversores utilizan el reglamento de arbitraje de las Naciones Unidas para demandar a los gobiernos: Qué es lo que Parlamentarios deben saber

(continuando de la página 4)

desarrollo sostenible. Resulta sumamente importante que en el futuro el Reglamento no sea utilizado para permitir que importantes fallos legales y políticos sean resueltos a puertas cerradas.

El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI comenzó su revisión del primer borrador del reglamento revisado de la CNUDMI en febrero de 2007. En aquel momento, varios participantes, incluyendo al IIDS, solicitaron que el Reglamento revisado de la CNUDMI incluyera disposiciones tendientes a garantizar que, cuando los gobiernos son demandados utilizando estas reglas, la existencia de tales casos sea un asunto de dominio público, y que los procedimientos estén abiertos al escrutinio y participación pública. El Grupo de Trabajo de la CNUDMI remarcó esta inquietud, pero a fin de no detener el avance del proceso de revisión, aceptó reexaminar el tema una vez que el primer borrador del texto revisado de las reglas esté completo — algo que probablemente ocurra en la inminente sesión de Viena en septiembre de 2007.

Parlamentarios deseen expresar sus opiniones acerca de la importancia de revisar el Reglamento de la CNUDMI a fin de abordar el manto de secretismo bajo el cual los gobiernos pueden ser demandados por intereses comerciales extranjeros.

El Reglamento de la CNUDMI no ha sido revisado desde su adopción hace más de treinta años y es posible que transcurra un período semejante antes de que sea revisado nuevamente. Probablemente, parlamentarios deseen expresar sus opiniones acerca de la importancia de revisar el Reglamento de la CNUDMI a fin de abordar el manto de secretismo bajo el cual los gobiernos pueden ser demandados por intereses comerciales extranjeros. Interesados parlamentarios deberían contactar al ministerio pertinente de sus gobiernos lo antes posible. Dado que tanto los miembros como los que no son miembros de la CNUDMI están facultados para participar plenamente en la sesión del Grupo de Trabajo, todos los gobiernos interesados en hacerlo, pueden hacer oír su voz en este importante proceso.

Lectura Adicional:

Las preocupaciones del IIDS en cuanto al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se encuentran expuestas en mayor detalle en su escrito elaborado conjuntamente con el Centro de Derecho Ambiental Internacional en febrero de 2007: http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf.

Miembros del Parlamento Europeo divididos sobre las negociaciones ACP-UE y el posicionamiento de las reglas de inversión

En un creciente coro de voces, los miembros del parlamento europeo, funcionarios gubernamentales de países en desarrollo y grupos de la sociedad civil han expresado al unísono su preocupación por que una serie de negociaciones económicas liderada por la rama ejecutiva de la Unión Europea esté dirigiéndose por el camino incorrecto.

Este furor se debe a un denominado Acuerdo de Asociación Económica (AAE) entre la UE y 75 de sus ex colonias en África, el Caribe y el Pacífico (ACP). De un tiempo a esta parte, los gobiernos ACP han gozado de un acceso preferencial al mercado de la UE — debido a su relación histórica con Europa. Sin embargo, este trato especial entrará en conflicto con las reglas de la OMC en 2008. Así, los gobiernos de la UE y ACP han fijado una fecha límite a finales de 2007 para la negociación de un nuevo acuerdo económico, que podría incluir mayores demandas para que los gobiernos ACP abran sus mercados a la UE.

Con la Ronda de Comercio de la OMC en Doha empantanada en el barro, las negociaciones de UE-ACP son actualmente las transacciones mercantiles más ambiciosas del mundo. Pero, mientras el tiempo sigue corriendo antes de que el actual acuerdo expire, las negociaciones sobre un nuevo acuerdo se están intensificando — al igual que las ansiedades por que las ex colonias de la UE puedan terminar firmando un trato que las comprometa a abrir sus mercados a los inversores de la UE.

La inversión demuestra ser conflictiva

Entre las mayores preocupaciones, se destaca el hecho de que la UE esté ejerciendo presión por un nuevo acuerdo destinado a abrir otros mercados a los inversores europeos — y mantenerlos legalmente respaldados a largo plazo — algo que los países en desarrollo han rechazado anteriormente como parte de las negociaciones multilaterales de comercio en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La Comisión Europea, la cual negocia en nombre de la UE, ha sido coherente en su posición: abrir nuevos sectores a la inversión extranjera será bueno para los inversionistas de la UE y para el desarrollo de nuevos prospectos en los países pobres.

“Para atraer a los inversores se necesitan reglas claras; seguridad legal y marcos transparentes”, dijo Peter Mandelson, comisionado de comercio de la CE, en un discurso al Parlamento Europeo. “No hay caso en forzar a los ACP para que acepten reglas que no quieren. Pero resulta crucial ser perspicaces en esto”.

No obstante, muchos gobiernos ACP son cautelosos al firmar un trato que los comprometa a abrir sus mercados a inversores extranjeros — y que pueda obstaculizar cambios futuros o sustitución de políticas.

No obstante, muchos gobiernos ACP son cautelosos al firmar un trato que los comprometa a abrir sus mercados a inversores extranjeros — y que pueda obstaculizar cambios futuros o sustitución de políticas.

Si bien las agrupaciones del Pacífico y el Caribe han estado debatiendo sobre temas de inversión en las negociaciones del AAE, el grupo africano ha rechazado terminantemente la posibilidad de negociar nuevos compromisos de inversión. En una declaración conjunta emitida en 2006 en la reunión de ministros de comercio celebrada en Nairobi, Kenia, la Unión Africana reafirmó este deseo regional de mantener a la inversión fuera de la mesa de negociación.

Más generalmente, hay consenso entre el grupo ACP sobre la necesidad de realizar más estudios y análisis antes de acordar reglas internacionales vinculantes.

¿Se necesitan más estudios acerca de los impactos de las reglas de inversión sobre los países en desarrollo?

El ACP está actualmente trabajando en un estudio integral sobre los potenciales costos y (continuado en la página 6)

Miembros del Parlamento Europeo divididos sobre las negociaciones ACP-UE y el posicionamiento de las reglas de inversión

(continuando de la página 5)

beneficios vinculados con una mayor liberalización de los flujos de inversión y la garantización de los niveles de trato, manifestó un funcionario de la Secretaría ACP con sede en Bruselas, un organismo que coordina las negociaciones con la UE. “Necesitamos evaluar el impacto económico”.

En esta etapa, garantizar un acuerdo sobre el apoyo financiero destinado a promover la inversión constituye una meta primordial para los países ACP, afirmó este funcionario.

Por su parte, la CE aun tiene esperanzas de que algunos grupos regionales acepten negociar las reglas de inversión.

En una propuesta presentada a los países de las Islas del Pacífico, la CE ha sugerido un tratado que comprometa a los gobiernos a abrir determinados sectores económicos a los inversionistas de la UE. Cada parte del acuerdo listaría aquellos sectores en los que otorgaría a la otra parte “trato nacional”, es decir, el mismo nivel de trato que se brinda a los inversores locales cuando se trata de establecer o adquirir inversiones en ese país.

En el denominado enfoque de “lista positiva” a la liberalización de la inversión, los gobiernos sólo deben listar aquellos sectores que tendrán abiertos a los inversores extranjeros; en lugar de tratarse de una “lista negativa” un sistema en el cual todos los sectores serían abiertos a la inversión externa, salvo aquellos sectores particulares que se encontrarían excluidos por nombre.

“No creo que (la liberalización de la inversión en un AAE) afecte necesariamente el espacio de políticas de manera muy significativa, dadas todas las excepciones que pueden incorporarse en el acuerdo”, señaló Dirk Willem te Velde del *Overseas Development Institute*.

Sin embargo, si los gobiernos pueden abrir o cerrar estratégicamente industrias nacionales depende de su capacidad para analizar los riesgos y beneficios. Y, tal como señala el Sr. Willem, las agrupaciones

africanas han advertido que carecen de la capacidad y pericia necesarias. Pese a que muchos países en desarrollo están abriéndose cada vez más a la inversión extranjera — e incluso solicitan activamente capital extranjero — el riesgo percibido de un AAE es que comprometería a los países en desarrollo en el largo plazo, lo cual les quitaría su capacidad para cambiar las políticas en una

(continuado en la página 7)

Quién es Quién: Una guía para organizaciones y recursos especializados sobre acuerdos internacionales de inversión

Organizaciones No-Gubernamentales

IIDS

Instituto canadiense de investigación sobre políticas, el IIDS produce resúmenes informativos y análisis sobre una amplia gama de temas sobre comercio e inversión. El Instituto ha publicado una guía de acuerdos de inversión para ciudadanos, un borrador del modelo de acuerdos de inversión y un servicio continuo sobre leyes de inversión y desarrollo de políticas.

<http://www.iisd.org/investment>

CIEL

Organización no gubernamental con sede en EUA, CIEL participa activamente en debates acerca de la regulación de comercio e inversión internacional. La organización ha publicado una amplia gama de resúmenes de noticias y escritos de investigación que examinan la interacción entre los acuerdos de comercio e inversión y temas ambientales.

<http://www.ciel.org>

The South Centre-Centro del Sur

Organización intergubernamental con base en Ginebra, el Centro del Sur fue establecido como un equipo de pensamiento para los países en desarrollo, a fin de aumentar su capacidad de abordar complejas negociaciones de comercio e inversión. A través de sus resúmenes informativos y talleres periódicos, el Centro educa y capacita a funcionarios de gobiernos del sur.

<http://www.southcentre.org>

Forum on Democracy & Trade

El Foro es una red de funcionarios públicos estadounidenses de gobiernos estatales y locales con especial interés por la manera en que los acuerdos de comercio e inversión impactan en la creación de políticas internas.

<http://www.forumdemocracy.net/>

Recursos en la Web

Bilaterals.org

Una cooperativa con base en la Web que se opone al crecimiento de acuerdos de comercio e inversión bilaterales y regionales. El sitio Web del grupo reúne informes de noticias de todo el mundo, ofreciendo valiosos hallazgos de cobertura

mediática sobre negociaciones nuevas y en curso de comercio e inversión.

Sitio Web de Investment Treaty Arbitration

Sitio Web mantenido por el Prof. Andrew Newcombe de la Universidad de Victoria, Canadá, que ofrece acceso gratuito a cualquier fallo de arbitrajes relativos a inversiones que haya entrado al dominio público.

<http://ita.law.uvic.ca>

Investmentclaims.com

Sitio Web que ofrece acceso público y gratuito a fallos de arbitrajes relativos a inversiones que son de dominio público; el sitio es manejado por dos abogados practicantes en arbitrajes.

<http://www.investmentclaims.com>

Organizaciones Inter-Gubernamentales

UNCTAD

La secretaría permanente de la Conferencia de Las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo conduce investigaciones y análisis sobre acuerdos internacionales de inversión, y regularmente publica datos sobre el crecimiento de tales acuerdos. Cada año, UNCTAD publica el Informe sobre las Inversiones en el Mundo que está enfocado en el impacto de la inversión extranjera en los países en desarrollo.

<http://www.unctad.org>

OMC

Si bien los gobiernos-miembro de la Organización Mundial del Comercio han rechazado una propuesta para negociar un acuerdo multilateral de inversión, algunos acuerdos de la OMC se aplican a ciertas inversiones extranjeras, más notablemente, el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

<http://www.wto.org>

OCDE

Un equipo de pensamiento para las economías en desarrollo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

(continuado en la página 7)

Quién es Quién
(continuando de la página 6)

Económicos con sede en París, conduce investigaciones sobre temas de comercio e inversión y trabaja para desarrollar más reglas internacionales que rigen la inversión extranjera. El Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI) propuesto por la OCDE atrajo especial atención pública a fines de la década de 1990 cuando algunos gobiernos y muchos grupos no gubernamentales expresaron su preocupación por las potenciales implicancias de ese acuerdo a la salud, el medio ambiente, la educación, la cultura y los derechos humanos.

<http://www.oecd.org/investment>

CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es una agencia del Banco Mundial dedicada al manejo de diferencias entre inversionistas extranjeros y sus gobiernos anfitriones.

El Centro administra arbitrajes y conciliaciones, y la vasta mayoría de sus casos se relacionan con presuntas violaciones de acuerdos internacionales de inversión por parte de los gobiernos.

<http://www.worldbank.org/icsid>

CNUDMI

El distintivo reglamento de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional ofrece una popular alternativa al arbitraje bajo las reglas del CIADI. Pese a que la CNUDMI posee la responsabilidad de redactar sus reglas de arbitraje, y revisarlas periódicamente, el organismo no maneja los arbitrajes de la misma manera que el CIADI. Por consiguiente, el uso de las reglas de la CNUDMI para resolver diferencias relativas a tratados de inversión es un fenómeno difícil de medir.

<http://www.uncitral.org>

No obstante, hay pocas señales de que los miembros parlamentarios de los países ACP sean concientes de los riesgos y beneficios de incorporar disposiciones de inversión en un AAE. De hecho, una persona que trabaja para una organización no-gubernamental en la capacitación de parlamentarios de los países ACP remarca que muchos de ellos no saben incluso si un AAE requeriría la aprobación parlamentaria en su propio país.

Resulta incierto calcular cuanto tiempo llevará a miembros parlamentarios de los países ACP para ponerse al corriente. Las agrupaciones del Pacífico y el Caribe han iniciado las negociaciones con la CE sobre inversión, mientras que los otros grupos de negociación aun no lo han hecho. Si estos últimos grupos se mantienen firmes en esta postura, los negociadores están considerando optar por un ‘AAE lite’; es decir, un acuerdo sobre comercio de productos, pero no de inversión y servicios. Se espera que la CE mas adelante busque expandir el AAE para incluir la inversión y servicios en una etapa posterior de la negociación.

No obstante, hay dudas sobre si un AAE *lite* es viable en el tiempo que queda. Si no, entonces habría varios escenarios, dice Christophe Bellmann del *International Center for Trade and Sustainable Development*. Estos incluyen permitir que las preferencias comerciales de los ACP lleguen a su fin sin sustituirlas por un AAE, o solicitar a los miembros de la OMC que permitan una extensión de tiempo.

Sin embargo, es más probable que la Unión Europea deje que pase la fecha límite y que las preferencias comerciales existan ilegalmente, dijo el Sr. Bellmann. Pese a que la UE se vería expuesta a una potencial recusación por parte de otros miembros de la OMC, el mecanismo de resolución de controversias de la OMC notablemente lleva mucho tiempo, dando bastante tiempo a la UE y los gobiernos ACP para que lleguen a un acuerdo. La UE también ganaría cierto empuje en las negociaciones, luego de haberse puesto en riesgo a fin de llegar a un acuerdo. Este, señaló el Sr. Bellmann, es el escenario más probable.

En cualquiera de los casos, se espera que la presión de la Comisión Europea aumente en los próximos meses, ya que la CE pretende convencer a los más escépticos de que un Acuerdo de Asociación Económica deberá imponer obligaciones legales específicas en relación con las inversiones extranjeras en los países ACP.



Miembros del Parlamento Europeo divididos sobre las negociaciones ACP-UE y el posicionamiento de las reglas de inversión

(continuando de la página 6)

disyuntiva posterior, ya sea debido al cambio de prioridades en un nuevo gobierno, o a las lecciones aprendidas de las experiencias pasadas con respecto a la inversión extranjera en sectores estratégicos clave.

Parlamentarios ejercen presión

Parlamentarios, particularmente europeos, han jugado un rol progresivo para expresar sus opiniones en el debate sobre los pros y los contras de incorporar un capítulo de inversión en un AAE entre los ACP y la UE.

“La influencia del Parlamento Europeo con frecuencia es considerada como marginal, pero de hecho ha sido bastante elocuente”, manifestó Davina Makhani, quien edita el boletín ACP-UE-Trade.org.

Un grupo de miembros parlamentarios de la UE ha arremetido duramente contra la rama ejecutiva de la UE en una carta recientemente publicada en el periódico *Financial Times*. “La Comisión pretende ampliar la agenda AAE para cubrir la negociación de servicios, propiedad intelectual y los “temas Singapur”, tales como la política de competencia y la inversión, y está ejerciendo presión en favor de los intereses de la UE en estas áreas. Todos los países ACP deben tener claro su derecho de elegir si extender las negociaciones más allá del comercio de productos: los otros temas

deben ser retirados de la mesa de negociación si así lo desean los ACP”.

Sin embargo, el políticamente diverso Parlamento Europeo está lejos de unificarse.

Astrid Lulling, Vice-Presidente de la asamblea parlamentaria conjunta de ACP-UE señaló, “Creo que (el Comisionado de Comercio de la UE) Mandelson está en lo cierto. Reglas claras de inversión beneficiarían el clima de inversión en los países ACP y atraerían el capital extranjero”.

Pero no todos sus colegas comparten esta opinión. “El Parlamento Europeo está dividido”, admitió la Sra. Lulling.

Finalmente, los miembros parlamentarios de la UE — y sus contrapartes nacionales — tienen una influencia considerable. Todo trato comercial internacional que incluya disposiciones de inversión recaería fuera del área exclusiva de competencia legal de la Comisión Europea. Por ende, todo trato como tal requeriría la aprobación mayoritaria del Parlamento Europeo, así como también la ratificación de los parlamentos nacionales de los miembros europeos.

Parlamentarios europeos y una variedad de países en desarrollo ya han disparado a la proa de la Comisión Europea. En una resolución adoptada en noviembre de 2006 por una asamblea parlamentaria conjunta ACP-UE, parlamentarios solicitaron que la CE respete la postura de aquellos países que no desean negociar reglas de inversión.

Diferencias Relativas a Acuerdos Internacionales de Inversión Plantean Temas Delicados

Regulaciones de salud pública

En 1994, un comité canadiense parlamentario celebró una serie de audiencias sobre una propuesta para exigir el empaquetado simple (genérico) de cigarrillos, como parte de una estrategia para la reducción del consumo de tabaco. En respuesta a esto, un importante ex-negociador de comercio del gobierno de EUA elaboró una opinión jurídica en nombre de las empresas tabacaleras, Philip Morris y RJ Reynolds, en la cual manifestaba que la medida relativa a la exigencia de empaquetado simple privaría a los propietarios de sus facultades bajo el TLCAN y la OMC. Funcionarios canadienses fueron advertidos que las empresas tabacaleras de EUA podrían invocar sus derechos bajo el capítulo de inversión del TLCAN para demandarlos por una “compensación masiva” como resultado de la “expropiación” de sus marcas registradas. Nunca se dio seguimiento a la iniciativa de empaquetado simple por parte del Gobierno canadiense.

Funcionarios canadienses fueron advertidos que las empresas tabacaleras de EUA podrían invocar sus derechos bajo el capítulo de inversión del TLCAN para demandarlos por una “compensación masiva” como resultado de la “expropiación” de sus marcas registradas.

Regulaciones ambientales

En 1996, la Corporación de EUA, Metalclad, generó gran controversia cuando argumentó que la falla de las autoridades mexicanas para emitir los permisos necesarios para la instalación de una planta de desechos peligrosos llevó a la expropiación de la inversión de Metalclad. Para la consternación de los grupos ambientalistas, un tribunal otorgó a la compañía aproximadamente \$16 millones (USD) en el año 2000, luego de concluir que México había violado las protecciones de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Fue particularmente preocupante la prueba que utilizó el tribunal para determinar si había ocurrido una expropiación en contravención con el tratado; los árbitros insistieron en que el propósito de la interferencia gubernamental era irrelevante (por ej. si perseguía un importante interés público tal como la protección ambiental), y que el impacto sobre el inversionista extranjero debía constituir la principal consideración en la causa.

Mientras que el caso Metalclad aún estaba siendo arbitrado, la firma canadiense Methanex anunció sus planes de demandar a los Estados Unidos en torno a la prohibición de California sobre el uso del aditivo de gasolina MTBE. Methanex produce metanol, un ingrediente clave del MTBE, y reclamó más de \$1 mil millones (USD) por daños, en virtud de las disposiciones de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

En 2005, un tribunal denegó la demanda de Methanex, sosteniendo que las medidas de California eran regulaciones gubernamentales legítimas y no-discriminatorias, en base a un extensivo estudio científico, y que no podría atribuírsele la violación de las protecciones de inversión contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El tribunal adoptó un enfoque notablemente diferente al del anterior caso de Metalclad c. México; insistiendo que el propósito de la medida gubernamental resultaba relevante para determinar si llegó a producirse una expropiación producto de la cual debería pagarse compensación.

Sin embargo, el resultado del caso Methanex ha suscitado numerosas críticas en algunos círculos de inversores, incluyendo a individuos que en ocasiones han sido invocados para arbitrar en diferencias entre inversor-estado. Según sus opiniones, el caso fue resuelto incorrectamente, y los gobiernos no deberían gozar de una gran amplitud para introducir regulaciones de interés público a menos que estén dispuestos a compensar a los inversionistas extranjeros afectados por el impacto de dichas regulaciones.

Regulaciones de agua

Luego de una corta temporada en la administración de una concesión de servicios hídricos recientemente privatizada en el pueblo boliviano de Cochabamba, Aguas del Tunari (AdT) recurrió a arbitraje en 2002 alegando que su inversión había sido expropiada como resultado de la

protesta ciudadana que llevó a la empresa a retirarse del país. La diferencia atrajo una amplia notoriedad mediática, y fue un desastre para las relaciones públicas de la corporación Bechtel de EUA, propietaria mayoritaria de Aguas del Tunari. A principios de 2006, el gobierno y AdT anunciaron que abandonarían el arbitraje, sin que ninguna de las partes admitiera su mal accionar.

Mientras tanto, los gobiernos de otros países de Latinoamérica y África están enfrentando arbitrajes iniciados por inversionistas extranjeros en el sector de servicios de agua & alcantarillado. De hecho, un número significativo de privatizaciones de servicios hídricos han suscitado diferencias por las acciones de agencias regulatorias gubernamentales, llevando a que estos casos fueran sometidos ante tribunales de arbitraje internacional. Actualmente, más de media docena de arbitrajes de esta índole están siendo arbitrados muy discretamente tras puertas cerradas.

Regulaciones de seguros

Cuando un gobierno provincial de Canadá anunció que estaba examinando un régimen público de seguros del automotor para reemplazar al muy poco popular y costoso mosaico de aseguradoras privadas, las empresas de servicios financieros fueron muy elocuentes para oponerse a dichas propuestas. Las mismas advirtieron que esta iniciativa del gobierno expropiaría los actuales negocios de seguros privados en contravención con los compromisos de tratado de inversión asumidos por el Gobierno canadiense.

Aseguradores de automóviles podrían demandar utilizando acuerdos internacionales de comercio e inversión, alegando que un sistema público de aseguración vendría a ser una expropiación de los seguros privados.

Una firma de abogados canadiense que elaboró un escrito legal para cuatro provincias del este canadiense, advirtió que los inversores extranjeros podrían argumentar que “la sustitución de los seguros privados del automotor por un sistema público de seguros” implicaría una expropiación – dado que el programa público privaría a los operadores privados del uso o beneficio económico esperado de sus inversiones.