



NUEVAS TENDENCIAS EN TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Christel Gaibor





Introducción



Alternativas para la revisión de los TBI/All

2.1 Denunciar / Renegociar

2.2 Declaración interpretativa



Introducción

3000

Tratados Internacionales de
Inversión (All) a nivel global

2951

Tratados Bilaterales de
Inversión (TBI)

373

Tratados con Capítulos sobre
Inversiones

La mayoría de All contienen textos concisos con estándares genéricos y formulaciones amplias sobre derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados receptores

Como la mayoría de los Tratados prevén arbitraje, estos tribunales están a cargo dar el significado “real” a las definiciones y estándares genéricos contenidos en los TBI/All.

En base a provisiones abiertas en TBI, ciertos tribunales han desarrollado nociones excesivamente generosas hacia la protección de inversionistas e **indebidamente restrictivas a los derechos soberanos de Estados receptores.**

Muchos países y bloques económicos están revisando sus TBI/All y planteando alternativas para atender los problemas que han surgido en la **aplicación práctica de estos instrumentos.**

Expansión de tratados a Nivel Regional – Mega regional

- El número de TBIs nuevos o vigentes continua en declive, ha perdido dinamismo.
- Cada vez más países negocian Alls a nivel regional y subregional.
Ej. Cerca de 90 países participan en las cinco rondas de negociación en curso sobre:
 - ❑ **TPP** (Trans-Pacific Partnership) (Aust, Brunei, Canadá, Chile, Jap, Malas, Mex, NZ, Perú, Sing, Viet) (EEUU retiró 2017)
 - ❑ **TTIP** (Transatlantic Trade and Investment Partnership) (UE – EEUU)
 - ❑ **RCEP** (Asociación Económica Integral Regional) (10 miembros Asoc. Países Sudeste Asiático ASEAN + 6 países)
 - ❑ **SADC-EAC-COMESA Tripartite FTA** (Naciones Africanas)
 - ❑ **PACER PLUS** (Acuerdo Ampliado del Pacífico) (Islas del Pacífico, Australia, NZ)



Alternativas para la revisión de los TBI/AII

2.1 Denunciar / Renegociar

2.2 Declaración interpretativa

2.1 Denunciar / Renegociar

50

países al menos han
procedido al examen y
revisión de sus TBI:
Denuncia o Renegociación.
Ejemplo: Ecuador, India,
Sudáfrica

Dentro de estos
procesos de denuncia
o renegociación los
Estados se enfocan
en 5 aspectos.

2.1 Denunciar / Renegociar

1

Salvaguardar el derecho a regular en pro del interés público

2

Promover y facilitar las inversiones

3

Garantizar inversiones responsables

4

Aumentar la coherencia sistémica del régimen de AII/TBI

5

Reformar el mecanismo de solución de controversias sobre inversiones

1

SALVAGUARDAR EL DERECHO A REGULAR EN PRO DEL INTERES PÚBLICO

Nación mas favorecida

No aplicable a tratados anteriores

No aplicable a Mecanismos de Solución de Disputas en otros TBIs

No aplicable a obligaciones substantivas en otros TIIIs (existentes o futuros)

Exclusión o reserva a sectores, industrias o países específicos

Aplica únicamente a inversionistas en "circunstancias similares"

Omitir Cláusula

Trato justo y equitativo

Clarificar con una lista
abierta de obligaciones
(positiva o negativa)

Clarificar con una lista
CERRADA de obligaciones
bajo el TJE

Omitir cláusula

Expropiación indirecta

Clarificar estableciendo
criterios para expropiación
indirecta.

Definir qué acciones NO
constituyen Expropiación Indirecta
Ejemplos:

Omitir o Excluir
Expresamente

2

Promover y Facilitar las inversiones

- La mayoría de TBIs /AIs carecen de disposiciones de promoción y facilitación eficaces
- Solo promueven la inversión de manera indirecta, a través de la protección que ofrecen.
- Opciones de reforma:
 - a. Medidas de promoción por parte de Países Exportadores de inversión
 - b. Medidas de Asistencia Técnica de Países exportadores en Estado Receptor
 - c. Condicionar beneficios (subvenciones, seguros, financieros, garantías) otorgados por País Exportador a su inversionista de origen al cumplimiento de objetivos de desarrollo sostenible.

3 Garantizar inversiones responsables

- **Opciones de reforma:**
 - **Establecer obligaciones para los inversionista (ambiental, financiera, fiscal, laboral) a cambio de protección (protección condicionada)**
 - **Añadir cláusulas que impidan suavizar normas ambientales y sociales. Que refuercen Resp. Soc. Corp.**

4 Aumentar la coherencia sistémica del régimen de AI / TBI

- **Gestionar la interacción entre AI y otros regímenes del Der. Internacional (Ej. Cambio Climático/OMC/OIT/OMS)**

5 Reformar el Mecanismo de Solución de Controversias sobre Inversiones

Reformar el mecanismo de arbitraje ad hoc existente para controversias Inv.-Est.

- a. Mejora del proceso de arbitraje
- b. Limitación del acceso de los inversores
- c. Utilización de filtros y la introducción de requisitos de litigio local

Sustituir el sistema actual de solución de controversias

- a. Creación de un Tribunal internacional Permanente
- b. Mecanismos de Solución de Controversia Estado – Estado
- c. Creación de instancias internas

5 Reformar el Mecanismo de Solución de Controversias sobre Inversiones

**Corte Permanente de
Inversiones**

Modelo Brasileño

Corte Permanente de Inversiones

Canadá – UE “Comprehensive Economic and Trade Agreement” – CETA

- **Acuerdo de Comercio e Inversiones – firma 30 de Septiembre de 2016 / vigencia parcial Sept. 2017**
- **Incertidumbre sobre si el Tratado requería ratificación de cada nación** (la Comisión Europea consideraba originalmente que la ratificación del Tratado era competencia exclusiva de la UE).
- **Finalmente, se requirió la ratificación por parte de los parlamentos nacionales de cada país miembro.**

En 2016, después de mucha controversia, la UE y Canadá decidieron reemplazar el sistema de arbitraje por un


Sistema de Corte Permanente de Inversiones.

- Hasta 2015, Brasil se mantuvo como una de las pocas economías principales sin acuerdos de inversión extranjera.
- En 2015 propuso el modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) como una alternativa a los TBI "tradicionales".
- Brasil ha firmado ACFIs con siete países (Mozambique, Angola, Malawi, México, Colombia, Chile y Perú) y firmó un Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones ("PCFI") con sus socios del Mercosur.
- Una de las principales características de los ACFI es la ausencia de un mecanismo de resolución de disputas entre inversores y estados.
- Los ACFI prevén la creación de dos instancias para la prevención de disputas: (i) el Punto Focal o Defensor dentro de cada Estado, que se ocupa de las inquietudes de los inversionistas; y (ii) el Comité Conjunto responsable de la administración del acuerdo.

1.
El ombudsman
para inversión
directa

2.
Comité conjunto

3.
Arbitraje



1.
El ombudsman
para inversión
directa

El inversionista extranjero puede presentar una solicitud de consulta al Ombudsman sobre alguna medida que crea que afecta su inversión.

Ombudsman puede establecer un Grupo de Resolución de Disputas para analizar el tema presentado por el inversionista. Este Grupo emitirá un informe final y las posibles propuestas y recomendaciones para superar la disputa



2. Comité conjunto

Los ACFI también presentan una innovación a través de la constitución de un Comité Conjunto para la cooperación entre Estados y la prevención de controversias. El componente de prevención de controversias trabaja a través de un mecanismo donde los representantes de los inversores y los gobiernos involucrados pueden compartir sus opiniones sobre el tema planteado por los inversores y buscar una solución sobre puntos comunes.

Los inversionistas solicitan una reunión al Comité en la que se presentarán sus preocupaciones y podrán entablar procedimientos de negociación. Después de 60 días de la solicitud de establecimiento de la reunión, el Comité emitirá un informe con su recomendación sobre la controversia.



3. Arbitraje

Si las partes no están satisfechas con el informe del Comité pueden pasar a la fase de solución de diferencias, en la que las partes pueden recurrir a un arbitraje de Estado a Estado, o a los mecanismos de solución de diferencias del Mercosur

El principal fin del arbitraje entre Estados es determinar si el Estado receptor violó alguna de las disciplinas del acuerdo y, de ser así, recomiendan que el Estado ajuste o elimine la medida que no cumple con las exigencias.

2.2 Declaración interpretativa

- Los Estados parte en un Tratado pueden reunirse y emitir una declaración conjunta sobre un tema específico .
- Una herramienta para:
 1. aclarar la naturaleza y alcance de las provisiones de un TBI, y
 2. controlar el exceso de discreción en la interpretación de un tratado
- Pueden hacerlo de forma ad-hoc o mediante un mecanismo formal si está establecido en el Tratado.



Es difícil trazar una línea entre una verdadera interpretación y una modificación.

Gabrielle Kaufmann-Kohler

2.2 Declaración interpretativa

- En la práctica ambos Estados deben coincidir en la interpretación. Debe ser conveniente para ambos.
- No se lo usado mucho y existen dudas en cuanto a su obligatoriedad y si en realidad no se trata de una modificación, lo cual tendría consecuencias en su aplicación retroactiva o no.
- El ejemplo más reciente es la Declaración conjunta interpretativa de India y Bangladesh sobre un TBI de 2011.



CHRISTEL GAIBOR

Gracias!

