



INFORME DE LA REUNIÓN

Tratados de inversión en evolución: estrategias y oportunidades para los países en desarrollo

Resumen

El IX Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo se celebró en Río de Janeiro, Brasil, del 16 al 18 de noviembre de 2015. Fue coorganizado por el Gobierno de Brasil, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y el Centro del Sur. Contó con la presencia de participantes de 48 países de África, Asia y América Latina y el Caribe, así como de organizaciones internacionales. La agenda y el material de referencia del Foro se encuentran en el sitio web del IISD: www.iisd.org/topic/investment.

En el transcurso del Foro, se manifestó la necesidad de llevar a cabo una reforma de la política de inversión. Teniendo presente esta necesidad, los participantes compartieron los desafíos y los éxitos que tuvieron sus países al desarrollar, revisar y modificar los marcos de inversión regionales y nacionales. Asimismo, debatieron sobre las recientes demandas entabladas por cuestiones relacionadas con los tratados de inversión y los resultados de los arbitrajes y señalaron, con frecuencia, las limitaciones que los mecanismos de solución de conflictos entre inversores y estados (ISDS) imponen en el derecho de los estados a regular en favor del interés público.

De acuerdo con el tema de este año “Tratados de inversión en evolución: estrategias y oportunidades para los países en desarrollo”, los participantes analizaron los desafíos y las incertidumbres que el derecho de inversión internacional afronta hoy en día y evaluaron las consecuencias que les ocasionan a las economías emergentes y en desarrollo. Igualmente, destacaron las oportunidades que tienen los países no solo de repensar sus estrategias sobre cómo atraer inversiones de calidad a fin de fomentar el desarrollo sostenible, sino también de alinear sus posturas de negociación internacional con sus leyes nacionales y objetivos políticos. Por otra parte, reconocieron la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación entre los diversos organismos gubernamentales para diseñar e implementar de mejor manera los procesos de reforma. En este sentido, indicaron que los debates y las negociaciones bilaterales entre países con ideas afines en lo concerniente a la creación de principios comunes de inversión constituyen una solución práctica a corto plazo. Mientras tanto, sugirieron que se podrían desarrollar y analizar nuevos mecanismos multilaterales.



Más aún, estuvieron de acuerdo con elaborar un conjunto de principios para países con ideas afines sobre la base de los debates y las recomendaciones que surgieron en este Foro. Destacaron que estos principios serían fundamentales para la cooperación Sur-Sur y para reformar de manera más general el régimen de inversión. Al elaborar estos principios, los participantes —inspirados en los “Principios básicos para el diseño de políticas de inversión en favor del desarrollo sostenible” de la UNCTAD— identificaron, entre otras cosas, la importancia de aceptar y reforzar el vínculo entre el desarrollo sostenible y las inversiones; integrar las inversiones extranjeras en las estrategias de desarrollo nacional; situar a los tratados de inversión en un contexto más amplio de los derechos humanos y el desarrollo sostenible; reconocer la importancia de contar con un marco legal nacional sólido para proteger las inversiones nacionales y extranjeras; asegurar el equilibrio de derechos y obligaciones entre los inversores y los gobiernos para regular en defensa del interés público; reconocer las deficiencias del actual sistema de solución de conflictos de inversiones, y buscar alternativas de elaboración de tratados que permitan centrarse aún más en la definición de las prácticas comerciales responsables y la facilitación y promoción de inversiones.

En cuanto a los próximos pasos concretos, los países recomendaron establecer un proceso mediante el cual los países comiencen a desarrollar un conjunto de principios para países con ideas afines basados en los debates y las recomendaciones que surgieron en este Foro y se incluirían en el del año siguiente. Además, los participantes decidieron transmitir mensajes similares a sus gobiernos en lo que respecta a la necesidad de mejorar las políticas *nacionales* para atraer inversiones extranjeras directas, complementar las políticas internacionales y fomentar e intensificar todo lo posible los debates internos sobre los principios Sur-Sur de inversiones. También, se propusieron comunicarles a sus gobiernos la necesidad de compartir experiencias sobre la prevención de los conflictos de inversiones internacionales y, a la vez, alentarlos a impulsar el fortalecimiento de las capacidades Sur-Sur y el diálogo entre los países con ideas afines para crear programas de trabajo conjunto que desarrollen formalmente los principios identificados en el IX Foro. Por último, se comprometieron a llamar la atención de sus gobiernos sobre la necesidad de revisar los modelos de tratados de inversión, así como los tratados firmados con anterioridad, para asegurarse de que reflejen e incorporen los principios propuestos.

Introducción

El IX Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo (Foro) se celebró en Río de Janeiro, Brasil, del 16 al 18 de noviembre de 2015. Fue coorganizado por el Gobierno de Brasil, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y el Centro del Sur. Este año, asistieron participantes procedentes de 48 países de África, Asia y América Latina y el Caribe, así como organizaciones regionales e internacionales, entre ellas, la Secretaría del Commonwealth, la Oficina del Asesor Principal para Asuntos Comerciales (OCTA), la Secretaría de la Comunidad del Caribe (Secretaría de la CARICOM), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMOA).



El Foro se basa en el éxito alcanzado en los ocho foros anteriores que se llevaron a cabo en Singapur (2007), Marruecos (2008), Ecuador (2009), India (2010), Uganda (2011), Trinidad y Tobago (2012), Indonesia (2013) y Liberia/Suiza (2014). El tema del Foro de este año es “Tratados de inversión en evolución: estrategias y oportunidades para los países en desarrollo”. Los participantes se centraron en la incertidumbre que afronta, actualmente, el derecho internacional de las inversiones y evaluaron el significado y las consecuencias que tiene esta época de incertidumbre para las economías emergentes y en desarrollo. La agenda y el material de referencia del Foro se encuentran en el sitio web del IISD:

www.iisd.org/topic/investment.

DÍA 1: 16 DE NOVIEMBRE DE 2015

Ceremonia de apertura

La **Sra. Nathalie Bernasconi** (Directora, Grupo de Derecho y Políticas Económicas, IISD) y el **Sr. Amaury Temporal** (Director, Centro Internacional de Negocios, Federación de Industrias del Estado de Río de Janeiro [FIRJAN]) fueron los encargados de abrir el Foro, seguidos por los discursos del **Sr. Scott Vaughan** (Presidente, IISD), el **Sr. Fernando Furlan** (Secretario Ejecutivo, Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior, Brasil) y el **Sr. Carlos Correa** (Asesor Especial, Comercio y Propiedad Intelectual, Centro del Sur). Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeñan los países en desarrollo en las entradas y salidas mundiales de inversión extranjera directa (IED), el **Sr. Furlan** alentó a los participantes a compartir sus experiencias en la elaboración y la reforma de sus políticas de inversión, que puedan servir como referencia para adoptar posibles caminos alternativos al régimen actual de inversiones internacionales. El **Sr. Vaughan** destacó la importancia preponderante que tienen las inversiones internacionales y los regímenes de comercio para poder alcanzar de manera proactiva los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Además, enfatizó que 2015 era un año decisivo para organizar la agenda de desarrollo mundial de las décadas venideras. Subrayó tres prioridades en el desarrollo de nuevos modelos de acuerdos de inversión y en la reforma del sistema actual: 1) la necesidad de proteger el derecho de regulación de los países, 2) la necesidad de reformar los mecanismos de solución de conflictos de inversiones y 3) la necesidad de asegurar un enfoque equilibrado entre los inversores y los estados. El **Sr. Correa** remarcó que las IED no son una herramienta mágica, por lo tanto, los países deben cerciorarse de que realmente contribuyan a la consecución de sus objetivos de desarrollo nacionales. Estos mensajes se repitieron durante el transcurso del Foro.



Sesión 1: Avances y tendencias recientes en materia de políticas de inversión y arbitraje

El Sr. Joel Richards (Asesor Técnico, Inversión y Sector Privado, Oficina de Negociaciones Comerciales, Secretaría de la CARICOM) inició la sesión y describió los avances y tendencias recientes en materia de políticas de inversión y arbitraje. La **Sra. Natalia Guerra** (Oficial de Asuntos Económicos, Sección de Acuerdos Internacionales de Inversión, Sector de Políticas de Inversión, División de la Inversión y la Empresa, UNCTAD) compartió con los participantes las principales conclusiones del *Informe sobre las inversiones en el mundo 2015* (WIR). En el Informe, se menciona que los países en desarrollo están remodelando el mapa de los flujos de IED en todo el mundo. Por primera vez, los países en desarrollo y las economías en transición superaron, en conjunto, a los países desarrollados y contribuyeron con más del 55 por ciento de las entradas mundiales de IED. Las salidas de IED de las economías en desarrollo también alcanzaron un récord alto y representaron el 35 por ciento del total mundial. En el Informe, se indican, asimismo, las tendencias mundiales recientes en el desarrollo de políticas de inversión. A nivel nacional, en comparación con las medidas restrictivas, predominaron las medidas que apuntan a la promoción y liberalización de las inversiones, lo que marcó un cambio de tendencia desde 2002. A nivel internacional, sigue disminuyendo el número de nuevos tratados bilaterales de inversión (TBI), mientras que parece mantenerse constante el número de tratados megaregionales y regionales, así como de tratados de libre comercio que incluyen disposiciones sobre inversión. Por otra parte, en un número cada vez mayor de tratados de inversión se añaden compromisos anteriores al establecimiento. En cuanto a los casos de solución de conflictos entre inversores y estados (ISDS), en el WIR, se analizaron los datos de uso público de casos de solución de conflictos entre inversores y estados basados en tratados y se constató que muchos de estos casos fueron presentados por inversores de países desarrollados contra las economías en transición y en desarrollo. Además, se identificaron los cinco tipos de medidas adoptadas por los estados que fueron las más cuestionadas por los inversores: anulación o violaciones en los contratos de inversión (29 por ciento), modificaciones legislativas (25 por ciento), expropiación o confiscación directa de las inversiones (15 por ciento), medidas fiscales (11 por ciento), denegación o revocación de licencias (8 por ciento) y tratamiento abusivo por parte de un estado anfitrión o fracaso a la hora de proteger las inversiones (7 por ciento).

El Sr. Howard Mann (Asesor Principal en Derecho Internacional, IISD) advirtió que la economía mundial aún sigue siendo débil en muchas partes del mundo. En este sentido, cuestionó la idea del denominado “crecimiento impulsado por la IED” y sugirió que, en lugar de depender únicamente de la inversión extranjera como el motor del desarrollo, los países en desarrollo deberían buscar maximizar los beneficios de atraer la inversión extranjera para promover el desarrollo y la inversión nacional. Considerando el número creciente de tratados de inversión con derechos anteriores al establecimiento, recomendó que se concientice sobre las consiguientes limitaciones que existen en el espacio normativo de los gobiernos para



adoptar medidas de desarrollo, incluida la capacidad de utilizar la inversión extranjera para generar empleo local. Refiriéndose a los datos analizados en el WIR, recalcó que para poder comprender en detalle el panorama del impacto de los casos de solución de conflictos entre inversores y estados es necesario diferenciar entre las decisiones jurisdiccionales y las decisiones de los tribunales sobre el fondo de la cuestión. Señaló que, por lo general, los inversores se enfrentan a obstáculos muy insignificantes en la etapa jurisdiccional y tienen más probabilidades de ganar el caso contra el estado anfitrión una vez que el caso pasa esta instancia. De acuerdo con el Sr. Mann, esta situación contribuyó, en parte, al efecto reglamentario paralizante de los arbitrajes internacionales de inversiones que muchos han notado.

El Sr. **Manuel Montes** (Asesor Principal, Finanzas y Desarrollo, Centro del Sur) destacó que, de acuerdo con los resultados de los estudios, si no existe el debido equilibrio en el marco de inversión, la inversión extranjera tiene un impacto más negativo que positivo en el desarrollo de la economía local. Se refirió al libro *Investment Treaties: Views and experiences of developing countries* (que se lanzó en Río durante el Foro), donde se sugiere que, incluso con las inversiones tradicionales, es muy poco probable que se observe la anhelada y positiva entrada neta de divisas en el futuro inmediato. El problema se agudiza aún más porque un gran porcentaje de las inversiones extranjeras actuales son inversiones de cartera, cuyo impacto neto positivo en un país particular es muy incierto en cualquier momento. En un análisis efectuado en octubre de 2015, el Fondo Monetario Internacional remarcó que, durante 2015, esperaba que las entradas netas de inversiones extranjeras fueran negativas en los países en desarrollo. Por consiguiente, remediar el desequilibrio entre los derechos de los inversores y las obligaciones del estado sería un elemento fundamental de cualquier plan de reforma del marco actual de políticas de inversión. Señaló que algunos de los planes de reforma presentados hasta el momento, incluida la propuesta de creación de un sistema de tribunales de inversión planteada hace poco por la Comisión Europea, son solo superficiales. En cambio, elogió a Brasil por su reciente modelo de tratados de inversión y lo catalogó como una reforma crucial del régimen actual de inversiones internacionales.

Posteriormente, los participantes debatieron sobre los desafíos que plantean las cláusulas que permanecen vigentes al terminar los tratados actuales de inversión, así como los desafíos que se presentan debido a la multiplicidad de tratados entre los estados. Los participantes analizaron varias opciones y propuestas técnicas para abordar estos desafíos, incluida la negociación de enmiendas para suprimir las cláusulas que siguen vigentes antes de que venzan los tratados, así como la negociación de disposiciones en nuevas negociaciones de tratados regionales para abolir todos los tratados de inversión anteriores. Se advirtió que los países no deberían renunciar ni abstenerse de llevar a cabo reformas por temor a las posibles primeras reacciones de algunos estados. Asimismo, se mencionó que la firma de más tratados y la redacción de disposiciones más detalladas no conducen, necesariamente, a obtener mejores resultados. El enfoque debería estar en un análisis basado en el desarrollo, es decir, en analizar si las disposiciones que contienen los tratados promueven y conducen al desarrollo. Los participantes también debatieron sobre las posibilidades de promover centros financieros en los países en desarrollo, así como



de mejorar la cooperación entre dichos países para aumentar las perspectivas de los flujos de inversión Sur-Sur. Se destacó que, si bien es fundamental lograr una mayor cooperación regional, más importante aún es establecer un marco sólido de inversión nacional, que se debería adaptar a las necesidades de desarrollo específicas de cada país.

Sesión 2: Avances recientes en políticas de inversión y solución de conflictos: intercambio de experiencias

La **Sra. Champika Malalgoda** (Directora, Investigación y Promoción de Políticas, Comisión de Inversiones, Sri Lanka) presidió la sesión en la que los países compartieron sus experiencias en el último año sobre las nuevas demandas en los acuerdos de inversión o los resultados de arbitraje. Los disertantes aportaron información sobre las experiencias y esfuerzos de negociación para desarrollar nuevos modelos de tratados de inversión.

El **Sr. Ashish Kumar** (Oficial Superior de desarrollo, Cooperación Internacional y Promoción de las Inversiones [IC e IP] [región de Asia y Oceanía], Departamento de Política y Promoción Industrial, Ministerio de Comercio e Industria, India) realizó un breve resumen de la política de tratados de inversión de su país en los últimos años y mencionó que la India comenzó a firmar TBI en 1994 con la esperanza de atraer IED y, en especial, divisas. Los primeros TBI se redactaban, en su mayoría, de acuerdo con las sugerencias de los países desarrollados. Las consecuencias adversas no aparecieron hasta años recientes cuando la India fue acusada por los inversores en arbitrajes internacionales de presuntas violaciones de las obligaciones de los tratados. Para abordar estas consecuencias, la India inició un proceso de revisión del modelo de TBI tras la celebración del IV Foro que se llevó a cabo en la India en 2010. Se está finalizando un borrador del modelo revisado de tratados de inversión, pero aún quedan por resolver algunas cuestiones, como la pregunta sobre cómo recibir los beneficios deseados del modelo revisado, cómo rescindir los TBI vigentes y cómo atender los capítulos de inversión relevantes en los tratados de comercio integrados, así como la multiplicidad de dichos acuerdos.

El **Sr. Fredy Trujillo** (Coordinador, Nueva Arquitectura Financiera, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ecuador) describió los logros de Ecuador en su política de inversiones orientadas al desarrollo, basada en la Constitución de la República y en un marco normativo público y privado en el que se reafirma la incumbencia que tienen los tribunales nacionales y regionales en los asuntos de conflictos entre los inversores y el estado. Sin embargo, hizo alusión a las lecciones aprendidas a partir de los hallazgos de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), una comisión creada por decreto para auditar cada uno de los TBI firmados por Ecuador. En este contexto, sostuvo que no todas las inversiones realizadas en el país habían conducido al desarrollo y que, en algunos casos, los



recursos destinados al país conforme al marco de inversiones son menores que los recursos que salen del país, lo que genera desequilibrios en el sector externo. Explicó que atraer IED a través de TBI ha dañado en gran medida el interés público y la soberanía estatal, como se evidenció en los casos que actualmente lleva adelante el país contra las compañías petroleras transnacionales. También se pudo demostrar que los TBI no han sido un factor determinante para atraer IED: los mayores inversores en Ecuador son México y Brasil, países con los que Ecuador no firmó TBI. De acuerdo con el formato convencional de los TBI, hubo una baja transferencia de activos tecnológicos. Por último, resaltó las limitaciones del sistema de arbitraje internacional en términos de conflictos de intereses y afirmó la necesidad de realizar una reforma urgente.

La **Sra. Niki Kruger** (Directora Principal, Negociaciones Comerciales, División de Comercio Internacional y Desarrollo Económico, Sudáfrica) habló sobre el contexto y las prioridades de revisión de la política de inversión de Sudáfrica, así como sobre el proceso de reforma. Presentó las características clave del proyecto de ley de inversión que, actualmente, se está debatiendo en el Congreso y subrayó la importancia de contar con un marco legal sólido a nivel nacional cuando se implementan las medidas de reforma.

El **Sr. Moataz Hussein** (Oficial de Acuerdos Internacionales de Inversión, Dirección General de Inversiones y Zonas Francas, Egipto) describió el enfoque de reforma de las negociaciones de los TBI y de revisión del modelo de TBI del país. Enfatizó la importancia de adecuar los TBI a los objetivos de desarrollo nacionales e internacionales de Egipto. El Sr. Hussein espera que el lanzamiento del modelo revisado de TBI después de su adopción en 2016 ponga en marcha en Egipto el proceso de renegociar y revisar de manera considerable el contenido y la redacción de algunos de los tratados de inversión vigentes que no se adecuan a los objetivos de desarrollo del país.

La **Sra. Mariana Lozza** (Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, Procuración del Tesoro de la Nación, Argentina) compartió la lucha continua del país por comprender una de las cláusulas que se examinan con más regularidad en la solución de conflictos entre inversores y estados: las cláusulas sobre trato justo y equitativo. Basándose principalmente en la decisión adoptada por un tribunal de arbitraje en 2011 en el caso entre la compañía El Paso y Argentina, demostró cómo el régimen actual de gobernanza de las inversiones internacionales permite que los árbitros privados promulguen leyes internacionales y nacionales que limitan el poder del estado anfitrión para regular los asuntos relacionados con el interés público.

Algunos participantes manifestaron su preocupación sobre las posibles reacciones de la comunidad internacional respecto del programa de reformas. Los países experimentados destacaron que, si bien otros gobiernos manifestaron algún tipo de reacción ante el anuncio de las reformas del régimen de inversiones, una vez que las reformas se llevaron a cabo, la reacción de los inversores fue, en gran parte, muy positiva.. Esto reafirma la noción de que no hay correlación entre firmar tratados de inversión y recibir inversiones



extranjerías. Los participantes observaron que, en la práctica, muy pocos inversores basan sus decisiones de inversión en la existencia de un tratado de inversión entre los estados de origen y anfitrión, sino que estas decisiones dependen, a menudo, de cuestiones económicas. Por otro lado, los participantes debatieron sobre la necesidad de exigirles a los inversores determinados requisitos de cumplimiento con el propósito de conseguir los objetivos de desarrollo de un país. Como resultado, se remarcó que es importante preservar el espacio normativo para que el gobierno lleve adelante estos requisitos y comunique con claridad sus expectativas a los inversores.

Sesión específica 1: Casos de estudio: casos de arbitraje seleccionados

El Sr. **Howard Mann** (IISD) presentó la decisión recientemente adoptada por un tribunal de arbitraje en el caso Clayton contra Canadá (decisión *Bilcon*), donde un grupo de inversores de Estados Unidos inició una demanda en un tribunal de arbitraje internacional contra Canadá por su decisión de no emitir los permisos y autorizaciones correspondientes para que los inversores pudieran concretar el proyecto de construcción de una cantera y terminal marítima en la provincia de Nueva Escocia. El tribunal determinó que Canadá estaba violando sus obligaciones conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El Sr. Mann se centró en la interpretación que hizo el tribunal de la cláusula sobre trato justo y equitativo y su posible impacto, incluida la posibilidad de extender su alcance para que los árbitros se manejen dentro de una esfera más amplia. Se pidió a los participantes que se dividieran en grupos para debatir sobre el posible impacto que podría tener esta decisión en el proceso de aprobación de inversiones de sus países.

Los participantes compartieron las experiencias vividas en los respectivos países. Aunque muchos países tienen servicios integrales que brindan asistencia a los inversores, la mayoría de ellos aún cuentan con procesos de aprobación de inversiones de varias etapas. En estos procesos, están involucrados múltiples organismos gubernamentales, cuya tarea es aprobar las inversiones de acuerdo con las leyes nacionales. En determinados países, el mismo proceso de aprobación de un proyecto en particular puede ser diferente de acuerdo con la naturaleza y la magnitud de las inversiones. Sin embargo, en general, todos los proyectos están sujetos a evaluaciones de impacto ambiental, las cuales están a cargo, habitualmente, de organismos ambientales. En otros casos, también se llevan a cabo evaluaciones de impacto social. Estas evaluaciones de impacto son prerequisites para obtener la aprobación de inversión en algunos países, por lo tanto, si el resultado no es satisfactorio, muchas veces, la inversión se rechaza. En otros países, la aprobación de inversión se otorga antes de realizar la evaluación de impacto (pero también está sujeta al resultado obtenido). Por ende, si la evaluación no se aprueba, se revocan las licencias concedidas.

Los participantes notaron posteriormente que, en muchos países, las funciones y poderes de los organismos de promoción de las inversiones solo cubren la etapa anterior al establecimiento, mientras que, en otros, alcanzan la etapa posterior al establecimiento. Algunos organismos son responsables de elaborar las políticas nacionales para las inversiones extranjeras directas, otros están encargados de



establecer los incentivos de las inversiones específicas, mientras que otros están más centrados en la facilitación de la inversión y la coordinación entre los diferentes organismos gubernamentales. En algunos países, estas funciones y poderes son desempeñados por organismos privados conforme a la autorización del gobierno.

Los participantes reconocieron, en general, que los organismos de inversión tienden a utilizar declaraciones alentadoras para atraer las inversiones. Si se toma la decisión adoptada por el tribunal en el caso *Bilcon*, se podría interpretar como una manera de crear expectativas en los posibles inversores, convertir las expresiones de deseo en promesas vinculantes y, por consiguiente, imponer obligaciones internacionales a los estados anfitriones. Sin embargo, si se aclara en las leyes nacionales u otros acuerdos contractuales que los inversores tienen un deber de debida diligencia antes de invertir en el país anfitrión, los participantes sostuvieron que, en parte, esta medida podría aliviar la clase de desafíos que generó la decisión en el caso *Bilcon*. Los participantes también mencionaron que otra situación que podría conducir a la violación del tratado si se emplea un enfoque similar al del caso *Bilcon* sería cuando diferentes organismos gubernamentales dan distintas pautas en el proceso de aprobación de las inversiones. En este sentido, los participantes remarcaron la necesidad de una mejor comunicación, coordinación y transparencia entre los distintos organismos.

Los participantes también preguntaron si solo se cubrió la situación del caso *Bilcon* en los tratados que otorgan a los inversores derechos anteriores al establecimiento. Se puso de relieve que no quedó claro a partir de qué momento una “inversión” comienza a estar cubierta y protegida por un tratado. ¿Podría ser *antes* de la aprobación del permiso? Los participantes además debatieron si deben incluir o no los derechos anteriores al establecimiento. Muchos de los países representados no otorgan derechos anteriores al establecimiento en sus tratados de inversión. Sin embargo, en líneas generales, los participantes estuvieron de acuerdo en que si el tratado incluye derechos anteriores al establecimiento, esto reduciría el espacio normativo del gobierno para imponer limitaciones de acceso a los mercados en determinados tipos de inversiones. Por otro lado, si se emplean como es debido, en especial con un enfoque de lista positiva, los derechos anteriores al establecimiento para inversiones específicas que estén en concordancia con los objetivos de desarrollo nacional se podrían considerar como un enfoque más dirigido en cuanto a la promoción de las inversiones.



Sesión 3: La política del derecho y de las políticas internacionales de las inversiones y la política – El conflicto de los modelos

Sesión 3A: Implicaciones e impactos de los acuerdos de inversión y comercio megaregionales en las economías emergentes y en desarrollo (TPP, TTIP, RCEP, TISA, etc.) y el desarrollo de nuevos modelos y enfoques

Sesión 3B: Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) sobre el TPP: “Pretende ser un acuerdo modelo para el resto del mundo”

La **Sra. Angela Dau-Pretorius** (Subdirectora, Centro de Inversiones de Namibia, Ministerio de Industrialización, Comercio y Desarrollo de PYMES, Namibia) y el **Sr. Carlos Correa** (Centro del Sur) presidieron las dos sesiones vespertinas. Las sesiones se centraron en el uso político que hacen la Unión Europea, Estados Unidos y otros de los modelos de tratados de inversión, y el deseo de algunos actores de imponer sus modelos en otros países y regiones. Las sesiones incluyeron debates estratégicos sobre los modelos, en especial, teniendo en cuenta que algunos países desarrollados, en el contexto de las negociaciones de megabloques comerciales, apuntan a llevar la delantera a fin de ganar territorio para sus modelos.

Los participantes analizaron, en primer lugar, el desarrollo de grandes tratados de inversión y comercio regionales, y debatieron sobre cuestiones relacionadas con los métodos de negociación, así como sobre cómo se relacionan con las iniciativas nacionales y regionales al elaborar los tratados de inversión. El **Prof. Muthucumaraswamy Sornarajah** (profesor de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Singapur) destacó que Estados Unidos siempre ha sido la fuerza impulsora en el derecho internacional de las inversiones. Desde la primera iteración de las normas mínimas conforme al derecho internacional consuetudinario a principios del siglo XX hasta la época actual de tratados regionales, Estados Unidos ha venido imponiendo sus normas preferidas al resto del mundo. Incluso la nueva ola de reformas de tratados (con miras a lograr tratados más equilibrados, como preservar el espacio normativo de los Gobiernos y ofrecer excepciones a medidas relacionadas con el interés público) se llevó a cabo cuando Estados Unidos se empezó a involucrar en los arbitrajes internacionales de inversiones. Además de la influencia que ejerce Estados Unidos, el derecho internacional de las inversiones está modelado en gran medida, y hasta inventado, por un pequeño grupo de árbitros privados. En este contexto, el Prof. Sornarajah sugirió que los llamados “tratados equilibrados” son de poca o ninguna utilidad para los países en desarrollo. Si bien estos tratados continúan deteriorando la soberanía de los estados anfitriones, no existen pruebas que indiquen la relación entre la firma de esos tratados con las entradas de inversión extranjera.



Basándose en su propia experiencia, la **Sra. Abebe Opeyemi** (Asesora Comercial, Secretaría del Commonwealth) compartió con los participantes la dinámica de los tratados integrales de inversión y comercio, cómo se negocian como un paquete único con compensaciones entre cuestiones relativas al comercio y la inversión. Precisó, entre otras cosas, que estos acuerdos comerciales buscan definir las reglas de la arquitectura mundial de protección y promoción de las inversiones. Advirtió a los participantes de que estos tratados megaregionales podrían menoscabar la futura influencia que ejercen los países en desarrollo en el proceso de formulación de normas sobre la gobernanza de inversión internacional, incluso en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Afirmó que los países en desarrollo necesitan fortalecer sus capacidades para poder involucrarse en estas “nuevas” cuestiones y plantear sus posturas de modo que estén mejor preparados para participar en los futuros debates con sus socios comerciales.

El **Sr. Abdulkadir Jailani** (Diplomático, Ministerio de Relaciones Exteriores, Indonesia) remarcó que el estado actual del régimen de inversiones internacionales es muy desequilibrado e indefinido y que, además, existe una mayor interacción entre el derecho de las inversiones internacionales y otras áreas del derecho internacional. Por consiguiente, es necesario realizar una reforma para volver a equilibrar la relación entre los estados anfitriones y los inversores, y mejorar las normas de derecho internacional que atañen a esta relación. Muchos países han desarrollado nuevos modelos en respuesta a esta realidad. Desafortunadamente, solo se han evaluado unos pocos modelos y en muchos de ellos aún se deben resolver cuestiones prácticas. Mientras tanto, se siguen negociando y firmando tratados megaregionales con condiciones que, aunque se incluyen algunos nuevos planteamientos, aún están lejos de resolver los problemas de desarrollo sostenible suscitados por los países en desarrollo. Tomando como ejemplo al recién concluido Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP), destacó que el régimen de inversiones internacionales está alcanzando un “desequilibrio en el nuevo equilibrio” y urgió a los países en desarrollo a que adopten una postura más firme y coherente para expresar sus intereses comunes. La teoría del Sr. Jailani “desequilibrio en el nuevo equilibrio” fue respaldada con posterioridad en una presentación que ofreció la **Sra. Sanya Reid Smith** (Centro del Sur). En su presentación, la Sra. Smith describió de manera resumida algunos de los elementos de gran repercusión del TPP y destacó algunas similitudes notables entre los textos del capítulo referido a las inversiones del TPP y el modelo más reciente de TBI de Estados Unidos.

Un segundo panel de disertantes analizó la competencia que existe entre los países por imponer sus modelos. La **Sra. Roslyn Ngeno** (Directora de Promoción de Políticas, Dirección de Inversiones, Kenia) compartió su experiencia con la negociación de tratados bilaterales y de inversión regionales, así como con el desarrollo de modelos de inversión. Recalcó una triste realidad que, hasta hace muy poco, en el intento por presentar un modelo, los países no advertían que muchos de los elementos se superponían y se contradecían entre sí. Aun cuando un modelo finalmente se negociaba y adoptaba, rara vez se empleó en las negociaciones reales de los tratados de inversión. Esto se debió, en parte, a la falta de alineación entre el modelo y el marco de inversión nacional de los países anfitriones. Para abordar este problema, Kenia



está adoptando un enfoque holístico y complementario que incorpora de manera natural elementos adecuados para sus objetivos de desarrollo en su modelo revisado de tratados de inversión, que se implementará no solo a nivel nacional y bilateral, sino también a nivel regional. A nivel regional, los estados miembros de la Cooperación en África Oriental (EAC) y el Mercado Común de África Oriental y África Austral (COMESA) también están debatiendo opciones de revisión e intentando alinear los intereses de cada miembro en el desarrollo de modelos regionales revisados. Mientras tanto, los estados miembros de la Unión Africana también están analizando las opciones para crear un Código de Inversión Panafricano. La Sra. Ngeno sostuvo que el desarrollo de estos modelos y mecanismos complementarios les da a los estados africanos la oportunidad de llevar a cabo reformas eficaces en pos de sus objetivos de desarrollo.

El **Sr. Erivaldo Gomes** (Subsecretario Adjunto, Secretaría de Asuntos Internacionales, Ministerio de Finanzas, Brasil) compartió la experiencia de Brasil como una economía emergente importante sin tratados tradicionales de inversión y describió cómo perciben las partes interesadas nacionales el desarrollo del nuevo modelo. En el transcurso de los años, Brasil se ha convertido (y ha logrado mantener esa posición) en un receptor destacado de las inversiones extranjeras directas, pese a la ausencia de tratados vigentes de inversión. A fin de mejorar aún más las condiciones de las inversiones transnacionales, Brasil adoptó un nuevo enfoque de confección y negociación de tratados de inversión al implementar su modelo Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI). El Sr. Gomes describió algunas de las características clave de los tratados recientemente concluidos conforme al modelo ACFI, que se diseñó y redactó desde el principio de modo que integrara los objetivos de promover soluciones favorables y relaciones prolongadas entre las partes. Destacó que, teniendo en cuenta la realidad económica mundial, los países deberían ser flexibles y buscar alternativas para reemplazar los tratados tradicionales de inversión. Además, advirtió que el modelo actual predominante se basó en los litigios y acarreó riesgos significativos para los países, en especial, en tiempos de crisis financieras u otras crisis, que pueden llevar a un aumento de las acciones legales.

El **Sr. Ahmad Aslam** (Consejero, Misión de Pakistán ante la Organización Mundial del Comercio, Pakistán) habló sobre la dinámica actual en las negociaciones de tratados megaregionales. Comenzó su presentación identificando tres tendencias que llevaron a un cambio significativo en el panorama de las negociaciones de los tratados de inversión: 1) actualmente, los tratados megaregionales son parte de las políticas comerciales de los países en desarrollo; 2) los tratados de comercio tienen un alcance cada vez más amplio para incluir disciplinas que van más allá del comercio, y 3) se ha visto un aumento constante de las IED a nivel mundial en las últimas dos décadas. Dentro de este contexto, estableció un paralelismo entre las recién concluidas negociaciones del TPP y las actuales negociaciones del Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TISA). Por otra parte, identificó algunas similitudes entre las dos negociaciones megaregionales: la forma en que están ocurriendo las negociaciones y la forma en que están desarrollando las normas y los acuerdos institucionales. Destacó que solo se puede participar en estas negociaciones megaregionales por invitación y muchas se llevan a cabo en secreto. En la mayoría de los casos, estas negociaciones elevan los



estándares e incluyen mecanismos que conducen a la liberalización sustancial y el deterioro del espacio normativo. Es importante destacar que los países desarrollados utilizan las negociaciones megaregionales para fortalecer sus posiciones de negociación y forzar a los socios con menos poder de negociación a aceptar sus términos.

Durante los debates, algunos participantes expresaron sus dudas sobre la creación de un modelo de inversión mundial, mientras que otros sugirieron que tales dudas no deberían impedir que los países con ideas afines aprovechen que están de acuerdo con la necesidad de realizar reformas sobre la base de principios aceptados por todos.

En particular, el **Sr. Moataz Hussein** (Egipto) sugirió que las economías emergentes y en desarrollo podrían afrontar los intentos de las superpotencias económicas mundiales (principalmente, Estados Unidos y la Unión Europea) de reformar el régimen de inversiones internacionales a través de la armonización de las reglas de inversión de acuerdo con sus propios objetivos y modelos mediante la negociación de acuerdos económicos megaregionales o Sur-Sur. Este proceso se podría iniciar con una declaración conjunta de los países en desarrollo sobre los principios de inversiones internacionales que apoyan el desarrollo sostenible y el crecimiento inclusivo. Este primer paso de “normas no vinculantes” en la forma de principios podría regir las futuras negociaciones entre los países en desarrollo en los acuerdos económicos Sur-Sur o a nivel megaregional.

Los debates se centraron en las prioridades de reforma. Se señaló que, si bien es importante reformar la redacción de los tratados y limitar los derechos de acción en el arbitraje internacional dentro del actual régimen de inversión, también es fundamental reformar los mecanismos internacionales de solución de conflictos relacionados con las inversiones. Asimismo, se plantearon preguntas en lo que respecta a cómo los países en desarrollo pueden aumentar su influencia en las futuras negociaciones de tratados de inversión. Se mencionó que, aunque los países en desarrollo tenían cada vez menos margen para influir en las negociaciones, aún no había desaparecido por completo. Algunos opinaron que los países en desarrollo deberían involucrarse activamente en las negociaciones de los tratados megaregionales antes de su conclusión para proteger sus intereses, en lugar de unirse a estos tratados después de que se fijaron los términos. Otros recalcaron la necesidad de adoptar enfoques alternativos entre las economías desarrolladas y en desarrollo con ideas afines y no apresurarse a participar en las negociaciones en curso dominadas por determinados estados desarrollados. Los participantes destacaron, además, la importancia de aumentar la concientización pública y la transparencia de las negociaciones en curso. Además, les pidieron a los sectores privados que se involucren más en el proceso de consulta.



DÍA 2: 17 DE NOVIEMBRE DE 2015

Sesión 4: Los nuevos modelos emergentes de alternativas y tratados de inversión

La **Sra. Suzy Nikièma** (Asesora en Derecho Internacional, IISD) inició el segundo día del Foro con un panel en el que se presentaron los nuevos modelos emergentes de tratados y alternativas de inversión. El panel estuvo integrado por la **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD), el **Sr. Pedro Cavalcante** (Secretario, División de Comercio de Servicios, Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil), el **Sr. Abdulkadir Jailani** (Indonesia), el **Sr. Ashish Kumar** (India), el **Prof. Makane Mbengue** (Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra) en calidad de experto principal de la Unión Africana para la negociación y la confección del Código Panafricano de Inversión y el **Sr. Wamkele Mene** (Sudáfrica). Antes de pasar a las cuestiones importantes y de presentar los respectivos enfoques que adoptaron sus jurisdicciones para abordar los distintos problemas en el régimen actual de inversiones, cada panelista compartió las características y el contexto de las reformas de su jurisdicción.

Después de enfrentarse a varios desafíos iniciados por los inversores extranjeros en los tribunales de arbitraje internacionales, la India e Indonesia comenzaron a reconsiderar sus actuales tratados de inversión, que están basados en modelos tradicionales que se desarrollaron cuando el panorama económico mundial y las necesidades de los países eran rotundamente diferentes a lo que son en la actualidad. Mientras que Indonesia está centrada en reducir los riesgos restringiendo el acceso de los inversores al arbitraje internacional, la India pone más énfasis en la definición de los inversores y las inversiones cubiertas, de modo que el tratado ofrezca protección a la clase de inversores e inversiones que contribuyan a los objetivos de desarrollo de la India.

Sudáfrica comenzó a revocar los tratados de inversión y a revisar su marco legal nacional de inversiones tras descubrir que determinadas disposiciones de sus actuales TBI violaban su constitución y limitaban el espacio normativo del Gobierno. Esta decisión repercutió en la visión prolongada de Brasil de que los tratados tradicionales de inversión otorgan a los inversores extranjeros un trato preferencial injustificado, así como protección innecesaria que ya se había otorgado conforme al marco legal nacional. Por estos motivos, Brasil siempre se había negado a unirse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o ratificar los TBI tradicionales. A raíz de que era cada vez mayor el número de inversores brasileños que comenzaba a invertir en el extranjero, Brasil empezó a evaluar sus necesidades reales e inició los planes de desarrollo de un modelo no contradictorio de tratado de inversión que intente alinear los intereses de los inversores y los estados anfitriones.



Entretanto, los países desarrollados también son testigos de muchos cambios. Se produjo un cambio fundamental en el debate sobre las cuestiones relativas a la inversión en la Unión Europea desde que se le otorgó la capacidad de negociar estas cuestiones en nombre de los estados miembros en 2009. Casi al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aseveró que la redacción de los tratados de algunos de los estados miembros no estaba en conformidad con las leyes de la Unión Europea. Presionada por el Parlamento Europeo y las voces de las organizaciones de la sociedad civil, la Unión Europea ha estado explorando diferentes opciones para realizar innovaciones, en especial, en el área de la solución de conflictos.

Los panelistas debatieron sobre diferentes enfoques adoptados por varias jurisdicciones en cuestiones como la expropiación, el trato justo y equitativo, el trato no discriminatorio y las obligaciones de los inversores. Todos los panelistas estuvieron de acuerdo en que muchos árbitros habían hecho interpretaciones problemáticas sobre la expropiación indirecta. Para solucionar esta cuestión, algunos países introducen en sus modelos de tratados instrucciones detalladas donde se especifica cómo interpretar las disposiciones sobre expropiación indirecta y ofrecen excepciones explícitas para determinados tipos de medidas. Otros excluyen de manera explícita la expropiación indirecta del tratado u omiten deliberadamente la referencia a la expropiación indirecta.

En lo que respecta a la cláusula sobre trato justo y equitativo, algunos países intentaron limitar el margen de interpretación de los árbitros al definir el trato justo y equitativo a través de una lista exhaustiva de casos que representan una violación de la norma de trato justo y equitativo. Otros trataron de reemplazar la cláusula sobre trato justo y equitativo con otro tipo de protección equivalente al que se les ofrece a los inversores e inversiones nacionales, por ejemplo, el trato administrativo justo. Otros países eliminaron completamente toda referencia al trato justo y equitativo, así como todo tipo de protección equivalente.

Todos los modelos y enfoques debatidos contenían disposiciones sobre trato nacional. Algunos de ellos solo están disponibles en la etapa posterior al establecimiento y otros también cubren la etapa anterior al establecimiento. Aquellos que abarcan esta última opción manifestaron que preferían un enfoque de lista positiva. Algunas jurisdicciones no incluyen el trato de nación más favorecida (NMF) en su modelo de tratado. Todos los modelos que contenían una disposición sobre trato de nación más favorecida incorporaban una excepción o aclaración para asegurarse de que las garantías del inversor conforme a otros tratados de inversión preexistentes no se pudieran trasladar a través de la cláusula sobre trato de nación más favorecida. Se remarcó que este también fue el caso del Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, con la excepción de que el TPP permitía trasladar las garantías fundamentales de tratados anteriores.

Todos los panelistas enfatizaron la importancia de equilibrar las obligaciones y derechos de los inversores en el tratado de inversión. Algunos de los modelos debatidos incorporaban obligaciones vinculantes para



los inversores que se exigen a través de mecanismos de los estados anfitrión y de origen. Algunos abarcaban obligaciones para los inversores que invalidaban los beneficios otorgados conforme al tratado. Otros limitaban el alcance del tratado para cubrir solo a aquellos inversores e inversiones que estén alineados con los objetivos de desarrollo del estado anfitrión.

Durante el debate, algunos participantes observaron los desafíos que enfrentan las economías más pequeñas cuando negocian con socios más fuertes debido a su poder de negociación cuando usan los modelos. Se percibió que esto también es un problema para algunas de las economías más grandes, en especial, cuando negocian con Estados Unidos, que está presionando y apresurado por concluir los tratados que contienen sus términos preferidos. Los participantes notaron que los países están compitiendo por establecer el estándar mundial. Por consiguiente, es importante construir alianzas regionales y megaregionales para que los países sean menos vulnerables a las presiones de negociación. Los participantes también enfatizaron la importancia de alinear los marcos legales nacionales con el desarrollo de tratados internacionales, así como de mejorar los mecanismos de coordinación entre los distintos organismos gubernamentales. Los participantes observaron que hacer referencia al derecho nacional en el tratado es una forma mucho más eficaz de conservar el espacio normativo que confiar en notas o declaraciones de interpretación.

Se plantearon preguntas respecto de dónde trazar la línea entre las etapas anterior y posterior al establecimiento, en especial, para los sectores sin requisitos de aprobación formal. En este sentido, se observó que los negociadores y redactores de los tratados deben asegurarse de que la redacción que empleen sea lo más específica posible para evitar futuras malas interpretaciones.

Sesión específica 2: Modelos y enfoques alternativos

En esta sesión específica, los participantes analizaron los modelos emergentes y las alternativas e identificaron con mayor profundidad las similitudes y las tendencias.

Promoción y facilitación de inversiones

En cuanto a la promoción y facilitación de las inversiones, los participantes identificaron las siguientes medidas que se podrían incluir en un tratado de inversión:

- cooperación entre los organismos de promoción de las inversiones
- transparencia e intercambio de información
- facilitación de los procesos administrativos
- mecanismos de prevención de conflictos, incluidos los puntos de contacto



- disposiciones de cumplimiento asociadas a los beneficios del tratado.

Por lo general, los participantes estuvieron de acuerdo en que la promoción y facilitación de las inversiones, en esencia, no deberían ser vinculantes, y que los tratados se deberían confeccionar de la mejor manera posible de modo que se respete el espacio normativo de regulación del gobierno. Por otro lado, los participantes también remarcaron que deberían ser vinculantes las disposiciones concretas en las que confían los inversores cuando toman las decisiones de inversión. Los participantes concordaron asimismo en que, si bien los organismos de promoción de las inversiones existentes a nivel nacional deberían ser responsables de las actividades de promoción y facilitación de las inversiones, se deberían crear organismos de coordinación regional para complementar el papel que desempeñan los organismos nacionales.

Obligaciones de los inversores

En lo que respecta a las obligaciones de los inversores, los participantes coincidieron en que se deberían incluir las siguientes obligaciones en los tratados de inversión:

- obligación de cumplir con las leyes y reglamentos nacionales, así como con las normas internacionales relevantes
- obligación de contribuir al desarrollo socioeconómico del estado anfitrión
- obligaciones de acatar las responsabilidades sociales corporativas y tener una conducta comercial responsable
- obligaciones de combatir la corrupción y el soborno.

Por lo general, los participantes consideraron que estas obligaciones deberían ser vinculantes por naturaleza y convinieron en que su contenido se debería basar en las leyes nacionales, a menos que exista una norma internacional superior comúnmente aceptada, en cuyo caso las obligaciones deberían cumplir con dicha norma. Estas obligaciones se deberían exigir a través de mecanismos nacionales del estado anfitrión, y en algunas áreas, del estado de origen. Además, se deberían establecer mecanismos de supervisión y puntos de contacto adecuados para garantizar el cumplimiento de los inversores. El tratado debería vincular el cumplimiento del inversor con el beneficio del tratado.

Solución de conflictos

Teniendo en cuenta que el mecanismo de solución de conflictos entre inversores y estados se apoya en el sistema de arbitraje comercial, los participantes identificaron varios de los problemas que enfrentan los estados en el arbitraje entre inversores y estados basado en los tratados, incluidos los costos elevados, la falta de transparencia, los conflictos de intereses, la falta de compromiso, la capacidad de los árbitros de



crear y enmendar las leyes nacionales, el efecto negativo en el poder de negociación de los estados y la compra de tratados por parte de los inversores. Los participantes analizaron diferentes alternativas, entre ellas, resolver los conflictos entre estados, presentar los conflictos ante un sistema judicial y recurrir a los arbitrajes regionales. Los participantes debatieron sobre las ventajas y desventajas de cada alternativa.

Compromisos de liberalización

Algunos participantes subrayaron los beneficios de incluir los compromisos de liberalización de las inversiones en los tratados de inversión, en especial, cuando se realiza a través de un enfoque de lista positiva exhaustiva donde se identifican los sectores que el país está preparado para liberalizar a fin de lograr sus objetivos de desarrollo. Otros participantes, sin embargo, se mostraron reacios a añadir los compromisos de liberalización en los tratados, lo que demuestra la necesidad de flexibilidad. De todos modos, los participantes, en general, estuvieron de acuerdo en que los tratados no deberían contener disposiciones que prohíban los requisitos de cumplimiento. En su lugar, para asegurar que las inversiones captadas estén en concordancia con los objetivos de desarrollo del estado anfitrión, los tratados deberían especificar determinados requisitos de cumplimiento dentro de las obligaciones de los inversores y relacionar el cumplimiento de los inversores con los incentivos o beneficios otorgados por el estado anfitrión. Los participantes también estuvieron de acuerdo en que ninguno de los conflictos relativos a los compromisos de liberalización deberían estar sujetos al mecanismo de solución de conflictos entre inversores y estados, sino que se deberían resolver de manera exclusiva a través de recursos locales.

Sesión 5: Estado de evolución: ¿una oportunidad para las economías emergentes y en desarrollo?

Después de compartir las experiencias de cada país, se reconoció que estamos el derecho internacional de las inversiones se encuentra, tal vez, en el estado de evolución más significativo en 50 años. Los participantes debatieron las oportunidades y desafíos que este estado de evolución representa para los países en desarrollo. El **Prof. Makane Mbengue** (Universidad de Ginebra) presidió la sesión durante la segunda tarde del Foro.

El **Sr. Carlos Correa** (Centro del Sur) consideró que este estado de evolución es una excelente oportunidad para que los países en desarrollo busquen alternativas a las opciones ofrecidas por los países desarrollados a fin de satisfacer sus propios intereses. Dado que varios países establecieron hace mucho tiempo marcos legales nacionales para regular las inversiones extranjeras directas antes de aceptar los TBI, el Sr. Correa sugirió que deberían evitar seguir a ciegas el enfoque de los países desarrollados y abandonar el actual régimen de TBI que está muy influido por los modelos creados por los países desarrollados. Después de reiterar que las decisiones de inversión de los inversores no depende del número de tratados de inversión,



sino de la rentabilidad y la evaluación del mercado, destacó que los países en desarrollo se deberían centrar en su marco legal nacional de inversiones, en lugar de lanzarse precipitadamente a iniciar negociaciones de tratados megaregionales o TBI que limitarán, de manera significativa, su espacio normativo. También acentuó la necesidad de coordinación entre los países en desarrollo, en especial de las cuestiones relacionadas con los incentivos, para evitar una “carrera hacia el abismo”. Remarcó que los países deben reconocer que las inversiones extranjeras directas no son una herramienta mágica. Cada país se debe asegurar de contar con un sistema legal nacional sólido que pueda atraer y mantener inversiones de calidad para lograr el desarrollo. El Sr. Correa también informó a los participantes que, en la próxima Conferencia Ministerial de la OMC, los países desarrollados buscarán volver a introducir el tema de las inversiones y las compras en la agenda de las negociaciones. Exhortó a todos los países en desarrollo a que adopten una postura clara respecto de estas cuestiones para evitar que los países desarrollados obliguen a crear normas universales sobre estas cuestiones que se ajusten a sus preferencias. En este sentido, destacó que algunos de los enfoques implementados por Brasil, la India y Sudáfrica podrían ser un punto de partida.

El **Sr. Ashish Kumar** (India) remarcó el aumento significativo de contribuciones que están haciendo los países en desarrollo a las entradas y salidas mundiales de IED, volvió a mencionar el panorama cambiante del régimen internacional de inversiones y les pidió a los países en desarrollo que aprovechen esta oportunidad para modificar sus políticas a fin de reflejar estos cambios y avanzar en sus pedidos de negociaciones de tratados internacionales que los benefician. Una manera de avanzar, sugirió, es concluir nuevos tipos de tratados de inversión para ofrecer ejemplos reales que reflejen los enfoques y las filosofías de los países en desarrollo en cuanto a los tratados internacionales de inversión. Por otra parte, también advirtió que los países no deberían caer en la falsa creencia de que los tratados internacionales de inversión son el factor predominante para atraer inversiones. En cambio, se deberían realizar más esfuerzos para generar entornos comerciales más propicios y mejorar la cooperación económica internacional.

Coincidiendo con algunos de los argumentos planteados por los demás panelistas, el **Sr. Fredy Trujillo** (Ecuador) destacó que ahora es la oportunidad de que los países en desarrollo cambien radicalmente el régimen de inversión y el sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones, y analicen otros enfoques que estén más relacionados con las iniciativas regionales y aborden con más claridad las necesidades de los países en desarrollo. En este sentido, resaltó la importancia de mejorar la cooperación Sur-Sur, de modo que los países en desarrollo puedan enviar mensajes coherentes, uniformes y previamente coordinados cuando se enfrenten a presiones por parte de socios negociadores de países desarrollados o situados en ellos. Esto requiere iniciativas como el Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales. Este Observatorio, que actualmente se está estableciendo y cuenta con el apoyo de algunos países de América del Sur y el Caribe, es necesario para identificar los problemas comunes que afrontan los estados cuando surgen los conflictos con los inversores conforme a los formatos de TBI



tradicionales. Es fundamental contar con la cooperación desde los niveles más básicos (como, por ejemplo, el intercambio de información) hasta los niveles de coordinación más profunda (como la armonización de las políticas en los acuerdos de inversión), dado que evitaría que se realicen inversiones a costa de prácticas normativas abusivas entre los posibles estados anfitriones. Sumado a esto, remarcó que los países anfitriones también deberían entablar un mayor diálogo con los inversores para comprender sus expectativas y requisitos, así como para ofrecer alternativas en el marco de una relación equilibrada y de beneficio mutuo entre los inversores y los estados anfitriones.

En el debate, los participantes estuvieron de acuerdo en la importancia de mejorar, por un lado, los marcos legales nacionales y, por otro lado, aumentar la cooperación Sur-Sur. Asimismo, algunos participantes plantearon dudas sobre el poder de negociación desequilibrado que existe entre los países, en especial, cuando las economías más grandes se comienzan a aprovechar de sus ventajas comerciales para obligar a las economías más pequeñas a que hagan concesiones en cuestiones de inversión. Un ejemplo es la decisión de Estados Unidos de suspender los beneficios que otorgaba al sector agrícola la Ley sobre Crecimiento y Oportunidades para África (AGOA), en parte, como respuesta a la reforma que hizo África en su régimen de inversiones. Los participantes destacaron la urgencia de estudiar alternativas eficaces y realistas, incluidos los mecanismos de cooperación Sur-Sur, para equilibrar la agenda que proponen las principales naciones exportadoras.

DÍA 3: 18 DE NOVIEMBRE DE 2015

Sesión 6: Identificación de nuevas perspectivas y alianzas para las economías emergentes y en desarrollo

Durante el último día del Foro, los disertantes y participantes debatieron las opciones y alternativas de reforma, e identificaron las plataformas y procesos de formación de alianzas para que las economías emergentes y en desarrollo participen y propongan la reforma de los marcos mundiales de inversión. El panel estuvo a cargo del **Prof. Muthucumaraswamy Sornarajah** (Universidad Nacional de Singapur).

La **Sra. Natalia Guerra** (UNCTAD) compartió las estadísticas recopiladas por la UNCTAD, así como la propuesta de cuál sería el camino a seguir en relación con la reforma del sistema de acuerdos internacionales de inversión (All). De acuerdo con los estudios realizados por la UNCTAD, el régimen de los All ha pasado de una época de proliferación a una de reorientación, lo que refleja las tres lecciones clave que los países aprendieron en el transcurso de los años: 1) los All “muerden”; 2) los All tienen limitaciones como herramienta de facilitación y promoción de las inversiones, pero también un potencial desaprovechado, dado que su principal enfoque actual es la protección de las inversiones y los litigios; y 3)



los AIIs plantean un conjunto de desafíos para la coherencia sistémica y política, así como para el fortalecimiento de capacidades. En respuesta a estos desafíos, la UNCTAD propone un plan de acción para la reforma de los AIIs que apunta a mejorar la gobernanza mundial en materia de inversiones. El plan de acción está compuesto por seis pautas (aprovechar los AIIs para lograr un desarrollo sostenible; enfocarse en áreas fundamentales de reforma; actuar en todos los niveles; ordenar de manera adecuada; tener un proceso inclusivo y transparente; y asegurar estructuras de apoyo multilaterales) y aborda cinco áreas (protección del derecho de regulación; aseguramiento de las inversiones responsables; promoción y facilitación de las inversiones; reforma del mecanismo de solución de conflictos relacionados con las inversiones; y mejoramiento de la coherencia sistémica) en los niveles nacionales, bilaterales, regionales y multilaterales. La UNCTAD puso de manifiesto la mayor utilización de las disposiciones sobre desarrollo sostenible en los tratados, así como los desafíos para reformar los mecanismos de solución de conflictos relacionados con las inversiones, ya sea mediante la reforma o el reemplazo de los mecanismos actuales de arbitraje entre inversores y estados, o la introducción de nuevas características, como las instancias de apelación o resolución alternativas. Asimismo, subrayó que expirarán 1598 TBI a finales de 2018. Hasta el momento, la UNCTAD registró en su base de datos (el Navegador de AIIs) la finalización de 61 TBI por acuerdo mutuo o rechazo unilateral. Otros 116 tratados fueron rescindidos y reemplazados por otros tratados (en su mayoría, tratados de libre comercio). La UNCTAD también mencionó que, en el marco de los nuevos objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y a fin de continuar asistiendo de manera eficaz a los encargados de la formulación de políticas, publicó en 2015 una versión actualizada de su Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible.

El **Sr. Carlos Márcio Cozendey** (Subsecretario General de Asuntos Económicos y Financieros, Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil) destacó la gran coincidencia que se observó entre los participantes durante el Foro en cuanto a aprovechar el estado de evolución del régimen del derecho internacional de las inversiones. Propuso que, de ahora en más, el principal objetivo estratégico debería ser mantener este estado actual de evolución. Si bien existen algunas oportunidades para cambiar, el conjunto de tratados existentes plantea grandes desafíos para estos cambios propuestos. Recién están empezando a aparecer los nuevos modelos que están creando los países en desarrollo. Por consiguiente, los países deben seguir buscando soluciones para mantener activo este estado de evolución. El Sr. Cozendey les pidió a los países que compartan sus opiniones respecto del desarrollo de los nuevos modelos y traten de entender las diferentes posturas. Al mismo tiempo, advirtió que los países deberían evitar imponer sus ideas.

El **Sr. Abdulkadir Jailani** (Indonesia) resaltó la importancia de mantener abiertas las opciones. En lugar de intentar desarrollar un modelo de tratado de inversión multilateral, habría que centrarse más en determinados elementos esenciales sobre los cuales los países con ideas afines pueden alcanzar un consenso. Trasladar las cuestiones de gobernanza en materia de inversiones a niveles mundiales y multilaterales pueda que no sea una acción deseable en el futuro cercano. A fin de poder avanzar, identificó desafíos, entre ellos, cómo abolir los tratados de inversión actuales, cómo abordar las cláusulas



que permanecen vigentes tras la rescisión de los tratados de inversión y cómo sacar el mejor provecho de los nuevos modelos de tratados en las futuras negociaciones.

La **Sra. Niki Kruger** (Sudáfrica) remarcó además que, si bien pareció haber coincidencia de opiniones respecto de la existencia de problemas, todavía no se llegó a un acuerdo en cómo resolverlos. Propuso iniciar el desarrollo de algunos principios comunes entre un grupo de países. Los principios propuestos abarcan los siguientes: 1) reconocimiento de que la inversión extranjera puede hacer aportes positivos al desarrollo sostenible cuando se integra en las estrategias de desarrollo nacional; 2) reconocimiento de la importancia de situar a los tratados de inversión en un contexto más amplio para el desarrollo sostenible y los derechos humanos; 3) reconocimiento de la importancia de equilibrar los requisitos económicos de los inversores con los derechos soberanos de los gobiernos de regular los intereses públicos; 4) reconocimiento de que un marco legal nacional sólido puede ayudar a proteger las inversiones nacionales y extranjeras; 5) reconocimiento de las deficiencias del régimen de protección de las inversiones internacionales en lo tocante a la solución de conflictos; y 6) reconocimiento de la importancia de buscar tipos alternativos de elaboración de los tratados para centrarse aún más en la definición de las prácticas comerciales responsables y prestarles más atención a la facilitación y la promoción de las inversiones. Si un país debe empezar a negociar nuevos tratados de inversión, debería hacerlo con otro país con el que comparta visiones similares. La Sra. Kruger sostuvo que no era el momento adecuado para debatir cuestiones relativas a las inversiones en la OMC.

Durante los debates, los participantes preguntaron si sería útil empezar a reunir a los países con ideas afines para iniciar negociaciones o si las negociaciones bilaterales eran una mejor opción. El **Sr. Cozendey** (Brasil) reconoció que las conversaciones multilaterales deberían ser el camino futuro, pero manifestó que, por ahora, las negociaciones bilaterales son, probablemente, una solución más práctica, teniendo en cuenta la dificultad que existe para proponer nuevos modelos en los foros, como el G-20 y la OMC. Los participantes analizaron asimismo la opción de incorporar centros regionales de arbitraje en los tratados y contratos de inversión. Surgieron dudas respecto de la implementación de los nuevos modelos, en particular, sobre los recursos y la infraestructura necesarios para demostrar los beneficios de los nuevos modelos. Se recalcó que, en la mayoría de los casos, la implementación adecuada de los tratados negociados sobre la base de nuevos modelos requeriría el respaldo de un marco nacional sólido, sin el cual no se podrían obtener plenamente los beneficios de los nuevos modelos.

En cuanto al desarrollo de los principios comunes, los participantes estuvieron de acuerdo en que los países con ideas afines se pueden reunir y poner de manifiesto sus objetivos y valores compartidos en la forma de declaraciones conjuntas, pero también transmitieron sus preocupaciones respecto de la eficacia de estos principios no vinculantes, que podrían estar limitados debido a su naturaleza. Mientras tanto, los participantes destacaron que los países, para crear sus marcos de inversión, pueden utilizar los principios



existentes redactados por organizaciones internacionales, especialmente los “Principios básicos para el diseño de políticas de inversión en favor del desarrollo sostenible” de la UNCTAD.

El **Sr. Moataz Hussein** (Egipto) valoró la propuesta de la Sra. Niki Kruger de crear principios con un contenido importante y acentuó la importancia de que respalden los objetivos de desarrollo sostenible y el derecho de regulación de los estados. También sugirió que la elaboración de estos principios podría estar inspirada en una gran variedad de organismos existentes de derecho internacional, tratados y declaraciones, además de los principios básicos propuestos por la UNCTAD.

También se debatió sobre si la OMC podría ser un mejor foro para tratar las cuestiones relativas a las inversiones. Los participantes notaron que el sistema de la OMC es, fundamentalmente, diferente del sistema actual de TBI, tanto en términos de diseño como de cultura. Si bien los participantes observaron que un sistema multilateral tiene algunas ventajas respecto del sistema actual de TBI (y que podría ser una opción para la futura gobernanza en materia de inversiones), muchos manifestaron que añadir nuevos temas a la agenda de la OMC agobiaría en gran medida el proceso de negociación de la agenda actual. Por otra parte, los participantes advirtieron que la OMC no es la única opción para abordar las cuestiones relativas a las inversiones a nivel multilateral y que se podrían desarrollar y analizar nuevos mecanismos.

También se debatió la dificultad de abandonar los tratados de comercio integrados. Los participantes advirtieron sobre la necesidad de analizar en profundidad los términos de estos acuerdos integrados antes de incluir disposiciones sobre inversión en estos tratados de comercio. Los participantes compartieron sus experiencias sobre el rechazo de la inclusión de las cuestiones relativas a las inversiones en las negociaciones comerciales. Asimismo se sugirió negociar una cláusula de retirada parcial que les dé a las partes la posibilidad de retirarse en caso de que se incluyan las cuestiones relativas a las inversiones.

Sesión específica 3: Identificación de oportunidades

Los grupos debatieron e identificaron las áreas potenciales para formular políticas de manera conjunta o coordinada, así como los posibles planes futuros en términos de procesos, instituciones y próximos pasos. Los participantes estuvieron de acuerdo con la necesidad de llevar a cabo una reforma. Los debates revelaron la emergencia de coincidir en un conjunto de medidas:

A nivel nacional:

- Evaluar el papel que juegan los tratados bilaterales de inversión en los países y las regiones.
- Abolir, donde sea legalmente posible, los TBI problemáticos, incluidos los de la cooperación Sur-Sur.
- Renegociar sobre la base de nuevos modelos (en algunos casos).



- Reforzar los tribunales nacionales.
- Fortalecer las capacidades de los funcionarios y los negociadores.

A nivel nacional:

- Afianzar las iniciativas existentes y considerar nuevas a nivel regional.
- Considerar una moratoria de las nuevas negociaciones, incluso en los capítulos de inversión particulares de los tratados de libre comercio.
- Crear o fortalecer los tribunales nacionales regionales.

A nivel multilateral:

- Dar preferencia a las iniciativas Sur-Sur cuando los países en desarrollo contemplen las nuevas negociaciones de inversiones internacionales.
- Establecer un conjunto de principios Sur-Sur.

Sesión 7: Planes futuros y próximos pasos

Los seis principios que la Sra. Niki Kruger propuso en la sesión de la mañana fueron un excelente punto de partida. Los participantes continuaron debatiendo sobre las áreas relevantes complementarias para la elaboración de los principios, así como sobre las modalidades para mejorar la cooperación Sur-Sur a fin de reformar el régimen de tratado de inversiones. El **Prof. Makane Mbengue** (Universidad de Ginebra) presidió la sesión plenaria.

Los participantes estuvieron de acuerdo en que los principios propuestos y discutidos anteriormente son esenciales para la cooperación Sur-Sur:

1. Reconocimiento de que la inversión extranjera puede hacer aportes positivos al desarrollo sostenible cuando se integra en las estrategias de desarrollo nacional.
2. Reconocimiento de la importancia de situar a los tratados de inversión en un contexto más amplio para el desarrollo sostenible y los derechos humanos.
3. Reconocimiento de la importancia de equilibrar los requisitos económicos de los inversores con los derechos soberanos de los gobiernos de regular los intereses públicos.



4. Reconocimiento de que un marco legal nacional sólido puede ayudar a proteger las inversiones nacionales y extranjeras.
5. Reconocimiento de las deficiencias del régimen de protección de las inversiones internacionales en lo tocante a la solución de conflictos.
6. Reconocimiento de la importancia de buscar alternativas de elaboración de tratados para centrarse aún más en la definición de las prácticas comerciales responsables y prestarles más atención a la facilitación y promoción de las inversiones.

Se siguió entonces una discusión sobre principios adicionales que son de particular importancia desde la perspectiva de las economías emergentes y en desarrollo y de la cooperación Sur-Sur:

7. Reconocimiento de las deficiencias generales de los tratados de inversión tradicionales.
8. Reconocimiento de la necesidad de fortalecer los regímenes legales nacionales respecto a la inversión, incluso el poder judicial.
9. Reconocimiento de la asimetría que existe entre el tamaño, la capacidad, la etapa de desarrollo y los recursos de los gobiernos.
10. Reconocimiento de la necesidad de colaboración en la transferencia de conocimientos, experiencias y capacidades cuando sea necesario.
11. Reconocimiento de la importancia de asegurar que las inversiones Sur-Sur contribuyan al desarrollo sostenible de todas las partes involucradas.
12. Reconocimiento de la importancia de asegurar que los inversores cumplan con las leyes y reglamentos nacionales del estado anfitrión.
13. Reconocimiento de la necesidad de respetar los instrumentos legales internacionales relevantes.
14. Reconocimiento de la necesidad de mejorar el entorno comercial.
15. Reconocimiento de la importancia de no flexibilizar las normas relevantes con el propósito de atraer inversiones.



Otros temas importantes que los participantes debatieron en la discusión acerca de principios incluyeron la transparencia, las empresas estatales, la competencia entre los estados por las estructuras de incentivos, las cuestiones fiscales, las obligaciones del estado de origen y las obligaciones de los inversores.

En cuanto a los pasos concretos que se deben seguir para iniciar el proceso de desarrollo de una cooperación Sur-Sur más profunda y amplia, los participantes recomendaron que un proceso fuera establecido para que los países empiecen a crear un conjunto de principios dirigidos a los países con ideas afines sobre la base de los debates y las recomendaciones que surgieron durante este Foro que llevaría al Foro del próximo año.

Además, los participantes acordaron transmitir a sus gobiernos los siguientes mensajes:

A nivel nacional, los países deberían realizar lo siguiente:

- Mejorar aún más políticas *nacionales* que atraigan IED para suplementar políticas internacionales.
- Promover e intensificar debates internos de principios Sur-Sur acerca de inversión en el nivel más alto de la toma de decisiones.

A nivel internacional, los países deberían realizar lo siguiente:

- Intercambiar experiencias sobre la prevención de los conflictos relacionados con las inversiones internacionales.
- Impulsar el fortalecimiento de capacidades Sur-Sur.
- Fomentar el diálogo entre países con ideas similares para elaborar programas conjuntos de trabajo a fin de desarrollar formalmente los principios identificados en el IX Foro.
- Revisar los modelos de tratados de inversión y los tratados anteriormente firmados para cerciorarse de haber reflejado e incorporado los principios.

Ceremonia de clausura

El Sr. **Carlos Márcio Cozendey** (Brasil) felicitó a los participantes por la celebración exitosa del Foro y los resultados productivos obtenidos. Reiteró que el estado de evolución es una realidad y que se está ampliando y generando nuevas oportunidades para que los países reconsideren las estrategias que implementan para atraer inversiones de calidad a fin de fomentar el desarrollo sostenible. Destacó que aún se puede mejorar el régimen actual de tratados de inversión, de modo que se pueda equilibrar la balanza más hacia el lado del desarrollo sostenible, y los estados tengan menos inconvenientes para ejercer su capacidad de regulación. Para lograr este objetivo, se deben redactar buenas definiciones,



conocer los límites y crear mecanismos de solución de conflictos que sean justos para todas las partes interesadas afectadas.

El **Sr. Manuel Montes** (Centro del Sur) agradeció a todos los disertantes y participantes por su activa participación en el Foro. Remarcó que se está construyendo una comunidad a través de los intercambios en el Foro y que esta comunidad tiene bases comunes: el actual régimen internacional de los tratados de inversión está fracturado y los miembros de la comunidad están unidos para encontrar maneras de reformar el sistema actual sobre la premisa de que todos los miembros aceptarán las inversiones de calidad que respalden el desarrollo prolongado y sostenible de sus países. Se considera que los países en desarrollo están interesados en proteger a los inversores porque son cada vez más exportadores de capital. Este punto de vista es demasiado ingenuo debido a que, aparte de las reservas internacionales acumuladas de los gobiernos para asegurar su balanza de pagos, los flujos externos de los países en desarrollo son, principalmente, en proyectos de inversión y no en flujos de cartera. La protección de estos proyectos tradicionales es diferente de la protección general de todos los tipos de inversión, incluidas las marcas registradas, que es el enfoque del modelo de Estados Unidos. Por ello, se podría considerar seriamente la propuesta de la India de definir la inversión como una “empresa” en lugar de “cualquier clase de activo”. Finalmente, el Sr. Montes expresó su gratitud a los anfitriones y la FIRJAN. El Sr. Montes reconoció que Brasil es un verdadero innovador y una importante pieza en la cooperación Sur-Sur y la gobernanza mundial. Además, elogió las medidas adoptadas por Brasil al desarrollar el modelo ACFI, que marcó un cambio fundamental, dado que se pasó de un modelo enfocado en la protección a uno enfocado en la promoción y la facilitación. El Sr. Montes se mostró optimista al ver que los países en desarrollo son los que mejorarán el sistema internacional para su propio beneficio en el futuro cercano.

La **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD) agradeció a todos los disertantes, los participantes, los anfitriones, los facilitadores y el personal de apoyo por sus contribuciones en el Foro. Tras anunciar que el Foro del año próximo se celebrará en Asia, alentó a los países de la región a ofrecerse como organizadores del evento.

Por último, en nombre de todos los participantes, el **Sr. Ahmad Aslam** (Pakistán) agradeció a los organizadores por llevar a cabo el evento y ofrecer la plataforma para intercambiar ideas, reflexionar sobre las experiencias y pensar en los planes futuros.