



# Capacitación para Funcionarios Gubernamentales sobre Comercio y Medio Ambiente

## Módulo III-Dimensiones ambientales en el comercio internacional (Segunda Parte, continuación: Inversión y Desarrollo Sostenible)

**César Parga**  
**Departamento de Comercio, Crecimiento y  
Competitividad**



# Acuerdos de inversión: Los temas sustantivos

---

Organización de Estados Americanos  
Presentación elaborada por la Dra. Maryse Robert

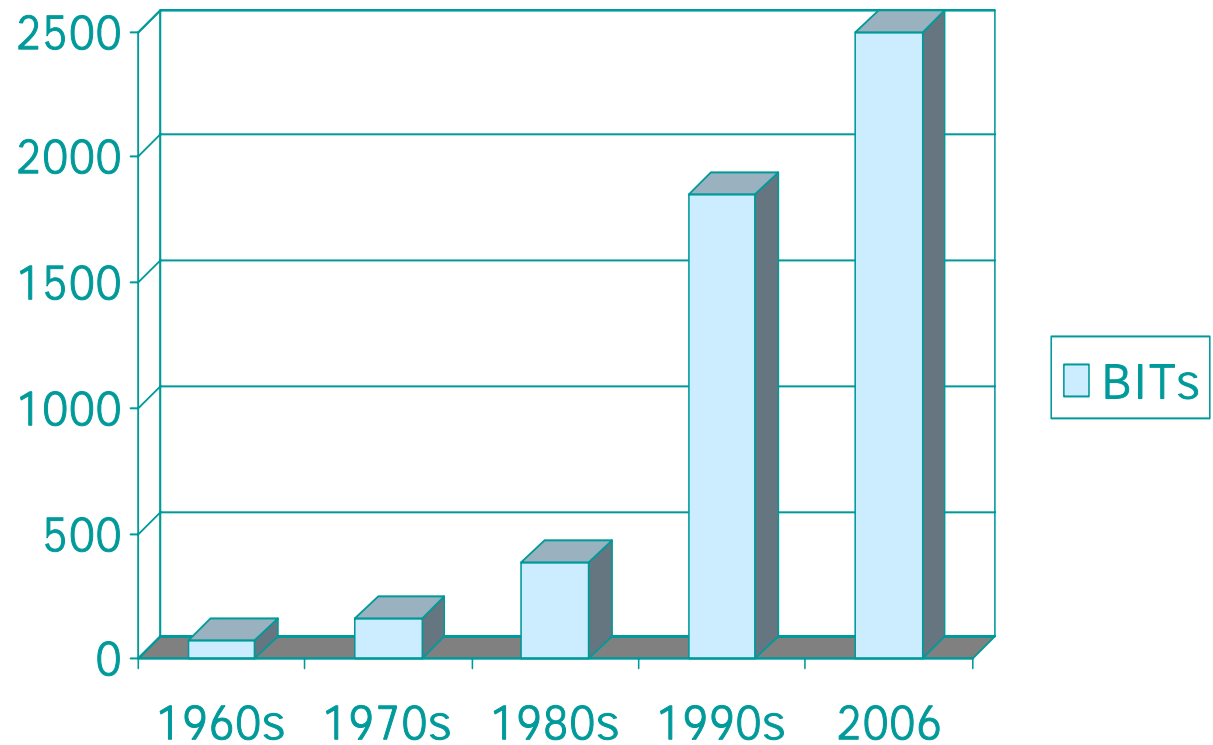


# El marco legal internacional

- **Bilateral**
  - ◆ Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)
- **Regional**
  - ◆ Capítulos sobre inversión en los acuerdos de integración regional y en los tratados de libre comercio
- **Multilateral**
  - ◆ Organización Mundial del Comercio (OMC) (no hay un marco comprensivo: Acuerdo MIC, AGCS, etc.)



## Crecimiento en número de BITs (más de 2500 al final de 2006)





## Normas sobre inversión: objetivos y cobertura

- Tres pilares:
  - Protección y niveles de trato: Seguridad jurídica mediante reglas claras y transparentes
  - Acceso a los mercados: Status quo o liberalización de las barreras a la inversión
  - Solución de controversias
  
- Cobertura:
  - ◆ Bienes
  - ◆ Servicios
  - ◆ Sectores específicos (servicios financieros)



# Acuerdos de inversión en las Américas

## ■ Protección y acceso a los mercados

TLC: TLCAN (1994); Bolivia-México (1995)

- . Costa Rica-México(1995); Grupo de los Tres (1995)
- . Canadá-Chile (1997); México-Nicaragua (1998)
- . Chile-México (1999); México-Triángulo del Norte (2001)
- . Centroamérica (MCCA) y Centroamérica-Panamá
- . Chile-EE.UU. (2004); DR-CAFTA, Perú-EE.UU, Col.-EE.UU
- . Colombia-Chile, Colombia-Triángulo del Norte, Perú-Chile
- . BITs de EEUU y Canadá



# Acuerdos de inversión en las Américas

- **Protección:**
  - ◆ MERCOSUR Protocolos sobre Inversión (suscritos en 1994, no han entrado en vigencia)
  - ◆ Comunidad Andina de Naciones (Decisión 291 de 1991)
  - ◆ Centroamérica-República Dominicana (suscrito en 1999)
  - ◆ República Dominicana-CARICOM
  - ◆ BITs de países latinoamericanos y del Caribe
- **Acceso a los mercados:**
  - ◆ Protocolo de Montevideo sobre Servicios (MERCOSUR) (1998. Entró en vigencia en diciembre de 2005)
  - ◆ Comunidad Andina de Naciones (Decisión 439 sobre Servicios y Decisión 510 sobre la Adopción del inventario de medidas restrictivas del comercio de servicios)

# Elementos de un acuerdo de inversión

- Ámbito de aplicación
- Definiciones
- Trato nacional
- Trato de NMF
- Requisitos de desempeño
- Alta dirección empresarial
- Nivel mínimo de trato
- Transferencias
- Expropiación
- Compensación por pérdidas
- Reservas y excepciones
- Solución de controversias





# Ámbito de aplicación

- **Ámbito sustantivo: los TLC**
- **El capítulo sobre inversión se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:**
  - ◆ **Inversionistas de la otra Parte**
  - ◆ **Inversiones cubiertas (ver definición)**
  - ◆ **Todas las inversiones en lo relativo a requisitos de desempeño/medio ambiente**



# Ámbito de aplicación

- **Ámbito temporal**  
Se aplica a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo  
Algunos acuerdos excluyen controversias surgidas con anterioridad a su vigencia  
(Algunos TLC excluyen controversias surgidas con anterioridad a su vigencia)
- **Ámbito territorial** (la definición del ámbito territorial de EE.UU. incluye 50 estados, DC y Puerto Rico)



# Relación con Otros Capítulos

- **En el caso de cualquier inconsistencia entre el Capítulo sobre inversión y otro Capítulo, el otro Capítulo (por ejemplo el capítulo sobre medio ambiente en el CAFTA-DR) prevalecerá en la medida de la inconsistencia.**



# Definiciones básicas

- Los términos “inversión” e “inversionista” determinan quién es beneficiario del acuerdo.



# Definición de inversión en los nuevos TLC

- La definición de inversión se refiere a las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo.
- Lista ilustrativa



# Definición de inversionista

- Persona natural
  - ◆ criterio principal: nacionalidad (los residentes permanentes también están cubiertos en algunos acuerdos)
  - ◆ Doble nacionalidad (nacionalidad dominante y efectiva)
  
- Persona jurídica
  - ◆ Criterio principal: Lugar de constitución



Acceso a los mercados

# Liberalización



# Trato nacional y trato de NMF

- ◆ Estándares relativos que prohíben discriminar entre nacionales y extranjeros (trato nacional) y entre extranjeros (trato de NMF)





# Trato nacional y trato de NMF

- Enfoque de los TLCs: TN y NMF otorgados con respecto a todas las fases de la inversión: **establecimiento**, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. **Contempla reservas o medidas disconformes.** (TLCs)



# Requisitos de desempeño

- ◆ BITs tradicionales no contienen disciplinas sobre requisitos de desempeño
- ◆ Los nuevos TLCs prohíben exigir requisitos de desempeño en relación con **establecimiento**, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio. **Lista exhaustiva. Prohíben condicionar la recepción de una ventaja a requisitos indicados en una lista exhaustiva.**



# Requisitos de desempeño

## Excepciones a las disciplinas en TLCs:

- Reservas o medidas disconformes
- Algunos TLCs (TLCAN, CAFTA-DR, Chile-EEUU, etc.) exceptúan requisitos legalmente establecidos para la recepción de una ventaja relativos a: localización geográfica de unidades productivas, generación de empleo o capacitación de mano de obra o investigación y desarrollo.



## Personal clave/Altos ejecutivos y directorios

- La mayoría de tratados consagran el derecho del inversionista a contratar personal clave: prohíben requisitos de nacionalidad para las posiciones de alta dirección u otro personal clave.
- **Contempla reservas o medidas disconformes. (TLCs)**



## Modalidades de acceso a los mercados para inversiones

- **TLCs > Lista negativa:** Cada Parte establece medidas disconformes a algunas disposiciones (por ej.: trato nacional, trato de NMF, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y consejos de administración).



# Lista negativa en los TLCs

Anexo I: Reservas con respecto a medidas existentes (status quo o liberalización):

- 1) Las medidas disconformes que no se exceptúen deben modificarse para hacerlas compatibles con el Acuerdo
- 2) Varias medidas disconformes del Anexo I incluyen compromisos explícitos de liberalización (de manera inmediata o gradual)
- 3) “Efecto de cremallera” o “*ratchet*”



# Lista negativa en los TLCs

## Anexo II: Reservas en relación con medidas futuras

Lista sectores y actividades con respecto a los cuales un país puede mantener medidas disconformes existentes y **puede adoptar medidas que sean más disconformes con respecto a trato nacional, NMF, requisitos de desempeño y altos ejecutivos**



## Ejemplo de reservas con respecto a medidas existentes (Anexo I)

País: Canadá

Sector: Pesca

Tipo de reserva: **Trato nacional**

Nivel de gobierno: Federal

Medidas: Policy on Foreign Investment in the Canadian Fisheries Sector, 1985

Description: Las empresas pesqueras procesadoras que tienen un nivel de participación extranjera mayor al 49 por ciento tienen prohibido detentar licencias canadienses de pesca comercial.





## Ejemplo de reservas con respecto a medidas futuras (Anexo II)

**Sector:** Tierra Costeras, Islas y Bancos Fluviales

**Obligaciones afectadas:** Trato Nacional (artículo 10.3)

- **Descripción:** Nicaragua se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a tierras costeras, islas y bancos fluviales en posesión de Nicaragua.



# Protección y niveles de trato



# Transferencias

Las Partes deben permitir que las transferencias se hagan: libremente, sin demora y en divisa de libre convertibilidad/libre uso al tipo de cambio vigente de mercado en la fecha de la transferencia.

Excepciones: medidas (equitativas y no discriminatorias) para proteger acreedores, relacionadas con procedimientos penales, entre otras.



# Nivel mínimo de trato

- El nivel mínimo de trato es un nivel de trato distinto al trato de NMF y al trato nacional
- Objetivo principal es proporcionar un nivel mínimo de trato que esté relacionado con el Derecho Internacional Consuetudinario

# Expropiación

- Prohibición de expropiación, directa o indirecta, o de medidas de efecto equivalente, salvo que sea:
  - ◆ Por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y mediante indemnización.
  
- Indemnización: pronta, adecuada y efectiva



# Expropiación en los nuevos TLCs

- Anexo
- Expropiación directa
- Expropiación indirecta
- Derecho a regular



## Expropiación indirecta (en los nuevos TLCs)

- La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación hecha específica constituye o no una expropiación indirecta, requiere una investigación factual, caso a caso, que se considere, entre otros factores:
  - ◆ el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta ha ocurrido;
  - ◆ la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
  - ◆ el carácter de la acción gubernamental.



## Expropiación indirecta (cont.)

- ***Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorias de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.***





# Compensación por pérdidas

- Los acuerdos de inversión no exigen compensación por pérdidas causadas por guerras u otros conflictos armados, disturbios civiles y otras causas de fuerza mayor.
- La mayoría, sin embargo, dispone que se otorgará al inversionista trato no discriminatorio respecto a cualquier medida que la Parte adopte o mantenga relativas a esas pérdidas. (Chile-EEUU/CAFTA-DR/Perú-EE.UU./Col-EE.UU.: excepciones: subsidios y donaciones)



# Compensación por pérdidas

- Chile-EEUU/CAFTA-DR/Perú-EE.UU./Col-EE.UU obligan a los países a pagar una compensación en dos situaciones específicas.
- 1) cuando el daño resulta de la incautación de la propiedad por las fuerzas o autoridades del estado anfitrión.
- 2) cuando el daño resulta de la destrucción de la propiedad por las fuerzas o autoridades del país anfitrión cuando la destrucción no sea causada en combate o no sea requerida por razones de necesidad.



## Otros temas: Medio ambiente

- Nada de lo dispuesto en el Capítulo sobre inversión se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con el Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.



# Solución de controversias



## Solución de controversias Inversionista-Estado

El inversionista de una Parte tiene el derecho de someter a arbitraje una demanda cuyo fundamento sea que la otra Parte ha violado una obligación establecida en el capítulo de inversión (en el caso de un TLC) o en el tratado (en el caso de un BIT) siempre y cuando haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación.



# Solución de controversias Inversionista-Estado

- Consultas y negociación (período de enfriamiento)
- Mayoría de tratados de inversión no requiere del agotamiento de los recursos.
- En algunos, acudir a las cortes locales precluye de reclamar posteriormente en el plano internacional
- Acceso directo al arbitraje internacional, ya sea:
  - ◆ Convención del CIADI
  - ◆ ICC o la Cámara de Comercio de Estocolmo
  - ◆ Reglas de la UNCITRAL



# Solución de controversias Inversionista-Estado

- El tribunal arbitral en caso de un laudo definitivo desfavorable, sólo podrá ordenar el pago de daños pecuniarios o la restitución de la propiedad al inversionista pero no puede solicitar al gobierno del Estado anfitrión modificar sus leyes o reglamentos.
- Laudos no pueden ser apelados pero anulación es posible en algunos casos bajo reglas del CIADI.



## Informes *Amicus Curiae*

- Informes *Amicus Curiae*: los nuevos TLC estipulan que el tribunal estará facultado para aceptar y considerar informes *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente.





## Solución de controversias Inversionista-Estado (en los nuevos TLCs)

- **Posibilidad de un órgano / mecanismo bilateral de apelación**