



# Respaldo mayoritario al informe del Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos

No solo es urgentemente necesario apoyar el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos publicado recientemente, sino también emprender las actividades de seguimiento pertinentes.

Esta es la principal conclusión a la que se llegó en la reunión informativa organizada por el Centro del Sur en colaboración con la Secretaría del Grupo de Alto Nivel.

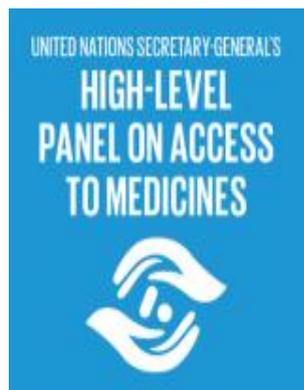
La principal oradora, Ruth Dreiffuss, copresidenta del Grupo de Alto Nivel y expresidente de la Confederación Suiza, hizo una presentación detallada del informe y destacó especialmente en las recomendaciones del mismo.

- Págs. 2 a 7



El Centro del Sur organizó una reunión informativa sobre el informe del Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos en colaboración con la Secretaría del Grupo.

**El Centro del Sur respalda el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos**



- Pág. 8

**Experiencias de algunos países en desarrollo que han reformado recientemente sus regímenes de inversión extranjera**

- Págs. 11 a 18

**Con la victoria del Uruguay sobre Philip Morris ganan también el control del tabaco y la salud pública**

- Págs. 9 a 10



# El Centro del Sur hace un llamamiento a la adopción de medidas para llevar a la práctica las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos

No solo es urgentemente necesario apoyar el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos publicado recientemente, sino también emprender las actividades de seguimiento pertinentes.

Esta es la principal conclusión a la que se llegó en la reunión informativa organizada por el Centro del Sur en colaboración con la Secretaría del Grupo de Alto Nivel.

La principal oradora, Ruth Dreifuss, copresidenta del Grupo de Alto Nivel y expresidente de la Confederación Suiza, hizo una presentación detallada del informe y destacó especialmente las recomendaciones del mismo.

Otros oradores fueron el director ejecutivo del Centro del Sur, Martin Khor, y la coordinadora de la Secretaría del Grupo de Alto Nivel, Mandeep Dhaliwal, del PNUD. Germán Velásquez, del Centro del Sur, presidió la reunión.

Cabe destacar asimismo las numerosas preguntas y comentarios formulados por los participantes en esta reunión destinada a las delegaciones de los países en desarrollo y representantes de la sociedad civil, que tuvo lugar el 11 de octubre de 2016 en el Palacio de las Naciones Unidas en Ginebra (Suiza).

A continuación presentamos un informe sobre esta reunión.

## Por Viviana Muñoz Tellez

El 11 de octubre de 2016 tuvo lugar una reunión informativa sobre el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos con el fin de que los diplomáticos y representantes de la sociedad civil pudieran escuchar de primera mano las observaciones de Ruth Dreifuss sobre los principales puntos del informe y en particular, su presentación detallada sobre las recomendaciones del mismo.

El Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, convocó el Grupo de Alto Nivel en noviembre de 2015 con el objetivo de «examinar y evaluar las propuestas y recomendar soluciones para corregir la incoherencia en materia de políticas entre los derechos justificables de los inventores, el derecho internacional de los derechos humanos, las normas comerciales y la salud pública en el contexto de las tecnologías de la salud». El informe final

fue publicado el 14 de septiembre de 2016.

El Grupo de Alto Nivel fue copresidido por Ruth Dreifuss, expresidenta de la Confederación Suiza, y Festus



El panel de la reunión informativa sobre el informe del Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos (de izquierda a derecha): Martin Khor, Centro del Sur; Ruth Dreifuss, copresidenta del Grupo de Alto Nivel; Germán Velásquez, Centro del Sur; Mandeep Dhaliwal, coordinadora de la Secretaría del Grupo de Alto Nivel.

Gontebanye Mogae, expresidente de Botswana, y estaba formado por 15 destacadas personalidades. Para realizar su trabajo el Grupo contó con el apoyo de un grupo consultivo de expertos formado por 25 miembros del mundo académico, el sector privado, la sociedad civil y organizaciones internacionales y organismos conexos de las Naciones Unidas.

## Presentaciones introductorias

Germán Velásquez, asesor especial en materia de salud y desarrollo, del Centro del Sur fue el moderador de la reunión. Velásquez recordó que el Centro del Sur presentó contribuciones al Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos y respaldó el informe final del Grupo en una declaración pública.

En sus observaciones preliminares, el director ejecutivo del Centro del Sur, Martin Khor, prometió que el Centro del Sur seguirá trabajando en consonancia con los objetivos del informe del Grupo de Alto Nivel y brindará apoyo a los países para aplicar las recomendaciones del informe.

Mandeep Dhaliwal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y coordinadora de la Secretaría del Grupo de Alto Nivel

sobre el Acceso a los Medicamentos, ofreció un panorama detallado del Grupo de Alto Nivel y de sus operaciones.

(Este número del *South Bulletin* contiene un artículo más detallado sobre estas dos presentaciones).

## Presentación del informe por Ruth Dreifuss

Ruth Dreifuss, copresidenta del Grupo de Alto Nivel, presentó los aspectos más destacados del informe. Dreifuss afirmó que el mandato del Grupo de Alto Nivel tiene por objeto corregir la incoherencia en materia de políticas, es decir, fijar prioridades entre los diferentes objetivos para los responsables de la toma de decisiones, a fin de hacer efectivos los derechos humanos y lograr los objetivos de salud pública.

En lo que respecta al acceso a los medicamentos existen viejos y nuevos desafíos. Aún persisten viejos desafíos como la falta de investigación para las enfermedades de los pobres y las enfermedades de unos pocos, hasta que la amenaza de las llamadas enfermedades emergentes como el zica y el ébola es reconocida; la mala adaptabilidad de los tratamientos a los diferentes entornos y condiciones locales de los países más pobres; y la inasequibilidad de los precios para quienes deben pagarlos de su bolsillo. Cabe cuestionar también la sostenibilidad de los avances logrados mediante alianzas privadas, consorcios de patentes y licencias voluntarias de productos.

Entre los nuevos desafíos se encuentra el aumento de la carga de morbilidad de las enfermedades no transmisibles, el aumento de la resistencia a los antimicrobianos, el elevado precio de los nuevos tratamientos que da lugar a la racionalización incluso en los sistemas de salud de los países desarrollados, la necesidad de desvincular el costo de la investigación y desarrollo (I+D) del precio de los tratamientos y el uso insuficiente de las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).

Diez años atrás, la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública (CIPHI) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que presidía entonces Ruth Dreifuss, tenía la plena esperanza de

que el uso de las flexibilidades en el ámbito de la propiedad intelectual aumentaría tras la aprobación de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Sin embargo, según Dreifuss, ahora hay grandes obstáculos para el uso de estas flexibilidades.

En su opinión, es necesario formular un nuevo planteamiento en materia de innovación biomédica. Una de las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 3 es apoyar las actividades de investigación y desarrollo (I+D) de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles. Para Dreifuss, el nivel insuficiente de innovación biomédica ya no se limita a las enfermedades tropicales desatendidas y se ha convertido en un problema mundial. Es necesario adoptar medidas de respuesta en materia de salud pública y hacen falta medicamentos, vacunas, diagnósticos y toda clase de dispositivos médicos, afirmó la copresidenta.

También habló de la necesidad de un nuevo enfoque para garantizar el acceso a las tecnologías médicas. El ODS 3 hace referencia al objetivo de lograr la cobertura sanitaria universal, en particular, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos. Dreifuss señaló que la disponibilidad de medicamentos a precios asequibles para todos los que lo necesiten depende en gran medida de las legislaciones sobre patentes (en particular, de los criterios de patentabilidad) y de las decisiones que tomen las autoridades responsables de la reglamentación y la contratación pública. Aunque existen otros factores, el ámbito de trabajo del Grupo de Alto Nivel se centró en estas cuestiones.

Dreifuss afirmó que el informe del Grupo de Alto Nivel presenta recomendaciones en el área de la propiedad intelectual, la investigación financiada con fondos públicos, los nuevos incentivos para la I+D, la transparencia, la gobernanza y la rendición de cuentas, y se refirió en detalle a estas recomendaciones.

### Recomendaciones en materia de propiedad intelectual:

- **Aprovechar plenamente las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC.** Los Gobiernos debe-

rían aprobar y aplicar legislaciones que faciliten la concesión rápida, equitativa y predecible de licencias obligatorias. Numerosos países no tienen leyes de habilitación. Los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) deberían aprovechar plenamente el margen de maniobra en materia de políticas previsto por el Acuerdo sobre los ADPIC para reducir la perpetuación de patentes (*evergreening*) y recompensar únicamente la innovación genuina. Los miembros de la OMC deben revisar el sistema del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública para encontrar una solución que haga posible la exportación rápida y oportuna de los productos biomédicos de países con capacidad de producción hacia países sin capacidad de producción.

- **Lograr un equilibrio en las prioridades en materia de acuerdos de libre comercio.** Los Gobiernos y el sector privado deben abstenerse de recurrir a amenazas explícitas o implícitas, tácticas o estrategias que socaven el uso de las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC. Debería informarse a la Secretaría de la OMC sobre casos de presión política y económica indebida durante el examen de las políticas comerciales de los miembros de la OMC. Los miembros deberían presentar quejas sobre presiones políticas y económicas y tomar medidas punitivas contra los infractores. Los Gobiernos que han emprendido negociaciones de acuerdos bilaterales y regionales sobre comercio e inversión deberían asegurarse de que estos acuerdos no interfieren con el derecho a la salud. Los Gobiernos deberían evaluar los efectos sobre la salud pública antes de suscribir estos acuerdos.

### Recomendaciones en materia de investigación financiada con fondos públicos:

- **Investigación financiada con fondos públicos al servicio de la salud pública.** Las entidades públicas de financiación para la investigación deben exigir que los conocimientos generados por dicha investigación tengan una difusión amplia y gratuita en la bibliografía examinada por homólogos. Las universidades e instituciones de investigación que reciben financiación pública deben dar prioridad a los objetivos de salud pública frente a la

rentabilidad financiera en sus prácticas de concesión de licencias y patentes, por ejemplo, licencias no exclusivas, participación en consorcios del sector privado y donación de propiedad intelectual.

#### **Recomendaciones en materia de nuevos incentivos para la I+D:**

- **Necesidad de nuevos incentivos para la I+D.** Es preciso que los Gobiernos aumenten sus niveles de investigación biomédica para atender las necesidades insatisfechas en el ámbito de la salud. Los Gobiernos, la industria biomédica, las instituciones que financian la asistencia sanitaria y la sociedad civil deberían concebir y aplicar modelos nuevos y adicionales de financiación y recompensa de la I+D en el área de la salud pública. El Secretario General de las Naciones Unidas debería entablar negociaciones entre los Gobiernos sobre coordinación, financiación y desarrollo de tecnologías de la salud para firmar un convenio de I+D que desvincule los costes de I+D de los precios finales. Como paso previo, los Gobiernos deberían crear un grupo de trabajo para comenzar a negociar un código de principios para la I+D biomédica.

#### **Recomendaciones para los Gobiernos en materia de rendición de cuentas y coordinación:**

- **La rendición de cuentas y la coordinación por parte de los Gobiernos es indispensable.** Los Gobiernos deben revisar la situación del acceso a las tecnologías de la salud en sus países a la luz de los principios de derechos humanos y las obligaciones de los Estados de hacerlos efectivos, con la ayuda de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Los resultados de dicha evaluación deben hacerse públicos. Asimismo, debe alentarse a la sociedad civil a presentar informes paralelos. Los Gobiernos deberían crear organismos interministeriales nacionales para coordinar las leyes, políticas y prácticas que puedan afectar la innovación y el acceso a las tecnologías de la salud.

#### **Recomendaciones para el sistema de las Naciones Unidas en materia de rendición de cuentas y coordinación:**

- **Necesidad de un sistema de gobernanza de las Naciones Unidas de evaluación que facilite la coherencia.** El Secretario General de las Naciones

Unidas debería crear un organismo de examen independiente (compuesto en su mayor parte por miembros de varias partes interesadas) encargado de evaluar los progresos en materia de innovación y acceso a tecnologías de la salud. El Secretario General de las Naciones Unidas debería crear un equipo de trabajo interinstitucional para aumentar la coherencia entre las organizaciones multilaterales que se ocupan de la innovación y el acceso a las tecnologías de la salud. El Secretario General de las Naciones Unidas debería convocar un período extraordinario de sesiones de las Naciones Unidas sobre innovación y acceso a las tecnologías de salud para 2018.

#### **Recomendaciones en materia de transparencia en el sector biomédico:**

- **Es precisa una mayor transparencia en el sector biomédico.** Los Gobiernos deberían exigirles a todos los fabricantes y distribuidores la divulgación de los costos de la I+D, producción, comercialización y distribución de sus productos, separando la información por categorías. Los Gobiernos deberían exigir la divulgación de la financiación pública obtenida para el desarrollo de tecnologías de la salud como créditos fiscales, ayudas y subvenciones. La Organización Mundial de la Salud (OMS) debería elaborar y mantener una base de datos de los precios de los medicamentos patentados, medicamentos genéricos y biosimilares en los países en los que han sido registrados.

#### **Recomendaciones en materia de transparencia en el área de los ensayos clínicos:**

- **Se requiere una mayor transparencia en materia de ensayos clínicos.** Los Gobiernos deberían exigir que los datos sobre todos los ensayos clínicos realizados y suspendidos se hagan públicos independientemente de que el resultado sea positivo. Los Gobiernos deberían exigir que los diseños de los estudios, los protocolos, conjuntos de datos y los datos de los pacientes protegidos por el anonimato sean públicos a fin de facilitar una colaboración abierta.

#### **Recomendaciones en materia de facilitación del acceso a la información sobre las patentes:**

- **Es preciso facilitar el acceso a la información sobre las patentes.** Los Gobiernos deberían elaborar, mantener y hacer públicas bases de datos con información relativa al estado de las patentes sobre medicamentos y vacunas con el apoyo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) como, por ejemplo, nombres estándar de los productos biológicos, nombres internacionales de denominación común y fechas de concesión y expiración de la patente.

#### **Recomendaciones para las empresas biomédicas en materia de transparencia y rendición de cuentas:**

- **Es preciso que las empresas biomédicas mejoren la transparencia y la rendición de cuentas.** Las empresas biomédicas privadas que realicen actividades de innovación deberían informar anualmente sobre las medidas adoptadas que promueven el acceso a las tecnologías de la salud. Asimismo, la rendición de cuentas debe aplicarse directamente a un nivel superior de gestión para mejorar el acceso a las tecnologías de salud. También deberían aplicar una política de contribución disponible públicamente para mejorar el acceso a las tecnologías de la salud con objetivos específicos, cronogramas y estructuras de rendición de cuentas.

Dreifuss concluyó su presentación afirmando que con sus recomendaciones el Grupo de Alto Nivel pretendía brindarles herramientas a las varias partes interesadas, entre ellas los organismos de las Naciones Unidas, las autoridades gubernamentales, los pacientes y las empresas privadas, para responder a las necesidades de las personas. Dreifuss exhortó a las partes interesadas y al público a aprovechar plenamente esta herramienta.

#### **Debate abierto**

Varias delegaciones tomaron la palabra en el debate para respaldar el informe y hacer observaciones sobre su importancia y sus resultados.

La embajadora de Cuba manifestó el pleno apoyo de su país a las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel y afirmó que los Gobiernos tienen la responsabilidad de aplicarlas y definir el mejor camino a seguir. Señaló asimismo que el Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos puede desempeñar un papel importante para apoyar estas políticas y lo que hace

falta es buena voluntad y voluntad política para aplicarlas. Según la embajadora, desafortunadamente hay opiniones divergentes sobre esta cuestión en los foros internacionales. La embajadora cubana recomendó a los Gobiernos respaldar el informe y su planteamiento ante la Asamblea General de las Naciones Unidas y la OMS, entre otros foros.

La embajadora añadió que aunque Cuba es un país pequeño con recursos limitados y sometido a un bloqueo internacional, ha logrado un acceso universal y equitativo a las tecnologías de la salud y ha demostrado que es posible lograrlo. Algunos de los elementos fundamentales, dijo, son sus políticas sanitarias; un marco jurídico que apoya el acceso a la salud, la educación y la alfabetización; el desarrollo de la biotecnología; un sólido sistema nacional de propiedad intelectual que protege los resultados obtenidos y tiene en cuenta las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC para adoptar medidas que protejan la salud pública y promuevan el acceso a medicamentos; una relación estrecha entre los centros de biotecnología y el Gobierno; la supervisión y el apoyo estatal; la creación de infraestructura; capital intelectual –humano y científico–; la integración de la biotecnología y la industria farmacéutica; y su visión centrada en el fortalecimiento de los organismos de reglamentación. Las políticas sanitarias, educativas, industriales, tecnológicas y de propiedad intelectual son convergentes y se refuerzan mutuamente, afirmó la embajadora.

El embajador del Brasil señaló que su delegación no podía más que alabar el informe, que plantea todas las cuestiones pertinentes de manera simplificada y contiene recomendaciones interesantes. El informe, dijo, ha permitido volver a poner sobre la mesa cuestiones que se han venido discutiendo durante más de veinte años y sobre las que se sigue intentando avanzar. El embajador del Brasil destacó la necesidad de integrar las recomendaciones del informe a los organismos oficiales de las Naciones Unidas y señaló que la negativa de países influyentes que no desean aceptar este informe como una base para avanzar constituye un obstáculo. La India, el Brasil y otros países formularon una propuesta para incluir las discusiones en el informe del Grupo de Alto Nivel como un punto del orden

del día del Consejo Ejecutivo de la OMS, pero algunos miembros del Consejo no aceptaron la propuesta. Por consiguiente, ahora mismo no hay un terreno favorable para discutir el informe en la OMS, dijo el embajador, quien resaltó también la necesidad de las medidas de seguimiento.

Los representantes de Venezuela, el Pakistán, la República Unida de Tanzania, entre otros, también expresaron su apoyo al informe.

Un representante de la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) manifestó la voluntad de la UNCTAD de ayudar a implementar varias de las recomendaciones y señaló que un punto importante del informe es la necesidad de permitir que los países decidan cuál es la mejor manera de lograr un equilibrio entre el comercio, la propiedad intelectual, los derechos humanos y la salud pública. El representante de la UNCTAD indicó igualmente que es necesario encontrar nuevos espacios y órganos multilaterales que puedan responsabilizarse de las recomendaciones, y fomentar la colaboración entre los distintos organismos de las Naciones Unidas.

### **Conclusiones del Centro del Sur**

En sus observaciones finales, Martin Khor dijo que el informe goza de un alto nivel de legitimidad pública y ha sido respaldado y encomiado por numerosos Gobiernos y organizaciones de la sociedad civil y todo ello contrasta las pocas reacciones negativas que ha suscitado. El director ejecutivo del Centro del Sur indicó que entre las principales áreas de acción destacadas por Ruth Dreifuss y respaldadas en la reunión están dar prioridad a las necesidades en materia de salud frente a otros objetivos, la necesidad de que los países conozcan y aprovechen plenamente las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC, la necesidad de alertar a los Gobiernos sobre los riesgos de los acuerdos comerciales que pretenden limitar su margen de maniobra en materia de políticas para aprovechar las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC, y la necesidad de aumentar la I+D para las enfermedades desatendidas y al mismo tiempo intentar urgentemente adoptar modelos de I+D que desvinculen el costo de la innovación del precio de los

medicamentos y en su lugar lo vincule al acceso a los medicamentos a precios asequibles.

Khor hizo hincapié en la importancia de que todos los Gobiernos, organizaciones internacionales, organismos de las Naciones Unidas, grupos del ámbito de la salud, la sociedad civil y profesionales de la salud consideren las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel y pasen a la acción para hacerlas realidad. Khor manifestó el compromiso del Centro del Sur de promover el informe y llevar a la práctica sus recomendaciones. Khor agradeció a los copresidentes Dreifuss y Mogae, a los miembros del Grupo de Alto nivel y de los grupos de expertos, así como a la Secretaría del Grupo por haber elaborado este excelente informe.

### **Contribuciones del Centro del Sur al Grupo de Alto Nivel**

El Centro del Sur presentó tres contribuciones al Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos. Carlos Correa, asesor especial en materia de comercio y propiedad intelectual del Centro del Sur, fue uno de los miembros del grupo consultivo de expertos que brindó apoyo técnico general al trabajo del Grupo de Alto Nivel.

### **Enlaces recomendados:**

El informe del Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos y otra información pertinente está disponible en: [www.unsgaccessmeds.org/final-report/](http://www.unsgaccessmeds.org/final-report/), [www.UNSGAccessMeds.org](http://www.UNSGAccessMeds.org).

Las contribuciones del Centro del Sur al Grupo de Alto Nivel están disponibles en: [www.southcentre.int/south-bulletin-91-18-june-2016/](http://www.southcentre.int/south-bulletin-91-18-june-2016/).

La declaración del Centro del Sur que respalda el informe está disponible en: [www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/09/160916\\_SC-statement-on-the-report-of-the-UNSG-HLP-on-Access-to-Medicines\\_ES.pdf](http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/09/160916_SC-statement-on-the-report-of-the-UNSG-HLP-on-Access-to-Medicines_ES.pdf).

*Viviana Muñoz-Téllez, coordinadora del Programa de Desarrollo, Innovación y Propiedad Intelectual (DIIP) del Centro del Sur.*

# Antecedentes del informe del Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos

En la reunión informativa acerca del informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos, organizada por el Centro del Sur y la Secretaría del Grupo, tuvieron lugar dos presentaciones antes del discurso principal que pronunció la copresidenta del Grupo, Ruth Dreyfuss. Estas presentaciones corrieron a cargo del director ejecutivo del Centro del Sur, Martin Khor, y de Mandeep Dhaliwal, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y coordinadora de la Secretaría del Grupo de Alto Nivel. La autora del informe sobre ambas presentaciones que se expone a continuación es Viviana Muñoz Téllez.



El Centro del Sur organizó una reunión informativa sobre el informe del Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos en colaboración con la Secretaría del Grupo.

solo en los países en desarrollo, sino también en los desarrollados. Implementar medidas y políticas en materia de comercio, propiedad intelectual, salud y derechos humanos de manera coherente también supone un reto para los Gobiernos. El Centro del Sur acogió con beneplácito la creación del Grupo de Alto Nivel que se estableció para buscar mejores formas de llevarlo a cabo.

Cuando se publicó el informe, el Centro del Sur formuló una declaración en la que acogía con satisfacción dicho informe y sus recomendaciones, relativas, entre otras cosas, a la necesidad de utilizar al máximo los mecanismos de flexibilidad en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC (Acuerdo sobre los ADPIC), su denuncia de las presiones políticas que se ejercen en los países para que no recurran a estos elementos de flexibilidad, sus críticas a las disposiciones de los tratados en materia de comercio e inversión que reducen el margen de maniobra de los países para proteger la salud pública y la necesidad de un sistema de Investigación y Desarrollo (I+D) en el que se desvinculen precios finales de las tecnologías médicas de los costes de la innovación y en el que la innovación esté asociada a un acceso a medicamentos a precios asequibles.

Martin Khor reiteró el compromiso del Centro del Sur de dar mayor difusión al informe, promover su aplicación en los Ministerios de salud y otras instituciones gubernamentales, organizaciones de la salud y en la sociedad civil, además de integrar dicho informe en las políticas nacionales.

Mandeep Dhaliwal dijo que el PNUD tuvo el honor de colaborar con el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) al servicio de la Secretaría del Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos. El Grupo abordó de forma

## Por Viviana Muñoz Téllez

En sus observaciones preliminares, **Martin Khor** destacó la relevancia del derecho humano a la salud y el importante papel que los Gobiernos están obligados a desempeñar para garantizar que dicho derecho se lleve a la práctica, entre otras cosas, para permitir el acceso universal a las tecnologías médicas; algo que se reconoce en una resolución trascendental sobre el acceso a los medicamentos aprobada por el Consejo de Derechos Humanos e impulsada principalmente por los países en desarrollo.

El director ejecutivo del Centro del Sur también hizo hincapié en la transcendencia del debate del Grupo de Alto Nivel de Naciones Unidas sobre el informe del Acceso a los Medicamentos para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Brindar acceso universal a servicios de atención sanitaria supone todo un reto para los Gobiernos, en particular para los de los países en desarrollo. La escasez de recursos es un factor clave. El elevado precio de los medicamentos es uno de los principales obstáculos para lograr un acceso a medicamentos a precios asequibles y, a día de hoy, representa un problema no

más amplia la relación existente entre innovación y acceso a las tecnologías de la salud. Dhaliwal destacó la gran carga de morbilidad debida a enfermedades infecciosas, entre las que se incluyen el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y las hepatitis B y C. Estas últimas causan la muerte a más de 4 millones de personas al año. Las enfermedades tropicales desatendidas, tal y como las denomina la Organización Mundial de la Salud (OMS), son endémicas en 149 países y representan el 12 % de la carga mundial de morbilidad. A ello se añade la carga mundial de morbilidad debida a enfermedades no transmisibles, responsables de la muerte de 38 millones de personas al año, de entre las cuales casi el 75 % —28 millones— se produjeron en países de ingresos medianos y bajos (PIMB) en 2013.

Asimismo, hay que contar con los problemas que supone el nivel insuficiente de innovación en el caso de numerosas enfermedades. Muchos productos no incluyen los nuevos avances terapéuticos respecto de los ya existentes. De los 850 productos terapéuticos nuevos que se registraron entre 2000 y 2011, el 70 % de los nuevos medicamentos registrados no presentaban ningún avance terapéutico. Además, solo el 4 % de los nuevos productos trataban enfermedades desatendidas. La innovación también es insuficiente en el campo de los nuevos antimicrobianos, como los antibióticos, lo que representa una gran amenaza para la salud pública. La tuberculosis multirresistente es una de las enfermedades que causa más muertes. El tratamiento puede durar 2 años, tiene efectos secundarios tóxicos y, en Estados Unidos, cuesta 4 000 dólares por paciente al año.

El Grupo de Alto Nivel de Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos sienta sus cimientos en el informe de la Comisión Global sobre el VIH y Derecho de 2012. En este informe, se solicitaba al Secretario General de las Naciones Unidas que convocase un organismo neutral de alto nivel con el fin de revisar y evaluar propuestas y recomendar un nuevo régimen de propiedad intelectual para productos farmacéuticos que sea consistente con el derecho internacional en materia de derechos humanos. El Grupo también se sustenta en la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) en septiembre de 2015. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 3

(ODS 3) consiste en «garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos».

Una de las metas en el marco del ODS 3 es lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos. Otra meta es apoyar las actividades de I+D de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles, de conformidad con la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. En la Agenda 2030, la salud y el desarrollo están estrechamente vinculados. La salud es el elemento facilitador del logro de muchos ODS.

El mandato del Grupo de Alto Nivel tiene su origen en el informe de la Comisión Global sobre el VIH y Derecho y en los ODS. El Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, anunció la creación del Grupo de Alto Nivel el 19 de noviembre de 2015. Este Grupo se encargaría de tratar las incoherencias políticas por las que millones de personas se están quedando marginadas. El Grupo, compuesto por 15 miembros, estaba encargado de «recomendar soluciones para corregir la incoherencia en materia de políticas entre los derechos justificables de los inventores, el derecho internacional de los derechos humanos, las normas comerciales y la salud pública» que están marginando a millones de personas en lo que respecta al acceso a medicamentos y tecnologías de la salud.

El Grupo estaba constituido por tres ejes que se retroalimentaban, a saber: un grupo de alto nivel; audiencias y debates a nivel mundial —que se celebraban en Johannesburgo y Londres— en los que se pedía a las múltiples partes interesadas como la sociedad civil, los Gobiernos y las empresas que contribuyesen y diesen ideas sobre las posibles soluciones que se trataban en los debates; y un grupo consultivo de expertos. Una vez que había recibido la información de los tres ejes, el Grupo se encargaba de formular recomendaciones viables y basadas en pruebas. El Grupo recibió 182 contribuciones por parte de asociaciones de

pacientes o de la sociedad civil, el sector privado, el mundo académico e institutos de investigación, instituciones gubernamentales y organismos conexos, organizaciones internacionales y organizaciones independientes.

El Grupo también se inspiró en los avances del Consejo de Derechos Humanos. En el 32º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos celebrado en junio de 2016, se aprobó una resolución sobre el acceso a los medicamentos (A/HRC/32/L.23/Rev), que fue respaldada por el Brasil, China, Egipto, Haití, la India, Indonesia, el Paraguay, Perú, Senegal, Sri Lanka, Sudáfrica, Tailandia y Turquía. La resolución hacía referencia al Grupo: «Observando con aprecio también la decisión del Secretario General de establecer un Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos».

Dicha resolución «exhorta a los Estados a que promuevan el acceso de todas las personas a los medicamentos, entre otras cosas mediante el pleno aprovechamiento de las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que ofrecen flexibilidad a ese efecto, reconociendo la importancia de la protección de la propiedad intelectual para el desarrollo de nuevos medicamentos, así como la preocupación que suscitan los efectos de esa protección en los precios». Asimismo, la resolución «reitera su llamamiento a los Estados para que sigan colaborando, según proceda, en la elaboración de modelos y enfoques que favorezcan la desvinculación del costo de las nuevas actividades de investigación y desarrollo de los precios de los medicamentos». En la resolución también se «invita a los Estados Miembros y a todos los interesados, incluidos los órganos, organismos, fondos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, los órganos de tratados, los titulares de mandatos de procedimientos especiales, las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil y el sector privado, a que promuevan la coherencia de las políticas en las esferas de los derechos humanos, la propiedad intelectual y el comercio y la inversión internacionales al estudiar el acceso a los medicamentos».

# El Centro del Sur respalda el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos

A continuación presentamos la Declaración del Centro del Sur sobre el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos publicada el 14 de septiembre de 2016.

El Centro del Sur respalda el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos (1) y su llamado a los Gobiernos, a los organismos de las Naciones Unidas y a otras organizaciones como la Organización Mundial del Comercio (OMC) a adoptar medidas con respecto a las recomendaciones del informe.

El informe señala que la comunidad mundial de la salud puede lograr progresos considerables en materia de acceso a los medicamentos mediante la adopción de medidas concertadas. Como indica el informe, el acceso a medicamentos, vacunas, diagnósticos y dispositivos médicos es una cuestión que preocupa a todos los países.

El Centro del Sur alienta a la Asamblea General de las Naciones Unidas a acoger con beneplácito el informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos y a convenir en la creación de un mecanismo para supervisar la aplicación de las recomendaciones.

Bajo la competente dirección de los copresidentes Ruth Dreifuss y Festus Gotebanye Mogae, el Grupo pudo lograr un consenso entre una gran diversidad de opiniones. Aunque los debates del Grupo de Alto Nivel no eran públicos, su composición y los comentarios de algunos miembros indican que no se pudo llegar a un acuerdo sobre algunas propuestas que entrañarían cambios significativos en el modelo actual de innovación farmacéutica. Aun así, el Grupo logró proponer en su informe recomendaciones significativas entre las cuales se encuentran las siguientes:

- Los Miembros de la OMC deberían aprovechar plenamente el margen de maniobra en materia de políticas previsto en el Artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) adaptando los conceptos *invención y patentabilidad* y aplicando definiciones rigurosas de estos términos que redunden en el mejor interés de la salud pública del país y sus habitantes. Ello implica enmendar las leyes para limitar la perpetuación de las patentes (*evergreening*) y conceder patentes solo cuando haya habido una innovación genuina.

- Los Gobiernos deberían adoptar y aplicar legislaciones que faciliten la concesión de licencias obligatorias.

- Los miembros de la OMC deberían revisar la decisión del Párrafo 6 a fin de encontrar una solución que haga posible la exportación rápida y oportuna de los productos farmacéuticos fabricados bajo licencia obligatoria.

- Los Gobiernos y el sector privado deben abstenerse de recurrir a amenazas explícitas o implícitas, tácticas o estrategias que socaven el derecho de los miembros de la OMC a hacer uso de las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC.

- Los Gobiernos de países que han suscrito tratados bilaterales y regionales de comercio e inversión deberían garantizar que estos tratados no contengan disposiciones que interfieran con sus obligaciones de hacer efectivo el derecho a la salud.

- Las universidades e instituciones de investigación que reciben financiación pública deben dar prioridad a los objetivos de salud pública frente a la rentabilidad financiera en sus prácticas de concesión de licencias y patentes.

- Las partes interesadas como los Gobiernos, la industria biomédica, las instituciones que financian la asistencia sanitaria y la sociedad civil deberían poner a prueba y aplicar modelos nuevos y adicionales de financiación y recompensar la investigación y el desarrollo (I+D) en materia de salud pública.

- El Secretario General de las Naciones Unidas debería iniciar un proceso para que los Gobiernos negocien acuerdos mundiales sobre la coordinación, financiación y desarrollo de tecnologías de la salud, en particular, que entablen negociaciones sobre un convenio vinculante de I+D que desvincule los costos de la I+D de los precios finales a fin de promover el acceso a una atención sanitaria de buena calidad para todos.

- Los Gobiernos deberían crear un grupo de trabajo para comenzar a negociar un código de principios para la I+D biomédica.

- Los Gobiernos deben revisar la situación del acceso a las tecnologías de la salud en sus países a la luz de los principios de

derechos humanos y las obligaciones de los Estados de hacerlos efectivos, con la ayuda de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

- Los Gobiernos deberían exigir a los organismos de reglamentación farmacéutica y a las entidades responsables de la contratación pública la divulgación de información relativa al costo de la I+D, la producción, la comercialización y la distribución de la tecnologías de la salud, así como a toda financiación pública recibida para el desarrollo de tecnologías de la salud como créditos fiscales, ayudas y subvenciones.

- Los Gobiernos deberían hacer públicos todos los datos sobre los ensayos clínicos, así como la información y las bases de datos sobre la situación de la información sobre patentes y datos sobre los medicamentos y las vacunas.

El Centro del Sur incrementará su apoyo a sus Estados Miembros y a todos los países del Grupo de los 77 (G-77) en la aplicación de las recomendaciones. Varias de estas recomendaciones ya están en consonancia con su labor actual y reflejan las propuestas presentadas al Grupo de Alto Nivel. El Centro del Sur está dispuesto a colaborar con el órgano de examen independiente encargado de evaluar el progreso sobre la innovación en tecnologías de salud y el acceso a éstas que, como lo recomienda el informe, creará el Secretario General de Naciones Unidas (2).

(1) El informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos está disponible (en inglés) en: <http://static1.squarespace.com/static/562094dee4b0d00c1a3ef761/t/57d9c6ebf5e231b2f02cd3d4/1473890031320/UNSG+HLP+Report+FINAL+12+Sept+2016.pdf>.

(2) Las contribuciones del Centro del Sur al Grupo de Alto Nivel el Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos están disponibles (en inglés) en: <http://www.unsgaccessmeds.org/inbox/2016/2/26/south-centre>; <http://www.unsgaccessmeds.org/inbox/2016/2/28/south-centerb>; <http://www.unsgaccessmeds.org/inbox/2016/2/28/south-centrec>.

# Con la victoria del Uruguay sobre Philip Morris ganan también el control del tabaco y la salud pública

Por Germán Velásquez

En una decisión histórica que ha sido aclamada como una victoria de las medidas de salud pública contra los malos intereses comerciales, un tribunal internacional desestimó la reclamación de la gigante tabacalera Phillip Morris que sostenía que el Gobierno del Uruguay violó sus derechos al adoptar medidas de control del tabaco.

La decisión del tribunal era aguardada con interés pues este era el primer caso interpuesto contra un Gobierno por adoptar medidas para controlar la comercialización de productos del tabaco.

Philip Morris inició el proceso contra el Uruguay en febrero de 2010 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en virtud de un tratado bilateral de inversión (TBI) entre la República Oriental del Uruguay y la Confederación Suiza. El fallo fue pronunciado el 8 de julio de 2016.

En virtud del TBI las empresas extranjeras pueden interponer demandas contra el Estado receptor por diversos motivos como, por ejemplo, que sus políticas constituyen una expropiación de las expectativas de utilidades o una violación del «trato justo y equitativo». Estos tratados de inversión y tribunales de arbitraje como el CIADI han sido duramente criticados en los últimos años porque las decisiones de estos últimos favorecen a las empresas y porque según sus detractores, violan el derecho de los Estados de reglamentar en beneficio del interés público.

En este caso en particular, el fallo del tribunal desestimó las reclamaciones de la gigante tabacalera y confirmó que las medidas a favor de la salud adoptadas por el Uruguay son legítimas.

El presidente del Uruguay, Tabaré Vázquez, se refirió así al fallo el 8 de julio: «Hemos probado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que nuestro país, sin violar ningún tratado, ha satisfecho su irrenunciable compromiso con la defensa de la salud de su gente. [...] Desde ahora, cuando las tabacaleras intenten moderar las regulaciones del convenio marco con la amenaza de un litigio, se encontrarán con nuestro precedente».

Laudo del Tribunal:

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (BANCO MUNDIAL), WASHINGTON, D.C., 8 de julio de 2016

PHILIP MORRIS BRANDS Y ABAL HERMANOS S.A. (LAS DEMANDANTES) y REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (LA DEMANDADA)

(Caso CIADI N.º ARB/10/7)

LAUDO

«Por los motivos esgrimidos *supra*, el Tribunal decide lo siguiente:

1) Se desestiman los reclamos de las Demandantes; y

2) Las Demandantes deberán abonar a la demanda la suma de USD 7 millones a cuenta de sus propios costos, y serán responsables de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI, reintegrando a la Demandada todos los montos abonados al Centro en ese sentido».

## Antecedentes y detalles

Philip Morris International (PMI) inició un proceso judicial contra el Gobierno del Uruguay ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial en febrero de 2010. Era la primera vez que la industria del tabaco desafiaba a un Estado frente a un tribunal internacional.

Philip Morris alegaba que las medidas de salud impuestas por el Ministerio de Salud Pública del Uruguay violaban sus derechos de propiedad intelectual y no respetaban las obligaciones dimanantes del TBI del Uruguay con Suiza.

Philip Morris impugnaba dos medidas en particular.

La primera de ellas es la adopción en 2008 por parte del Ministerio de Salud Pública del Uruguay del requisito de la presentación única que impedía los fabricantes comercializar diferentes variedades de productos bajo una misma marca, por lo que Philip Morris se vio obligado a retirar del mercado 7 de sus 12 productos. Philip Morris afirmó que la restricción de comercializar una sola variedad afectaba considerablemente el valor de la

empresa.

La segunda medida impugnada por Philip Morris era la «regulación del 80/80». Mediante la promulgación de un decreto presidencial se imponía un aumento de las advertencias sanitarias gráficas en los paquetes de cigarrillos de forma que cubrieran un 80 % y no un 50 % de la cajetilla, lo que dejaba solo un 20 % del espacio para las marcas registradas, logos y publicidad.

El Uruguay adoptó políticas estrictas de control del tabaco que se ajustaron al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco (CMCT OMS), a la luz de las pruebas de que el consumo de tabaco es causa de adicción, enfermedad y defunción.

Según el Ministerio de Salud (1), desde que el Uruguay puso en marcha el programa de control del tabaco en 2003, su campaña integral de control del tabaco ha traído consigo una disminución sustancial y sin precedentes del consumo de tabaco.

De 2005 a 2011 el consumo de cigarrillos por persona disminuyó un 25,8 %. El consumo de tabaco entre jóvenes de entre 12 y 17 años de edad disminuyó de más del 30 % a un 9,2 % de 2003 a 2011. Los datos del Ministerio de Salud también indican que desde que se promulgaron las leyes antitabaco, la hospitalización de pacientes por infarto agudo de miocardio se redujo en un 22 %.

Por ser este el primer litigio internacional, el caso reviste una importancia particular en debates similares que tienen lugar en otros foros como la Organización Mundial del Comercio (OMC), donde algunos Estados han impugnado las medidas de control del tabaco de otros Estados. El fallo también es una victoria significativa para un Estado que afronta amenazas comerciales por parte de empresas tabacaleras que impugnan las medidas de control del tabaco.

La decisión apoya a los Estados que elijan ejercer su derecho soberano de promulgar leyes y adoptar estrategias para el control de la venta de tabaco a fin de proteger la salud de sus poblaciones.

Es una victoria de David contra Goliat. Se ha indicado que los ingresos anuales de Philip Morris en 2013 fueron de 80.200 millones de dólares, cifra que contrasta con el producto interno bruto (PIB) de Uruguay de 55.700 millones de dólares. El

abogado y especialista internacional en el arbitraje de tratados de inversión, Todd Weiler, afirmó en su dictamen jurídico que la reclamación no es más que el cínico intento por parte de una próspera empresa multinacional de dar escarmiento con el caso de un pequeño país con recursos limitados enfrentado a un proceso internacional con suficiente financiación (2).

Un aspecto importante del caso fue que las Secretarías de la OMC y del CMCT OMS presentaron un escrito *amicus curiae* en el curso del proceso (3).

En el escrito se presentaban aspectos generales del control mundial del tabaco como la función del CMCT OMS y se exponían los datos en materia de salud pública que sustentaban las leyes uruguayas de empaquetado y etiquetado, así como las prácticas de los Estados al aplicar medidas similares.

El Tribunal aceptó la presentación del escrito *amicus curiae* basándose en que aportaba una perspectiva independiente sobre las cuestiones objeto de la controversia y contribuía mediante los conocimientos y la experiencia de «entidades calificadas». Más adelante, el Tribunal apoyó su decisión en varios puntos del análisis fáctico y jurídico del escrito.

Al aceptar la presentación del escrito *amicus curiae*, el Tribunal señaló que «en vista del interés público que implica este caso» aceptar el escrito *amicus curiae* «sustentaría la transparencia del procedimiento».

#### **El fallo del Tribunal confirmó que el Uruguay podía mantener las siguientes medidas específicas de reglamentación:**

1) Prohibir a las empresas tabacaleras comercializar cigarrillos de formas que creen la falsa impresión de que algunos cigarrillos son menos nocivos que otros.

2) Exigirles a las empresas tabacaleras que las advertencias gráficas e imágenes de los peligros del consumo de tabaco para la salud ocupen un 80 % de ambas caras de las cajetillas de cigarrillos.

Según Chakravarthi Raghavan (4), cabe destacar varias conclusiones jurídicas del fallo del Panel:

1. El Uruguay no violó ninguna de sus obligaciones en virtud del TBI entre Suiza y el Uruguay ni le negó a Philip Morris ninguna de las protecciones provistas por dicho tratado.

2. Las medidas de reglamentación del Uruguay no constituían una «expropiación» de la propiedad de Philip Morris sino el ejercicio de buena fe del

poder soberano del Uruguay para proteger la salud pública.

3. Las medidas adoptadas por el Uruguay no le negaron a Philip Morris un «trato justo y equitativo» ya que no eran arbitrarias; por el contrario, eran medidas razonables firmemente respaldadas por estudios científicos y que habían recibido un gran apoyo de la comunidad mundial del control del tabaco.

4. Las medidas adoptadas por el Uruguay no le negaron a Philip Morris de manera «irracional y discriminatoria» el uso y el disfrute de sus derechos relativos a las marcas porque fueron promulgadas para responder a preocupaciones legítimas de interés público y no estaban motivadas por una intención de despojar a Philip Morris del valor de su inversión.

#### **Conclusión**

El fallo es histórico porque apoya el argumento de que no solo el Uruguay sino los Estados en general tienen el derecho soberano de adoptar leyes y reglamentos para proteger la salud pública mediante la reglamentación de la comercialización y la distribución de productos del tabaco.

Se espera que muchos otros países que aguardaban este laudo antes de promulgar reglamentaciones similares sigan el ejemplo del Uruguay. Como afirmó el presidente Tabaré, es tiempo de que otras naciones se sumen al combate del Uruguay «sin temor a las represalias de las poderosas tabacaleras, tal como lo ha hecho Uruguay».

Sin embargo, aún hay una gran preocupación de la opinión pública en todo el mundo sobre el papel que los TBI han desempeñado en la restricción del margen de maniobra de los países en materia de políticas y en particular, de políticas de salud. También han suscitado mucha

preocupación los fallos adoptados por otros tribunales del CIADI y otros centros de arbitraje que han apoyado las alegaciones de las empresas y han obligado a los Estados a pagar cuantiosas indemnizaciones. En el caso de Philip Morris contra el Uruguay, el fallo del tribunal fue acertado al apoyar el derecho del Estado a reglamentar en el interés de la salud pública. Sin embargo, las preocupaciones siguen siendo válidas en general, ya que puede que en otros casos los tribunales no sean tan considerados con el interés público.

#### **Notas:**

(1) Informe Nacional del Estudio ITC Uruguay (2006-2012).

(2) A. Nightingale, «The Significance of Uruguay's Win Over Philip Morris International», *IP Watch* (Ginebra, 21/07/2016).

(3) <http://www.who.int/tobacco/communications/news/international-legal-tribunal-states-right-to-protect-health/en/>

(4) Chakravarthi Raghavan, «Uruguay: Wins dispute before ICSID over its tobacco control policies», *South-North Development Monitor (SUNS)* y *TWN Info Service on Health Issues*, 18 de julio de 2016.

*Germán Velásquez, asesor especial en materia de salud y desarrollo del Centro del Sur*



Campaña en Montevideo sobre las sustancias tóxicas presentes en el tabaco.

# Experiencias de algunos países en desarrollo que han reformado recientemente sus regímenes de inversión extranjera



Rob Davies, ministro de Industria y Comercio de Sudáfrica, pronunció el discurso inaugural en la reunión paralela del Centro del Sur para analizar los planteamientos de los países en desarrollo sobre la reforma de las normas de inversión.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), desde 2012 al menos 110 países han examinado sus políticas nacionales o internacionales de inversión y al menos 60 países han desarrollado o están desarrollando nuevos modelos de acuerdos internacionales de inversión (AII). Para la UNCTAD, no se trata ya de saber si debe haber una reforma o no, sino el contenido, la manera y la amplitud de tal reforma.

La pregunta es cómo plantearla. Varios países, tanto desarrollados como en desarrollo, están examinando sus planteamientos en materia de acuerdos de inversión y solución de controversias entre inversores y Estados y exploran la manera de lograr un equilibrio entre los derechos y deberes de los inversores y la salvaguardia del derecho de los Estados de legislar.

Si bien el proceso de reforma de los acuerdos internacionales de protección de las inversiones está evolucionando, aún está en ciernes. Además, aunque parece que la mayoría de los Estados son de la opinión de que la reforma es necesaria, es evidente que los planteamientos sobre las reformas anunciadas varían considerablemente en función del país.

Numerosas economías en desarrollo se han retirado de los acuerdos de inversión y buscan alternativas ya sea mediante leyes nacionales o planteando nuevos modelos de acuerdos de inversión más equilibrados. Al examinar sus acuerdos prestan mayor atención a encontrar un planteamiento equilibrado y a reducir la responsabilidad jurídica en la solución de controversias entre inversores y Estados en relación con las medidas de reglamentación adoptadas teniendo en cuenta el interés público. En el transcurso de 2015 Indonesia continuó con la revisión de su modelo de acuerdo de inversión, India presentó su nuevo modelo de acuerdo de inversión, Sudáfrica adoptó una nueva ley nacional de inversiones que entró en

Por Manuel F. Montes y Adriano José Timossi

## Introducción

En el marco del 14º período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (XIV UNCTAD) el Centro del Sur y el Gobierno de Indonesia organizaron conjuntamente una reunión paralela para analizar los planteamientos de los países en desarrollo sobre la reforma de las normas de inversión y el diálogo y la cooperación Sur-Sur, que tuvo lugar en la Misión de Indonesia en Ginebra (Suiza).

El objetivo de esta reunión era examinar los planteamientos adoptados por algunos países en desarrollo en la reforma del régimen de protección de las inversiones, en particular, los tratados y el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE), así como reflexionar sobre la importancia del diálogo Sur-Sur en relación con el futuro del régimen de tratados de inversión.

La reunión, celebrada el 20 de julio de 2016 se celebró en el marco del Foro Mundial sobre la Inversión en la XIV UNCTAD.

Moderó el debate Manuel Montes, asesor superior en materia de finanzas y desarrollo del Centro del Sur. Rob Davies, ministro de Industria y Comercio de Sudáfrica y figura eminente del debate sobre el desarrollo, pronunció un discurso inaugural. Entre los panelistas figuran **Alexandre Parola**, director del Departamento Económico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil; **Chanchal Sarkar**, director del fondo nacional de infraestructura e inversiones del Departamento de Asuntos Económicos de la India y **Noorman Effendi**, director adjunto de comercio, inversión y derechos de propiedad intelectual del Ministerio de Relaciones Exteriores de Indonesia. Como parte de las actividades del programa tuvo lugar una discusión interactiva.

## Observaciones preliminares

En sus observaciones preliminares Manuel Montes afirmó que la necesidad de una reforma fundamental del régimen internacional para la protección de los inversores extranjeros es algo que ya no suscita controversia. En efecto, el sistema no funciona, es costoso y muchas veces constituye un obstáculo para el desarrollo.

vigor a finales de 2015 y el Brasil elaboró su modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de las inversiones.

Montes señaló que las reformas propuestas por los países en desarrollo han sido comprobadas en la práctica y están basadas en sus experiencias y no en la «fe» que se apoya en las pocas y excepcionales ocasiones en las que el sistema parece «funcionar». Montes afirmó asimismo que, por su parte, muchos países desarrollados defienden la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho y al mismo tiempo promueven un sistema que representa los defectos fundamentales que entran en contradicción con estos objetivos. El moderador destacó que es hora de que el Sur pase de simplemente acatar las normas a ser quien las crea.

También agradeció el apoyo del Gobierno de Indonesia al acoger conjuntamente la reunión con el Centro del Sur y destacó el carácter innovador del modelo indonesio de acuerdo de protección de las inversiones. Señaló que hay muchas similitudes entre los países africanos e Indonesia en cuanto a las corrientes de inversión extranjera directa (IED), pues ambas economías se centran en las industrias extractiva y minera dirigidas a los mercados de exportación.

El orador principal y los panelistas encomiaron al Centro del Sur y al Gobierno de Indonesia por la organización de la reunión paralela y por centrarse en un tema de gran importancia para los países en desarrollo.

### **Discurso inaugural presentado por Rob Davies, ministro de Industria y Comercio de Sudáfrica**

El ministro Davies comenzó su discurso expresando su agradecimiento hacia el Centro del Sur y su director ejecutivo, Martin Khor. El ministro Davies destacó el apoyo brindado por Martin Khor al Gobierno de Sudáfrica en la búsqueda de soluciones para los problemas de desarrollo de su país. Recordó las visitas de Khor a Sudáfrica en varias ocasiones y el papel del Centro del Sur al constituir una fuente de información para el Gobierno sudafricano.

Davies indicó asimismo que ha habido una competencia entre paradigmas sobre las corrientes de inversión y la protección de las inversiones y dijo

que Sudáfrica fue persuadida en un momento determinado de adoptar el paradigma prevaeciente. Explicó asimismo que durante el periodo del primer gobierno democrático en 1994 y la elaboración de la Constitución, el país tuvo que hacer frente a muchas incertidumbres sobre las intenciones del nuevo Gobierno democrático en relación con el trato aplicable a los inversores. Dijo que al final se convenció al Gobierno de aplicar un modelo que otorgaba a los inversores una protección considerable contra la posibilidad de la expropiación directa o indirecta con la esperanza de atraer corrientes de inversión extranjera que ayudaran a diversificar la economía.

El ministro Davies explicó que por esta razón Sudáfrica pasó a ser parte de lo que la UNCTAD describe como una estructura de proliferación o multiplicidad de más de 3000 tratados bilaterales de inversión (TBI) firmando numerosos TBI y ratificando otros muchos, en su mayoría con países desarrollados y con algunos países en desarrollo. Afirmó que estos acuerdos se basaron en el modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), cuyas normas de protección, como el trato justo y equitativo o el trato nacional, no estaban claramente definidas. Dijo que muchos de estos acuerdos preveían la renovación automática salvo mediante la presentación oportuna de un anuncio de rescisión.

Señaló que el problema de estos acuerdos se hizo evidente cuando políticas públicas como la iniciativa de Emancipación Económica de la Población Negra fueron impugnadas por los inversores en el marco del SCIE. Según el ministro, quedó claro entonces que el Gobierno no podía permitirse basar su relación con los inversores en la continuación de estos acuerdos. Davies señaló que alrededor del año 2007 Sudáfrica comenzó una revisión completa de sus políticas y acuerdos de inversión y las medidas actuales se basan en los resultados de esta revisión.

En primer lugar, dijo el ministro, Sudáfrica estudió la correlación entre los TBI y las corrientes de IED y el análisis no concluyó que una considerable entrada de IED provenía de los países con los que Sudáfrica había firmado acuerdos de inversión. En cambio, las entradas provenientes de países con los que Sudáfrica no había firmado dichos acuerdos como los Estados Unidos y el

Japón, eran importantes.

En segundo lugar, un análisis del mecanismo de SCIE y de los casos llevados al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) puso en evidencia un patrón de casos cada vez más costosos. La interpretación amplia que hacen los tribunales arbitrales de normas de protección como la expropiación indirecta o el «trato justo y equitativo» favorece la presentación de reclamaciones carentes de fundamento por parte de inversores inescrupulosos, dijo el ministro Davies, quien señaló además que muy pocos de estos inversores contribuyen al desarrollo de las capacidades productivas de los países receptores. Según Davies, uno de los casos más indignantes es la demanda presentada por una empresa tabacalera contra el Uruguay impugnando las medidas para el control del tabaco, que demuestra que los Estados pueden verse en una situación vulnerable al ejercer sus responsabilidades en materia de políticas públicas. En este caso, el tribunal falló a favor del Gobierno. El ministro también habló del caso interpuesto por una empresa minera contra Sudáfrica en relación con una licencia minera en que el inversor alegaba ser víctima de expropiación indirecta.

El ministro señaló que tras el examen, el Gobierno de Sudáfrica decidió cambiar el modelo de protección de los inversores y centrarse en la promoción de las inversiones, un planteamiento similar al adoptado por el Brasil. Según Davies, el planteamiento sudafricano tiene en cuenta la realidad de la situación de las inversiones extranjeras que indica que la inversión extranjera se ha concentrado en las inversiones de cartera. El ministro señaló que la mayoría de las corrientes de IED proviene de fusiones y adquisiciones y cuestionó la necesidad de atraer y promover esa clase de inversiones volátiles y móviles.

Asimismo, destacó varios elementos que rigen el marco de inversiones sudafricano. El primer elemento son los programas sectoriales de la política industrial de Sudáfrica, que crean un entorno que atraerá inversores hacia sectores particulares. El ministro indicó que definir un conjunto de políticas en torno a programas sectoriales puede ser más eficaz para atraer las inversiones que la protección tal como la

prevén los acuerdos de inversión. El ministro Davies dio el ejemplo del programa del sector automotor, que necesita incentivos y ciertas protecciones arancelarias. También puso el ejemplo de Australia en donde el sector automotor está a punto de quebrar tras la eliminación de dichos incentivos. Según el ministro, en Sudáfrica el programa del sector automotor se ha traducido en numerosas inversiones. El ministro afirmó que el país también ha desarrollado un programa de energía renovable y muchos inversores están invirtiendo en estos programas sectoriales en Sudáfrica. El ministro dijo igualmente que la inexistencia de TBI no ha disminuido las oportunidades de desarrollo de la política industrial debido a estos programas sectoriales.

El segundo elemento del marco de inversiones de Sudáfrica citado por el ministro Davies es la facilitación de las inversiones. Davies destacó la eficiencia de Sudáfrica para atraer inversores específicamente para los programas sectoriales y facilitar las inversiones en estos sectores. También explicó que un comité a cargo del presidente supervisa la labor del organismo de inversiones, se encarga de la coordinación con los comités de los órganos legislativos y fija objetivos para la adopción de decisiones.

El tercer elemento del marco sud-africano de inversiones es una nueva ley que prevé una serie de garantías para todos los inversores nacionales y extranjeros. El ministro dijo que el Gobierno intentó lograr un equilibrio entre los derechos de los inversores, la protección contra la expropiación y el derecho del Gobierno a reglamentar. La propuesta de esta ley se encontró con una fuerte oposición. En aquella época Sudáfrica comenzó a discontinuar numerosos TBI pese a las cláusulas de supervivencia que prolongaban la protección de los TBI otros 10 o 15 años para las inversiones que ya existían en el momento de la terminación del tratado. El ministro observó que el haberse salido de los TBI no se ha traducido en una reducción del crecimiento de las inversiones y que las actividades de promoción de las inversiones junto con la ley nacional han contribuido a crear un clima sólido para las inversiones.

Davies destacó la importancia que tiene para Sudáfrica el contexto regional pues el destino de este país está ligado al continente africano. Para el



De izquierda a derecha, panelistas de la reunión paralela del Centro del Sur: Manuel Montes (Centro del Sur), Noorman Effendi (Indonesia), Alexandre Parola (Brasil), Chanchal Sarkar (India) y el ministro Rob Davies de Sudáfrica.

ministro, los esfuerzos de promoción del comercio regional y las inversiones en el continente forman parte de los esfuerzos de diversificación e industrialización. A este respecto, dijo que Sudáfrica ha emprendido numerosos proyectos para aumentar sus inversiones en la región y las empresas sudafricanas tienen un código de conducta que comprende el pago de impuestos y el respeto de las leyes nacionales.

El ministro Davies hizo referencia al fuerte impulso dirigido actualmente a resucitar el modelo de inversión multilateral de la OCDE. Davies señaló que algunos de los resultados de la Conferencia Ministerial de Nairobi de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las «nuevas cuestiones» presentadas para ser objeto de discusión como el comercio electrónico y la competencia, podrían terminar bajo la supervisión de un acuerdo multilateral de inversión sólido. También se refirió a las discusiones en curso en el CIADI, al debate sobre un tribunal mundial en materia de inversiones y los principios rectores del Grupo de los 20 (G-20) no vinculantes sobre inversiones, propuestos de manera sumamente general y abstracta.

Las maneras de atribuirles responsabilidades a los inversores, el derecho de los Gobiernos a reglamentar, el margen de maniobra en materia de políticas necesario para el desarrollo y la industrialización, y las reformas del mecanismo de SCIE son cuestiones que es necesario examinar con mayor profundidad. El ministro Davies compartió con los asistentes las novedades de las discusiones que tienen lugar actualmente con el Brasil en relación con un

posible nuevo modelo de tratado de inversión Sur-Sur. Según el ministro, este tratado podría ayudar a adoptar planteamientos alternativos sobre la protección y la promoción de las inversiones que serían muy distintos del modelo de la OCDE.

El ministro Davies afirmó asimismo que también hay discusiones en curso con los asociados tradicionales de los países desarrollados sobre el futuro de los acuerdos de inversión. La Unión Europea (UE) espera que en la próxima cumbre de la UE y África se avance en la conclusión de un acuerdo de inversión entre ambas partes. También se están manteniendo discusiones sobre el futuro de la Ley sobre Crecimiento y Oportunidad en África y su posible reemplazo. El ministro Davies destacó que la discusión debe girar en torno a los desafíos que afronta el continente africano como el desarrollo de infraestructuras y las inversiones. Señaló asimismo que estos acuerdos deben prever medidas para fomentar las capacidades productivas de los países africanos pues de otro modo el acuerdo comercial no cambiará la situación.

### Discursos de los panelistas

#### Alexandre Parola, director del Departamento Económico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil

Alexandre Parola se refirió a la noción de «cambio de paradigma» mencionada por el ministro Rob Davies y dijo que en su opinión, todos los paradigmas actuales son imperfectos, no solo aquellos en el ámbito de las inversiones. Parola afirmó que lo que ha ocurrido en la economía internacional

desde 2008 demuestra la necesidad de un cambio de paradigma. Dijo que se presentan todos los síntomas y lo que hace falta es encontrar el tipo de diagnóstico adecuado. Muchos países, afirmó, tienen tipos de interés nullos, lo que no es normal desde una perspectiva a largo plazo. También mencionó la excesiva liquidez, que nadie sabe cómo usar, salvo para especular sobre los precios de los activos. Según Parola, actualmente estamos ante una situación de desglobalización; durante los últimos 5 años la economía mundial ha crecido más que las corrientes comerciales, lo cual es un indicador importante de desglobalización. También se refirió a las cadenas mundiales de valor y señaló que hay que ser muy cautelosos ya que podrían constituir una nueva y muy injusta división internacional del trabajo.

Parola describió brevemente el planteamiento del Brasil sobre los acuerdos internacionales de inversión. Dijo que en los últimos decenios se han emprendido numerosas iniciativas para crear un amplio marco internacional de reglamentación para la inversión extranjera y que debido a la falta de consenso entre los exportadores y los importadores de capital, los TBI surgieron como una alternativa a las negociaciones multilaterales.

También afirmó que según la UNCTAD, durante la década de 1990 proliferaron los TBI y que actualmente existen cerca de 3000 acuerdos firmados. Se refirió asimismo a los numerosos análisis en los que se han criticado las limitaciones de los TBI, en particular con relación a las restricciones sobre la autonomía en materia de reglamentación y la capacidad de los Estados de adoptar políticas públicas; el trato más favorable a los inversores extranjeros frente a los inversores nacionales; los elevados costos económicos y políticos de los juicios arbitrales; la imposición de elevadas indemnizaciones a los Estados por daños y la falta de transparencia de los laudos arbitrales.

Parola afirmó que estos acuerdos contienen disposiciones específicas de protección con el fin de brindar mayores garantías a los inversores extranjeros, por ejemplo, contra la expropiación indirecta, y consideran las medidas reglamentarias que afectan una inversión como equivalentes a la expropiación indirecta. Explicó que estos acuerdos instauran mecanismos de SCIE que

crean un foro exclusivo para reclamaciones de inversores extranjeros contra los Estados receptores y prevén definiciones amplias de lo que es una *inversión* que incluyen las inversiones de cartera, como inversiones en el mercado financiero. Según Parola, estos conceptos son inaceptables para el Brasil.

Parola afirmó que el importante volumen de TBI ha dado lugar a más de 600 casos de SCIE conocidos y son cerca de 98 los países que han respondido al menos a una controversia. Tres cuartas partes de esos casos fueron interpuestos contra países en desarrollo y economías en transición y la mayor parte del total de los casos (un 29 %) contra países de América Latina y el Caribe.

La cantidad excesiva de litigios originados por los TBI afecta al entorno empresarial y a las iniciativas para atraer las inversiones a los países en desarrollo, así como a la capacidad normativa de los Estados para adoptar políticas legítimas en función del interés público en áreas como la salud, el medioambiente y la seguridad pública. En este sentido la mejor opción sería la prevención de las controversias, tanto para atraer las inversiones como para mantenerlas.

En los últimos años la experiencia negativa de muchos países ha puesto en evidencia las limitaciones de estos acuerdos y en particular, la insuficiencia del mecanismo de SCIE. Países como Australia, la India, Indonesia y Sudáfrica, entre muchos otros, han emprendido revisiones de sus TBI y en varias ocasiones incluso han procedido a su terminación.

En este contexto, el Gobierno del Brasil ha creado un nuevo modelo de acuerdo de inversión con un planteamiento más constructivo que tiene por objeto fomentar la cooperación institucional y facilitar las corrientes de inversión mutuas entre las Partes. La propuesta, llamada Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones fue concebida con base en las discusiones con las organizaciones internacionales y de un extenso proceso de consultas con el sector privado del Brasil.

A diferencia de los TBI tradicionales, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones tiene por objeto satisfacer las necesidades de los inversores de manera concreta, prag-

mática y proactiva respetando a la vez la estrategia de desarrollo y el margen de maniobra en materia de reglamentación de los países receptores. El Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones se apoya en tres pilares: a) un marco de mitigación de riesgos para el trato de los inversores y sus inversiones; b) la gobernanza institucional, y c) programas de facilitación de la cooperación y de las inversiones.

Mediante el primer pilar, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones prevé un conjunto de medidas para reducir la exposición al riesgo de los inversores y crear un marco para el tratamiento de los inversores y de sus inversiones. También prevé garantías de no discriminación (trato nacional y trato de la nación más favorecida), cláusulas de transparencia, condiciones específicas para casos de expropiación directa, compensación en caso de conflictos y garantías para las transferencias internacionales.

Mediante el segundo pilar, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones prevé la creación de centros de coordinación o «defensorías» en todas las Partes y la creación de un comité conjunto. Estos elementos pueden considerarse el núcleo institucional del Acuerdo en la medida en que contribuyen a cumplir los compromisos adquiridos y a fortalecer el diálogo entre las Partes en relación con las inversiones y con una asistencia adecuada a los inversores. El comité conjunto, compuesto por representantes del Gobierno de ambas Partes, se encarga de supervisar la aplicación del Acuerdo, el intercambio de información sobre las oportunidades de inversión, la cooperación sobre inversiones bilaterales y la facilitación de las iniciativas y, por encima de todo, las medidas conjuntas para evitar controversias y la solución amistosa de problemas relacionados con las inversiones bilaterales.

La función del centro de coordinación es servir de facilitador entre los inversores y el Gobierno, tanto en lo que respecta al diálogo como al apoyo por parte del Gobierno, con el objetivo de mejorar el entorno para atraer las inversiones. La Cámara de Comercio Internacional del Brasil (CAMEX), organismo interministerial vinculado a la Presidencia, servirá de organismo defensor.

Mediante su tercer pilar, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones prevé la instauración de programas de facilitación y cooperación en materia de inversiones en áreas que puedan mejorar el entorno de las inversiones. Estos programas pueden variar según las posibilidades y los problemas de la relación bilateral de inversión.

El Acuerdo también fomenta el establecimiento de normas estrictas de responsabilidad social, medioambiental y empresarial de parte de los inversores y sus inversiones, lo que contribuye a promover inversiones de calidad y a aumentar los beneficios para el desarrollo sostenible de las comunidades locales y el Estado receptor.

Además, mientras que un TBI tradicional se centra principalmente en las normas del mecanismo de SCIE, la propuesta del Brasil se centra en los mecanismos de prevención de controversias con base en el diálogo bilateral mediante los centros de coordinación y el comité conjunto, responsables del examen preliminar de los problemas presentados por las Partes. Si una controversia da lugar a juicios arbitrales, las partes en el juicio serán los Estados, de forma similar a lo que ocurre en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

El Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones es una alternativa innovadora a los tratados de inversión tradicionales que tiene por objeto superar las limitaciones y el planteamiento contencioso de estos últimos fomentando una interacción más dinámica, constructiva y duradera entre las Partes. Este modelo también reconoce el papel esencial de los Gobiernos en la creación de un entorno favorable para las inversiones que satisfaga tanto las necesidades del sector privado como las prioridades en materia de desarrollo de los países receptores.

Con respecto a las negociaciones, el director del Departamento Económico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil dijo que es importante que haya un diálogo sobre el proyecto de Acuerdo con la participación de todos los organismos gubernamentales pertinentes. Según Parola, en el equipo técnico encargado de las negociaciones del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones participan el Minis-

terio de Relaciones Exteriores; el Ministerio de Industria, Comercio Exterior y Servicios; el Ministerio de Finanzas, la CAMEX, el Banco Central y la Oficina del Fiscal General.

Por último, señaló que al día de hoy el Brasil ha firmado el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones con Angola, Chile, Colombia, Malawi, México, Mozambique y el Perú.

#### **Chanchal Sarkar, director del fondo nacional de infraestructura e inversiones del Departamento de Asuntos Económicos de la India**

El director del fondo nacional de infraestructura e inversiones del Departamento de Asuntos Económicos de la India habló sobre el modelo de tratado de inversión de la India. Dijo que en 1991 la India comenzó a suscribir TBI con el fin de atraer la IED y crear un régimen jurídico estable para atender las reclamaciones de los inversores extranjeros y añadió que hasta el momento, la India ha firmado que estos tratados recíprocos se han negociado con base en el texto modelo adoptado en 1993 y enmendado en 2003. Según Sarkar, el modelo de TBI de 1993 contenía disposiciones ambiguas susceptibles de ser interpretadas de manera amplia por los tribunales arbitrales y que no tenían debidamente en cuenta las condiciones socioeconómicas de la India y los objetivos generales de la política gubernamental. Afirmó asimismo que desde 2009 el Gobierno comenzó a recibir numerosos avisos de controversia de inversores extranjeros con base en dichos tratados, por lo que emprendió un ejercicio para comprender y determinar los problemas jurídicos y de políticas dimanantes de los TBI en vigor. Como parte del ejercicio, el Gobierno examinó el modelo anterior de TBI y presentó una versión revisada, que fue aprobada por el Consejo de Ministros de la India el 16 de diciembre de 2015, afirmó.

Sarkar explicó que el régimen de TBI de la India se basa en la premisa fundamental de que aunque los tratados de inversión son importantes para aportar un marco normativo institucional que haga efectivos los derechos y las reclamaciones de los inversores extranjeros, es igualmente importante garantizar que los TBI no

socaven el margen de maniobra en materia de políticas de los Gobiernos ni les impidan regular las inversiones extranjeras por motivos legítimos de interés público. Además, dijo, el examen del modelo de TBI de la India tenía por objeto tratar cuestiones relacionadas con las interpretaciones demasiado amplias de algunas disposiciones por parte de los tribunales arbitrales, así como reflejar y tomar en cuenta adecuadamente la realidad de la política socioeconómica de la India. Por consiguiente, explicó, el modelo de TBI intenta lograr un delicado equilibrio entre los intereses en conflicto de los inversores para proteger sus inversiones, las obligaciones de los inversores y el derecho de reglamentación de los Estados.

Sarkar dijo que los fines subyacentes en el modelo de TBI pueden resumirse de la siguiente manera: i) el objetivo del modelo de TBI es brindarles a los inversores extranjeros en la India la protección adecuada y a la vez preservar adecuadamente los poderes de reglamentación del Gobierno. La premisa fundamental es que los tratados deben ser un medio adicional de protección para los inversores extranjeros, mientras que los contratos comerciales adecuadamente redactados entre inversores y Estados u organismos privados, son el medio de protección principal, indicó Sarkar. Según él, la intención es garantizar que únicamente los casos verdaderamente «difíciles», es decir, los que tienen que ver con violaciones genuinas y flagrantes de los derechos de los inversores o con un trato manifiestamente arbitrario por parte de los Estados, sean adjudicados a un tribunal arbitral internacional, pero los otros casos sean juzgados en tribunales nacionales.

ii) El modelo de TBI reposa sobre el principio fundamental de agotamiento de los recursos internos, afirmó el funcionario indio. Se espera que los inversores den prioridad al sistema judicial nacional de la India antes de invocar los TBI para resolver todo tipo de controversias, dijo. Sarkar señaló asimismo que se espera que próximamente se tomen nuevas medidas para reformar las leyes y los sistemas judiciales internos a fin de garantizar una mayor eficiencia en el acceso de los inversores extranjeros a la justicia, con miras a complementar los objetivos del modelo de TBI.

iii) El modelo de TBI también intenta reflejar la preocupación esencial sobre

el ámbito de los tratados de inversión. Según Sarkar, por mucho tiempo la premisa fundamental de los tratados de inversión ha sido proteger la IED, es decir, las inversiones, que son a largo plazo por naturaleza. La definición clásica de IED según el punto de referencia de la OCDE indica el objetivo de establecer un interés duradero por parte de una empresa residente, afirmó. Los tratados actuales no reflejan este planteamiento y por consiguiente, toda clase de accionistas minoritarios o con una participación indirecta están protegidos por los TBI. Sarkar explicó que el nuevo modelo tiene por objeto armonizar el régimen de acuerdos internacionales de inversión con el régimen de IED teniendo en cuenta la premisa fundamental de la IED, de que la IED es a largo plazo por naturaleza. Afirmó igualmente que teniendo en cuenta este objetivo, el término *inversión* ha sido definido en el nuevo modelo de TBI como una empresa y refleja el objetivo de establecer un interés duradero por parte de un inversor.

iv) El modelo de TBI también se basa en la necesidad de cambiar la asimetría que existe en el sistema actual de TBI que supone que se prevén protección y vías procesales para los inversores independientemente de su conducta. Desde el punto de vista de la India, los tratados de inversión no son solo instrumentos de protección para los inversores, sino también una herramienta válida para promover los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), la transparencia en los acuerdos empresariales y para evitar las prácticas empresariales poco éticas. Para Sarkar, el nuevo texto modelo de TBI de la India adopta un planteamiento sustantivo para promover estas metas legítimas de política mediante la inclusión de un capítulo sobre las obligaciones de los inversores y exigiéndoles a los inversores cumplir la legislación del Estado receptor antes de recurrir a la solución de controversias en virtud de los tratados.

v) El modelo de TBI busca encontrar un punto de equilibrio entre los costos y los beneficios del mecanismo de SCIE. Sarkar señaló que tras las extensas deliberaciones dentro del Gobierno y de este con otras partes interesadas, el modelo de TBI mantiene el mecanismo de SCIE. Precisó que, sin embargo, también incorpora normas precisas sobre varios elementos como las nego-

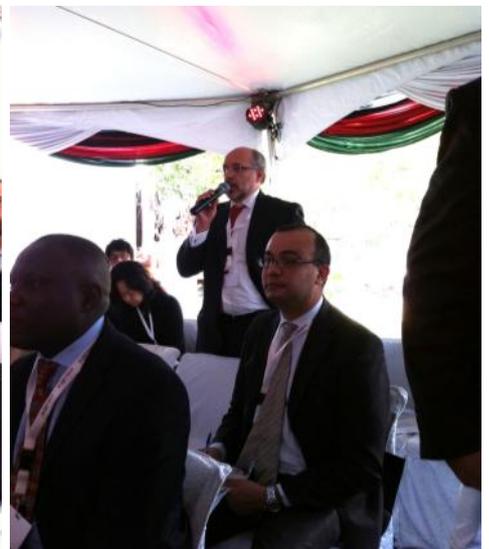


Participantes en el turno de preguntas.

ciaciones obligatorias, la prevención de conflicto de intereses para los árbitros, la transparencia, la interpretación y el examen a fin de salvaguardar el interés de los Estados Parte para evitar que sean sometidos a obligaciones injustas de reparación.

vi) También ha habido un cambio en la forma y la estructura del acuerdo en sí, dijo Sarkar. Observó que hasta el momento los AII han adoptado un planteamiento minimalista y generalmente contienen entre 10 y 12 páginas con disposiciones imprecisas que permiten a los tribunales arbitrales gozar de demasiada autoridad interpretativa. Las disposiciones del nuevo modelo de TBI son lo suficientemente detalladas, en especial respecto de las protecciones sustantivas y la solución de controversias.

Sarkar se refirió también a las principales características y disposiciones del modelo indio de TBI que prevé varias disposiciones innovadoras a fin de mantener los derechos de los inversores y a la vez preservar el derecho de los Estados de legislar en función del interés público como, por ejemplo: a) un modelo posterior al establecimiento de la protección de las inversiones. b) Una definición precisa del ámbito del tratado y la exclusión de cuestiones delicadas de política pública de dicho ámbito como la tributación, la contratación pública y los servicios públicos. c) Exclusión de las disposiciones de «trato justo y equitativo» y «trato de la nación más favorecida». Sin embargo, el nuevo modelo de TBI prevé la obligación de garantizar el debido proceso y la protección contra el trato mani-



fiestamente abusivo o la discriminación selectiva por motivos evidentemente injustos o por denegación de justicia en cualquier procedimiento judicial o administrativo.

Sarkar dijo asimismo que el modelo indio de TBI se basa en un enfoque realista. Señaló que la reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión es un proceso gradual, que debe seguirse paso a paso teniendo en cuenta todos los tratados y medidas y que el modelo es solo una primera etapa de la reforma general de todo el sistema.

El nuevo modelo refleja la política internacional de inversión del Gobierno y se espera que se convierta en la base de todas las negociaciones de TBI en las que participe la India en el futuro, afirmó Sarkar. Sarkar expresó su esperanza de que el modelo de TBI se convierta en un documento modelo a nivel mundial para incorporar las cuestiones relativas al desarrollo sostenible en el sistema de tratados de inversión y motive a otros Estados a reformar sus regímenes de tratados de inversión.

El director del fondo nacional de infraestructura e inversiones del Departamento de Asuntos Económicos de la India concluyó afirmando que, para el Gobierno indio, las recientes reformas del modelo indio de TBI podrían crear un régimen de inversiones más estable y minimizar el uso indebido del mecanismo de SCIE.

**Noorman Effendi, director adjunto de comercio, inversión y derechos de propiedad intelectual del Ministerio de Relaciones Exteriores de Indonesia.**

Effendi presentó los puntos de vista y la experiencia de Indonesia en el proceso

de revisión de los TBI y los AII de acuerdo con sus intereses nacionales y objetivos actuales de política.

Señaló que desde que Indonesia comenzó en 2013 la revisión de sus TBI, el Gobierno ha examinado 64 TBI y 5 capítulos de inversión que figuran en varios tratados de libre comercio (TLC). Dijo que el objetivo de la revisión es evaluar los AII actuales y sus efectos para la economía indonesia. Effendi señaló que a la fecha Indonesia ha decidido descontinuar 20 de los 64 TBI y que el proceso de revisión seguirá desarrollándose de manera gradual y a conciencia.

La cláusula del mecanismo de SCIE reviste una importancia particular para Indonesia ya que este país presenta el número más alto de casos de SCIE entre los Estados miembros de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN). La decisión de emprender la revisión fue motivada en particular por un pleito de 1 000 millones de dólares de la empresa británica Churchill Mining y una reclamación sin fundamento a raíz de una operación de rescate tras la quiebra de un banco privado (*Rafat Ali Rizvi c. Indonesia*).

Effendi señaló que la mayoría de estos casos se debieron a elementos nocivos del régimen de AII. Por ejemplo, en el caso *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia*, el inversor no cumplió la disposición de la legislación indonesia con relación a la admisión de su inversión. El pleito planteaba el interrogante de si la inversión de Rafat Ali fue admitida de conformidad con la ley indonesia de inversiones de capital extranjero de

1967 o cualquier ley que la enmiende o la sustituya. Desde el punto de vista jurídico, dijo Effendi, lo anterior guarda relación con el ámbito y la definición de *inversión*, uno de los elementos nocivos del examen en el marco del régimen de AII. Es por esta razón que la reforma de los AII pretende aclarar la definición de las inversiones abarcadas y evitar definiciones vagas y demasiado amplias. Effendi señaló que solo las inversiones directas admitidas en un proceso administrado por el organismo nacional de inversiones (BKPM) y bajo una forma jurídica especial de empresa de inversión extranjera tienen derecho a la protección del TBI. Effendi explicó que el tribunal aceptó la opinión de Indonesia y afirmó en el laudo que la inversión del reclamante no fue admitida de acuerdo con ley indonesia de inversiones de capital extranjero como lo exigía el TBI y por consiguiente, no entraba en el ámbito del tratado.

El desequilibrio actual del régimen de los AII y el mecanismo de SCIE hace vulnerables a los Estados a las actuaciones judiciales y posiblemente responsables de pagar cuantiosas indemnizaciones. Además, dijo Effendi, limita el ejercicio de los derechos soberanos de los Estados y menoscaba claramente el margen de maniobra en materia de políticas, que es esencial para que los Gobiernos favorezcan el interés público. En cambio, se otorga a los inversores una gran variedad de derechos sin obligaciones claras.

En la práctica, afirmó Effendi, en virtud del régimen actual de AII muchos Estados receptores ya han consentido en que los inversores sometan las controversias al arbitraje internacional sin que sea necesario el consentimiento adicional de los Estados receptores (es decir, el «consentimiento automático»). Este «consentimiento automático» debería modificarse y debería incluirse en todos los acuerdos de inversión un requisito de consentimiento previo. Effendi indicó que Indonesia considera la posibilidad de incluir este requisito de consentimiento diferenciado antes de que el inversor pueda someter una controversia al arbitraje internacional. La inclusión de este requisito de consentimiento previo implica que un inversor extranjero que pretenda demandar al Estado ante el CIADI, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o en virtud de cualquier otro reglamento de arbitraje deberá obtener primero el consentimiento del Estado receptor.

Effendi considera esta propuesta un ajuste equitativo ya que supone que los inversores pueden someter el caso al arbitraje internacional si el inversor y el Estado receptor han expresado su consentimiento en resolver el caso mediante el arbitraje. Por consiguiente, señaló, se requeriría un acuerdo especial para resolver una diferencia mediante el arbitraje internacional en función de cada caso.

El Artículo 25 del Convenio del CIADI prevé varias condiciones para resolver una diferencia ante el CIADI, como por ejemplo, una «notificación por escrito» para resolver la diferencia ante el CIADI. En términos jurídicos, el Convenio requiere que «[...] hayan consentido por escrito en someter al Centro». Sin embargo, el Artículo 25 no da más detalles sobre la forma específica de notificación por escrito de consentimiento. Effendi sostuvo que corresponde a los Gobiernos elaborar dicha «notificación por escrito» y a la vez proteger adecuadamente sus intereses frente a los juicios arbitrales en todos los acuerdos de inversión que suscriban.

Según Effendi, se espera que este planteamiento reduzca el número de reclamaciones planteadas ante el mecanismo de SCIE y fomente la solución de casos mediante tribunales nacionales o mecanismos alternativos de solución de controversias. Podría incluirse en este planteamiento el agotamiento de todos



Llegada de los delegados al recinto en donde se celebró la XIV en Nairobi.

los recursos locales y jurídicos disponibles antes de recurrir al arbitraje internacional. Para Effendi, la formulación de una política sólida de inversión extranjera exige la protección de los intereses nacionales y contar con un margen de maniobra en materia de políticas en un entorno mundial de inversiones abierto. Effendi señaló que los Estados receptores deberían poder elaborar mejores reglamentos y acuerdos de cooperación en materia de inversiones que abarquen de manera integral las cuestiones relativas al aspecto jurídico de las inversiones como, por ejemplo, las disposiciones sobre inversiones viables, casos de incumplimiento, cláusulas resiliatorias, indemnizaciones y recursos, legislación aplicable y elección de la instancia de solución de controversias, mediante la reforma del sistema inoperante de AII en particular.

Por último, Effendi afirmó que el objetivo último de este proceso es elaborar un planteamiento relativo a los acuerdos de inversión que elimine los elementos nocivos actuales del régimen de AII y elaborar un modelo aceptable de solución de controversias.

### Discusión interactiva

Durante la discusión interactiva los participantes plantearon tres cuestiones importantes.

En primer lugar, el dilema entre el margen de maniobra en materia de políticas de los países receptores y aportar seguridad para los inversores. Uno de los participantes preguntó si el

margen de maniobra en materia de políticas sobre el que se insistió en todas las presentaciones supondría la vulnerabilidad de los inversores a los cambios en los planteamientos de las políticas de los países receptores.

En segundo lugar, se planteó la cuestión de la reacción de las «partes interesadas», en particular los inversores y sus propios Gobiernos, a las iniciativas de reforma.

La tercera cuestión es la continua evolución del sistema de AII como lo reflejan las numerosas negociaciones en curso, por ejemplo, la asociación económica integral regional de la región Asia Pacífico. Habiendo propuesto sus propios métodos alternativos para brindarles protección a los inversores, los países en desarrollo deben enfrentarse en estas negociaciones a planteamientos tradicionales de normas de protección de las inversiones propuestos por otros países.

El ministro Rob Davies respondió a las cuestiones planteadas afirmando que el dilema entre el margen de maniobra en materia de políticas y la seguridad de los inversores podría ser un concepto artificial puesto que muchos inversores auténticos basan sus decisiones en la perspectiva de participar activamente en un programa nacional de desarrollo cuya concepción y aplicación depende a su vez de la existencia de un margen de maniobra en materia de políticas. El ministro Davies mencionó las grandes inversiones inyectadas recientemente en el programa de desarrollo del sector automotor sudafricano incluso después de retirarse de los acuerdos de protección de los inversores basados en el viejo modelo. El director del Departamento Económico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil, Alexandre Parola, destacó que la promoción de las inversiones puede ser más eficaz que el planteamiento tradicional de protección de los inversores. Según Parola, esto supone la responsabilidad del Estado receptor de facilitar las actividades empresariales legítimas de los inversores extranjeros.

Refiriéndose a la cuestión de la reacción de las «partes interesadas», algunos oradores destacaron la fuerte resistencia de los Estados miembros de la OCDE y sus delegaciones diplomáticas al proceso de innovación y reformas puesto en marcha por los países

en desarrollo. Los oradores resaltaron asimismo la importancia de emprender el proceso de reforma de manera transparente y mediante una amplia serie de consultas, como se había hecho en los casos de países presentados en la reunión paralela. Según Parola esto es esencial para poder evitar los efectos adversos reales sobre los resultados de las inversiones, que son diferentes de las amenazas y la incitación al temor que han provocado las iniciativas de los países en desarrollo para reformar el sistema. Los países en desarrollo también tienen responsabilidades frente a su sector privado nacional cuyos intereses y desarrollo a largo plazo suelen verse perjudicados por los modelos tradicionales de protección de los inversores.

Parola señaló que una mejor coordinación y cooperación entre países en desarrollo, en particular, la convergencia en torno a principios básicos sobre la protección de los inversores resulta oportuna, considerando especialmente que los países en desarrollo siguen participando en negociaciones en foros en los que se proponen planteamientos tradicionales de protección de los inversores.

### Observaciones finales

Al cierre de las discusiones el moderador alentó a los participantes a continuar el diálogo dentro y fuera de la UNCTAD XIV en una búsqueda colectiva de medidas de política prácticas y recomendaciones para reformar las políticas de inversión y el régimen de tratados, como un aspecto importante de la cooperación económica Sur-Sur.

*Manuel F. Montes, asesor superior en materia de finanzas y desarrollo, Programa de Gobernanza Mundial para el Desarrollo (GGDP) del Centro del Sur y Adriano José Timossi, administrador superior, Programa de Gobernanza Mundial para el Desarrollo*

*Para consultar un informe más detallado de esta reunión visite el sitio web del Centro del Sur.*

## SOUTH BULLETIN

### COMITÉ DE REDACCIÓN

Jefe de redacción: Martin Khor

Redactores colaboradores: Vice Yu  
Asistentes: Anna Bernardo, Adriano José Timossi. Traducción: Sandra Prada

El *South Bulletin* es una publicación del Centro del Sur, centro de reflexión intergubernamental de países en desarrollo.

Sitio web del Centro del Sur:

(en inglés, francés y español)

[www.SouthCentre.int](http://www.SouthCentre.int)

Centro del Sur

Tel: +41 22 791 8050

Email: [south@southcentre.int](mailto:south@southcentre.int)