



**CENTRO
DEL SUR**

Documento
de
investigación
Junio de 2016

68

**PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES
INTERNACIONALES: ANÁLISIS COMPARATIVO
ENTRE EL TPP Y LOS NUEVOS MODELOS DE
TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES EN
DESARROLLO**

Kinda Mohamadieh y Daniel Uribe



**CENTRO
DEL SUR**

DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

68

PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL TPP Y LOS NUEVOS MODELOS DE TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Kinda Mohamadieh y Daniel Uribe^{1*}

CENTRO DEL SUR

JUNIO DE 2016

¹ Kinda Mohamadieh es investigadora y Daniel Uribe es investigador visitante del Centro del Sur en Ginebra. Los autores agradecen al Profesor Carlos Correa y al Dr. Manuel Montes, asesores superiores en el Centro del Sur, y a Sanya Reid Smith, asesora jurídica superior en Third World Network (Red del Tercer Mundo, TWN), por la revisión de este documento de investigación. Los autores asumen plenamente la responsabilidad por todos los datos, análisis y opiniones presentados en este documento, que no necesariamente deben relacionarse con el Centro del Sur.

*Traducido del inglés por Patricia Bueno Martínez

EL CENTRO DEL SUR

En agosto de 1995 se estableció el Centro del Sur como una organización intergubernamental permanente de países en desarrollo. El Centro del Sur goza de plena independencia intelectual en la consecución de sus objetivos de fomentar la solidaridad y la cooperación entre los países del Sur y de lograr una participación coordinada de los países en desarrollo en los foros internacionales. El Centro del Sur elabora, publica y distribuye información, análisis estratégicos y recomendaciones sobre asuntos económicos, políticos y sociales de orden internacional que interesan al Sur.

El Centro del Sur cuenta con el apoyo y la cooperación de los gobiernos de los países del Sur, colabora frecuentemente con el Grupo de los 77 y China, y el Movimiento de los Países No Alineados. En la elaboración de sus estudios y publicaciones, el Centro del Sur se beneficia de las capacidades técnicas e intelectuales que existen en los gobiernos e instituciones del Sur y entre los individuos de esta región. Se estudian los problemas comunes que el Sur debe afrontar, y se comparten experiencia y conocimientos a través de reuniones de grupos de trabajo y consultas, que incluyen expertos de diferentes regiones del Sur y a veces del Norte.

ADVERTENCIA

Se autoriza la citación o reproducción del contenido del presente documento para uso personal siempre que se indique claramente la fuente. Se agradecerá el envío al Centro del Sur de una copia de la publicación en la que aparece dicha citación o reproducción.

Las opiniones expresadas en este documento son las opiniones personales del autor y no necesariamente representan las opiniones del Centro del Sur o de sus Estados miembros. Cualquier error u omisión en este documento es de la exclusiva responsabilidad del autor.

Centro del Sur
Ch. du Champ d'Anier 17
POB 228, 1211 Ginebra 19
Suiza
Tel. (41) 022 791 80 50
Fax (41) 022 798 85 31
south@southcentre.int
www.southcentre.int

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. HISTORIA DEL PROGRAMA DE ACUERDOS ECONÓMICOS INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	3
Los modelos de TBI de los Estados Unidos y sus disposiciones principales.....	6
Panorama de los modelos de TBI de los Estados Unidos.....	9
Las novedades del capítulo sobre inversiones del TPP	13
II. DIFERENTES PLANTEAMIENTOS SOBRE EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN: ANÁLISIS DE LOS ENFOQUES DE LA INDIA, DEL BRASIL Y DEL TPP.....	16
Definiciones de la inversiones y los inversores protegidos	18
Trato nacional.....	21
Trato de la nación más favorecida (NMF).....	24
Expropiación directa e indirecta	25
Trato justo y equitativo.....	28
Obligaciones de los inversores	30
Solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE).....	31
Prescripciones en materia de resultados	34
Las disposiciones sobre el derecho a reglamentar y las excepciones generales: eficacia y limitaciones.....	35
CONCLUSIONES.....	40
ANEXOS.....	42

INTRODUCCIÓN

El régimen de tratados internacionales de inversión se encuentra en un momento crucial. Por una parte, un creciente número de responsables de la formulación de políticas y de analistas en todo el mundo estiman que es necesario aplicar reformas profundas en el régimen de tratados de inversión. Pero por otra parte, los países continúan negociando y firmando acuerdos internacionales de inversión, los cuales llegaron a alcanzar la cifra de 3 280 durante el primer periodo de 2016².

En general, la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión (AII) actualmente en vigor están basados en un modelo que ha resultado ser sumamente desventajoso, en particular para los países en desarrollo, sobre todo en cuanto al margen de maniobra de que disponen en materia de políticas y respecto a la consecución de sus objetivos de desarrollo. El problema fundamental del régimen de protección de inversiones tiene su origen en el desequilibrio de las disposiciones en los tratados sobre inversiones, las cuales se centran en proteger los derechos de los inversores, mientras que limitan o dejan de lado las responsabilidades de estos últimos. Son muy pocos los tratados que contemplan de forma explícita la necesidad de amparar a los organismos de reglamentación del Estado receptor.

Varios países, tanto desarrollados como en desarrollo, están planeando reformar sus modelos de tratados de inversión. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)³, desde 2012, al menos 110 países han revisado sus políticas nacionales o internacionales de inversión y al menos 60 países han elaborado o están elaborando nuevos modelos de AII. Según la UNCTAD, hoy en día, la cuestión no consiste en saber si hay que aplicar reformas o no, sino en determinar el objeto, el modo y el alcance de tales reformas⁴. Aunque el proceso de reforma del régimen de protección de las inversiones internacionales está evolucionando, aún se encuentra en su fase inicial.

En este contexto, uno de los avances más destacados del año 2015 fue la adopción por parte de doce países, entre ellos los Estados Unidos, del capítulo sobre inversiones en el marco del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés). Además, la India publicó su nuevo modelo de inversión y Sudáfrica adoptó una nueva ley nacional sobre inversiones, la cual entró en vigor a finales de 2015. Por su parte, el Brasil elaboró un modelo de acuerdo, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) y entabló negociaciones con varios países, entre los que figuran Malawi, Chile, Colombia, Angola, México y Mozambique.

Un análisis más detallado de los modelos de tratados y de acuerdos adoptados en 2015 revela que la manera de plantear las reformas anunciadas varía considerablemente de un país al otro. Por ejemplo, algunos países se están retirando de los tratados de inversión y están buscando alternativas, o bien a través de su propia legislación, o bien mediante la elaboración de nuevos modelos de acuerdos de inversión que salvaguarden su derecho soberano a reglamentar⁵. Es el

² UNCTAD *Investment Policy Monitor* n.º 15, marzo de 2016 y <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (ambos recursos en inglés).

³ UNCTAD, *IIA Issues Note «Taking Stock of IIA Reform»*, marzo de 2016 (en inglés).

⁴ *Ibid.*

⁵ Véase Centro del Sur, 2015, *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (en inglés).

caso de Sudáfrica, Indonesia y Bolivia, que se han retirado de casi todos los acuerdos de inversión vigentes que habían suscrito. Otros países proponen cambios que podrían resultar ser superficiales o tener escasas implicaciones sistémicas. Un ejemplo de ello es proponer exiguos anexos de aclaraciones o disposiciones y excepciones sobre el «derecho a reglamentar» de los Estados miembros sin subsanar directamente aquellas disposiciones problemáticas que han resultado ser sumamente invasivas en el espacio reglamentario de los Estados, como la disposiciones sobre el «trato justo y equitativo».

La primera parte de este documento presenta a grandes rasgos las prácticas de los Estados Unidos respecto a los tratados de inversión, incluidos su modelo de tratados bilaterales de inversión (TBI) y sus disposiciones fundamentales, así como la evolución del programa de los Estados Unidos sobre TBI hasta la firma del TPP⁶. Esta parte sirve de trasfondo para examinar la postura adoptada por los Estados Unidos en el capítulo sobre inversiones del TPP. La segunda parte de este documento compara la postura de los Estados Unidos en el capítulo sobre inversiones del TPP con la postura adoptada por la India y el Brasil⁷ en sus nuevos modelos de tratados. En esta parte se examinan algunos elementos específicos de dichos tratados, incluidas las definiciones y el ámbito de aplicación, relativos al trato nacional, al trato de la nación más favorecida (NMF), a la expropiación directa e indirecta, al trato justo y equitativo, a las obligaciones de los inversores, a las prescripciones en materia de resultados, al derecho a reglamentar, al modo de concebir el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) y las excepciones generales. El examen revela que el contenido sustantivo y las formas de plantear las normas de solución de controversias varían considerablemente en cada tratado.

⁶ Disponible (en inglés) en: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

⁷ El análisis del modelo de tratado de inversión de la India está basado en la versión publicada por el Gobierno indio en enero de 2016. El análisis de la postura del Brasil está basada en una traducción no oficial del acuerdo firmado entre el Brasil y Malawi. Cabe señalar que existen diferencias entre los acuerdos suscritos por el Brasil hasta la fecha, incluidos aquellos adoptados con Mozambique, Angola, México y Malawi. Para un examen más detallado, consúltese: Bernasconi, Nathalie y Dietrich Brauch, Martin, septiembre de 2015, «Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi» (en inglés).

I. HISTORIA DEL PROGRAMA DE ACUERDOS ECONÓMICOS INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos cuentan con una larga tradición a la hora de promover tratados de amistad, comercio y navegación, los cuales fueron el primer tipo de acuerdo económico suscrito por los Estados Unidos. Estos tratados sentaron las bases de las relaciones comerciales y de inversión entre los Estados Unidos y otros países⁸. Los 21 tratados de amistad, comercio y navegación adoptados por los Estados Unidos entre 1946 y 1966⁹ establecieron ventajas para los inversores, tanto los particulares como las sociedades, entre las cuales figuran las filiales de empresas estadounidenses que desempeñaban sus actividades en el extranjero¹⁰. En lo sucesivo, los Estados Unidos se inspiraron en los tratados de amistad, comercio y navegación para elaborar su modelo de TBI con el objetivo de ampliar la protección de los inversores y su ámbito de aplicación al amparo de estos tratados, en especial la protección frente a la expropiación, como el pago íntegro de las indemnizaciones¹¹.

Desde la puesta en marcha, en 1981, del programa de los Estados Unidos sobre tratados bilaterales de inversión, en el marco de su programa de acuerdos económicos internacionales, el modelo adoptado tenía como objetivo garantizar la estabilidad de las normas jurídicas internacionales para proteger las inversiones estadounidenses que ya se estaban llevando a cabo en los países en desarrollo.¹² Según los redactores del primer modelo de TBI, el objetivo de los TBI consistía en proteger el «volumen de inversiones ya realizadas»¹³ y **no necesariamente** en incentivar los flujos de inversión extranjera directa (IED). Los Estados Unidos también utilizaron estos tratados para mejorar sus relaciones con países importantes en el plano político¹⁴. Recientemente, los Estados Unidos han centrado el objeto de sus tratados en limitar las prescripciones en materia de resultados en la fase de establecimiento (entrada) de las inversiones y durante su ciclo de vida en el territorio del Estado receptor¹⁵.

Los Estados Unidos impulsaron la creación del programa de acuerdos económicos internacionales en respuesta al creciente número de TBI firmados entre los países europeos y los países en desarrollo¹⁶. Los Estados Unidos suscribieron sus primeros TBI durante la década de 1980¹⁷, mucho después de que se firmaran los primeros TBI en Europa, a principios

⁸ Servicio de Investigaciones del Congreso (Estados Unidos), Biblioteca del Congreso, 2001, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate. A study prepared for the Committee on Foreign Relations of the United States Senate*, pág. 265 (en inglés).

⁹ Vandeveld, Kenneth J., 1988, «The Bilateral Investment Treaty Program of the United States», *Cornell International Law Journal*, Vol. 21, n.º 2, pág. 208 (en inglés).

¹⁰ Gudgeon, K. Scott, 1986, «United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purpose, and General Treatment Standards», *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 4, n.º 1, pág. 108 (en inglés).

¹¹ Weiss, Martin A., 2007, «The U.S. Bilateral Investment Treaty Program: An Overview» (en inglés), Servicio de Investigaciones del Congreso (Estados Unidos).

¹² Gudgeon, ob. cit., pág. 110.

¹³ *Ibíd.*, pág. 111.

¹⁴ Chilton, Adam, 2015, «The Politics of the United States' Bilateral Investment Treaty Program» (en inglés), documento de trabajo n.º 722, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, pág. 11.

¹⁵ Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Asuntos Económicos y de Negocios, 2016, «Bilateral Investment Treaties and Related Agreements», disponible (en inglés) en: <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/> (consultado el 21 de marzo de 2016).

¹⁶ Weiss, ob. cit.

¹⁷ Los Estados Unidos negociaron su primer TBI en la primera mitad de la década de 1980. En 1982, los Estados Unidos firmaron el primer TBI con Panamá, tomando como referencia el modelo de TBI de 1981 de los Estados

de la década de 1960¹⁸. En la actualidad, los Estados Unidos forman parte de 46 TBI, de los cuales 40 están en vigor, además de otras 67 formas de AII, de las cuales 49 están en vigor¹⁹. Asimismo, en 2015 los Estados Unidos adoptaron un acuerdo respecto al capítulo sobre inversiones del TPP (aún no ha entrado en vigor en el momento de redactar el presente documento) con otros 11 países (véase el Anexo 1 sobre los TBI firmados en las últimas décadas por los Estados Unidos y otros países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE).

Algunos estudios demuestran que los inversores estadounidenses son los que presentan más casos de SCIE y sus reclamaciones ascienden a alrededor de 130 entre las 608 reclamaciones conocidas²⁰. Según la UNCTAD, los Estados Unidos han sido demandados 15 veces en virtud del procedimiento de SCIE, mientras que los inversores estadounidenses han presentado 138 reclamaciones al amparo de los TBI estadounidenses o de los capítulos sobre inversión de los tratados de libre comercio (TLC) estadounidenses. Entre las 138 reclamaciones, 80 se plantearon contra países en desarrollo (véase el Anexo 2 de resumen de casos planteados por inversores estadounidenses contra países en desarrollo). De estas reclamaciones, 64 ya se han resuelto, 24 se han resuelto a favor del inversor, 13 han llegado a un acuerdo, 21 se han resuelto a favor del Estado y 6 se han terminado. Cabe señalar que los acuerdos no suelen ser públicos y conllevan una indemnización a favor del inversor. Además, incluso en los casos resueltos a favor del Estado, es este quien suele incurrir en elevadas costas durante el proceso. Entre las medidas que fueron objeto de reclamación figuran aquellas que los Estados adoptaron en el marco de sus políticas sobre gestión de recursos, protección del medio ambiente y orden público, por ejemplo²¹.

Algunas de estas reclamaciones provienen de empresas petroleras que impugnaban las directrices de administraciones locales, las cuales exigían el pago de tasas para apoyar la investigación y el desarrollo tras descubrir que los campos petrolíferos de la región en donde se realizaba la inversión eran mayores de lo previsto²². En uno de los casos²³, un tribunal

Unidos. El mismo modelo sirvió de base para las negociaciones y la firma de TBI con el Senegal, Haití, Zaire, Marruecos, Turquía, el Camerún, Bangladesh, Egipto y Granada. Véase: Gudgeon, ob. cit., pág. 105.

¹⁸ Weiss, ob. cit., pág. 2.

¹⁹ UNCTAD, Investment Policy Hub, «United States of America: Bilateral Investment Treaties». Disponible (en inglés) en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223#iiaInnerMenu> (consultado el 18 de marzo de 2016). Véase también UNCTAD International Investment Agreements Navigator,

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#footnote> (en inglés). Según la UNCTAD, el número de TBI u otros AII que figura en la página no incluye aquellos tratados que han sido denunciados, terminados o renegociados.

²⁰ Véase: UNCTAD, *IIA Issues Note, No. 1*, febrero de 2015 (en inglés),

http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (consultado en abril de 2016). Se hace referencia a reclamaciones «conocidas» porque muchos casos de SCIE no se dan a conocer al público, sino que se resuelven en tribunales especiales. De la misma manera, los inversores estadounidenses tienen un 98 % de posibilidades de obtener una interpretación amplia de sus derechos procesales. Véase: Van Harten, Gus, 2012, «Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration», *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 50, n.º 1, disponible (en inglés) en: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj> (El jurista canadiense publicará próximamente los resultados sobre la interpretación de los derechos sustantivos).

²¹ Véase: IIAPP, «Cases and Regulatory Impacts», disponible (en inglés) en: <http://www.iiapp.org/cases-regulatory-impacts/> (consultado el 8 de abril de 2016).

²² Véase: Public Citizen, «Table of Foreign Investor-State Cases and Claims under NAFTA and other U.S. “Trade” Deals», junio de 2015, disponible (en inglés) en <https://www.citizen.org/sites/default/files/investor-state-chart.pdf> (consultado el 8 de abril de 2016), pág. 16.

²³ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/4).

estimó que dichas directrices imponían nuevas obligaciones, prohibidas en virtud del capítulo sobre inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) por ser consideradas prescripciones en materia de resultados. El tribunal condenó al Estado a pagar más de 13 millones de dólares, más intereses, a las empresas petroleras. Asimismo, según otra reclamación en virtud del TLCAN, una empresa estadounidense inició un proceso contra las exigencias ambientales impuestas respecto a un proyecto de extracción ubicado en un área crítica de especies marinas amenazadas. Dichas exigencias comprendían evaluaciones rigurosas del impacto ambiental, las cuales el inversor consideraba arbitrarias, discriminatorias e injustas²⁴. En marzo de 2015, el tribunal resolvió por mayoría a favor del inversor²⁵ y argumentó que «la evaluación ambiental era “arbitraria” y frustraba las expectativas de los inversores, por lo que violaba la obligación de cumplir con el “nivel mínimo de trato”»²⁶.

Algunos otros casos impugnaban las medidas adoptadas por el Estado para garantizar la prestación de servicios básicos, como la gestión de aguas y aguas residuales²⁷. En 2001, una empresa estadounidense de suministro de agua, titular de una concesión para suministrar agua y tratar las aguas residuales de forma privatizada en un país en desarrollo, impugnó las medidas del Gobierno destinadas a impedir el aumento de los precios y a garantizar la calidad de los servicios. El Estado adoptó dichas medidas después de que los consumidores presentaran reclamaciones, en particular debido a los olores provenientes del agua y a que se había descubierto que la causa del problema era la contaminación de los depósitos de agua por la presencia de algas. El inversor argumentó que el Estado había incumplido sus obligaciones de otorgar un «trato justo y equitativo» al no haber permitido el aumento de los precios o al no haber destinado fondos públicos a la infraestructura hidráulica²⁸. En 2006, un tribunal de arbitraje resolvió que, en este caso, incluso una medida legítima cuyo propósito era de interés público podía dar lugar a una reclamación de indemnización²⁹ y el Estado demandado fue condenado a pagar 165 millones de dólares, más intereses, por vulnerar el derecho del inversor al «trato justo y equitativo».

²⁴ Véase: Public Citizen, ob. cit., pág. 17.

²⁵ *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gobierno de Canadá* (Caso CPA N.º 2009-04).

²⁶ Véase: Public Citizen, ob. cit.

²⁷ *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12).

²⁸ Véase: Public Citizen «Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies» (en inglés) en <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf> (consultado el 8 de abril de 2016).

²⁹ *Azurix Corp. c. República Argentina*, laudo (14 de julio de 2006).

Los modelos de TBI de los Estados Unidos y sus disposiciones principales

Durante el periodo que transcurrió entre la firma del primer TBI entre los Estados Unidos y Panamá, en 1982, y la adopción del TPP, los Estados Unidos revisaron tres veces su modelo de tratado (en 1994, 2004 y 2012)³⁰.

No obstante, las distintas versiones del modelo de TBI de los Estados Unidos no presentan grandes diferencias entre sí. En general, estas prevén seis elementos fundamentales para garantizar la protección de las inversiones y de los inversores «protegidos» en el marco del tratado:

(i) Trato de la inversión: trato nacional y trato de la nación más favorecida durante el ciclo de la inversión, incluidas las etapas de entrada o establecimiento, adquisición, expansión y desarrollo, administración, conducción, operación y disposición de las inversiones.

(ii) Derecho de propiedad (expropiación directa, expropiación indirecta e indemnización): el establecimiento de límites claros respecto a la expropiación y el reconocimiento de la fórmula de indemnización «pronta, adecuada y efectiva» (también denominada «fórmula Hull»). Los primeros modelos de TBI de los Estados Unidos no contienen un concepto desarrollado de la expropiación, sino que son «amplios y flexibles», lo que permite considerar como expropiación «cualquier medida» que prive a un inversor de administrar o controlar su inversión o que reduzca el valor económico de esta última³¹.

(iii) Transferencias: el establecimiento del derecho de los inversores a efectuar todas las transferencias relacionadas con las inversiones protegidas de forma libre y sin demora, y al tipo de cambio de mercado vigente en la fecha de la transferencia.

(iv) Prescripciones en materia de resultados: la imposición de restricciones a las prescripciones en materia de resultados, como el contenido nacional, los contingentes de exportación o la transferencia de tecnología.

(v) Solución de diferencias: el establecimiento del derecho de un inversor protegido a presentar una reclamación ante un tribunal arbitral internacional contra un Estado receptor respecto a una diferencia sobre la inversión.

(vi) Personal directivo superior y consejo de administración: la restricción respecto a los Estados parte de exigir a una sociedad, que es un tipo de inversión protegida, el

³⁰Véase el programa de tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos, establecido en 1977 y coordinado por el Departamento de Estado y el Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales.

³¹ Presidencia de los Estados Unidos. Carta de envío al Congreso de los Estados Unidos del tratado entre los Estados Unidos de América y la República Popular de Bangladesh relativo a la protección y el fomento recíprocos de las inversiones (1986). Disponible (en inglés) en:

<http://www.state.gov/documents/organization/43480.pdf> (consultado el 14 de abril de 2016). La carta dispone lo siguiente: «La definición de "expropiación" contenida en el TBI es amplia y flexible: fundamentalmente "cualquier medida", sin importar su forma, y cuyo efecto sea la privación de administración, de control o la reducción del valor económico de un proyecto de inversión podrá considerarse como expropiación, la cual conllevará una indemnización equivalente al "valor justo de mercado" de la inversión expropiada».

nombramiento de personas físicas de una nacionalidad determinada para ejercer las funciones de personal directivo superior. Esta disposición establece que los inversores protegidos tienen derecho a contratar al personal directivo superior de su elección, independientemente de su nacionalidad³² y adoptando el enfoque de lista negativa. Los modelos más recientes de TBI de los Estados Unidos establecen dicha restricción en una disposición independiente³³, mientras que los acuerdos anteriores la incluían como restricción en la disposición sobre prescripciones en materia de resultados.

Según la Oficina del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, los objetivos fundamentales de los TBI firmados por los Estados Unidos son los siguientes³⁴:

- (i) proteger las inversiones de sus nacionales realizadas en el extranjero;
- (ii) fomentar la adopción de políticas nacionales orientadas al mercado que traten las inversiones privadas de forma abierta, transparente y no discriminatoria;
- (iii) apoyar el desarrollo de normas de derecho internacional que estén en consonancia con estos objetivos.

En general, los preámbulos de los TBI firmados por los Estados Unidos establecen los siguientes objetivos como fundamento para su firma:

- (i) fomentar la cooperación y el desarrollo económico entre las partes;
- (ii) proteger recíprocamente las inversiones de los nacionales de la otra parte³⁵.

Los TBI firmados después de 2004 también incluyen como objetivo el reconocimiento de medios eficaces para hacer valer las reclamaciones o derechos respecto a dichas inversiones³⁶. Uno de los últimos TBI firmados por los Estados Unidos, en 2012, también se refería al «deseo» de alcanzar dichos objetivos y promover la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente, así como la protección de los derechos laborales³⁷. Este tipo de formulación en los preámbulos de los tratados es exhortativa: expone los objetivos del tratado y refleja las intenciones de las partes contratantes, pero no necesariamente ayuda a los Estados parte a proteger su margen de maniobra en materia de reglamentación si las disposiciones sustantivas del tratado resultan ser invasivas. En efecto, el preámbulo no establece obligaciones vinculantes, pero podría desempeñar una función significativa a la hora de interpretar las disposiciones sustantivas del tratado³⁸.

³² Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Asuntos Económicos y de Negocios, ob. cit.

³³ Véase, por ejemplo: TBI Estados Unidos - Uruguay (2005) y TBI Estados Unidos - Rwanda (2008).

³⁴ Oficina del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, «Tratados bilaterales de inversión». Disponible (en inglés) en: <https://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties> (consultado el 18 de marzo de 2016)

³⁵ Véase, por ejemplo: TBI Estados Unidos - Bangladesh (1986), TBI Estados Unidos - Argentina (1991) y TBI Estados Unidos - Bahrein (1999), entre otros.

³⁶ Véase, por ejemplo: TBI Estados Unidos - Uruguay (2005) y TBI Estados Unidos - Rwanda (2008).

³⁷ El TBI entre los Estados Unidos y Rwanda (2008) utiliza la siguiente formulación en el preámbulo: «Deseando alcanzar dichos objetivos de forma compatible con la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y con la promoción de derechos laborales reconocidos en el plano internacional».

³⁸ UNCTAD, IPFSD - Investment Policy Framework for Sustainable Development (Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible), (en inglés), pág. 48.

Algunos analistas han observado que el principal objetivo de los Estados Unidos al firmar los TBI consiste en «mejorar las relaciones con países en desarrollo importantes en el plano político»³⁹ (véase el Cuadro 1).

Cuadro 1: Los TBI como herramienta de política exterior

«The Politics of the United States' Bilateral Investment Treaty» (Adam S. Chilton)⁴⁰

El programa de TBI de los Estados Unidos tiene en cuenta objetivos políticos durante la negociación y la firma de los TBI. Uno de los objetivos de los Estados Unidos al firmar TBI es que otros países les proporcionen ayuda militar para sus operaciones, u obtener otros beneficios políticos con la firma del tratado. También tiene en cuenta otros elementos como que el Estado receptor sea un *país excomunista*, o la intención de obtener su apoyo respecto a iniciativas planteadas en foros internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴¹.

Asimismo, los datos empíricos demuestran que los elementos económicos utilizados usualmente para explicar los objetivos que subyacen tras la firma de TBI -es decir, la promoción del desarrollo del derecho en materia de inversiones internacionales y la protección de los inversores nacionales en el extranjero- no son suficientes para explicar la postura de los Estados Unidos, en particular respecto a las siguientes cuestiones:

1. Los negociadores estadounidenses no suelen esperar un elevado aumento de los flujos de IED como resultado de los acuerdos y advierten a los posibles países receptores que no esperen ningún aumento de dichos flujos⁴².
2. Aunque algunos estudios indican que los TBI tienen repercusiones positivas en los flujos globales de IED⁴³, los flujos de IED entre los Estados Unidos y otros países **no influyen en las estadísticas**⁴⁴ y no reflejan una correlación estrecha entre la existencia de un TBI y las entradas de IED provenientes de los Estados Unidos (Véase el Anexo 3).
3. Los Estados Unidos están poco dispuestos a negociar, firmar y ratificar TBI con «cualquier» país; en cambio, cada vez tienen mayor interés por firmar TBI con países que comparten sus opiniones políticas.
4. Los TBI no influyen en las decisiones que toman las sociedades estadounidenses respecto a las inversiones. Una encuesta llevada a cabo en 2010 reveló que los

³⁹ Chilton ob. cit., pág. 11.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 4.

⁴² Vandavelde, Kenneth J., 1998, «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties'», *Columbia Journal of Transnational Law* 36, pág. 524 y Alvarez, Jose E., «The Once and Future Foreign Investment Regime» en M.H. Arsanjani et al. (Eds.), 2010, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 621. En Chilton, ob. cit., pág. 9.

⁴³ Shaffer, Gregory y Ginsburg, Tom, 2012, «The Empirical Turn in International Legal Scholarship», *American Journal of International Law*, vol. 106 (1). En Chilton, ob. cit., pág. 11.

⁴⁴ Peinhardt, Clint y Allee, Todd, 2012, «Failure to Deliver: The Investment Effects of US Preferential Economic Agreements», *The World Economy*, Vol. 35, N.º 6. En Chilton, ob. cit., pág. 11.

asesores jurídicos de dichas sociedades estiman que la existencia de un TBI no incidió en las decisiones de sus empresas de realizar una inversión⁴⁵.

Panorama de los modelos de TBI de los Estados Unidos (véase el Cuadro 2)

El primer modelo de TBI de los Estados Unidos se elaboró durante la década de 1980 y sirvió de base para negociar los primeros TBI con Panamá y Egipto. Dicho modelo se diferenciaba de los tratados de amistad, comercio y navegación tradicionales firmados por los Estados Unidos en que protegía las inversiones que eran propiedad indirecta. Así pues, varias formas de inversiones quedaron cubiertas por el TBI, entre ellas las entidades constituidas en el extranjero y las filiales de propiedad extranjera constituidas conforme a la legislación del Estado receptor⁴⁶. Este planteamiento tenía como objetivo que los TBI beneficiaran a todas las inversiones, incluidas aquellas que se hubiesen realizado por medio de cualquier forma jurídica en el Estado receptor⁴⁷.

La segunda serie de modelos de TBI estadounidenses surgió durante la década de 1990. Fue el creciente número de TBI firmados en el mundo lo que dio lugar a la creación de un nuevo modelo⁴⁸. Los TBI firmados a partir de 1994 estaban basados en el capítulo sobre inversiones del TLCAN⁴⁹.

Los casos planteados contra los Estados Unidos en virtud del TLCAN, sobre todo aquellos en contra de las medidas ambientales adoptadas por las autoridades estatales estadounidenses⁵⁰ suscitaron inquietud respecto a los amplios beneficios concedidos a los inversores extranjeros. En particular, preocupaba la posibilidad que se ofrecía a estos últimos de recibir un trato más favorable utilizando los procedimientos de SCIE en lugar de los procedimientos a disposición de los inversores estadounidenses en los Estados Unidos⁵¹.

En 2012 se revisó nuevamente el modelo de TBI de los Estados Unidos con el objetivo de proteger el margen de maniobra del país en materia de reglamentación reduciendo el ámbito de aplicación de la protección de las inversiones⁵². Aun así, en comparación con el anterior modelo de 2004, el modelo de TBI de 2012 sufrió pocos cambios y en él se mantuvieron las disposiciones sustantivas relativas a la protección de los inversores⁵³.

⁴⁵ Yackee, Jason Webb, 2010, «Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, pág. 397. En Chilton, ob. cit., pág. 11.

⁴⁶ Gudgeon, ob. cit., pág. 114.

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 115.

⁴⁸ Akhtar, Shayerah Ilias y Weiss, Martin A., 2013, «U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress», Servicio de Investigaciones del Congreso (Estados Unidos), pág. 4.

⁴⁹ Weiss, ob. cit., pág. 12.

⁵⁰ Entre estos casos se cuentan: *Methanex Corporation. c. los Estados Unidos de América*, *Glamis Gold Ltd. c. los Estados Unidos de América*, *Terminal Forest Products Ltd. c. los Estados Unidos de América*, entre otros. Para más información sobre los casos, consúltese: Departamento de Estado de los Estados Unidos, «Cases Filed Against the United States of America», <http://www.state.gov/s/l/c3741.htm> (en inglés), consultado el 29 de marzo de 2016.

⁵¹ Akhtar y Weiss, ob. cit., pág. 10.

⁵² *Ibíd.*, pág. 11.

⁵³ Véase: Public Citizen, copia del TBI de 2012 con anotaciones al margen en las que se señalan los cambios efectuados con respecto al TBI de 2004, (en inglés) <http://www.citizen.org/documents/2012-model-bit-changes.pdf> (consultado el 13 de abril de 2016).

Las formulaciones utilizadas en el modelo de TBI estadounidense de 2012 sirvieron de base para la elaboración del Capítulo 9 sobre inversiones del TPP⁵⁴. Si bien se han aclarado algunas disposiciones y se han añadido otras, lo cierto es que persisten ciertas inquietudes respecto al equilibrio entre los beneficios concedidos a los inversores, por una parte, y al margen de maniobra de los Estados para reglamentar teniendo en cuenta el interés público, por otra. Las disposiciones incluidas en el modelo de TBI de 2012 relativas al medioambiente, a la salud pública y a la seguridad no han dado respuesta a muchas de las cuestiones problemáticas respecto a la protección del margen de maniobra en materia de reglamentación y a la necesidad de definir las obligaciones de los inversores de prevenir y reparar posibles consecuencias perjudiciales para el bienestar público del Estado receptor.

En efecto, las disposiciones de los capítulos sobre inversiones de los TLC firmados recientemente por los Estados Unidos, como el TLC firmado entre los Estados Unidos y Colombia en 2014, y el TPP, no reflejan una evolución significativa respecto a los modelos anteriores. En el caso de la definición del término *inversión*, esta no sufrió prácticamente ningún cambio, salvo la inserción, en el cuerpo del tratado, de la limitación respecto al reconocimiento como inversión de las resoluciones o sentencias dictadas en un proceso judicial o administrativo (en el modelo de TBI estadounidense de 2012 y en el TLC de Colombia, dicha limitación se incluyó como nota de pie de página).

En cuanto a las disposiciones relativas al trato nacional, al trato de la NMF y a la expropiación, el TPP emplea las mismas formulaciones que el modelo de TBI estadounidense de 2012. No se introdujeron cambios en el TPP excepto la exclusión de los mecanismos internacionales de solución de diferencias de las disposiciones sobre la NMF del TPP. Respecto al trato justo y equitativo, los nuevos TLC reincorporan las formulaciones del modelo de TBI estadounidense de 2012; pero separan el nivel mínimo de trato y el trato justo y equitativo del trato concedido a los inversores en caso de conflicto armado o lucha civil, lo cual queda establecido en una disposición independiente.

El TPP también incluye disposiciones cuyo objetivo es aclarar que «el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación [...] incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta» (artículo 9.6 (4) del TPP). Asimismo, el TPP establece que «el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos [...] no constituye una violación [...] de la disposición de nivel mínimo de trato (artículo 9.6 (5) del TPP). Estas formulaciones mantienen el carácter de los tratados estadounidenses anteriores que conceden a los inversores los «derechos» de que sus expectativas no se vean frustradas debido a un cambio en la política del Gobierno⁵⁵. Debido a la imprecisión de las formulaciones empleadas en dichas disposiciones los tribunales de SCIE adquieren una enorme discrecionalidad para continuar basándose en el nivel mínimo de trato y el trato justo y equitativo para indemnizar a los inversores simplemente porque las medidas adoptadas por el Estado afectan sus expectativas,

⁵⁴ Akhtar y Weiss, ob. cit., pág. 10.

⁵⁵ Public Citizen, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought, Analysis of Specific TPP Investment Provisions and Their Threats to the Public Interest: Scope of ISDS Challenges Expanded, Promised Procedural Reforms Absent», disponible (en inglés) en: <https://www.citizen.org/sites/default/files/analysis-tpp-investment-chapter-november-2015.pdf> (consultado el 8 de abril de 2016).

lo que, a su vez, limita el derecho de los Estados a reglamentar⁵⁶. En cuanto a las prescripciones en materia de resultados, el TPP amplía sus restricciones a estas últimas, y mantiene una formulación similar a la empleada en el modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012.

Cuadro 2: Evolución de los modelos de TBI de los Estados Unidos

Los modelos de TBI de los Estados Unidos

El primer modelo de TBI de los Estados Unidos (1981)

El primer modelo de TBI contenía disposiciones sobre el trato de las inversiones, en particular respecto al trato nacional, al trato de la NMF y a la prohibición de las prescripciones en materia de resultados, así como disposiciones sobre nacionalización y expropiación. Una de las cuestiones que se plantearon en el primer modelo fue la posibilidad de que las sociedades constituidas en el territorio del Estado receptor y conforme a su legislación contrataran al personal directivo, técnico y profesional de su elección con el objetivo específico de planificar y conducir sus inversiones. Es importante señalar que los TBI estadounidenses firmados durante este periodo dejaron de lado discretamente la inclusión de la transferencia de tecnología y la cooperación entre las partes, cuyo propósito era aumentar la productividad y mejorar el nivel de vida en el territorio nacional y en el de los Estados receptores, lo cual sí se mencionaba en el primer TBI, suscrito entre Alemania y el Pakistán, en 1959.

El segundo modelo de TBI de los Estados Unidos (1992-1998)

El modelo de TBI de los Estados Unidos de 1994 incluye prácticamente las mismas disposiciones que el modelo anterior. En él se disponía que, en cuanto a la expropiación, la indemnización debía ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión en la fecha en que se realizara la expropiación o cuando se conociera la intención de proceder a la expropiación, y que la indemnización debía incluir intereses a una tasa comercial a partir de la fecha de la expropiación y en una moneda libremente transferible. El creciente número de casos planteados contra los Estados Unidos y el Canadá en virtud del TLCAN suscitó inquietud respecto al alcance de la protección de los inversores en el marco de los TBI, especialmente en los casos de expropiación indirecta y de los cambios en las normas de los Gobiernos, lo que condujo a la adopción del modelo de TBI de 2004.

El tercer modelo de TBI (2004)

La elaboración del modelo de TBI de 2004 dio lugar a varios cambios respecto a los TBI y TLC anteriores, en especial la inclusión de la formulación del nivel mínimo de trato, así como del trato justo y equitativo y la seguridad plena de las inversiones, las cuales figuraban anteriormente en las disposiciones generales del artículo II del modelo de TBI de 1994 sobre el trato de las inversiones. Mediante este planteamiento, la disposición sobre el nivel mínimo de trato se convirtió en una disposición independiente. El modelo de TBI de 2004 ponía en relación el nivel mínimo de trato con los principios del derecho consuetudinario respecto al trato a los extranjeros (véase el Anexo A del modelo de TBI de los Estados Unidos de 2004).

⁵⁶ *Ibíd.*

La disposición se mantuvo sin modificaciones en el modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012.

Respecto a la solución de diferencias, el modelo de TBI de 2004 planteaba de forma más detallada los procedimientos de SCIE. Ante todo, el procedimiento de SCIE se incluyó en una sección independiente en el tratado. En esta se establece que debe existir una relación de causalidad entre la pérdida o el daño sufrido por el inversor respecto a una inversión protegida y la violación de una disposición del TBI (artículo 24). El modelo también incluye cláusulas sobre la transparencia de los procesos de arbitraje en las que se prevé, entre otras cuestiones, que los documentos se pondrán a disposición del público, aunque las partes pueden determinar qué información no se debe divulgar (artículo 29.3).

El cuarto modelo de TBI de los Estados Unidos (2012)

El modelo de TBI de 2012 es el resultado de la revisión del modelo anterior y se estableció con el objetivo de garantizar que su contenido fuese compatible con el interés público y con el programa económico general de la Administración estadounidense. A continuación se exponen los elementos nuevos del tratado:

(a) Prescripciones en materia de resultados: en el modelo se amplían las restricciones sobre las prescripciones en materia de resultados a las prescripciones de adquirir, utilizar u otorgar preferencia a determinadas tecnologías y a la adquisición o la utilización de determinadas tecnologías con el objetivo de otorgar protección por motivos de nacionalidad a sus propios inversores o a sus propias inversiones o a su tecnología o la tecnología que es propiedad de las personas de dicha parte (artículo 8.1 (h)).

(b) Transparencia: se establece que cada parte tendrá la obligación de brindar a las personas interesadas y a la otra parte una oportunidad razonable de formular observaciones respecto a las medidas propuestas. Asimismo, se establece la obligación de que cada parte responda a las observaciones relevantes y sustanciales recibidas durante el periodo de notificación de las observaciones y explique las revisiones sustantivas efectuadas respecto a las medidas propuestas en su gaceta oficial o en un espacio destacado de un sitio web del Gobierno (artículo 11.3 (d)), así como la obligación de permitir que los inversores de la otra parte participen en el proceso de elaboración de normas de los organismos nacionales de normalización (artículo 11.8 (b)).

(c) Procesos de solución de diferencias: en el modelo se formula la posibilidad de que se establezca un mecanismo de apelación de SCIE en el futuro para revisar los laudos dictados por un tribunal de arbitraje en virtud del TBI. Asimismo, se exige que las partes velen por garantizar, respecto a los mecanismos de apelación que consideren adoptar, la transparencia de los procesos en consonancia con las disposiciones establecidas en el artículo 29 (artículo 28.10). El artículo 29 del modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012 prevé que los procedimientos arbitrales se lleven a cabo de forma pública, lo que incluye la celebración de audiencias públicas y la publicación de los documentos jurídicos pertinentes (notificaciones de intención, notificaciones de arbitraje, alegatos, escritos y comunicaciones, órdenes, laudos y demás decisiones, entre otros). El modelo exige que el tribunal adopte las medidas necesarias para

garantizar que no se divulgue la información señalada como protegida en virtud de los intereses esenciales de seguridad (artículo 18) o para proteger el interés público o los intereses comerciales legítimos de empresas particulares, ya sean públicas o privadas (artículo 19).

Sin embargo, en contra de lo que esperaban las partes interesadas del sector público, no se restringieron los derechos sustantivos concedidos a los inversores⁵⁷. La definición del término *inversión* no cambió, a pesar de que una de las exigencias principales de los grupos de consumidores y de los grupos de defensa del medioambiente consistía en restringir la definición de *inversión*. Asimismo, las disposiciones sobre el nivel mínimo de trato, el trato nacional, el trato NMF, el trato justo y equitativo y la expropiación directa e indirecta se mantuvieron sin modificaciones respecto al modelo anterior⁵⁸.

Las novedades del capítulo sobre inversiones del TPP

Los partidarios del capítulo sobre inversiones del TPP lo han presentado como un nuevo instrumento que resuelve las principales inquietudes que plantea el marco jurídico internacional actual de las inversiones⁵⁹ y, en particular, las referentes al mecanismo de SCIE. Asimismo, se ha presentado como un modelo para proteger el margen de maniobra de los Estados en materia de reglamentación mediante la inclusión de disposiciones sobre la salud, la seguridad y la estabilidad financiera, así como cuestiones relativas al medioambiente⁶⁰. Sin embargo, el capítulo sobre inversiones del TPP ha sido objeto de duras críticas según las cuales sus disposiciones reproducen, en gran parte, las disposiciones del modelo de TBI de los Estados Unidos y las de otros tratados existentes. Se le ha reprochado igualmente que no refleja los esfuerzos de otros Estados por promover inversiones que sean respetuosas con el medioambiente y la sociedad, así como estrategias más eficaces a la hora de proteger el margen de maniobra de los Estados en materia de políticas y reglamentación⁶¹ (véase el Cuadro 3 sobre las opiniones de algunos académicos y especialistas respecto al TPP).

Cuadro 3: Opiniones de académicos y especialistas sobre el TPP

- «Entrenching, rather than reforming, a flawed system» (un sistema deficiente que, en lugar de solucionar, perpetúa los problemas) (Columbia Center on Sustainable Investment, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia).
- «Demuestra que los Estados Unidos han logrado imponer su propio modelo de tratado de inversión a sus interlocutores en las

⁵⁷ Véase: Public Citizen, copia del TBI de 2012 de los Estados Unidos con anotaciones al margen en las que se señalan los cambios efectuados con respecto al TBI de 2004, disponible (en inglés) en <https://www.citizen.org/sites/default/files/2012-model-bit-changes.pdf> (consultado el 8 de abril de 2016).

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, *ob. cit.*

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, «How the Investment Chapter of the Trans-Pacific Partnership Falls Short», disponible (en inglés) en: <http://www.iisd.org/blog/how-investment-chapter-trans-pacific-partnership-falls-short> (consultado el 18 de marzo de 2016).

Varios países de economías en desarrollo y emergentes y en desarrollo han propuesto alternativas a los TBI tradicionales, las cuales reflejan una postura más equilibrada respecto

negociaciones, introduciendo tan solo algunos cambios en respuesta a las situaciones planteadas en casos recientes» (Nathalie Bernasconi, 6 de noviembre de 2015, International Institute for Sustainable Development).

▪ «En contra de las afirmaciones de la Administración estadounidense según las cuales el capítulo sobre inversiones del TPP limitaría en cierto modo los usos y abusos del controvertido régimen de SCIE, gran parte del texto reproduce, a menudo palabra por palabra, las disposiciones más provocadoras de acuerdos anteriores que aplican el mecanismo de SCIE» (Public Citizen).

a los acuerdos internacionales de inversión (AII)⁶² (véase la segunda parte del presente documento para obtener información más detallada sobre el tratado modelo de la India y el tratado entre el Brasil y Malawi). Algunos países, como Sudáfrica, han tenido la iniciativa de establecer normas de protección de los inversores en la legislación nacional (Véase el Cuadro 4).

Cuadro 4: Ejemplo de una ley nacional sobre inversiones

La ley sobre protección de inversiones de Sudáfrica (*Protection of Investment Act*)⁶³

El preámbulo de la ley sobre protección de inversiones de Sudáfrica reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos consagrados en la Constitución. En el preámbulo se subraya la necesidad de garantizar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los inversores, así como de promover, proteger y fomentar las inversiones de conformidad con la ley, reafirmando el derecho del Estado a reglamentar en favor del interés público.

La ley propone como definición de *inversor*, «sociedad que realiza una inversión en la República sea cual fuere su nacionalidad», mediante la cual establece condiciones de igualdad, sujetas a algunas excepciones, para los inversores nacionales y extranjeros. En cuanto a la definición de *inversión*, esta se basa en las empresas, y está determinada por tres elementos:

- i) Asignación de recursos económicos.
- ii) Duración.
- iii) Previsión de la obtención de beneficios.

En cuanto a la interpretación de la ley, esta establece reglas de interpretación estrictas que sean compatibles con sus propios fines y los de la Constitución, incluidos la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) de Sudáfrica, el derecho consuetudinario y cualquier tratado internacional pertinente ratificado por el Estado (véase el artículo 3 de la ley).

El artículo 6 establece el trato administrativo justo, según el cual ningún procedimiento administrativo, legislativo o judicial será arbitrario ni denegará a los inversores el acceso a la

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Esta parte se ha redactado tomando como referencia la versión publicada en la gaceta oficial del Gobierno de Sudáfrica N.º 39514 de 15 de diciembre de 2015. La ley se aprobó en enero de 2016. Véase: <https://www.thedti.gov.za/gazettes/39514.pdf> (consultado el 5 de abril de 2016).

justicia administrativa o a la equidad procesal respecto a sus inversiones, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la legislación aplicable. El trato administrativo justo prevé el derecho de los inversores a recibir por escrito los fundamentos de las resoluciones administrativas que afecten a sus inversiones, así como a obtener una revisión del procedimiento administrativo respecto a dichas resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución.

Por medio del artículo 8 de la ley se otorga a los inversores extranjeros un trato no menos favorable que el que se otorga a los inversores nacionales en «circunstancias similares». El término «en circunstancias similares» se interpreta en sentido amplio y exige un examen del fondo de cada asunto atendiendo a varias cuestiones, como las repercusiones de la inversión extranjera sobre terceros, las comunidades locales y el medioambiente, aunque la lista no es exhaustiva (artículo 8.1 y 8.2). Este artículo dispone, asimismo, que el trato nacional no debe interpretarse de modo que los inversores extranjeros o sus inversiones se beneficien de cualquier trato, preferencia o privilegio otorgado en virtud de las disposiciones en materia de tributación de cualquier acuerdo internacional o cualquier ley de la República, de los procedimientos de contratación pública, de subvenciones o donaciones o de cualquier medida destinada a promover y conservar el patrimonio cultural o a fomentar la protección de las personas históricamente discriminadas, entre otros (artículo 8.4).

El artículo 9 prevé la seguridad física de la inversión, según la cual el Estado debe otorgar a las inversiones y a los inversores extranjeros el mismo nivel de seguridad que se suele otorgar a los inversores nacionales de acuerdo con el nivel mínimo de trato consagrado en el derecho consuetudinario internacional, y teniendo en cuenta los recursos y la capacidad disponibles.

En cuanto a la propiedad y la expropiación (véase el artículo 10), la ley prevé el mismo nivel de protección jurídica de la propiedad⁶⁴ que el que se establece en el artículo 25 de la Constitución. Dicho artículo garantiza el derecho de propiedad al prohibir la privación de bienes (artículo 25.1), salvo en los casos de expropiación con fines públicos o por causa de interés público⁶⁵, y con sujeción a una indemnización justa y equitativa⁶⁶ (artículo 25.2).

La ley no prevé una disposición específica sobre prescripciones en materia de resultados. Sin embargo, establece que las transferencias de fondos relativas a una inversión estarán sujetas a tributación (artículo 11). La ley contiene disposiciones que garantizan el derecho del Estado a reglamentar y a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y la protección de sus intereses en materia de seguridad, incluida la estabilidad financiera (artículo 12)⁶⁷.

⁶⁴ Para Sudáfrica, la propiedad no se limita a la propiedad de la tierra (artículo 25.4 (b) de la Constitución).

⁶⁵ En virtud de la Constitución, el interés público se refiere al compromiso de Sudáfrica con la reforma agraria y aquellas reformas cuyo propósito es brindar acceso equitativo a todos los recursos naturales del país.

⁶⁶ El monto de la indemnización deberá ajustarse al interés público y a los intereses de las partes afectadas, tomando en consideración el uso de los bienes en el momento de la expropiación, sus condiciones de adquisición y de uso, su valor de mercado y el propósito de la expropiación.

⁶⁷ La ley prevé una lista no exhaustiva de cuestiones respecto a las cuales el Estado puede adoptar medidas legislativas o medidas de política, entre las que figuran: la corrección de las desigualdades históricas, sociales y económicas; la defensa de los derechos reconocidos en la Constitución; la promoción y la conservación del patrimonio cultural y de los conocimientos ancestrales y la protección del medioambiente.

En el caso de los procedimientos de solución de diferencias, la ley prevé que el Estado podrá consentir el recurso al arbitraje internacional una vez que se hayan agotado los recursos internos. Si se diera un juicio arbitral, este tendría lugar entre Estados y se celebraría entre Sudáfrica y el Estado de origen del inversor extranjero (artículo 13.5). El agotamiento de los recursos internos exige igualmente que se demuestre que se ha intentado resolver la diferencia por mediación entre el inversor afectado y el organismo que corresponda (artículo 13.1). No obstante, esto no impide que el inversor afectado pueda incoar un proceso ante un juzgado, tribunal o cualquier órgano nacional competente (artículo 13.4).

II. DIFERENTES PLANTEAMIENTOS SOBRE EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN: ANÁLISIS DE LOS ENFOQUES DE LA INDIA, DEL BRASIL Y DEL TPP

En esta parte se presenta un cuadro comparativo de las diferentes formas en que se plantean las normas de protección de las inversiones en el caso del modelo de TBI de la India y del tratado firmado entre el Brasil y Malawi, por una parte, y del capítulo sobre inversiones del TPP⁶⁸, por otra. El análisis se centra en algunos elementos específicos de dichos tratados, incluidas las definiciones de las *inversiones* y de los *inversores protegidos*, las disposiciones relativas al trato nacional, al trato de la NMF, a la expropiación directa e indirecta, al trato justo y equitativo, a las obligaciones de los inversores, al mecanismo de SCIE, a las prescripciones en materia de resultados y al uso de las disposiciones sobre el derecho a reglamentar y las excepciones generales (véase el Cuadro 5 que resume el análisis comparativo).

Cuadro 5: Resumen comparativo de los enfoques de la India, del Brasil y del TPP			
	Modelo de TBI de la India	Tratado del Brasil	Capítulo 9 del TPP
Definiciones	Definición restringida basada en las empresas, exige el cumplimiento de las leyes del Estado receptor por parte del inversor y establece una serie de características acumulativas y exclusiones.	Definición basada en las empresas, con exclusiones.	Definición amplia basada en los activos. Establece características no acumulativas.
Trato nacional	Trato nacional limitado a las fases posteriores al establecimiento y sujeto a orientaciones respecto al requisito sobre «circunstancias similares».	Trato nacional sujeto a las excepciones previstas por la ley y a las disposiciones legales aplicables.	El trato nacional abarca la fase de establecimiento y la formulación sobre «circunstancias similares» confiere gran discrecionalidad a los tribunales.
Trato de la NMF	No incluye ninguna disposición sobre el trato	El trato de la NMF comprende la fase de	El trato de la NMF comprende la fase de

⁶⁸ Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/en/about-us/who-we-are/treaty-making-process/trans-pacific-partnership-tpp/text-of-the-trans-pacific-partnership> .

	de la NMF.	establecimiento, con restricciones.	establecimiento y excluye los procedimientos o mecanismos de solución de diferencias.
Expropiación directa e indirecta	Incluye la expropiación directa o a través de medidas cuyos efectos sean equivalentes a la expropiación, salvo cuando esta se lleve a cabo por causa de interés público, conforme a las debidas garantías procesales y mediante el pago de una indemnización adecuada.	Solo incluye la expropiación directa.	Incluye la expropiación directa e indirecta.
Trato justo y equitativo	No incluye el trato justo y equitativo.	No incluye el trato justo y equitativo.	Disposición utilizada en modelos anteriores y que podría ser interpretada de forma amplia por los tribunales de modo que esta incluya la obligación de satisfacer las expectativas de los inversores.
Obligaciones de los inversores	Contiene artículos sobre las obligaciones de los inversores en los que se establecen disposiciones sobre la corrupción, la tributación y la divulgación de información.	Disposición de máximo empeño relativa a la contribución al desarrollo sostenible, al fomento del progreso económico, social y medioambiental, entre otras obligaciones.	No figura.
SCIE	Contiene disposiciones sobre el agotamiento de los recursos internos, los plazos para presentar reclamaciones, los requisitos relativos a la conducta de los árbitros, la transparencia de los procedimientos de	No figura el mecanismo SCIE, sino entre Estados, además del proceso de prevención de controversias.	No se exige el agotamiento de los recursos internos. Se prevén indemnizaciones pecuniarias ilimitadas con la posibilidad de obtener los intereses

	arbitraje y orientaciones sobre los laudos arbitrales.		compuestos. Se amplía el ámbito de aplicación del mecanismo SCIE a ciertos contratos de inversión. No se incluyen nuevas garantías contra las interpretaciones expansivas de los tribunales de arbitraje y no se hace referencia a la conducta de los árbitros.
Prescripciones en materia de resultados	No incluye prohibiciones de prescripciones en materia de resultados.	No incluye prohibiciones de prescripciones en materia de resultados.	Incluye una lista extensa de prohibiciones que abarca más de lo habitual respecto a las prohibiciones que suelen figurar en los tratados de inversiones.

➤ **Definiciones de las inversiones y los inversores protegidos**

Los tratados tradicionales de protección de las inversiones establecen una «definición» amplia de la inversión protegida en virtud del tratado. Dicha definición suele ir más allá de la inversión extranjera directa (IED) y se aplica a «todo activo» o «cualquier activo», con lo que la protección abarca bienes intangibles como las hipotecas, los derechos de propiedad intelectual, las acciones, los valores y otras formas de participación en el capital de una empresa, así como las expectativas de obtener ganancias y beneficios. El riesgo que supone este enfoque consiste en que algunos activos que no necesariamente contribuyen al desarrollo de la economía del Estado receptor también podrían beneficiarse de las protecciones otorgadas en virtud del tratado (véase el Cuadro 6).

Cuadro 6: Ejemplos de interpretaciones de los tribunales de arbitraje

El caso *Ely Lilly and Company c. Gobierno de Canadá* (Caso CIADI N.º UNCT/14/2): el amplio alcance de la definición de *inversión* sirvió de fundamento para la reclamación de la empresa farmacéutica estadounidense Eli Lilly contra el Canadá. El caso se planteó de acuerdo con el capítulo sobre inversiones del TLCAN y de las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en septiembre de 2013. La reclamación se basaba en la invalidación de una patente: en efecto, en 2010 el Tribunal Federal del Canadá había resuelto invalidar una patente de la empresa farmacéutica cinco años antes de su vencimiento. Conforme a los principios del derecho internacional

generalmente aceptados, los tribunales de un país que concede una patente tienen competencia exclusiva para conocer de asuntos relativos a su invalidación⁶⁹. Aun así, la empresa Eli Lilly recurrió a un tribunal de arbitraje internacional ajeno a la jurisdicción canadiense, y cuyo laudo no podía ser apelable ante los tribunales canadienses, para obtener una indemnización por las supuestas pérdidas derivadas de la invalidación de la patente. Cabe señalar que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) dio un amplio margen a los países miembros para que revocaran o incluso invalidaran una patente. El Acuerdo sobre los ADPIC establece que «se dispondrá de la posibilidad de una revisión judicial de toda decisión de revocación o de declaración de caducidad de una patente» (véase el artículo 32 del Acuerdo sobre los ADPIC).

El caso sobre el empaquetado neutro de las marcas de productos de tabaco: la empresa Philip Morris presentó una reclamación contra el Uruguay (Caso CIADI N.º ARB/10/7) en virtud del TBI suscrito entre Suiza y el Uruguay. La empresa alegó que una medida de salud pública adoptada por el Uruguay (Ordenanza 514 de 18 de agosto de 2008) con el objetivo de advertir sobre los efectos del tabaco sobre la salud causaba una privación de los derechos de propiedad intelectual de Philip Morris y una disminución de sus ventas. La medida en cuestión establecía una «presentación única» para las marcas de productos de tabaco y prohibía que se usaran múltiples presentaciones o variantes de cigarrillos para una misma marca. El Uruguay argumentó que las actividades económicas de la parte demandante no podían considerarse como una inversión porque no contribuían al desarrollo del país. El tribunal desestimó en sus consideraciones los criterios que permiten definir una *inversión* según la «prueba Salini», que son cuatro: 1) una contribución, 2) una determinada duración, 3) la participación en el riesgo y 4) la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. El tribunal consideró «dudoso» que la prueba Salini tuviera alguna importancia para la interpretación del concepto de *inversión* porque dicha prueba no ha sido aceptada como *jurisprudence constante*. En particular, el elemento de contribución al desarrollo económico del Estado receptor no se consideró como un elemento constitutivo del concepto de *inversión*, por lo que la definición de *inversión* se había interpretado en sentido amplio⁷⁰.

Los enfoques de la India y del Brasil

El modo en que los países en desarrollo conciben las reformas de los AII se refleja en la limitación de la definición del concepto de *inversión* protegida en sus tratados. **La India** adopta una definición basada en las empresas y exige que el inversor cumpla las leyes del país receptor. También exige el cumplimiento de una serie de requisitos que incluyen la aportación de capital u otros recursos, una duración determinada, la expectativa de obtener ganancias o beneficios, la asunción de riesgos y la contribución sustancial al desarrollo del Estado receptor (véase el artículo 1.4 del modelo de TBI de la India). El ámbito de aplicación de las inversiones en el modelo de la India excluye las inversiones de cartera, los títulos de deuda pública o las obligaciones de empresas estatales o de empresas controladas por el Gobierno, así como los préstamos concedidos a dichas empresas. También excluye cualquier gasto relativo a las operaciones previas a la admisión, al establecimiento, a la adquisición o a la expansión de una empresa. Quedan asimismo excluidos del concepto de *inversión* los fondos

⁶⁹ Véase: Correa, Carlos, 13 de mayo de 2013, «Los acuerdos de inversión: ¿una nueva amenaza para las flexibilidades previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC?» número 72 del *South Bulletin*.

⁷⁰ Caso CIADI N.º ARB/10/7, párrafos 201 a 208.

de comercio, el valor de marca, la cuota de mercado o cualquier activo intangible similar, así como las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios, entre otros elementos.

Por su parte, **el Brasil** también adopta una definición de *inversión* basada en las empresas⁷¹ en el ACFI, la cual abarca cualquier tipo de bien o derecho perteneciente a un inversor o controlado directa o indirectamente por un inversor de cualquiera de las partes en el territorio de la otra parte **con el propósito de** establecer una sociedad cuyas relaciones económicas sean duraderas respecto a la producción de bienes o prestación de servicios. El modelo del Brasil también excluye los títulos de deuda pública o los préstamos concedidos a un Gobierno, las inversiones de cartera y las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales.

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

En el TPP se mantiene una definición amplia de las inversiones protegidas basada en los activos, que abarca «todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativas de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo». En esta definición se enumera una lista de características no acumulativas, a diferencia del enfoque adoptado en el modelo de la India, cuya definición de *inversión* prevé una serie de características acumulativas de obligado cumplimiento para que una inversión pueda considerarse como protegida en el marco del tratado. La definición de *inversión* conforme al TPP excluye los «préstamos otorgados por una Parte a otra Parte» (véase la nota de pie de página 10 del Capítulo 9 del TPP) así como toda «orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa».

En virtud del capítulo sobre inversiones del TPP, se considera que quedan dentro del alcance de la categoría de inversores protegidos aquellos inversores que «pretenden realizar» una inversión, es decir, todo aquel que «ha adoptado una acción o acciones concretas para realizar una inversión, tales como canalizar recursos o capital para establecer un negocio, o tramitar un permiso o licencia» (véase la nota de pie de página 12 del Capítulo 9 del TPP). Este bajo nivel de exigencia en cuanto a los requisitos necesarios para ser considerado como inversor protegido en virtud del tratado podría tener como consecuencia que se presenten reclamaciones de indemnización incluso cuando los intentos por realizar la inversión hayan fracasado⁷². Este planteamiento aumenta considerablemente las posibilidades de que los inversores presenten reclamaciones contra los Gobiernos, en particular debido al amplio alcance de los mecanismos de SCIE en virtud de los tratados.

Cabe señalar que el ámbito de aplicación del TPP abarca de forma amplia las medidas adoptadas o mantenidas por los órganos o las administraciones centrales, regionales o locales de las partes. En cambio, los países en desarrollo que reforman su concepción de los tratados de inversión tienden a limitar el ámbito de aplicación de estos últimos mediante la exclusión de medidas adoptadas por su administración local, que comprende los órganos locales, las

⁷¹ Cabe señalar que en los tratados de la India y del Brasil se plantea de forma distinta la definición de inversión protegida basada en las empresas. En el modelo del Brasil se añade la formulación «con el propósito de establecer una sociedad», la cual puede dar pie a una interpretación más amplia del ámbito de aplicación de su tratado en comparación con la formulación del modelo de la India.

⁷² Véase: Public Citizen, 2015, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought».

empresas que son propiedad de los órganos locales o están controladas por estos y las corporaciones municipales (véase, por ejemplo, el artículo 1.7 y el artículo 2 del tratado modelo de la India).

➤ **Trato nacional**

La norma de trato nacional establece que las partes del tratado deben otorgar a las inversiones de los inversores de la otra parte un trato no menos favorable que el que se otorga a las inversiones de sus nacionales. Esta norma impide al Estado contratante que imponga requisitos más onerosos a los inversores extranjeros que los que se exigen a sus inversores nacionales.

A la hora de determinar si una medida es discriminatoria, cuando la disposición de trato nacional se refiere al trato a los inversores y a las inversiones «en circunstancias similares», los tribunales deben identificar los sujetos de comparación en el contexto nacional, el nivel de trato que se otorga a cada sujeto en «circunstancias similares» y la existencia de cualquier factor determinante que justifique un trato distinto.

La cuestión de la «similitud» respecto a las inversiones es fundamental a la hora de entender el trato nacional y suele ser objeto de polémica. Algunos tribunales han adoptado una interpretación tan amplia de esta disposición que incluyen en la categoría de inversores en «circunstancias similares» a inversores que desempeñan sus actividades en sectores completamente distintos. Este planteamiento limita la capacidad de los Gobiernos de establecer una distinción entre los inversores según el tipo de actividad que desempeñan y no respecto a su nacionalidad. Asimismo, limita la capacidad de los Estados de promover ciertas inversiones conforme a sus objetivos de industrialización y desarrollo y atendiendo a los costos y beneficios globales derivados de estas, como las repercusiones en la balanza de pagos y en las condiciones ambientales, por una parte, y la contribución a la creación de empleo y al desarrollo y la transferencia de tecnología, por otra parte, en el ámbito nacional (véase el Cuadro 7).

Cuadro 7: Ejemplos de interpretaciones de los tribunales de arbitraje

En el caso *Occidental Exploration c. República del Ecuador* (Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Caso N.º UN 3467, laudo de 1 de julio de 2004), el demandante argumentó que el Ecuador había incumplido su obligación, ya que había concedido devoluciones del impuesto sobre el valor añadido (IVA) a varias empresas que participaban en la exportación de otros productos, como flores, productos relacionados con la actividad minera y productos marinos (véase el párrafo 168 del laudo)⁷³. El tribunal resolvió que el Ecuador había infringido la obligación de trato nacional. En efecto, este consideraba que no se podía «interpretar “en situaciones similares” en el sentido restringido propuesto por Ecuador pues el propósito del tratamiento nacional es proteger a los inversionistas en comparación con los productores locales, y esto no se puede hacer si se dirige exclusivamente al sector en el cual la actividad en particular se realiza» (véase el párrafo 173 del laudo).

⁷³ Véase: Schreuer, Christoph H., «Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures», pág 195, disponible (en inglés) en: <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/93.pdf>

En el caso de SCIE *Bilcon c. Gobierno de Canadá* (Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2009-04, en virtud de las normas del TLCAN), se resolvió que un polémico proyecto minero se encontraba en «circunstancias similares» a las de otros proyectos a pesar de que estos no se efectuaran en el mismo lugar, tuvieran el mismo objetivo ni las mismas implicaciones medioambientales. En esta sección se proporcionará más información sobre este caso.

Los enfoques de la India y del Brasil

A la hora de plantear sus reformas, los países en desarrollo han intentado aclarar la cuestión de la «similitud» y han limitado el trato nacional a las fases posteriores al establecimiento. Por ejemplo, el modelo de TBI de **la India** limita el trato nacional a las fases de administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio (véase el artículo 4.1 del modelo de TBI de la India). El modelo también brinda orientaciones respecto al modo de determinar las «circunstancias similares» y señala todas las circunstancias, incluso que el trato correspondiente distinga entre inversores o inversiones conforme a objetivos legítimos de reglamentación. Entre los factores determinantes figuran los bienes o servicios consumidos o producidos mediante la inversión, las repercusiones reales y potenciales de las inversiones sobre terceros, la comunidad local o el medioambiente, que la inversión sea pública, privada, estatal o controlada por el Estado, así como los retos prácticos que plantea la reglamentación de la inversión (véase la nota de pie de página 2 del modelo de TBI de la India).

Por su parte, **el Brasil** otorga trato nacional a los inversores de la otra parte para realizar inversiones y llevar a cabo actividades comerciales con sujeción a las excepciones previstas por la ley y a las disposiciones legales aplicables (véase el artículo 10.2)⁷⁴.

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

Las normas del TPP relativas al trato nacional se aplican a la fase de establecimiento, ya que abarcan el «establecimiento y la adquisición» además de la «expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio» (véase el artículo 9.4 del capítulo sobre inversiones del TPP).

Los derechos de establecimiento se refieren al derecho de entrada de las inversiones y los inversores de una parte al territorio de otra parte. El TPP otorga a los inversores extranjeros el derecho de establecimiento en condiciones no menos favorables que las que se otorgan a los inversores nacionales «en circunstancias similares». En realidad, estas condiciones liberalizan el entorno para las inversiones y reducen el nivel de discrecionalidad a la hora de reglamentar sobre cuestiones de entrada. Al establecer estas condiciones, los países se ven atrapados en compromisos de larga duración de abrir sus fronteras y permitir la entrada de inversores extranjeros⁷⁵, salvo cuando se establecen excepciones.

⁷⁴ El modelo del Brasil también establece el derecho a la revisión por vía administrativa de las resoluciones en función del nivel de desarrollo de las partes y de los recursos de que dispongan (artículo 10.4).

⁷⁵ Véase: IISD, «Investment Treaties and Why they Matter to Sustainable Development», pág. 22, y UNCTAD, IPFSD - Investment Policy Framework for Sustainable Development (Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible) (en inglés).

El TPP incluye una nota de pie de página que intenta brindar orientaciones sobre si el trato se otorga en «circunstancias similares» y establece que esto «depende de la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el trato pertinente distingue entre los inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público» (véase la nota de pie de página 14 del capítulo sobre inversiones del TPP). Aun así, los especialistas sostienen que ese tipo de disposiciones podía dar un amplio margen de discrecionalidad a los tribunales arbitrales a la hora de determinar lo que es «legítimo»⁷⁶. Un planteamiento más riguroso consistiría en que el inversor se viera obligado a demostrar que sufrió discriminación por motivos de nacionalidad⁷⁷.

Algunos señalan que el planteamiento del TPP permite a los inversores impugnar medidas por considerarlas discriminatorias incluso cuando estas no establecen distinciones entre inversores en función de su nacionalidad, es decir, cuando su propósito no es causar daño a los inversores extranjeros⁷⁸. Según la organización Public Citizen, los inversores extranjeros podrían presentar tales reclamaciones si a causa de su modelo empresarial la empresa soportara una carga ligeramente superior para el cumplimiento de una ley no discriminatoria⁷⁹.

Los tribunales podrían seguir este patrón y poner así en tela de juicio las medidas adoptadas por los Gobiernos y sus esfuerzos por fortalecer la reglamentación relativa al medioambiente, aunque estos no estén aplicando un trato discriminatorio por motivos de nacionalidad. La resolución del caso de SCIE *Bilcon c. Gobierno de Canadá* (Corte Permanente de Arbitraje, caso n.º 2009-04, en virtud de las normas del TLCAN) demuestra que la norma de trato nacional podría aplicarse de forma excesivamente amplia más allá del objetivo inicial de proteger contra la discriminación por motivos de nacionalidad, es decir, de forma que pueda cuestionarse cualquier trato distinto dispensado por el Gobierno⁸⁰. En este caso, el inversor logró demostrar que el Canadá había incumplido la obligación de trato nacional porque las autoridades habían denegado un permiso ambiental para la realización de un polémico proyecto minero, mientras que otros proyectos mineros sí habían recibido autorización. Todo ello independientemente de que los proyectos en cuestión tuviesen objetivos, ubicaciones e implicaciones medioambientales distintas⁸¹. El Canadá alegó que, debido a esas diferencias, no podía considerarse que el proyecto de la empresa Bilcon se encontrara en «circunstancias similares» a las de los demás proyectos mineros. El tribunal desestimó las alegaciones del

⁷⁶ Public Citizen, 2015, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought» (en inglés). Cabe señalar que si se aplica la interpretación de la OMC del término *legítimo*, este podría abarcar prácticas de los Estados ampliamente reconocidas y adoptadas por muchos Gobiernos. Así pues, la validez de algunas leyes y resoluciones concebidas para resolver cuestiones específicas en el Estado receptor podría quedar en tela de juicio en virtud de esta formulación. Véase: Canadá - Patentes para productos farmacéuticos, informe del Grupo Especial de 17 de marzo de 2000, pág. 162. Para más información, véase: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm.

⁷⁷ Véase: Johnson, Lise y Sachs, Lisa (noviembre de 2015) «The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system», Columbia Center on Sustainable Investment, pág. 10 (en inglés).

⁷⁸ Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015, «The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system» y Public Citizen, 2015, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought» (en inglés).

⁷⁹ *Ibid.*, Public Citizen, 2015, pág. 12.

⁸⁰ Véase: Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015, «The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system», Columbia Center on Sustainable Investment (en inglés).

⁸¹ *Ibid.*

Canadá y resolvió que el país había infringido la norma de trato nacional en virtud del TLCAN.

El tribunal consideró que el trato dispensado a la inversión de Bilcon era desfavorable en comparación con el trato otorgado a otros proyectos de la industria extractiva que tenían lugar en «circunstancias similares» y que este era incompatible con los objetivos de liberalización de las inversiones del TLCAN⁸². No obstante, el tribunal no determinó que la decisión del Canadá con respecto al proyecto tenía como objetivo discriminar al inversor debido a su nacionalidad.

➤ **Trato de la nación más favorecida (NMF)**

La cláusula sobre el trato de la NMF brinda a los inversores la posibilidad de exigir el mismo trato favorable que el país receptor otorga a los inversores de cualquier otro país al amparo de otros TBI. Por consiguiente, los inversores extranjeros pueden invocar la disposición que brinde mayor protección en virtud de cualquier TBI firmado por el Estado receptor aunque este último haya establecido niveles distintos de protección en el TBI firmado con el país de origen del inversor⁸³.

Cabe señalar que si los Estados reforman o renegocian algunos de sus tratados (siempre y cuando las demás partes estén dispuestas a renegociar), pero mantienen las disposiciones problemáticas en otros tratados, los compromisos que hayan contraído en virtud de estos últimos podrían pasar a formar parte de los AII más recientes o renegociados a través de la cláusula de la NMF según cómo esta se haya formulado⁸⁴. Por consiguiente, si un Estado se propone reformar su régimen de tratados de inversión y limitar su responsabilidad, este debe procurar no incluir una cláusula de la NMF en los tratados que haya reformado. De lo contrario, podría incorporar involuntariamente aquellas normas que proporcionaban más protección en virtud de tratados modelos anteriores y que podrían seguir en vigor en el momento en que se adoptaran los nuevos tratados objeto de reformas.

La empresa tabacalera Philip Morris se amparó en la cláusula de la NMF para intentar evitar el cumplimiento de un requisito previsto en el TBI entre el Uruguay y Suiza (artículo 10.2) y presentó una reclamación contra el Uruguay en virtud de dicho TBI. Con arreglo al artículo 10.2 del TBI entre el Uruguay y Suiza, la parte demandante deberá someter la controversia a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión y podrá recurrir a un tribunal arbitral solo si no se dictara sentencia en un plazo de 18 meses contados desde el inicio del proceso⁸⁵.

⁸² Véase: laudo de *Bilcon c. Gobierno de Canadá*, párrafo 724, mencionado en Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015 (en inglés).

⁸³ Véase: UNCTAD, IPFSD - Investment Policy Framework for Sustainable Development (Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible), (en inglés), pág. 46, disponible en: [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-IPFSD.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-IPFSD.aspx).

⁸⁴ Véase: UNCTAD, 2010, «MFN Treatment: A Sequel» (en inglés).

⁸⁵ Véase: Correa, Carlos, Syam, Nirmalya y Velásquez, Germán, «Los tratados comerciales y de inversión: obstáculos para las medidas nacionales de salud pública y de control del tabaco», Centro del Sur, *Informe sobre políticas*, N.º 12, noviembre de 2012.

Los enfoques de la India y del Brasil

La India evita otorgar el trato de la NMF en su modelo, mientras que el Brasil prevé una cláusula de la NMF que se extiende a la fase de establecimiento y excluye de forma explícita el trato otorgado en el marco de una zona de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, así como los privilegios derivados de acuerdos sobre doble imposición (artículo 10.5 y 10.6 del acuerdo entre el Brasil y Malawi). El modelo del Brasil también dispone que el acuerdo no se interpretará de modo que se impida la adopción o ejecución de cualquier medida destinada a garantizar la imposición o recaudación de impuestos equitativa o efectiva de conformidad con lo dispuesto en la legislación de la parte (artículo 10.7 del acuerdo entre el Brasil y Malawi).

El capítulo sobre inversiones del TPP

El TPP incluye una cláusula amplia de la NMF que comprende la fase de establecimiento. Esta prevé que los inversores y las inversiones protegidas recibirán un trato no menos favorable que el que se otorga, en circunstancias similares, a los inversores de cualquier parte o de cualquier no parte en lo referente al establecimiento, a la adquisición, a la expansión, a la administración, a la conducción, a la operación y a la venta o cualquier otra disposición de las inversiones (artículo 9.5 del capítulo sobre inversiones del TPP).

➤ **Expropiación directa e indirecta**

Los tratados de inversión admiten la expropiación directa, aunque en condiciones muy estrictas, pues se exige una indemnización, que la expropiación se realice por causa de interés público, que no sea discriminatoria, o sea, que no esté dirigida contra una empresa o nacionalidad determinada y que se lleve a cabo conforme a las debidas garantías procesales⁸⁶.

Además, los acuerdos de inversión han ampliado el alcance de las normas sobre la expropiación de modo que estas incluyan la expropiación directa e indirecta, o lo que se suele denominar como «expropiación o medidas cuyos efectos sean equivalentes a la expropiación». La expropiación indirecta se suele definir como una medida adoptada por el Estado que causa un menoscabo considerable para la inversión sin afectar el título de propiedad de esta última⁸⁷.

Los tribunales han evaluado tales confiscaciones de distinto modo en cada caso. La interpretación más amplia solo tiene en cuenta las consecuencias de las medidas para el inversor (denominada «doctrina del único efecto» o *sole effect doctrine*) y se aplicó en el caso *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB/(AF)/97/1, laudo de agosto de 2000) (véase el Cuadro 8).

⁸⁶ Véase: IISD, «Investment Treaties and Why they Matter to Sustainable Development», pág. 15 (en inglés).

⁸⁷ Nikièma, Suzy H., marzo de 2013, «Compensation for Expropriation», disponible (en inglés) en: http://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf. Nikiema señala que, en teoría, toda medida adoptada por un Estado podría ser calificada de expropiación indirecta según la definición que se establezca en el TBI o los criterios utilizados por los tribunales, que suelen ser variados y, a veces, contradictorios.

Cuadro 8: Ejemplo de interpretación de un tribunal arbitral

El caso CIADI *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* se presentó en virtud de las normas del TLCAN. El tribunal expuso una serie de hechos que en conjunto denegaban a la empresa un permiso para operar un confinamiento de residuos peligrosos. A este respecto, el Tribunal estableció que «la expropiación en el TLCAN incluye no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor» (párrafo 103 del laudo). El tribunal también se refirió a un decreto emitido por el Gobierno según el cual se declaraba como área de reserva natural la zona donde se realizaba la inversión. Respecto a esto, el tribunal dispuso que «no [necesitaba] considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico». Así pues, el tribunal determinó explícitamente que el propósito de la medida adoptada no revestía importancia. Otros tribunales utilizaron una «prueba de proporcionalidad» para determinar la relación entre la utilidad pública de la medida y su consecuencia para el inversor⁸⁸. Conforme a una interpretación tan amplia del concepto de expropiación indirecta, cualquier medida reglamentaria como, por ejemplo, las relativas a los procesos de producción, a la transferencia de tecnología o a la prohibición de productos nocivos podrían ser calificadas de expropiación indirecta.

Los enfoques de la India y del Brasil

El acuerdo del **Brasil**, cuyo enfoque solo tiene en cuenta la expropiación directa, establece que ninguna parte, de conformidad con su legislación, expropiará o nacionalizará directamente las inversiones protegidas por el acuerdo, excepto a) por causa de interés público, b) de forma no discriminatoria, c) mediante el pago de una indemnización efectiva y d) conforme a las debidas garantías procesales (véase el artículo 8 del acuerdo entre el Brasil y Malawi sobre la mitigación de los riesgos y la prevención de controversias).

El modelo de TBI de la **India** tiene en cuenta la expropiación ya sea de forma directa o a través de medidas que tengan un efecto equivalente a la expropiación, salvo cuando esta se lleva a cabo por causa de interés público, conforme a las debidas garantías procesales y mediante el pago de una indemnización adecuada (véase el artículo 5). El tratado modelo de la India establece una lista de factores que se deben considerar a la hora de determinar si una o varias medidas tienen un efecto equivalente a la expropiación. Entre estos factores figuran las repercusiones económicas de las medidas, su duración, su naturaleza y, en particular, su objeto, contexto e intención, así como si la medida infringe, con respecto al inversor, un compromiso existente y vinculante contraído por escrito mediante un contrato, una licencia u otro documento legal (véase el artículo 5.3b). Como se expone en el apartado siguiente, el TTP incluye en su lista las expectativas del inversor y cita las «expectativas inequívocas y razonables de la inversión» como uno de los elementos que se deben observar para determinar si una medida equivale a la expropiación indirecta (véase el Anexo 9-B del capítulo sobre inversiones del TPP). El modelo de la India excluye las medidas reglamentarias no discriminatorias adoptadas por una parte o las medidas o sentencias de los órganos judiciales

⁸⁸ Véase: IISD, «Investment Treaties and Why they Matter to Sustainable Development», pág. 15 (en inglés).

de una parte que se elaboren o se apliquen por causa de utilidad pública o con el fin de proteger el interés público legítimo, como la salud pública, la seguridad y el medioambiente (véase el artículo 5.5).

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

El capítulo sobre inversiones del TPP dispone que «ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización [...] salvo: por causa de propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva [...] y de conformidad con el principio del debido proceso legal». El TPP también dispone que el artículo sobre expropiación e indemnización (artículo 9.8) deberá interpretarse de conformidad con el Anexo 9-B. Este último establece los criterios para determinar si una medida equivale a una expropiación indirecta, los cuales requieren «una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: [...] el impacto económico del acto gubernamental; [...] la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y [...] el carácter de la acción gubernamental» (Anexo 9-B, párrafo 3 del Capítulo 9 del TPP). En lo referente a las expectativas legítimas, los tribunales deben considerar los «factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista certezas obligatorias por escrito y [...] la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante» (nota de pie de página 36, Anexo 9-B del Capítulo 9 del TPP).

Las disposiciones del Anexo 9-B intentan evitar que sean considerados como expropiación indirecta «los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente». Ahora bien, la adición de la frase «salvo en circunstancias excepcionales»⁸⁹ ofrece un resquicio legal (Anexo 9-B, párrafo 3(b)), puesto que el párrafo 3(b) no define las «circunstancias excepcionales», lo que deja un amplio margen discrecional a los tribunales para aportar su interpretación y sentar precedentes. En definitiva, son los tribunales quienes estarán encargados de sopesar estos factores y de decidir si una medida o una serie de medidas tienen efectos equivalentes a la expropiación indirecta. Así pues, el TPP no aporta una respuesta definitiva y en los procesos de arbitraje se seguirá debatiendo si una medida se considera como expropiación indirecta o si da derecho a una indemnización. Los árbitros deberán dictaminar en función de cada caso⁹⁰.

Es importante señalar que no es la primera vez que se utiliza esta formulación y que ya aparecía en acuerdos anteriores de los Estados Unidos. Son ejemplo de ellos los modelos de TBI estadounidenses de 2004 y 2012, el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR), los acuerdos de libre comercio firmados con Australia, Chile, Colombia, la República de Corea, Marruecos, Omán,

⁸⁹ La referencia a las «circunstancias excepcionales» figura en los modelos de tratados de inversión de los Estados Unidos de 2004 y 2012.

⁹⁰ Cortes, Nahila, diciembre de 2015, «Indirect Expropriation under the TPP: A New Frontier for the Right of States to Regulate?», American University Washington College of Law (Facultad de Derecho de la American University de Washington), disponible (en inglés) en: <http://kluwarbitrationblog.com/2015/12/20/indirect-expropriation-under-the-tpp-a-new-frontier-for-the-right-of-states-to-regulate/>

Panamá, el Perú, Singapur y los tratados bilaterales de inversión firmados con Rwanda y el Uruguay⁹¹.

➤ **Trato justo y equitativo**

La mayoría de los casos de SCIE tienen que ver con reclamaciones por violación de la norma de trato justo y equitativo y con reclamaciones respecto a la expropiación directa e indirecta⁹². Muchos inversores se han amparado en la norma sobre el trato justo y equitativo para impugnar con éxito las medidas adoptadas por cualquier poder del Estado o en cualquier nivel del Gobierno⁹³.

La norma de «trato justo y equitativo» se ha convertido en una disposición de aplicación general, en particular debido a la indeterminación respecto al nivel de responsabilidad que esta disposición engendra. Se interpreta cada vez con mayor frecuencia no solo respecto a los casos de denegación de justicia, sino de expectativas legítimas y de pérdida de los beneficios previstos, así como en casos de reclamaciones respecto a la falta de transparencia del Estado en la adopción de sus decisiones administrativas⁹⁴. Por consiguiente, los tribunales de inversión han interpretado estas disposiciones de forma amplia de modo que se previera el derecho a disponer de un entorno comercial y reglamentario «estable y previsible», en virtud del cual los inversores pueden reclamar indemnizaciones en caso de que se cambiaran las normas tributarias y de reglamentación (véase el Cuadro 9). Así pues, este tipo de planteamiento se basa en la idea de un mantenimiento del *statu quo* legislativo.

En los países en desarrollo, donde los marcos normativos aún están evolucionando conforme aumenta la capacidad de los Gobiernos para reglamentar y la economía y la sociedad experimentan cambios, tales interpretaciones restringen considerablemente el derecho de los Estados a reglamentar. En definitiva, una interpretación tan amplia va en contra de la propia naturaleza de las normas, las cuales deben evolucionar conforme cambie el ámbito local, nacional e internacional.

Cuadro 9: Ejemplo de la interpretación de un tribunal arbitral que mantiene el *statu quo* legislativo.

En el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2), el tribunal resolvió que, en virtud de la norma de trato justo y equitativo, el Estado estaba obligado a actuar de manera que «no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión» y «de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones» para que

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Véase: IISD, «Review of recent investment arbitration decisions 2012-2013».

⁹³ Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015, pág. 4. Por ejemplo, de los 23 casos conocidos (publicados) resueltos a favor de los inversores en virtud de tratados de comercio e inversión estadounidenses, alrededor del 75 % (17) se han planteado por violaciones de la norma de «trato justo y equitativo» o del «nivel mínimo de trato». Fuente: Public Citizen, memorando, septiembre de 2012, «“Fair and Equitable Treatment” and Investor’s Reasonable Expectations: Rulings in U.S. FTAs & BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed», <http://www.citizen.org/documents/MST-Memo.pdf>.

⁹⁴ Véase: IISD, «Investment Treaties and Why they Matter to Sustainable Development» pág. 12 y «Review of recent investment arbitration decisions 2012-2013», pág. 17 (en inglés).

este pueda conocer todas las normas o reglamentaciones y sus objetivos antes de realizar la inversión⁹⁵.

El objeto del **caso Tecmed** era la sustitución de una licencia abierta para operar un confinamiento por una licencia de duración determinada. El inversor alegó que ese cambio en el ámbito comercial y jurídico constituía una violación de la norma de trato justo y equitativo del TBI entre España y México. El tribunal respaldó la demanda aduciendo que el modo de actuar de las autoridades mexicanas vulneraba las expectativas legítimas de los inversores⁹⁶.

Los enfoques de la India y del Brasil

Los países en desarrollo que están adoptando un nuevo enfoque han evitado incluir la norma del trato justo y equitativo en sus tratados. Por ejemplo, esta no figura en el nuevo tratado modelo de la India ni en el acuerdo entre el Brasil y Malawi.

El tratado modelo de **la India** dispone que ninguna parte impondrá medidas sobre las inversiones que constituyan una violación del derecho internacional consuetudinario. Según el tratado, estas medidas pueden manifestarse mediante la denegación de justicia en cualquier procedimiento administrativo o judicial, la violación fundamental del debido proceso, la discriminación dirigida a un elemento específico por motivos manifiestamente injustificados como el género, la raza o las creencias religiosas y el trato abusivo manifiesto como la coacción, la violencia y el acoso (véase el artículo 3.1). Este enfoque intenta ajustarse a la práctica del derecho internacional consuetudinario⁹⁷ y reduce las posibilidades de que se interpreten de forma amplia las obligaciones de los Estados con respecto al nivel de trato de la inversión⁹⁸.

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

A diferencia de los enfoques mencionados anteriormente, el capítulo del TPP sobre inversiones reproduce en gran medida la formulación del trato justo y equitativo que figuraba en acuerdos de inversiones ya existentes y en el modelo de TBI estadounidense de 2012. En virtud de la disposición del TPP sobre el nivel mínimo de trato, el inversor deberá recibir «un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas» (véase el artículo

⁹⁵ Otros tribunales han interpretado esta norma de forma más restringida, en el sentido de que el Estado no debe actuar de manera ofensiva o abusiva.

⁹⁶ Véase: UNCTAD, «Fair and Equitable Treatment», UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, pág. 65.

⁹⁷ El modelo de la India señala en una nota de pie de página que el derecho internacional consuetudinario viene dado por la práctica general y constante de los Estados, guiados por un sentido de obligación jurídica (véase la nota de pie de página 1 del modelo de TBI de la India).

⁹⁸ Es importante señalar que, en ciertos casos, el concepto de «denegación de justicia» se ha definido de forma amplia asociado al concepto general de «delito internacional» mientras que, en otros, su definición es más restringida y se refiere solo a la privación del derecho de acceso a los tribunales. En la práctica reciente de los tribunales arbitrales de inversiones se ha interpretado la denegación de justicia no solo en el sentido de privación de acceso a los tribunales, sino en lo referente a las resoluciones manifiestamente injustas y a la interferencia por parte de los Gobiernos en la administración de la justicia mediante actuaciones del poder legislativo o ejecutivo (véase Sattorova, Mavluda, 2012, «Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.º 1).

9.6 del Capítulo 9 del TPP). El concepto de «trato justo y equitativo» viene aclarado por una lista no exhaustiva de medidas que incluye «la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo [...]». En virtud de este planteamiento los tribunales pueden ampliar libremente esta lista no exhaustiva.

Además, el capítulo sobre inversiones del TPP incluye una aclaración según la cual «el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación [del artículo sobre el nivel mínimo de trato]» (artículo 9.6.4). Los especialistas señalaron que esta formulación establece que la vulneración de las «expectativas» de los inversores no constituye por sí sola un motivo de reclamación de violación del nivel mínimo de trato. Sin embargo, este enfoque prevé, de forma implícita, que la vulneración de las «expectativas» de los inversores puede resultar determinante a la hora de resolver si se ha incumplido la norma de trato justo y equitativo y el nivel mínimo de trato⁹⁹.

Para interpretar la disposición sobre el nivel mínimo de trato el TPP remite al derecho internacional consuetudinario (véase la nota de pie de página 15 y el Anexo 9-A del Capítulo 9 del TPP) y establece que este último «resulta de una práctica general y consistente de los Estados seguida por ellos en el sentido de una obligación legal». Una formulación similar se incluyó en el Anexo 10-B del CAFTA-DR. Los tribunales no habían tenido en cuenta este anexo en casos anteriores y se basaban en una interpretación amplia que conllevaba la obligación de satisfacer las «expectativas» de los inversores¹⁰⁰.

➤ **Obligaciones de los inversores**

Los enfoques de la India y del Brasil

Uno de los objetivos principales de la reforma del régimen de protección de las inversiones es restablecer un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los inversores en virtud de los AII. El tratado modelo de la **India** incluye una sección sobre las obligaciones de los inversores (véase el capítulo III, artículos 11 y 12), en la que se enumeran las obligaciones respecto al cumplimiento de todas las leyes, normativas, orientaciones administrativas y medidas del Estado receptor en las fases de establecimiento, adquisición, administración, operación y disposición de las inversiones. También establece disposiciones sobre la corrupción, la tributación y la divulgación de información. El artículo 12 del modelo de TBI de la India contiene una disposición de máximo empeño según la cual los inversores deberán incorporar de forma voluntaria, en sus prácticas y directrices internas, los principios de responsabilidad social de las empresas reconocidos internacionalmente (véase el artículo 12).

Por su parte, el modelo de TBI del **Brasil** incluye una disposición de máximo empeño detallada sobre la contribución al desarrollo sostenible del Estado receptor y de la comunidad local, la promoción del progreso económico, social y medioambiental, el respeto de los derechos humanos de quienes participan en las actividades de las empresas, la promoción del

⁹⁹ Véase: Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015, pág. 4.

¹⁰⁰ Véase: *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* y *TECO Guatemala Holdings LLC c. República de Guatemala* en Public Citizen, 2015, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought», pág 11.

fortalecimiento de la capacidad local y el fomento del desarrollo del capital humano (en especial mediante la creación de oportunidades de empleo), entre otros elementos.

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

En cambio, en el TPP no se formula explícitamente una disposición de obligación o de máximo empeño para los inversores. El capítulo sobre inversiones del TPP incluye una disposición sobre la responsabilidad social de las empresas (véase el artículo 9.17) en la que se subraya «la importancia de que cada parte aliente a las empresas que operan en su territorio o sujetos [sic] a su jurisdicción para que incorporen voluntariamente en sus políticas internas los estándares, directrices y principios de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente que hayan sido aprobados o sean apoyados por esa Parte». Esta disposición no es de obligatorio cumplimiento para las partes, y se limita a afirmar la importancia de alentar a las empresas a que promuevan dichos principios sin formular requisitos o medidas concretas.

➤ **Solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE)**

Los enfoques de la India y del Brasil

Muchos países en desarrollo se han mostrado sumamente críticos respecto al sistema de SCIE. En su acuerdo con Malawi, **el Brasil** no brinda la posibilidad de recurrir al mecanismo de SCIE y solo prevé el arbitraje entre Estados (véase el artículo 13.3 del acuerdo entre el Brasil y Malawi) como uno de los elementos de la disposición sobre «prevención de controversias». En esta se establece un «comité conjunto para la administración del acuerdo» compuesto por representantes de ambas partes nombrados por sus Gobiernos (véase el artículo 3). En el acuerdo se prevén «puntos focales u “ombudsmen”» (artículo 4), cuya responsabilidad principal es apoyar a los inversores de la otra parte.

Por ejemplo, en el acuerdo negociado entre el Brasil y Malawi, la Cámara de Comercio Exterior del Brasil, que forma parte del Consejo de Gobierno de la Presidencia, funciona como punto focal del Brasil, mientras que el punto focal nacional de Malawi es el Investment and Trade Centre, un organismo público encargado de promover la inversión y el comercio. Además, antes de presentar una diferencia, toda controversia entre las Partes se debe evaluar a través de consultas y negociaciones entre las Partes y debe ser previamente examinada por el Comité Conjunto, que está integrado por representantes del Gobierno de ambas partes. El comité conjunto puede autorizar el recurso al arbitraje entre Estados una vez que se haya iniciado un proceso de consultas y negociaciones entre las partes (artículo 13), si estas lo estiman conveniente (artículo 13.6).

El tratado modelo de **la India** exige el agotamiento de los recursos internos (artículo 15.1) antes de iniciar un procedimiento arbitral. El plazo fijado en el modelo para someter una reclamación ante un tribunal arbitral es de seis años desde la fecha en que el inversor haya conocido o hubiera debido conocer la medida impugnada (artículo 15.5.i). Cabe destacar que el modelo de la India exige el agotamiento de la vía administrativa o judicial respecto a la medida impugnada en un plazo mínimo de cinco años desde la fecha en que el inversor haya conocido o hubiera debido conocer la medida en cuestión (artículo 15.2). Por tanto, una vez que se hayan agotado los recursos internos el inversor dispone de un plazo de un año para someter una reclamación a arbitraje.

Una de las condiciones establecidas en el modelo para que el inversor pueda iniciar un procedimiento arbitral es que este renuncie a su derecho a incoar o a proseguir, respecto a la medida impugnada, un proceso ante un juzgado o tribunal administrativo en el marco de la legislación de cualquier parte o de cualquier otro procedimiento de solución de diferencias (artículo 15.5.iii y 15.5.iv.). El tratado modelo también incluye una sección sobre la prevención de conflicto de intereses de los árbitros (artículo 19). En esta se establecen los motivos para recusar un árbitro nombrado en virtud del tratado, así como los elementos según los cuales se puede cuestionar la independencia, la imparcialidad y la existencia de un conflicto de intereses respecto a un árbitro (artículo 19.10). El tratado incluye, asimismo, una sección sobre la transparencia de los procedimientos de arbitraje (artículo 22).

En cuanto al cálculo de las indemnizaciones por parte de los tribunales arbitrales, el modelo de la India dispone que el monto de las indemnizaciones pecuniarias no será superior a la pérdida sufrida por el inversor o, en su caso, la empresa establecida en el territorio de la otra parte, y que será inferior si una de las partes ha otorgado anteriormente una indemnización al inversor. Los tribunales arbitrales también deberán tener en cuenta cualquier restitución de bienes que haya tenido lugar, así como una revocación o modificación de la medida y otros factores atenuantes¹⁰¹ (artículo 26.3) al calcular el monto de la indemnización. El modelo también incluye una cláusula de aplazamiento sobre un mecanismo de apelación.

Cabe señalar que el tratado modelo de la India no se aplica a las medidas de administraciones locales, cualquier medida sobre tributación, concesión de licencias obligatorias o la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en consonancia con el Acuerdo sobre los ADPIC. El tratado tampoco se aplica a la contratación pública, a las subvenciones o donaciones otorgadas por una parte o a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales (artículo 2.4). También quedan excluidas del ámbito de aplicación del tratado las medidas no discriminatorias de aplicación general adoptadas por un banco central o autoridad monetaria de una parte en el marco de su política monetaria, crediticia o cambiaria (artículo 32.2).

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

El capítulo sobre inversiones del TPP no exige el agotamiento de los recursos internos. En virtud de este capítulo los inversores pueden presentar reclamaciones de indemnización por intentos fallidos de realizar una inversión al fijar como criterio que se haya adoptado «una acción o acciones concretas para realizar una inversión, tales como canalizar recursos o capital para establecer un negocio, o tramitar un permiso o licencia» (véase el artículo 9.1 y la nota de pie de página 12). El capítulo sobre inversiones también prevé el recurso al mecanismo de SCIE en el ámbito de la reestructuración de la deuda soberana (la SCIE está limitada a las reclamaciones por incumplimiento de las disposiciones de trato nacional y de trato de la NMF en el caso de la reestructuración negociada, que exige el consentimiento de al menos el 75 % de los tenedores de un instrumento de deuda; véase las definiciones del artículo 9.1 y el Anexo 9-G, párrafo 2).

¹⁰¹ La nota de pie de página 4 del modelo explica que se pueden considerar como factores atenuantes el uso actual y pasado dado a la inversión, la historia y el objeto de su adquisición, las indemnizaciones recibidas por el inversor provenientes de otras fuentes, cualquier daño causado por el inversor al medioambiente o a la comunidad local y que no haya sido reparado, así como cualquier otra consideración pertinente respecto a la necesidad de establecer un equilibrio entre el interés público y los intereses del inversor.

Además, en virtud del TPP, los inversores de una parte pueden presentar reclamaciones relacionadas con ciertos contratos con el Gobierno central «(a) con respecto a recursos naturales que una autoridad nacional controla, tales como petróleo, gas natural, minerales de tierras raras, madera [...] incluyendo para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta; (b) para suministrar servicios a nombre de la Parte para el consumo del público general para: la generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua, telecomunicaciones [...]; (c) para llevar a cabo proyectos de infraestructura [...]» (véase la definición de *acuerdo de inversión* del artículo 9.1 y el artículo 9.19, «Sometimiento de una reclamación a arbitraje»). El Anexo 9-L dispone que un inversor puede presentar una reclamación ante un tribunal arbitral respecto a dichos contratos aunque haya formulado una renuncia escrita conforme al acuerdo de inversión (por tanto, incluso aunque el contrato exija que se resuelvan los litigios en los tribunales nacionales). El capítulo sobre inversiones también fija un plazo más largo, de tres años y medio, para que el inversor pueda presentar una reclamación cuando haya tenido conocimiento de la violación (artículo 9.21.1. El plazo es de tres años en virtud del modelo de TBI estadounidense de 2012).

En comparación con otros acuerdos vigentes, el capítulo sobre inversiones del TPP no ofrece garantías adicionales que limiten la discrecionalidad de los tribunales de SCIE para interpretar de forma excesivamente amplia las obligaciones de los Estados en virtud del acuerdo. Si bien el Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales sostiene que el modelo del TPP sienta mejores bases para la revisión y desestimación rápida de reclamaciones frívolas (véase el artículo 9.23.4), lo cierto es que esas disposiciones ya figuraban en acuerdos anteriores, como el CAFTA-DR (artículo 10.20.4) y el Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU. (artículo 10.20.4) y no resultaron ser muy eficaces a la hora de limitar las reclamaciones frívolas¹⁰².

El capítulo sobre inversiones del TPP no aborda cuestiones éticas respecto a los árbitros, pero prevé una cláusula de aplazamiento (artículo 9.22.6) según la cual «[l]as partes deberán, previo a la entrada en vigor de este Tratado, proporcionar orientación sobre la aplicación del Código de Conducta para los Procedimientos de Solución de Controversias [...] a los árbitros [...] [así como] orientación sobre la aplicación de otras reglas o lineamientos pertinentes sobre conflictos de interés en arbitraje internacional». No queda claro de qué modo las acciones que se esperan de las partes representen un valor añadido en lo referente a esta cuestión.

Algunos especialistas han señalado que, en comparación con otros acuerdos comerciales de los Estados Unidos, el TPP supone un retroceso en cuanto a la transparencia y la participación del público¹⁰³. También han subrayado que en el TPP se añadió una formulación que no figuraban en otros acuerdos comerciales de los Estados Unidos. Según esta, los Estados «debería[n] procurar aplicar [sus leyes sobre la libertad de información] de tal manera que se proteja de divulgación la información que ha sido catalogada como información protegida» en los procesos de SCIE. Tal formulación podría ser utilizada para impedir que se divulgue la información presentada por las partes en los procesos de SCIE o publicada durante estos últimos¹⁰⁴. Además, los tribunales arbitrales tienen discrecionalidad para decidir si procede la participación del público mediante comunicaciones *amicus curiae* (artículo 9.23.3).

¹⁰² Public Citizen, 2015, «Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought» (en inglés).

¹⁰³ Johnson, Lise y Sachs, Lisa, noviembre de 2015, pág. 12.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

En virtud del capítulo sobre inversiones del TPP los tribunales disponen de discrecionalidad para otorgar indemnizaciones pecuniarias ilimitadas y un interés compuesto a una tasa comercial (calculado sobre una base mensual desde la fecha de adopción de la medida por parte del Estado), además de discrecionalidad para conceder costas y honorarios¹⁰⁵ (artículo 9.23.6). Todo ello aumenta los incentivos económicos que despiertan el interés de los inversores y de los bufetes de abogados respecto al sistema actual de SCIE.

➤ **Prescripciones en materia de resultados**

Los datos de las economías industrializadas indican que los flujos de inversión extranjera no ejercen necesariamente una influencia positiva en el desarrollo industrial y que las prescripciones en materia de resultados son indispensables para obtener beneficios de la inversión extranjera. Los países receptores no se beneficiarán automáticamente de la inversión extranjera a menos que sus propias políticas induzcan a los inversores a realizar ese tipo de contribución como parte de sus operaciones. Las medidas de política necesarias para garantizar que se obtengan beneficios positivos de la inversión extranjera son aquellas que los países prósperos han aplicado a lo largo de los años como parte de su política industrial¹⁰⁶, pero que actualmente están restringidas en virtud de los tratados de inversión.

Los enfoques de la India y del Brasil

Los modelos de la India y del Brasil no prohíben las prescripciones en materia de resultados. En cambio, el artículo 9.10 del capítulo sobre inversiones del TPP restringe, mediante el enfoque de lista negativa¹⁰⁷, la imposición de una larga lista de prescripciones relativas al establecimiento, la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra forma de disposición de las inversiones de un inversor de una parte o de una no parte en su territorio, así como las prescripciones que se apliquen como condición para recibir o continuar recibiendo una ventaja¹⁰⁸. La lista de restricciones es mucho más extensa que las

¹⁰⁵ En promedio, un caso cuesta ocho millones de dólares de los Estados Unidos en concepto de gastos administrativos del tribunal y de honorarios de los árbitros y los abogados.

¹⁰⁶ Montes, Manuel y Mohamadieh, Kinda, «Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements», en *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (Ginebra, Centro del Sur, 2015) (en inglés).

¹⁰⁷ Las partes contratantes del TPP adoptan un «enfoque de lista negativa», lo que significa que sus mercados están completamente abiertos a los inversores extranjeros, salvo cuando se han previsto excepciones (medidas disconformes) en uno de los dos anexos por país respecto a: (1) medidas vigentes sobre las que una parte acepta la obligación de no hacer sus medidas más restrictivas en el futuro y de consolidar cualquier liberalización futura y (2) medidas y políticas sobre las que una parte tiene discrecionalidad plena en lo sucesivo. Fuente: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.

¹⁰⁸ Asimismo, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) incluye las prescripciones en materia de resultados en una larga lista de enfoque negativo sobre restricciones (artículo 8.5 sobre prescripciones en materia de resultados). Además, el AECG limita la exigencia de que se condicione el acceso a los mercados a la prescripción de empresa mixta, la limitación máxima de la participación de capital extranjero, el valor de las transacciones o los activos y las limitaciones sobre el número de empleados, entre otras condiciones (artículo 8.4 sobre el acceso a los mercados). Cabe señalar que las disposiciones del AECG sobre prescripciones en materia de resultados se excluyen del mecanismo de SCIE (véase el artículo 8.18 del AECG, Capítulo 8). Por tanto, en virtud del Capítulo 29 del AECG sobre solución de diferencias, solo el otro Estado parte puede presentar una reclamación respecto a las prescripciones en materia de resultados. En el TPP, las cuestiones relativas a las reclamaciones sobre prescripciones en materia de resultados se incluirían en la sección sobre SCIE.

que negociaron los países en el marco del Acuerdo sobre las medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC) de la OMC.

El enfoque del capítulo sobre inversiones del TPP

En virtud del TPP, las restricciones del Acuerdo sobre las MIC se extienden a los servicios y se exige su cumplimiento mediante la SCIE. Además, se limitan las prescripciones sobre transferencia de tecnología, el uso de tecnología local¹⁰⁹ y la adopción de una tasa o un monto determinado de regalías, como los límites impuestos sobre los pagos por concepto de regalías a las empresas matrices¹¹⁰. Como se ha señalado anteriormente, la disposición del TPP sobre las prescripciones en materia de resultados se aplica a las inversiones de cualquier país, incluso aquellos que no sean partes contratantes del TPP.

➤ **Las disposiciones sobre el derecho a reglamentar y las excepciones generales: eficacia y limitaciones¹¹¹**

Uno de los planteamientos más recurrentes en los debates respecto a la reforma del régimen de tratados de inversión ha sido la incorporación de excepciones generales y disposiciones o aclaraciones sobre el derecho a reglamentar en los tratados de inversión¹¹². Según el *Informe sobre las inversiones en el mundo* (2014)¹¹³, 15 de los 18 AII celebrados en 2013 contienen excepciones. Sin embargo, la mayoría de los Estados no ha incluido excepciones en sus tratados en vigor. Además, en muchos casos, suelen elaborar las cláusulas de excepciones generales en los AII de forma distinta¹¹⁴.

Las cláusulas de excepción podrían resultar ser un recurso poco eficaz. La cuestión fundamental reside en el modo de concebir o de formular tales cláusulas y en su relación con las demás cláusulas del tratado. De ello dependerá la forma en que los tribunales arbitrales interpreten estas disposiciones y, por lo tanto, el margen de maniobra de que dispongan los Estados. Cabe señalar que, en muchos casos, los tribunales arbitrales han puesto de relieve la

¹⁰⁹ Las restricciones sobre el uso y la transferencia de tecnología figuraban en el modelo de TBI estadounidense de 2012.

¹¹⁰ La experiencia de los países en desarrollo ha demostrado que cuando no se fijan límites máximos a los pagos por concepto de regalías, los ingresos por concepto de regalías de las empresas matrices tienden a aumentar considerablemente en detrimento de los dividendos que perciben los accionistas indios. (Véase: Iyengar, Suresh P., «Investor returns take a hit as arms of foreign MNCs hike royalty payment», disponible (en inglés) en: <http://www.thehindubusinessline.com/markets/stock-markets/investor-returns-take-a-hit-as-arms-of-foreign-mncs-hike-royalty-payment/article5815560.ece> (consultado el 8 de abril de 2016)).

¹¹¹ En esta sección se exponen los efectos de las «excepciones generales» y de las disposiciones relativas al «derecho a reglamentar». No se realizará un análisis exhaustivo del ámbito de aplicación general de las reservas y excepciones incluidas en los tratados examinados.

¹¹² Para más información, consúltense los debates y declaraciones de la sesión de la UNCTAD sobre reformas de los AII durante el Foro Mundial de Inversiones de 2014. Véase también el programa de la reunión de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) «Investment Treaties: The Quest for Balance», celebrada el 14 de marzo de 2016, disponible (en inglés) en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/OECD-treaties-investment-2016-agenda.pdf>.

¹¹³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), citada en Sabanogullari, Levent, 21 de mayo de 2015, «The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice».

¹¹⁴ Newcombe, Andrew, 2008, «General Exceptions in International Investment Agreements», borrador del documento de debate elaborado con vistas a la Octava Conferencia Anual sobre el derecho de la OMC, organizada por el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado (BIICL, por sus siglas en inglés).

función de promoción y protección de los AII, que ha sido el objetivo esencial de los AII tradicionales tal como se refleja en su redacción, lo cual ha llevado a los tribunales a interpretar las excepciones en sentido restrictivo¹¹⁵.

Por ejemplo, es mucho más difícil cumplir el requisito de «necesidad» que aquellos requisitos, menos restrictivos, de que exista un vínculo con un objetivo determinado y que suelen expresarse como «relativo a» o «elaborado y aplicado para», y en virtud de los cuales los Estados receptores disponen de mayor flexibilidad¹¹⁶. Además, es importante tener en cuenta la relación de la cláusula de excepción con otras disposiciones del tratado. Por ejemplo, es posible que las excepciones no se apliquen a ciertas disposiciones de las que los Gobiernos estén intentando resguardarse, como la del trato justo y equitativo. Así pues, las excepciones pueden resultar ser poco útiles si se incorporan a un tratado en el que las normas de protección siguen teniendo un amplio alcance.

A menudo, los Estados deciden plasmar el artículo XX¹¹⁷ del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) «Excepciones generales»¹¹⁸ y el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) «Excepciones generales» de la OMC en los AII como excepciones que se pueden aplicar en estos acuerdos¹¹⁹. A juzgar por los casos vistos en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, es difícil cumplir los requisitos estrictos establecidos en el artículo XX del GATT y en el artículo XIV del AGCS. Por ejemplo, desde el establecimiento de la OMC, de las 40 diferencias en las que se invocaron las excepciones en virtud de dichos artículos, solo una prosperó¹²⁰. Además, algunos sostienen que el artículo XX del GATT no se adecua a la solución de controversias

¹¹⁵ *Ibíd.* Véase el caso *Canfor Corporation c. Estados Unidos de América y Terminal Forest Products c. Estados Unidos de América*, en el que el tribunal adoptó la misma opinión que el grupo especial del GATT respecto a la diferencia «Canadá – Restricciones aplicadas a las importaciones de helados y yogur», al argumentar que las excepciones se debían interpretar en sentido estricto y que no cabía proceder a una interpretación flexible.

¹¹⁶ Véase: Sabanogullari, Levent, 21 de mayo de 2015, «The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice», disponible (en inglés) en: <https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>.

¹¹⁷ El artículo XX del GATT dispone lo siguiente: «A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (a) necesarias para proteger la moral pública; (b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; [...] (d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error; [...]».

¹¹⁸ Véase: Sabanogullari, Levent, 21 de mayo de 2015, «The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice», disponible (en inglés) en: <https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>.

¹¹⁹ He aquí algunos ejemplos: el Acuerdo de Inversión del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA, artículo 22), el Acuerdo Global de Inversiones de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN, artículo 17) y el TBI entre la República de Benin y el Canadá de 2013 (artículo 20). El Canadá suele incluir el artículo XX del GATT como excepción general en sus TBI.

¹²⁰ Véase: Public Citizen, «Only one of 40 attempts to use the GATT Article XX / GATS Article XIV “General Exception” Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct will not Provide for an Effective TPP General Exception» (en inglés).

sobre inversiones, sino que se aplica en el marco de la jurisprudencia de la OMC respecto a las mercancías comercializadas y no a los flujos de inversión y que, en el artículo XX, debe entenderse «necesarias» en el sentido de «medidas que menos restrinjan el comercio»¹²¹.

Según Nathalie Bernasconi y Howard Mann, este tipo de cláusulas de excepciones generales no garantiza el derecho a reglamentar de los Estados, sino que constituyen un transvase no antes probado de conceptos del derecho mercantil al derecho de las inversiones. Ambos especialistas sostienen que, efectivamente, este último es un campo bien distinto en el que se regula la interacción entre los Gobiernos y las inversiones, y no la interacción entre los Gobiernos y un producto en sus fronteras. Afirman que, evidentemente, no queda claro el alcance y la forma de aplicar tales disposiciones y que, en caso de que estas se aplicaran de forma indebida, no existe un mecanismo de recurso como el que se ha establecido en el derecho mercantil a través del Órgano de Apelación de la OMC. Por tanto, ambos autores opinan que esta disposición no puede considerarse en lo absoluto como una garantía del derecho a reglamentar¹²². Añaden que, debido al modo en que la cláusula de excepciones generales está formulada actualmente, resulta difícil inferir que los Gobiernos no están sujetos al pago de una indemnización pecuniaria¹²³. Por ejemplo, aunque las medidas adoptadas por un Gobierno estén comprendidas en estas excepciones, los inversores podrían impugnarlas en el marco del mecanismo de SCIE por considerarlas como una violación del trato justo y equitativo o de otra disposición del acuerdo, con lo que el Gobierno podría verse obligado a pagar una indemnización a los inversores.

Además, muchos AII también incluyen una excepción relativa a la seguridad según la cual el tratado no impide que las partes apliquen medidas necesarias al mantenimiento del orden público, el mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacionales o la protección de los intereses esenciales de seguridad (sirva de ejemplo el artículo XI del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones)¹²⁴. Los tribunales estimaron que para poder considerar determinadas medidas como necesarias para los intereses esenciales de seguridad se deben cumplir los mismos requisitos previstos para invocar el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario (véase *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso CIADI N.º ARB/01/8, *LG&E c. República Argentina*, caso CIADI N.º ARB/02/1 y *Sempra Energy International c. República Argentina*, caso CIADI N.º ARB/02/16).

En el TPP, las cláusulas de excepciones formuladas conforme al modelo de las excepciones de la OMC no se aplican al capítulo sobre inversiones. El TPP incluye un artículo sobre

¹²¹ Cosby, Aaron, 3 de noviembre de 2014, «Inside CETA: Unpacking the EU-Canada free trade deal», disponible (en inglés) en: <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/inside-ceta-unpacking-the-eu-canada-free-trade-deal>.

¹²² Bernasconi, Nathalie y Mann, Howard, «A Response to the European Commission's December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)»», disponible (en inglés) en: http://www.iisd.org/pdf/2014/reponse_eu_ceta.pdf.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ En el artículo XI del Tratado se estipula que «[e]l presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad». En el caso del Brasil, el ACFI suscrito con México incluye un artículo sobre medidas prudenciales y excepciones de seguridad, y establece que las medidas adoptadas en el marco de dichas excepciones no estarán sujetas al mecanismo de solución de controversias.

excepciones de seguridad (artículo 29.2) y un artículo sobre medidas temporales de salvaguardia en caso de «serias dificultades financieras externas o de balanza de pagos» (artículo 29.3).

En el caso del AECG entre los Estados Unidos y el Canadá, el artículo XX del GATT queda incorporado en el acuerdo a través del capítulo sobre excepciones (artículo 28.3, «Excepciones generales»), aunque su aplicación está restringida a las secciones B y C del capítulo sobre inversiones («Establecimiento de las inversiones» y «Trato no discriminatorio, respectivamente») ¹²⁵. También se incorpora una cláusula de excepción formulada de manera similar al artículo XIV del AGCS en el capítulo sobre excepciones (artículo 28.3.2), cuya aplicación está igualmente restringida a las secciones B y C del capítulo sobre inversiones. De este modo, las disposiciones sobre el trato justo y equitativo y la expropiación, entre otras normas de protección, quedan fuera del ámbito de aplicación de estas excepciones.

El tratado modelo de la India contiene un artículo de excepciones generales (artículo 32) y un artículo sobre excepciones de seguridad (artículo 33). Conforme al artículo 32, ninguna disposición del tratado debe interpretarse de manera que impida la adopción o el cumplimiento de las medidas no discriminatorias de aplicación general que sean necesarias para proteger la moral pública o para mantener el orden público, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, entre otros objetivos. Como se ha señalado anteriormente, este tipo de formulación no ampara necesariamente al Estado receptor de posibles reclamaciones pecuniarias, porque no excluye del ámbito del mecanismo de SCIE las medidas en cuestión. Por ello, se podría exigir al Estado el pago de una indemnización por adoptar o hacer cumplir tales medidas ¹²⁶. El artículo 32 del modelo de la India prevé que ninguna **disposición del tratado debe aplicarse a las medidas no discriminatorias** de aplicación general adoptadas por un banco central o autoridad monetaria de una parte en el marco de su política monetaria, crediticia o cambiaria, sin perjuicio de los derechos y obligaciones establecidos en el artículo 6 sobre transferencias. Si bien esta formulación excluye de forma más clara las medidas en cuestión del ámbito del tratado y del mecanismo de SCIE, también es cierto que tiene un efecto circular al referirse a las obligaciones contenidas en el artículo sobre transferencias de capital (artículo 6), con lo que limita el margen de maniobra de los Estados. En el caso del modelo de la India, el artículo 6 sobre transferencias incluye varias salvaguardias que someten la disposición a la legislación de cada parte.

Los Estados también han intentado incorporar referencias al «derecho a reglamentar» mediante disposiciones cuyo objetivo principal es proteger su margen de maniobra en materia de políticas y de reglamentación, como la protección del medio ambiente y las medidas prudenciales en el ámbito de las finanzas. En muchos casos, también han aludido al derecho a reglamentar tanto en el preámbulo como en la parte que contiene las disposiciones sustantivas de los tratados. Al igual que ocurre en el caso de las «cláusulas de excepción», la manera de

¹²⁵ No es el caso del modelo de 2012 del Acuerdo de promoción y protección de las inversiones (APPI) del Canadá.

¹²⁶ Bernasconi y Mann sugieren comenzar así las cláusulas de excepciones a fin de que sean más precisas: «Ninguna disposición del presente tratado se interpretará de modo que obligue a un Estado parte a pagar una indemnización por adoptar o hacer cumplir medidas adoptadas de buena fe y elaboradas y aplicadas con el objetivo de ...» Fuente: Bernasconi, Nathalie y Mann, Howard, «A Response to the European Commission's December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)"», disponible (en inglés) en: http://www.iisd.org/pdf/2014/reponse_eu_ceta.pdf.

formular las disposiciones sobre el derecho a reglamentar y el modo en que se relacionen con las demás disposiciones del tratado determinará el margen de maniobra de que dispongan los Estados.

Por ejemplo, el artículo 9.6 del capítulo sobre inversiones del TPP titulado «Inversión y objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios» estipula que «[n]ada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida, **que sea compatible con este Capítulo**, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios» (sin negrita en el original).

Nos encontramos ante un ejemplo de formulación circular que no garantiza que los Gobiernos dispongan de un margen de maniobra real en materia de políticas, ya que exige precisamente que las medidas que se adopten con objetivos medioambientales, de sanidad u otros objetivos reglamentarios sean compatibles con las demás disposiciones de dicho capítulo. Por tanto, se podría seguir cuestionando la compatibilidad de ciertas medidas de los Gobiernos con las obligaciones de estos últimos en virtud de la norma de trato justo y equitativo y otras normas de protección contenidas en el capítulo sobre inversiones del TPP.

En cuanto al AECG, el artículo 8.9.1 dispone que: «[a] efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural». Esta disposición se limita a reafirmar el derecho soberano ya consagrado de los países a reglamentar¹²⁷ sin aclarar cómo se relaciona con las demás disposiciones sustantivas del tratado. Así pues, no queda claro el grado de flexibilidad que podrían adquirir conforme a esta disposición aquellos Estados partes que afirmen que las medidas que adoptaron de buena fe se ajustan a los objetivos enumerados en el artículo 8.9.1 del AECG.

¹²⁷ En el marco del derecho internacional consuetudinario los tribunales han reconocido que el derecho a reglamentar es inherente a los Estados y que no todas las medidas que los Estados adopten respecto a la propiedad pueden considerarse como expropiación (caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*).

CONCLUSIONES

Mientras el régimen de tratados internacionales de inversión se encuentra en un momento crucial, los Estados se enfrentan a la difícil tarea de elaborar reformas que aporten soluciones sistémicas y no simples cambios superficiales, así como a los retos que plantea el régimen actual y el mecanismo de SCIE que lo caracteriza.

Si bien muchos países están revisando y modificando sus tratados, a lo que a menudo denominan «reformas», otros, por su parte, están adoptando medidas y enfoques muy distintos al respecto. Como se expuso en la primera parte del presente documento, las perspectivas que presentan la India y el Brasil en sus nuevos modelos de tratados respecto al futuro de las normas de protección de las inversiones difieren en gran medida y de forma sustancial de las perspectivas del capítulo sobre inversiones del TPP. Este último ha sido considerado como un modelo que, en lugar de solucionar, perpetúa los problemas de un sistema ya deficiente.

La práctica de los Estados Unidos en materia de tratados de inversiones refleja pocos cambios en el contenido sustantivo de los modelos que este país adopta en sus negociaciones. Como se examinó en la primera parte del presente documento, no existen grandes diferencias entre el contenido del capítulo sobre inversiones del TLCAN, el modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012 y el reciente capítulo sobre inversiones del TPP. Tampoco se ha observado una correlación directa entre la existencia de un TBI y las entradas de IED de los Estados Unidos a los países asociados que han suscrito estos tratados. En muchos casos, los objetivos políticos de los Estados Unidos son el factor determinante a la hora de negociar y firmar TBI. Asimismo, los datos empíricos demuestran que los elementos económicos utilizados usualmente para explicar los objetivos que subyacen tras la firma de TBI no son suficientes para explicar la postura de los Estados Unidos.

Las normas previstas en los tratados de inversiones y en los capítulos sobre inversiones de los TLC estadounidenses, como el TPP, suponen una injerencia excesiva en el derecho de los Estados a reglamentar, ya que otorgan amplios derechos a los inversores, entre ellos, el derecho a interponer demandas contra los Estados sin someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Con respecto a los inversores extranjeros, los inversores estadounidenses han sido los que más reclamaciones han planteado, en virtud de los TBI, contra las medidas de reglamentación adoptadas por los Gobiernos y han planteado casos contra los países en desarrollo 80 veces.

Es probable que en las negociaciones entre los Estados Unidos y otros países se adopte como modelo el capítulo sobre inversiones del TPP. Sin embargo, del análisis anterior se desprende que este modelo no resuelve los problemas principales que plantea el régimen actual de protección de las inversiones.

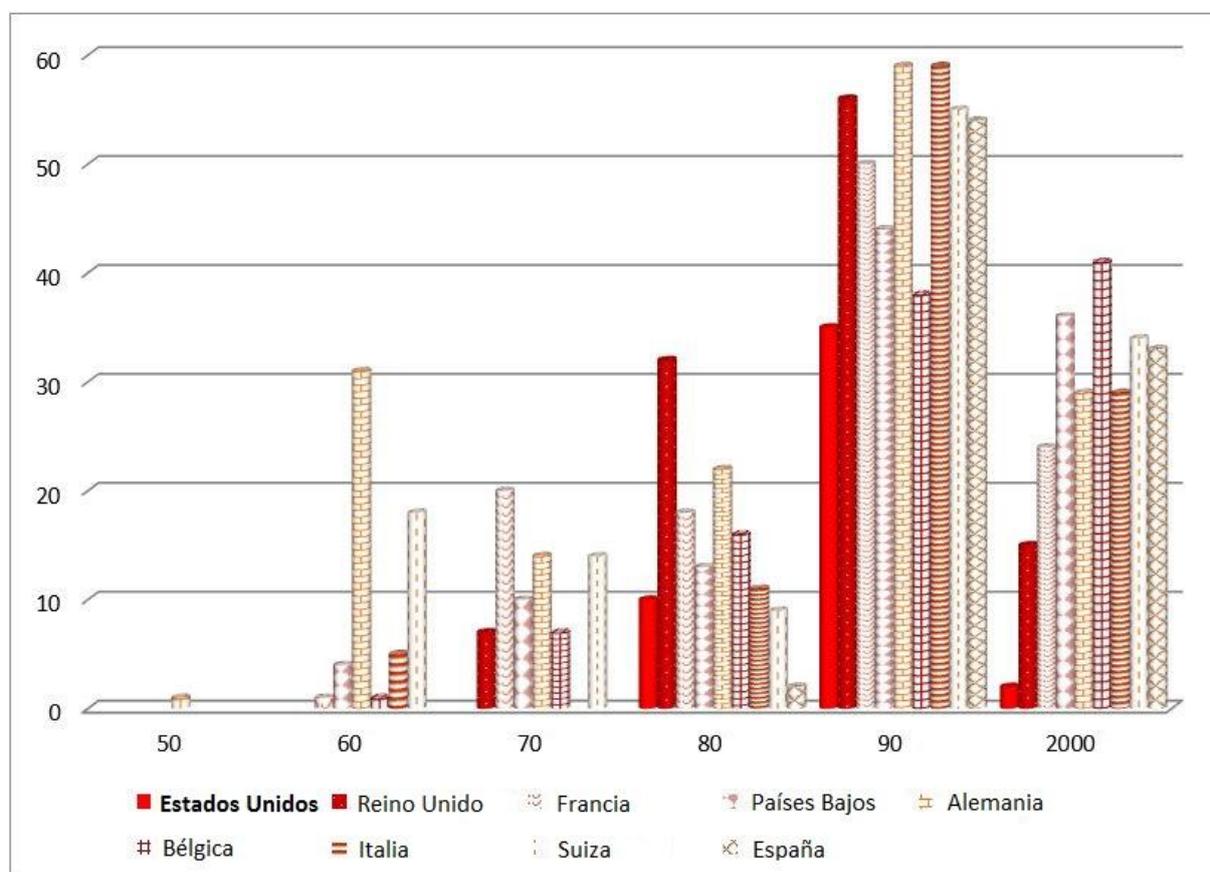
Es fundamental que los países en desarrollo identifiquen los tipos de reformas que aporten cambios sistémicos al régimen de protección de las inversiones y que resuelvan los obstáculos que supone el mecanismo de SCIE para el derecho a reglamentar. Para conseguirlo, es preciso limitar aquellas reclamaciones que impugnen las medidas legítimas de reglamentación adoptadas por los Estados en favor del interés público, y establecer un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los inversores en virtud de los tratados. Esto implica analizar si las dificultades derivadas del régimen de protección de las inversiones pueden resolverse sin

necesidad de retirarse de los tratados o renegociando el contenido de los tratados que están en vigor. Además, es necesario someter a examen la función del mecanismo de SCIE, preguntarse si este es necesario y, de serlo, si debería ser la regla o la excepción. Conforme a esta última, solo determinados tipos de diferencias sobre inversiones quedarían sometidas al fuero de los tribunales y las cortes internacionales, mientras que las demás solo se resolverían entre el Estado de origen y el Estado receptor, o por medio de los tribunales nacionales.

A este respecto, el diálogo y la cooperación Sur-Sur desempeñan un papel fundamental, más aún porque varios países en desarrollo han tomado medidas eficaces al retirarse de tratados anteriores de protección de las inversiones, al proponer alternativas más justas sobre las obligaciones de los inversores y al establecer garantías para el derecho de los Estados a reglamentar.

ANEXOS

Anexo 1. TBI firmados por los Estados Unidos y otros países de la OCDE en las últimas décadas



Número de TBI firmados por país									
Años	Estados Unidos	Reino Unido	Francia	Países Bajos	Alemania	Bélgica	Italia	Suiza	España
50					1				
60			1	4	31	1	5	18	
70	7	20	10	14	7		14		
80	10	32	18	13	22	16	11	9	2
90	35	56	50	44	59	38	59	55	54
2000	2	15	24	36	29	41	29	34	33

Gráfico elaborado por: Daniel Uribe (Centro del Sur).

Fuente de los datos: UNCTAD, «Investment Policy Hub», 2016.

Nota: Los datos incluyen todos los TBI firmados por los países seleccionados (TBI vigentes, no vigentes y revocados).

Anexo 2. Casos presentados por inversores estadounidenses contra los países en desarrollo

N.º	Año de inicio	Caso	Resumen	Conclusión
1	1993	AMT c. Zaire	Reclamación respecto a dos supuestos casos de saqueo por parte de soldados de las fuerzas armadas de Zaire que destruyeron, dañaron o sustrajeron bienes, productos terminados, materias primas y otros objetos de valor pertenecientes a la filial del inversor en el país.	A favor del inversor
2	1997	Azinian c. México	Reclamación respecto a la anulación, por parte del Ayuntamiento de Naucalpan, de un contrato de concesión para la recolección de residuos comerciales e industriales.	A favor del Estado
3	1997	Lanco c. la Argentina	Reclamación respecto al supuesto incumplimiento de un contrato de concesión suscrito entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de Argentina y Lanco International Inc., para desarrollar y operar una terminal portuaria en Buenos Aires.	Terminado
4	1997	Metalclad c. México	Reclamación respecto a la supuesta interferencia de los gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar en el desarrollo y la operación de un confinamiento de residuos peligrosos por parte del inversor.	A favor del inversor
5	1998	Houston Industries c. la Argentina	Reclamación respecto a una desavenencia sobre un contrato de concesión para el suministro de servicios de distribución eléctrica en la provincia argentina de Santiago del Estero.	No disponible
6	1998	Waste Management c. México (I)	Reclamación respecto al supuesto incumplimiento de una concesión de una duración de 15 años otorgada por el Estado de Guerrero y el Ayuntamiento de Acapulco a Acaverde, la filial de la empresa estadounidense Waste Management en México, para la provisión de servicios de administración de residuos públicos.	A favor del inversor
7	1999	Feldman c. México	Reclamación respecto a la aplicación de ciertas leyes tributarias de México sobre la exportación de productos tabacaleros. El inversor alegó que el país había negado a su empresa local, cuyo objeto era la exportación de cigarrillos de México, los beneficios de una ley según la cual los exportadores podían obtener ciertas devoluciones de impuestos.	A favor del inversor
8	1999	Mitchell c. el Congo	Reclamación respecto a la toma de la oficina de asesoría jurídica de Patrick H. Mitchell por parte de las fuerzas militares congoleñas, en la que se	A favor del inversor

			sustrajeron documentos considerados comprometedores y se forzó a los trabajadores de la empresa a abandonar el local.	
9	1999	Mobil Argentina c. Argentina	Reclamación respecto a un proyecto de exploración y producción de petróleo.	Terminado
10	2000	Mihaly c. Sri Lanka	Reclamación por no haberse llevado a cabo la celebración de un contrato de construcción, titularidad y explotación de una central eléctrica entre la República Socialista Democrática de Sri Lanka y el inversor.	A favor del inversor
11	2000	Waste Management c. México (II)	Reclamación respecto al supuesto incumplimiento de una concesión de una duración de 15 años otorgada por el Estado de Guerrero y el Ayuntamiento de Acapulco a la parte demandante para la provisión de servicios de administración de residuos públicos.	A favor del Estado
12	2001	Adams c. México	Reclamación respecto a la aplicación de un decreto según el cual se ordenaba la devolución de ciertas tierras a sus dueños originales, lo que implicó el desalojamiento de los residentes, en su mayoría estadounidenses, del desarrollo turístico/residencial construido en esas tierras.	Terminado
13	2001	Azurix c. la Argentina (I)	Reclamación respecto a la supuesta interferencia de la Argentina en el régimen tarifario aplicable a la inversión del demandante y a otros supuestos incumplimientos de las obligaciones de la parte demandada en virtud de un contrato de concesión para la operación de servicios de agua.	A favor del inversor
14	2001	CMS c. la Argentina	Reclamación respecto a la suspensión o extinción, por parte de la Argentina, del derecho del demandante a calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos y a realizar ajustes por concepto de inflación.	A favor del inversor
15	2001	Enron c. la Argentina	Reclamaciones respecto a ciertos impuestos aplicados por las provincias argentinas sobre las operaciones de una sociedad de transporte de gas en la que la parte demandante realizaba inversiones mediante una estructura societaria que incluía a dicha sociedad, y a la negativa del Gobierno de permitir ajustes de las tarifas según el Índice de Precios al Productor (IPP) de los Estados Unidos.	A favor del inversor
16	2001	F-W Oil c. Trinidad y Tabago	Reclamación respecto a la supuesta inversión del demandante en Soldado Fields (Trinidad y Tabago), un campo de petróleo en alta mar donde se realizaba un proyecto de desarrollo y producción de petróleo y gas, después de que el	A favor del Estado

			Gobierno convocara mediante una licitación la participación de inversores extranjeros a fin de restablecer la producción en la región.	
17	2002	AES c. la Argentina	Reclamación respecto a la supuesta negativa de la Argentina a aplicar el régimen de cálculo y ajuste de las tarifas convenido anteriormente a las inversiones del demandante.	Pendiente
18	2002	Ahmonseto c. Egipto	Reclamación respecto a la modificación, por parte de un banco supuestamente controlado por Egipto, de su política crediticia frente a los demandantes, a la imposición de ciertos aranceles e impuestos que afectaban a estos y a cuatro procesos penales incoados contra ellos.	A favor del Estado
19	2002	Champion Trading c. Egipto	Reclamación respecto a la promulgación de leyes de privatización y liberalización del comercio de algodón en Egipto a mediados de la década de los noventa.	A favor del Estado
20	2002	Fireman's Fund c. México	Reclamación respecto a la supuesta facilitación, por parte del Gobierno, de la adquisición de obligaciones denominadas en pesos mexicanos y cuyos titulares eran inversores mexicanos, sin facilitar la adquisición de obligaciones denominadas en dólares de los Estados Unidos cuyo titular era el demandante.	A favor del Estado
21	2002	Frank c. México	Reclamación respecto a la supuesta expropiación de una propiedad del inversor situada en la zona costera de Baja California (México).	Terminado
22	2002	GAMI c. México	Reclamación respecto a la promulgación de un decreto cuyo objetivo era la reactivación de la industria azucarera de México y en virtud del cual las autoridades mexicanas expropiaron ingenios azucareros que eran propiedad de las filiales de la empresa en la que el demandante tenía su inversión.	A favor del Estado
23	2002	IBM c. el Ecuador	Reclamación respecto a la falta de pago de los valores adeudados a la filial de IBM en Ecuador, cuyas acciones pertenecían en su totalidad a la empresa matriz, en virtud de un contrato suscrito con el Ministerio de Finanzas y Crédito Público del Ecuador.	Avenencia de las partes
24	2002	LG&E c. la Argentina	Reclamación respecto a ciertas medidas adoptadas por la Argentina, en particular, la promulgación de la Ley de Emergencia de 2002, que modificaba el marco regulatorio dentro del cual las partes demandantes habían invertido en tres empresas distribuidoras de gas natural en la Argentina.	A favor del inversor

25	2002	Occidental c. el Ecuador (I)	Reclamación respecto a la emisión de resoluciones por parte de la administración tributaria ecuatoriana mediante las cuales se rechazaban las solicitudes de devoluciones del IVA de la empresa Occidental, y se exigía la devolución de los montos reembolsados previamente en relación con un contrato de participación celebrado por el demandante y Petroecuador, una empresa de propiedad estatal del Ecuador, para llevar a cabo la exploración y la producción de petróleo en el país.	A favor del inversor
26	2002	PSEG c. Turquía	Reclamación respecto a varias diferencias sobre un contrato de concesión suscrito entre el Gobierno y el demandante para construir una central térmica que utilizaría el carbón de lignito como combustible, y a las medidas que adoptó la parte demandada en lo sucesivo, como impedir que el demandante obtuviera ciertas garantías del tesoro público de Turquía necesarias para la realización del proyecto.	A favor del inversor
27	2002	Sempra c. la Argentina	Reclamación respecto a la suspensión de los aumentos de tarifa de las compañías licenciatarias conforme al IPP de los Estados Unidos, y a la posterior pesificación de las tarifas.	A favor del inversor
28	2003	Azurix c. la Argentina (II)	Reclamación respecto a la supuesta interferencia de la Argentina en el régimen tarifario aplicable a la inversión del demandante, y a otros supuestos incumplimientos de las obligaciones de la parte demandada en virtud de un contrato de concesión.	Terminado
29	2003	Continental Casualty c. la Argentina	Reclamación respecto a una serie de decretos y resoluciones dictados por la Argentina durante una crisis económica según los cuales se disponía la restricción de las transferencias, la reprogramación de los depósitos en efectivo y la pesificación del dólar de los Estados Unidos, entre otras medidas, lo que supuestamente afectó la inversión del demandante e impidió que este pudiera contrarrestar el riesgo de devaluación del peso.	A favor del inversor
30	2003	El Paso c. la Argentina	Reclamación respecto a una serie de decretos y resoluciones dictados por la Argentina durante una crisis económica y según los cuales se disponía la restricción de las transferencias, la reprogramación de los depósitos en efectivo y la pesificación del dólar de los Estados Unidos, entre otras medidas, lo que supuestamente afectó la inversión del demandante e impidió que este	A favor del inversor

			<p>podiera contrarrestar el riesgo de devaluación del peso.</p>	
31	2003	MCI c. el Ecuador	<p>Reclamación respecto a una serie de diferencias entre el inversor y el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL) en cuanto a la ejecución de un contrato para realizar un proyecto de generación de electricidad. El objeto de dichas diferencias era la suspensión de las operaciones por supuesta falta de pago de las facturas y la ulterior terminación del contrato.</p>	A favor del inversor
32	2003	Miminco c. el Congo	<p>Reclamación respecto a la incautación de la mina de diamantes de la empresa minera MIMINCO, en Diboko, en la que se confiscaron todos los diamantes, equipos de comunicación y documentos administrativos de la mina, y a la incautación de la sede de dicha empresa, por parte de la oficina de bienes adquiridos ilícitamente (<i>Office des biens mal acquis</i>) de la República Democrática del Congo.</p>	Avenencia de las partes
33	2003	Pan American c. la Argentina	<p>Reclamación respecto a una serie de medidas adoptadas por el Gobierno argentino en el sector de los hidrocarburos y de la electricidad a fin de contener la crisis económica que sufrió el país entre 2001 y 2002. El inversor alegó que dichas medidas habían afectado sus inversiones, en particular, la exención de las exportaciones de hidrocarburos del pago de derechos a la exportación, la limitación de la tasa de regalías y el derecho de exportar hidrocarburos libremente y de transferir fondos al exterior.</p>	Avenencia de las partes
34	2003	Pioneer c. la Argentina	<p>Reclamación respecto a una serie de decretos y resoluciones dictados por la Argentina durante una crisis económica y según los cuales se disponía la restricción de las transferencias, la reprogramación de los depósitos en efectivo y la pesificación del dólar de los Estados Unidos, entre otras medidas, lo que supuestamente afectó la inversión del demandante e impidió que este pudiera contrarrestar el riesgo de devaluación del peso.</p>	Avenencia de las partes
35	2003	Unisys c. la Argentina	<p>Reclamación respecto a los supuestos incumplimientos de un contrato para realizar un proyecto de almacenamiento y gestión de información entre la filial del demandante en la Argentina y el Consejo de la Magistratura, un órgano administrativo encargado de administrar los activos y los contratos del poder judicial del</p>	Avenencia de las partes

			país en el momento de la reclamación.	
36	2004	ADM c. México	Reclamación respecto a la aplicación, por parte de México, en 2002, de un impuesto sobre las bebidas que contenían jarabe de maíz rico en fructosa y que, según el demandante, afectaron sus inversiones en el sector del jarabe de maíz rico en fructosa en México.	A favor del inversor
37	2004	BP c. la Argentina	Reclamación respecto a una serie de medidas adoptadas por el Gobierno argentino en el sector de los hidrocarburos y de la electricidad a fin de contener la crisis económica que sufrió el país entre 2001 y 2002. El inversor alegó que dichas medidas habían afectado sus inversiones, en particular, la exención de las exportaciones de hidrocarburos del pago de derechos a la exportación, la limitación de la tasa de regalías y el derecho de exportar hidrocarburos libremente y de transferir fondos al exterior.	Avenencia de las partes
38	2004	CIT Group c. la Argentina	Reclamación respecto a las supuestas repercusiones negativas de la pesificación impuesta por el Gobierno de la Argentina, durante la crisis económica del país entre 2001 y 2002, sobre cientos de contratos de arrendamiento comercial celebrados entre la filial de la empresa demandante y terceros, y que eliminaron de la estrategia de inversión de CIT Group el componente de financiación con base en el tipo de cambio.	Avenencia de las partes
39	2004	Corn Products c. México	Reclamación respecto a la aplicación de un impuesto sobre el jarabe de maíz rico en fructosa en 2002, por parte de México, y que, según el demandante, tenía como objetivo proteger a los productores nacionales de azúcar y excluir el jarabe de maíz rico en fructosa del mercado de edulcorantes de refrescos.	A favor del inversor
40	2004	Duke Energy c. el Ecuador	Reclamación por supuestos incumplimientos de varios contratos suscritos entre las partes para producir y suministrar electricidad en la ciudad de Guayaquil, en el Ecuador.	A favor del inversor
41	2004	Mobil c. la Argentina	Reclamación respecto a las medidas adoptadas por la Argentina en respuesta a su crisis económica de 2001-2002 y que, según el demandante, afectaron sus inversiones.	Pendiente
42	2004	Motorola c. Turquía	Reclamación respecto a la adquisición de la empresa de telecomunicaciones Telsim por parte del Gobierno de Turquía, en la que el demandante había invertido, y a la promulgación	Avenencia de las partes

			de una ley por la que se ordenaba la venta de la empresa de telecomunicaciones y se otorgaba prioridad a las reclamaciones financieras del Gobierno con respecto a la empresa frente a las del demandante.	
43	2004	RGA c. la Argentina	Reclamación respecto a las medidas adoptadas por la Argentina para contener la crisis económica del país entre 2001 y 2002 y que, según el demandante, afectaron sus inversiones en el mercado de gestión de jubilaciones y pensiones en la Argentina.	Avenencia de las partes
44	2005	AHCA c. el Congo	Reclamación respecto a una deuda pendiente de pago por parte del demandado a la empresa en la que el demandante había adquirido títulos de deuda en relación con varios proyectos de construcción realizados a finales de los años ochenta y a principios de los noventa en virtud de ciertos contratos.	A favor del Estado
45	2005	Asset Recovery c. la Argentina	Reclamación respecto a la adopción de medidas por parte de la administración local que, según el demandante, anuló la deuda y prorrogó los plazos de pago en el marco de un contrato del cual el demandante era parte y cuyo objeto era el recobro de deudas titularidad de los bancos estatales en la provincia de Mendoza.	Terminado
46	2005	Bayview c. México	Reclamación por haber procedido México a la captura, apropiación y desvío de una mayor cantidad de agua de riego del Río Grande que la que le correspondía en virtud de un tratado bilateral suscrito con los Estados Unidos con el fin de que fuera utilizada por los agricultores mexicanos.	A favor del Estado
47	2005	Cargill c. México	Reclamación respecto a la aplicación, por parte de México, en 2002, de un impuesto sobre las bebidas que contenían jarabe de maíz rico en fructosa y que, según el demandante, afectaron sus inversiones en el sector del jarabe de maíz rico en fructosa en México.	A favor del inversor
48	2005	EMELEC c. el Ecuador	Reclamación respecto a la expropiación de las instalaciones, cuentas bancarias y otras propiedades del demandante ubicadas en territorio ecuatoriano mediante la ocupación de sus oficinas por un contingente militar y policíaco, así como respecto a procesos judiciales incoados en su contra por endeudamiento acumulado.	A favor del Estado

49	2005	Noble Energy c. el Ecuador	Reclamación respecto a una serie de decretos, actos y omisiones de la partes demandadas que, según las demandantes, alteraron el marco económico, regulatorio, legal y contractual en el que estas se habían basado para realizar su inversión en el Ecuador y que, debido a la modificación del mecanismo de pago de las facturas, sus cuentas por cobrar derivadas del suministro de electricidad de una planta eléctrica en el Ecuador habían aumentado considerablemente.	Avenencia de las partes
50	2006	Chevron c. el Ecuador (I)	Reclamación respecto a siete demandas interpuestas por Texaco contra el Gobierno ecuatoriano ante los tribunales nacionales y al excesivo aplazamiento de dichas demandas por parte de los órganos judiciales del Ecuador.	A favor del inversor
51	2006	Nations Energy c. Panamá	Reclamación respecto a la negativa de la Dirección General de Ingresos y del Ministerio de Economía y Finanzas de Panamá a transmitir ciertos créditos fiscales a terceros.	A favor del Estado
52	2006	Occidental v. Ecuador (II)	Reclamación respecto a la caducidad de un contrato de participación de 1999 entre la empresa demandante y Petroecuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la región amazónica ecuatoriana.	A favor del inversor
53	2007	Mobil c. Venezuela	Reclamación respecto a la nacionalización, por parte de Venezuela, de dos proyectos en la industria del petróleo (Proyecto Cerro Negro y Proyecto La Ceiba) en los que las partes demandantes habían participado, después de haber aumentado la tasa de regalía aplicable y la tasa del impuesto sobre la renta, así como respecto a diferencias ulteriores sobre el monto de la indemnización debida al inversor.	A favor del inversor
54	2007	RDV c. Guatemala	Reclamación respecto a la declaración de lesividad emitida por el Procurador General de Guatemala por la que recomendaba al Estado que declarara nulo un contrato de usufructo sobre infraestructuras y otros bienes relativos a las ferrovías, suscrito por el Gobierno y el inversor, para proveer servicios de ferrocarriles en Guatemala.	A favor del inversor
55	2007	TCW c. la República Dominicana	Reclamación respecto a la supuesta interferencia indebida del Gobierno en la empresa mixta Empresa Distribuidora de Electricidad del Este S.A., propiedad indirecta de TCW Group. Se alegó que la parte demandada había incumplido su promesa de pagar una compensación por las	Avenencia de las partes

			tarifas y subsidios negociados, entre otros actos y omisiones.	
56	2007	Trans-Global c. Jordania	Reclamación respecto a las actividades de exploración petrolera del demandante, mediante las cuales se confirmó la existencia de yacimientos de petróleo en el Mar Muerto y en la cuenca de Wadi Araba en una zona de exploración determinada. El demandante alegó que el Gobierno había adoptado un plan sistemático para impedir que pudiera continuar sus actividades para desarrollar los yacimientos, a pesar de que existía un contrato que lo facultaba expresamente para participar en el proyecto.	Avenencia de las partes
57	2008	Burlington c. el Ecuador	Reclamación respecto a la promulgación de una ley según la cual se fijaba en un 99 % el impuesto sobre los ingresos extraordinarios de las petroleras extranjeras como consecuencia del aumento de los precios del petróleo desde 2002, a la decisión del Gobierno de pasar al modelo de contrato de servicios y al inicio de un proceso de caducidad para dar por terminados los contratos de participación del inversor en la producción.	Pendiente
58	2008	Murphy c. el Ecuador (I)	Reclamación respecto a la promulgación de la Ley N.º 42 por la que se fijaba en un 99 % el impuesto sobre los ingresos extraordinarios de las petroleras extranjeras y que, según el demandante, tuvo como consecuencia la expropiación de su inversión en el Bloque 16 de la región amazónica ecuatoriana, una zona rica en petróleo situada entre el Perú y el Brasil.	A favor del Estado
59	2009	Chevron c. el Ecuador (II)	Reclamación respecto a la participación histórica de Texaco Petroleum Company como integrante minoritario de un consorcio con el Ecuador y su petrolera estatal Petroecuador, cuyo objeto era la exploración y producción de petróleo con arreglo a contratos de concesión, y a la conducta indebida del Gobierno respecto a demandas interpuestas en lo sucesivo contra Texaco por cuestiones de remediación ambiental.	Pendiente
60	2009	Commerce Group c. El Salvador	Reclamación respecto a la terminación de una licencia concedida a los demandantes para realizar actividades de minería durante 30 años, y a la revocación de los permisos ambientales por parte del Gobierno.	A favor del Estado
61	2009	H&H c. Egipto	Reclamación respecto a desacuerdos entre las partes en relación con un contrato para	A favor del Estado

			administrar y dirigir un complejo hotelero en El Ain Sokhna. El demandante alegó que se había denegado su derecho a comprar el complejo en virtud de un contrato de opción de compra, lo que fue objeto de litigio ante los tribunales nacionales y tuvo como resultado su desalojamiento del complejo hotelero por parte del Gobierno.	
62	2009	Pac Rim c. El Salvador	Reclamación respecto a la negativa del Gobierno a conceder al demandante las licencias de minería necesarias para realizar un proyecto de minería de oro («El Dorado») en el norte de El Salvador debido a supuestas preocupaciones ambientales como el uso de ciertas sustancias químicas durante el proceso de extracción por parte del demandante.	A favor del Estado
63	2009	Ulysseas c. el Ecuador	Reclamación respecto a varias medidas adoptadas por el Gobierno que alteraron el marco jurídico y regulatorio del sector eléctrico en el Ecuador, incluido el sistema de pago aplicable a los generadores termoeléctricos privados como Ulysseas, y a la revocación ulterior, por parte del Estado, del contrato de permiso para operar del demandante debido a supuestos incumplimientos del contrato.	A favor del Estado
64	2010	Guaracachi c. Bolivia	Reclamación respecto a la nacionalización, por parte del Gobierno boliviano, de la participación del 50,001 % de las empresas Guaracachi America y Rurelec en la Empresa Eléctrica Guaracachi S.A., y a la imposibilidad de los demandantes de obtener justicia en el sistema judicial boliviano, así como a la ulterior confiscación de bienes que eran propiedad de la filial de Rurelec (Energía para Sistemas Aislados Energais S.A.).	A favor del inversor
65	2010	McKenzie c. Viet Nam	Reclamación respecto a la omisión, por parte del Gobierno, de transmitir ciertos derechos sobre la tierra a la filial del demandante constituida en el país, los cuales eran necesarios para desarrollar un complejo turístico.	A favor del Estado
66	2010	Pan American c. Bolivia	Reclamación respecto a la nacionalización de la empresa Chaco Petroleum Company, una filial de la demandante en la que esta última poseía el 50 % de las participaciones.	Avenencia de las partes
67	2010	RSM c. el Ecuador	Reclamación respecto a la supuesta revocación indebida, por parte del Gobierno, de una licencia de minería para realizar un proyecto de extracción de arena alquitranada en el Ecuador.	Pendiente

68	2010	RSM v. Granada	Reclamación respecto a la negativa del Gobierno a conceder una licencia de exploración de petróleo al demandante, por considerarla fuera de plazo.	A favor del Estado
69	2010	TECO c. Guatemala	Reclamación respecto a una resolución adoptada por el organismo regulador del sector de la energía eléctrica en Guatemala, según la cual se determinaron las tarifas de la empresa eléctrica en la que el demandante tenía su inversión tomando como referencia un estudio técnico independiente, en lugar de basarse en un estudio realizado por una consultora contratada por la empresa demandante, en el marco de un procedimiento para revisar y fijar las tarifas de distribución de electricidad durante un periodo de cinco años comprendido entre 2008 y 2013.	A favor del inversor
70	2011	Merck c. el Ecuador	Reclamación respecto a los procesos judiciales incoados contra el demandante ante los tribunales ecuatorianos debido a su negativa a vender una planta farmacéutica a la empresa ecuatoriana NIFA. El demandante alegó que hubo denegación de justicia.	Pendiente
71	2011	Murphy c. el Ecuador (II)	Reclamación respecto a la promulgación de la Ley N.º 42 por la que se fijaba en un 99 % el impuesto sobre los ingresos extraordinarios de las petroleras extranjeras y que, según el demandante, tuvo como consecuencia la expropiación de su inversión en el Bloque 16 de la región amazónica ecuatoriana, una zona rica en petróleo situada entre el Perú y el Brasil.	Pendiente
72	2011	Renco c. el Perú	Reclamación respecto a la supuesta aplicación injusta y arbitraria de medidas y contratos del Gobierno relacionados con participaciones de Renco en las operaciones de minería de La Oroya a través de su filial, Doe Run Perú S.R. Ltda., de la cual Renco era titular en su totalidad.	Pendiente
73	2012	Ampal c. Egipto	Reclamación respecto al supuesto incumplimiento de un contrato de larga duración para el suministro de gas natural entre las partes, en particular, respecto a la interrupción prolongada del suministro de gas y la omisión de entregar el volumen de gas acordado.	Pendiente
74	2013	KBR c. México	Reclamación respecto a la anulación, por parte de los tribunales mexicanos, de un laudo emitido por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) a favor de la filial del demandante, COMMISA, en relación con un litigio de naturaleza contractual entre el demandante y una empresa estatal de	A favor del Estado

			México.	
75	2013	Spence International Investment c. Costa Rica	Reclamación respecto a la supuesta expropiación de la propiedad del demandante con el objetivo de crear un parque ecológico sin proporcionar una indemnización justa.	Pendiente
76	2013	Transglobal c. Panamá	Reclamación respecto a la revocación, por parte del Gobierno, de una concesión para operar una planta hidroeléctrica, y al ulterior incumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en virtud de la cual se restablecían los derechos del inversor a la concesión.	Pendiente
77	2014	Aven y otros c. Costa Rica	Reclamación respecto a la suspensión de las obras de un proyecto de los demandantes para construir hoteles, residencias y un club de playa, después de que el Gobierno revocara un permiso de viabilidad ambiental al determinar que existían humedales y un bosque protegido en el sitio del proyecto, además de iniciar una investigación penal en contra de uno de los demandantes.	Pendiente
78	2014	Ballantine c. la República Dominicana	Reclamación respecto a la denegación, por parte de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de una solicitud del demandante para ampliar el proyecto Jamaca de Dios, un complejo turístico y residencial en el municipio de Jarabacoa, así como respecto a otras acciones de la administración local y del Gobierno central.	Pendiente
79	2014	Corona Materials c. la República Dominicana	Reclamación respecto a la negativa del Gobierno de la República Dominicana a conceder un permiso ambiental al demandante, por lo que este último no pudo construir y operar una mina en el país de la que extraería agregados para la construcción, a pesar de haber recibido garantías y aprobaciones formales por parte de altos funcionarios del Gobierno.	Pendiente
80	2014	IBT Group c. Panamá	Reclamación respecto a desacuerdos entre el demandante y el Ministerio de Obras Públicas de Panamá sobre el cumplimiento de una concesión para acondicionar y operar cuatro plantas de producción de asfalto, propiedad de la filial del demandante, lo que llevó a la rescisión unilateral del contrato por parte de Panamá.	Pendiente

Fuente: UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator* (2016), *Investment Policy Hub*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/223?partyRole=1> (consultado el 8 de abril de 2016).

Información recopilada por: Daniel Uribe (Centro del Sur).

Anexo 3. Flujos de IED de los Estados Unidos hacia los países en desarrollo con los que han suscrito TBI

País declarante	Estados Unidos																										
Flujo de IED	IED de salida																										
Moneda	Moneda del informe																										
Unidad	Dólares de los Estados Unidos, en millones.																										
	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	
Albania	0	0	0	-4	0	0	..	-1	0	0	0	0	0	0	0	..	
Argentina	115	59	379	367	558	1079	1455	2048	371	1701	983	2954	675	-511	-1445	-118	1760	859	4274	547	1542	1209	-2772	2607	1371	..	
Armenia	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	
Azerbaiyán	681	207	864	330	1114	1313	
Bangladesh	28	-22	-2	103	174	29	28	23	-26	
Camerún	-52	10	-6	163	-32	36	-11	-52	2	-50	48	-4	6	..	
Congo	-34	-36	-26	25	-57	134	-15	..	52	-66	-43	
Congo, República Democrática del	5	-70	21	-15	-18	
Ecuador	49	12	253	178	243	-837	73	20	-43	128	196	103	101	93	..	
Egipto	-85	42	-292	-28	65	-32	46	-1	118	259	575	-190	-99	578	127	470	447	1112	54	996	1617	1512	1919	2333	2160	..	
Georgia	-288	-10	52	1	0	0	0	0	
Granada	1	0	0	-16	0	0	0	0	0	0	..	
Honduras	-2	-16	-51	22	83	193	88	36	71	173	20	200	-107	65	..	
Jamaica	144	137	173	225	334	247	-2441	-82	-267	173	-222	2	0	61	..	
Jordania	6	37	79	32	-7	3	43	6	
Kazajstán	-752	168	6	-412	178	-142	1837	-68	36	..	
Kirguistán	-1	-1	0	0	0	15	0	0	0	..	
Moldova, República de	0	0	1	1	1	1	1	1	1	-1	-1	-1	..
Mongolia	0	0	0	0	-4	-6	-5	9	
Marruecos	8	7	19	70	52	60	-5	18	-8	-22	-37	96	34	52	166	25	87	..	
Mozambique	3	1	4	-3	-2	12	127	
Panamá	527	677	668	530	353	-71	106	214	1218	845	809	-759	120	-162	..	
Rumania	2	2	1	8	9	17	45	19	33	57	65	131	55	11	254	129	421	148	64	194	..	
Rwanda	1	1	1	1	1	0	0	0	0	..	
Senegal	1	-11	-6	-14	1	-3	-6	-12	-53	-11	-14	..	
Sri Lanka	-14	14	-5	8	19	8	24	-7	7	-9	8	..	

País declarante	Estados Unidos																									
Flujo de IED	IED de salida																									
Moneda	Moneda del informe																									
Unidad	Dólares de los Estados Unidos, en millones.																									
	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Trinidad y Tabago	-2	55	122	225	117	112	-34	1389	1024	620	430	2137	..
Túnez	19	6	59	28	-44	111	72	-21	30	-811	-10	..
Turquía	28	93	149	144	134	279	11	158	131	93	110	533	228	121	239	83	215	196	252	3740	218	703	495	3193	1336	..
Uruguay	91	81	12	135	9	-17	41	-17	-85	8	25	38	46	27	-11	60	141	..

Fuente: OCDE, Datos de IED por país asociado (2016), https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=FDI_FLOW_PARTNER (consultado el 12 de abril de 2016).

Nota: Las columnas resaltadas en color oscuro indican los años en los que el TBI firmado con los Estados Unidos ha estado en vigor.

DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN DEL CENTRO DEL SUR

No.	Fecha	Título	Autor
1	November 2005	Overview of the Sanitary and Phytosanitary Measures in QUAD Countries on Tropical Fruits and Vegetables Imported from Developing Countries	Ellen Pay
2	November 2005	Remunerating Commodity Producers in Developing Countries: Regulating Concentration in Commodity Markets	Samuel G. Asfaha
3	Noviembre de 2005	Medidas relativas a la oferta para incrementar los bajos precios a la salida de la explotación agrícola de los productos básicos para bebidas tropicales	Peter Robbins
4	November 2005	Potenciales repercusiones de las nanotecnologías en los mercados de productos básicos: Consecuencias para los países en desarrollo dependientes de productos básicos	ETC Group
5	March 2006	Rethinking Policy Options for Export Earnings	Jayant Parimal
6	April 2006	Considering Gender and the WTO Services Negotiations	Meg Jones
7	Julio de 2006	Reinventar la UNCTAD	Boutros Boutros-Ghali
8	Agosto de 2006	Los derechos de propiedad intelectual en los tratados de inversión: Repercusiones de tipo ADPIC PLUS en la observancia y la protección del interés público	Ermias Tekeste Biadgleng
9	Enero de 2007	Propuesta de Tratado de la OMPI para la protección de los organismos de radiodifusión y de difusión por cable: Análisis desde una perspectiva de desarrollo	Viviana Munoz Tellez and Andrew Chege Waitara
10	November 2006	Market Power, Price Formation and Primary Commodities	Thomas Lines
11	March 2007	Development at Crossroads: The Economic Partnership Agreement Negotiations with Eastern and Southern African Countries on Trade in Services	Clare Akamanzi
12	June 2007	Changes in the Governance of Global Value Chains of Fresh Fruits and Vegetables: Opportunities and Challenges for Producers in Sub-Saharan Africa	Temu A.E and N.W Marwa
13	August 2007	Towards a Digital Agenda for Developing Countries	Dalindyabo Shabalala
14	December 2007	Analysis of the Role of South-South Cooperation to Promote Governance on Intellectual Property Rights and Development	Ermias Tekeste Biadgleng

15	Enero de 2008	Estructura cambiante y gobernanza de la observancia de la propiedad intelectual	Ermias Tekeste Biadgleng and Viviana Munoz Tellez
16	Enero de 2008	Liberalización del comercio de servicios de salud: equilibrar los intereses relativos al modo 4 con la obligación de conceder un acceso universal a los servicios básicos	Joy Kategekwa
17	July 2008	Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions Through South-South Coalition-Building	Vicente Paolo B. Yu III
18	Diciembre de 2008	Recuento de patentes como indicadores de la geografía de las actividades de innovación: problemas y perspectivas	Xuan Li
19	Diciembre de 2008	Las normas SECURE de la OMA: Lecciones aprendidas del fracaso de la iniciativa para la observancia de la propiedad intelectual que trasciende las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC	Xuan Li
20	May 2009	Industrialisation and Industrial Policy in Africa: Is it a Policy Priority?	Darlan F. Marti and Ivan Ssenkubuge
21	June 2009	IPR Misuse: The Core Issue in Standards and Patents	Xuan Li and Baisheng An
22	July 2009	Policy Space for Domestic Public Interest Measures Under TRIPS	Henning Grosse Ruse – Khan
23	June 2009	Developing Biotechnology Innovations Through Traditional Knowledge	Sufian Jusoh
24	Mayo de 2009	Medidas de respuesta a la crisis financiera mundial: asuntos clave para los países en desarrollo	Yılmaz Akyüz
25	October 2009	The Gap Between Commitments and Implementation: Assessing the Compliance by Annex I Parties with their Commitments Under the UNFCCC and its Kyoto Protocol	Vicente Paolo Yu III
26	Abril de 2010	Perspectivas económicas mundiales: es posible que la recesión haya pasado, pero ¿qué sigue ahora?	Yılmaz Akyüz
27	April 2010	Export Dependence and Sustainability of Growth in China and the East Asian Production Network	Yılmaz Akyüz
28	May 2010	The Impact of the Global Economic Crisis on Industrial Development of Least Developed Countries	Report Prepared by the South Centre
29	May 2010	The Climate and Trade Relation: Some Issues	Martin Khor
30	May 2010	Analysis of the Doha Negotiations and the Functioning of the World Trade Organization	Martin Khor
31	July 2010	Legal Analysis of Services and Investment in the CARIFORUM-EC EPA: Lessons for Other Developing Countries	Jane Kelsey

32	November 2010	Why the IMF and the International Monetary System Need More than Cosmetic Reform	Yılmaz Akyüz
33	November 2010	The Equitable Sharing of Atmospheric and Development Space: Some Critical Aspects	Martin Khor
34	November 2010	Addressing Climate Change through Sustainable Development and the Promotion of Human Rights	Margreet Wewerinke and Vicente Paolo Yu III
35	Enero de 2011	El derecho a la salud y a los medicamentos: el caso de las recientes negociaciones sobre la estrategia mundial sobre la salud pública, la innovación y la propiedad intelectual	Germán Velásquez
36	March 2011	The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries	Gurdial Singh Nijar
37	March 2011	Capital Flows to Developing Countries in a Historical Perspective: Will the Current Boom End with a Bust?	Yılmaz Akyüz
38	Mayo de 2011	Los ODM después de 2015	Deepak Nayyar
39	May 2011	Operationalizing the UNFCCC Finance Mechanism	Matthew Stilwell
40	July 2011	Risks and Uses of the Green Economy Concept in the Context of Sustainable Development, Poverty and Equity	Martin Khor
41	Septiembre de 2011	Innovación farmacéutica, patentes incrementales y licencias obligatorias	Carlos M. Correa
42	Diciembre de 2011	Repensando la salud global: un tratado internacional sobre innovación y desarrollo de productos farmacéuticos	Germán Velásquez and Xavier Seuba
43	March 2012	Mechanisms for International Cooperation in Research and Development: Lessons for the Context of Climate Change	Carlos M. Correa
44	Marzo de 2012	¿Se puede hablar de un extraordinario auge del Sur?	Yılmaz Akyüz
45	Abril de 2012	¿Qué relación hay entre el cambio climático, la transferencia de tecnología y los derechos de propiedad intelectual y cuál es el estado actual de las negociaciones al respecto?	Martin Khor
46	July 2012	Asian Initiatives at Monetary and Financial Integration: A Critical Review	Mah-Hui (Michael) Lim and Joseph Anthony Y. Lim
47	May 2013	Access to Medicines and Intellectual Property: The Contribution of the World Health Organization	Germán Velásquez
48	Junio de 2013	Los países en desarrollo tras la crisis financiera: después de la tormenta no siempre viene la calma	Yılmaz Akyüz
49	January 2014	Public-Private Partnerships in Global	Germán Velásquez

50	Febrero de 2014	Health: Putting Business Before Health? Consecuencias de la mala gestión de la crisis en Europa y los Estados Unidos para los países en desarrollo	Yılmaz Akyüz
51	Julio de 2014	Los obstáculos para el desarrollo en el sistema económico mundial	Manuel F. Montes
52	August 2014	Tackling the Proliferation of Patents: How to Avoid Undue Limitations to Competition and the Public Domain	Carlos M. Correa
53	September 2014	Regional Pooled Procurement of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
54	Septiembre de 2014	Mecanismos innovadores de financiación: posibles fuentes de financiación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco	Deborah Ko Sy, Nirmalya Syam and Germán Velásquez
55	October 2014	Patent Protection for Plants: Legal Options for Developing Countries	Carlos M. Correa
56	November 2014	The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) Protocol on Patents: Implications for Access to Medicines	Sangeeta Shashikant
57	Noviembre de 2014	La relación entre la globalización, el crecimiento impulsado por las exportaciones y la desigualdad: el caso de Asia Oriental	Mah-Hui Lim
58	November 2014	Patent Examination and Legal Fictions: How Rights Are Created on Feet of Clay	Carlos M. Correa
59	Diciembre de 2014	El período de transición otorgado a los PMA para la aplicación del acuerdo sobre los ADPIC y sus efectos en la producción de medicamentos en la CAO	Nirmalya Syam
60	January 2015	Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies	Yılmaz Akyüz
61	Marzo de 2015	Pautas de patentabilidad y el acceso a medicamentos	Germán Velásquez
62	Septiembre de 2015	El acuerdo de asociación transpacífico: un acuerdo que amplía los derechos de propiedad intelectual en detrimento del acceso a los medicamentos	Carlos M. Correa
63	October 2015	Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities	Yılmaz Akyüz
64	February 2016	Implementing Pro-Competitive Criteria for the Examination of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
65	Febrero de 2016	Reflexiones sobre el aumento de los casos de solución de controversias entre inversores y Estados en los sectores extractivos y los problemas que se plantean para los países africanos	Kinda Mohamadieh and Daniel Uribe
66	March 2016	The Bolar Exception: Legislative Models	Carlos M. Correa

67	June 2016	And Drafting Options Innovation and Global Intellectual Property Regulatory Regimes: The Tension between Protection and Access in Africa	Nirmalya Syam and Viviana Muñoz Tellez
68	June 2016	Approaches to International Investment Protection: Divergent Approaches between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties	Kinda Mohamadieh and Daniel Uribe
69	July 2016	Intellectual Property and Access to Science	Carlos M. Correa
70	August 2016	Innovation and the Global Expansion of Intellectual Property Rights: Unfulfilled Promises	Carlos M. Correa
71	Octubre de 2016	Recuperar la soberanía sobre los recursos naturales: los casos de Bolivia y el Ecuador	Humberto Campodónico



CENTRO DEL SUR

**Chemin du Champ d'Anier 17
PO Box 228, 1211 Ginebra 19
Suiza**

**Teléfono: (41 22) 791 8050
Fax: (41 22) 798 8531
Email: south@southcentre.int**

**Sitio web
<http://www.southcentre.int>**

ISSN 1819-6926