



## INFORME DE LA REUNIÓN

# El cambiante mundo de la negociación de inversiones: ¿De la protección bilateral a...?

### RESUMEN EJECUTIVO

El Undécimo Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo (Foro) se celebró en Nairobi, Kenia, entre el 7 y el 9 de febrero de 2018. Fue coorganizado por la Autoridad de Inversiones de Kenia (KenInvest), el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD, por sus siglas en inglés) y el Centro del Sur. Nutriéndose del éxito de los Foros anteriores, el evento reunió a 141 participantes en representación de 65 gobiernos de países en desarrollo, 11 organizaciones regionales e internacionales y académicos invitados.

En el marco del eje temático “El cambiante mundo de la negociación de inversiones: ¿de la protección bilateral a...?” los participantes debatieron el diseño de los tratados de inversión y la reforma de la solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) desde la perspectiva del desarrollo sostenible. Los participantes exploraron las tendencias y los avances en lo relativo a la formulación de políticas internacionales de inversión a nivel mundial, regional y nacional, focalizándose en el alcance y la amplitud de las negociaciones de inversiones y en los aspectos sustantivos y procesales del régimen de inversiones. La agenda también incluyó debates sobre los desafíos, las oportunidades y las opciones estratégicas para que los países en desarrollo se comprometan unánimemente en construir la agenda de reformas del régimen de inversiones de una manera que contribuya con su desarrollo económico y social.

Los participantes lamentaron la fragmentación de los procesos actuales de reforma, que ha llevado a que se traten por separado las problemáticas sustantivas y procesales relacionadas con la inversión. No obstante, los participantes también enfatizaron la necesidad de capitalizar las oportunidades de reforma y abordar los problemas actuales (particularmente en relación con la ISDS), salvaguardando el espacio de política pública en la actualidad para permitir que las problemáticas sustantivas se aborden en el futuro. Consideraron que los países en desarrollo deben estar preparados e involucrarse en la totalidad de los debates actuales sobre reformas en todos los niveles, con posiciones en común alcanzadas a partir de una agenda



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

positiva, incluso si están en desacuerdo con el foro o los enfoques seleccionados para las negociaciones.

En cuanto a las características deseables de un foro de negociaciones para reformar el régimen de inversiones, los participantes consideraron que el foro ideal debe dar lugar a diferentes enfoques nacionales y regionales, hacer hincapié en la construcción de un consenso, reflejar los valores compartidos por los países en desarrollo, perseguir los objetivos de desarrollo sostenible y contemplar procesos de toma de decisiones que sean equilibrados y justos para los países en desarrollo.

Aunque los participantes evaluaron las ventajas y desventajas de diversos foros, enfoques y esfuerzos actuales para reformar el régimen de inversiones a nivel bilateral, regional y multilateral, y los debates se concentraron en el proceso para la reforma de la ISDS en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y en la presión por iniciar “debates estructurados” sobre la facilitación de inversiones en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Algunos participantes compartieron la opinión de que la OMC podría ser un foro adecuado para las negociaciones de inversión, dado que daría una voz a los países en desarrollo. No obstante, otros participantes expresaron su desacuerdo, recordando el foco que la OMC hace en el comercio y sus antecedentes poco convincentes de intentar integrar problemáticas de desarrollo sostenible. Respecto de los debates sobre la facilitación de las inversiones en la OMC, algunos participantes expresaron su preocupación sobre el contenido y el alcance de dicha “facilitación de las inversiones” y su vínculo con el desarrollo sostenible, mientras que otros participantes sostuvieron que el debate de la problemática es algo positivo, independientemente de la divergencia de opiniones.

Los participantes acordaron e hicieron hincapié en que los países en desarrollo deben adoptar un rol activo en el proceso llevado a cabo por la CNUDMI para reformar la ISDS, a fin de garantizar que los resultados del mismo respeten sus intereses y aborden sus desafíos y necesidades. También reconocieron que, al mismo tiempo, los países en desarrollo deben trabajar en pos de soluciones integrales a largo plazo y pensar en las futuras generaciones de tratados de inversión y los mecanismos de solución de controversias.

Finalmente, los participantes debatieron sobre cómo cambiar la cultura de las negociaciones de inversión y de las reformas del régimen de inversiones para alcanzar una *solidaridad normativa*. Esto implicaría que los países en desarrollo alcancen una posición en común respecto de los principios que deben regir el régimen internacional de inversiones, y que, además, consideren las especificidades nacionales y regionales. Entre las ideas compartidas por los participantes, se destacan las siguientes:



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

- Los países en desarrollo deberían, en primer lugar, comprender mejor el tema de debate; luego, buscar posiciones en común basándose en sus objetivos de desarrollo nacionales y, finalmente, participar activamente en los diversos foros según esas posiciones adoptadas. Entre otras temáticas sustanciales, los países en desarrollo deberían adoptar posiciones en común respecto de la inversión para el desarrollo sostenible y el equilibrio de los derechos y las obligaciones entre los inversionistas y los Estados.
- La comunicación entre los gobiernos de los países en desarrollo con todos los actores interesados que se ven afectados por las inversiones extranjeras, en particular la comunidad local, es fundamental para obtener voluntad y respaldo político a nivel nacional. También es de gran importancia la comunicación con los países que exportan capitales y los inversionistas extranjeros.
- Todos los departamentos de un gobierno nacional deben adoptar un enfoque coherente para fortalecer las posiciones institucionales nacionales en lo relativo a las diversas problemáticas de inversión.
- A nivel regional y mundial, los gobiernos deben continuar compartiendo las mejores prácticas de diseño institucional para las negociaciones y de cómo construir posiciones de negociación más sólidas.
- Se debe concientizar acerca de las problemáticas de las inversiones y se debe crear una sólida voluntad política para abordarlas en el más alto nivel. Para complementar el Foro Anual de los Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo, se podría crear un Foro para *Formuladores de Políticas* de Inversión de Países en Desarrollo.

## INTRODUCCIÓN

El Undécimo Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo (Foro) se celebró en Nairobi, Kenia, entre el 7 y el 9 de febrero de 2018. Fue coorganizado por la Autoridad de Inversiones de Kenia (KenInvest), el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD, por sus siglas en inglés) y el Centro del Sur. Nutriéndose del éxito de los Foros anteriores, el evento de este año reunió a 141 participantes en representación de 65 gobiernos de países en desarrollo y 11 organizaciones regionales e internacionales.

En el marco del eje temático “El cambiante mundo de la negociación de inversiones: ¿de la protección bilateral a...?”, los participantes trataron la cuestión de rediseñar los aspectos sustantivos y procesales de los tratados de inversión y la solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) para optimizar los resultados del desarrollo sostenible. También exploraron una gama de opciones estratégicas para que los países en desarrollo consoliden una *solidaridad normativa*, constituyendo una misma voz, coherente pero diferenciada, con



11th Annual Forum of Developing  
Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

la que construir la agenda de reformas de una manera que contribuya con el desarrollo económico y social.

La agenda del Foro se encuentra disponible en el sitio web del IISD: <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>.

## Día 1: Miércoles, 7 de febrero de 2018

### CEREMONIA DE APERTURA

La apertura del Foro estuvo a cargo del **Sr. Chris Kiptoo** (Secretario Principal del Departamento de Comercio del Estado, Ministerio de Industria, Comercio y Cooperativas, Kenia), el **Excmo. Davaasuren Damdinsuren** (Secretario de Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores, Mongolia), la **Sra. Nathalie Bernasconi**, (Directora del Grupo, Programa Derecho y Políticas Económicas [ELP, por sus siglas en inglés], IISD) y el **Sr. Vicente Yu** (Director Ejecutivo Adjunto, Centro del Sur). El **Sr. Moses Ikiara** (Director Gerente, KenInvest, Kenia) fue el facilitador de la ceremonia de apertura.

Luego de dar la bienvenida a los participantes en representación del Gobierno de Kenia, el **Secretario Principal Chris Kiptoo** destacó el creciente número de costosos arbitrajes de inversión que enfrentan los países en desarrollo, incluida Kenia. Hizo hincapié en que los textos de los tratados deben equilibrar detalladamente todos los intereses, sin socavar las leyes locales. Luego, destacó la importancia del compromiso de los países en desarrollo ante los procesos internacionales, por ejemplo, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés UNCTAD). Para citar un ejemplo de lo planteado por el Sr. Kiptoo en relación con los costosos arbitrajes, el **Excmo. Davaasuren Damdinsuren** se refirió a un caso actual que enfrenta Mongolia, en el que el inversionista demandó una compensación equivalente al 60 % del presupuesto educativo nacional. También destacó la necesidad de reformar el régimen de inversiones.

### SESIÓN 1: EL ALCANCE DEL 11.º FORO ANUAL: NUEVAS PIEZAS DE UN NUEVO ROMPECABEZAS

En la primera sesión del Foro, se trataron los avances recientes y las direcciones futuras en materia de negociaciones de inversiones a nivel internacional. La sesión estuvo a cargo de la **Sra. Roslyn Ng'eno** (Directora de Promoción de Políticas, KenInvest, Kenia).

Invitada a ofrecer una descripción general de las tendencias en la formulación de políticas para tratados de inversión, la **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD) comenzó por referirse al nivel



nacional y observó que los países en desarrollo estaban adoptando tres amplios enfoques en lo relativo al número actual de antiguos tratados bilaterales de inversión (TBI) existentes. Algunos países buscan renegociarlos; algunos, terminarlos y otros los mantienen con la esperanza de que no darán lugar a arbitrajes. A nivel regional, la Sra. Bernasconi considera que África es un laboratorio de enfoques innovadores que incluye tratados modelo (por ejemplo, la plantilla de TBI modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral [SADC, por sus siglas en inglés] y el Código Pan-Africano de Inversión [PAIC, por sus siglas en inglés]) y reglas enérgicas (el Acuerdo sobre Inversiones para el Área Común de Inversiones [Acuerdo CCIA, por sus siglas en inglés] del Mercado Común de África Oriental y Austral [COMESA, por sus siglas en inglés]). Alentó a los países en desarrollo a utilizar las mejores prácticas de otras regiones en desarrollo al momento de construir su propio enfoque regional. A nivel multilateral, la Sra. Bernasconi observó que se estaban estableciendo “debates estructurados” y destacó los debates en la OMC sobre las reglas multilaterales para la facilitación de inversiones, y un proceso para reformar la ISDS en la CNUDMI. Concluyó que resultaba particularmente importante comprender estos avances, incluidos los riesgos y las oportunidades implicadas para los países en desarrollo.

La **Sra. Opeyemi Abebe** (Asesora Comercial, Sección de Competitividad Comercial, Secretaría del Commonwealth) analizó la tendencia de incluir capítulos sobre inversiones en los acuerdos de comercio o económicos regionales y megaregionales. Clarificó la diferencia entre los acuerdos regionales (en un nivel de organización de integración regional) y megaregionales (entre regiones diferentes, con frecuencia de distintos continentes). Asimismo, observó que los acuerdos megaregionales crean nuevos desafíos para los países en desarrollo. Si bien los socios de una región están intentando alcanzar un objetivo en común, suele faltar este nivel de cohesión en los acuerdos megaregionales entre socios de distintos niveles de desarrollo económico. Continuó por identificar dos de los riesgos principales que presenta esta tendencia para los países en desarrollo. En primer lugar, estos acuerdos generalmente incluyen más cargas onerosas de las que los países en desarrollo tendrían en la OMC aunque, en ocasiones, sin el componente del tratamiento especial y diferencial. Este fue el caso en el reciente acuerdo regional celebrado entre Australia, Nueva Zelanda y las Islas del Pacífico. En segundo lugar, los negociadores comerciales utilizan el capítulo sobre inversiones como instancia de negociación para el acceso al mercado, impulsados por la percepción de que toda inversión extranjera directa (IED) es deseable. Puso en duda si los acuerdos megaregionales incluyen el nivel de salvaguardias que los países en desarrollo necesitan, en comparación con los TBI. Acerca del grupo “Amigos de la Facilitación de Inversiones para el Desarrollo” en la OMC, observó que se incluye la palabra “desarrollo” pero recordó que todavía no se ha concluido la Ronda de Doha, que tiene el objetivo de debatir sobre las problemáticas del desarrollo. Finalmente, alentó a los países en desarrollo a involucrarse en todos los niveles a fin de hacer avanzar la agenda para el desarrollo sostenible.

El **Sr. Carlos Correa** (Asesor Especial en Asuntos de Comercio y Propiedad Intelectual, Centro del Sur) examinó la dirección futura de las negociaciones de inversiones multilaterales.



Explicó que, al principio del diseño del régimen legal de inversiones, el foco principal era regular la IED para garantizar que desempeñara determinadas funciones en la economía. Más tarde, el objetivo fue promocionar y liberalizar la IED, lo que significó un apartamiento de la regulación. Finalmente, el fin fue proteger la IED, lo que condujo a un incremento significativo en la cantidad de TBI. El Sr. Correa sostuvo que el avance más reciente es el otorgamiento de derechos en la fase de pre-establecimiento y la facilitación de las inversiones. Luego, propuso varias preguntas clave a los países en desarrollo para tratar en los debates sobre facilitación de inversiones a nivel multilateral. En primer lugar, ¿el acuerdo de facilitación de inversiones reemplazaría o complementaría los TBI? En segundo lugar, ¿la facilitación de inversiones es realmente una temática comercial y, en caso afirmativo, ¿cuál es la naturaleza de la relación entre el comercio y la inversión? En tercer lugar, ¿es la OMC el foro adecuado para negociar la facilitación de inversiones, y es viable un acuerdo plurilateral bajo la OMC? Con la expectativa de que todas estas temáticas se tratarían en el Foro, llamó la atención hacia el desafío preliminar de lograr un mandato multilateral consensuado para negociar sobre las inversiones en la OMC.

Durante una segunda ronda de preguntas, los panelistas tuvieron la oportunidad de debatir con mayor detalle sobre la reforma de la ISDS en la CNUDMI.

La **Sra. Bernasconi** destacó que la reforma de las obligaciones sustantivas y los mecanismos de solución de controversias deben ir de la mano. Por otro lado, incluso con nuevas reglas sustantivas redactadas adecuadamente, los riesgos de los arbitrajes de inversión persistirán siempre que dichas reglas tengan relación con el sistema tradicional de arbitraje. Asimismo, un sistema de arbitraje reformado adecuadamente no podría alcanzar soluciones completamente satisfactorias si todavía requiriese interpretar reglas antiguas, amplias y desequilibradas, agregó la Sra. Bernasconi. En ese contexto, cuestionó las implicancias de esta dinámica para el proceso de reforma en la CNUDMI, donde solo se está negociando la reforma de la ISDS. Alentó a los países en desarrollo a pensar cómo se podría reconciliar el proceso de la CNUDMI con las futuras reformas sustantivas, y cómo ellos podrían hacer que esto sucediera.

Si bien reconoció la importancia de combinar las reformas sustantivas y las procesales, la **Sra. Abebe** adhirió a la perspectiva de que las negociaciones sobre la ISDS en la CNUDMI permiten a los países en desarrollo tener la oportunidad de reformar una problemática crucial, y de que toda iniciativa de reforma es un buen comienzo y debe aprovecharse. La Sra. Abebe sugirió que todos los procesos en conjunto —en la CNUDMI, la UNCTADUNCTAD y aquellos a nivel nacional y regional— darían lugar a una mejor situación para los países en desarrollo.

**Durante el debate de la sesión plenaria**, algunos participantes advirtieron acerca de la existencia de negociaciones bilaterales basadas en modelos antiguos. Se propuso pasar de la protección bilateral a “la solidaridad normativa”, y los participantes hicieron hincapié en la necesidad de que los países en desarrollo se comprometieran activamente para lograr una





posición coherente en todos los foros sobre todas las problemáticas, incluida la ISDS. Algunos participantes expresaron su preocupación de que los códigos de inversión de muchos países en desarrollo proporcionan a los inversionistas extranjeros una protección más amplia que la de los TBI y, por lo tanto, solicitaron mayor coherencia a nivel nacional. Otros consideraron que la única manera de abordar todos los problemas actuales del sistema es haciendo una revisión total de la ISDS, e instaron a que los países en desarrollo adopten una posición común en lo relativo a las reformas a nivel bilateral y multilateral, incluido el proceso actual en la CNUDMI.

La **Sra. Roslyn Ng'eno** concluyó la sesión solicitando coherencia y la presencia de una sola voz en las posiciones de los países en desarrollo durante todos los procesos de negociaciones de inversiones.

## SESIÓN 2: AVANCES RECIENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN

La Sesión 2, moderada por el **Excmo. Davaasuren Damdinsuren** (Mongolia), exploró los avances recientes en el área de la formulación de políticas, la reforma y la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras, con un énfasis en los temas focales específicos de este Foro.

Invitado a brindar una actualización sobre las negociaciones de inversiones regionales en América Latina, el **Sr. José Henrique Vieira Martins** (Coordinador General de Políticas de Comercio e Inversiones, Secretaría de Asuntos Internacionales, Ministerio de Finanzas, Brasil) explicó las características principales del protocolo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) sobre Cooperación y Facilitación de Inversiones (el Protocolo de Inversiones del MERCOSUR), adoptado en abril de 2017. Basado en gran parte en el modelo del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI), el Protocolo de Inversiones del MERCOSUR se concentra en las mejoras del entorno comercial y establece un punto focal en cada Estado miembro y un comité conjunto para evitar controversias y desarrollar una agenda conjunta sobre la cooperación en las inversiones. Observó que el protocolo también proporciona algunas garantías para los inversionistas, como cláusulas sobre expropiación directa y transferencia de fondos e incluye, a modo de novedad, una extensa cláusula sobre responsabilidad social corporativa (RSC). En cuanto a la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), sostuvo que desde hace casi diez años se está negociando la creación de un centro alternativo para solucionar las controversias sobre inversiones. A diferencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), es probable que el centro alternativo presente reglas innovadoras sobre la selección de árbitros y el arbitraje entre Estados, y también desempeñe un papel de asesoramiento para quienes formulan políticas regionales. Luego, clarificó que Brasil, si bien no está involucrado en la Alianza del Pacífico,



firmó diversos ACFI con sus miembros. Según el Sr. Martins, esto demuestra la visión compartida entre los países de la Alianza del Pacífico sobre algunos aspectos importantes como la facilitación de inversiones. Finalmente, hizo hincapié en la importancia de contar con debates productivos sobre la facilitación de inversiones.

La **Sra. Elisabeth Turk** (Jefa, Sección de Acuerdos Internacionales de Inversión, División sobre Inversiones y Empresas, UNCTADUNCTAD) presentó las tendencias mundiales en lo relativo a la formulación de políticas de inversión, según las bases de datos del Informe sobre las Inversiones Mundiales 2016 de la UNCTADUNCTAD y los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Explicó que estas estadísticas muestran una importante tendencia positiva en lo referido a la calidad de los tratados recientes. Además, por primera vez, la cantidad de TBI rescindidos en 2017 (50) es mayor que la cantidad de nuevos TBI o tratados con disposiciones sobre inversiones (TIP, por sus siglas en inglés) concluidos. La Sra. Turk también destacó la creciente cantidad de TIP, incluso cuando el 80 % de todos los AII existentes son todavía TBI. Sin embargo, y como parte de la Fase 2 de la reforma de AII de la UNCTADUNCTAD, señaló la necesidad de abordar los tratados antiguos existentes: el 95 % de TBI (es decir, 2500 tratados) se firmó antes de 2010. También, presentó un análisis comparativo entre los tratados antiguos y los nuevos, demostrando que los nuevos tratados son generalmente mejores desde una perspectiva de desarrollo sostenible, aunque no perfectos. La Sra. Turk instó a los países en desarrollo a evaluar qué implicancias tienen las negociaciones a nivel regional y multilateral para sus tratados existentes. Por ejemplo, ¿puede el proceso de reforma en la CNUDMI corregir las deficiencias de la ISDS en los TBI existentes? ¿Un enfoque multilateral reemplazaría los TBI existentes o apenas agregaría otra instancia de complejidad? En ese sentido, recordó que las 10 opciones para modernizar los tratados antiguos del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD, por sus siglas en inglés) de la UNCTADUNCTAD ofrecen herramientas útiles para los países en desarrollo. Para finalizar, la Sra. Turk formuló una pregunta a modo de eco de la temática tratada en el Foro: ¿de tratados que “muerden” a...?

El **Sr. Martin Kohout** (Funcionario Asociado de Asuntos Económicos, Sección de Políticas de Inversión, Comisión Económica de Naciones Unidas para África [UNECA, por sus siglas en inglés]) ofreció una actualización sobre las negociaciones del Tratado de Libre Comercio Continental Africano (AfCFTA, por sus siglas en inglés) y el Código de Inversión Pan-Africano (PAIC, por sus siglas en inglés), ambas iniciativas de la Unión Africana (UA). Explicó que el AfCFTA se convertirá en el área de libre comercio más grande del mundo después de la OMC en términos de cantidad de países participantes. Durante la Cumbre de Jefes de Estado de la UA en enero de 2018, los Estados miembros de la UA acordaron firmar el Acuerdo CFTA y los Protocolos de la Fase 1 el 21 de marzo de 2018 en Kigali. La negociación en la Fase 1 abordó el comercio de bienes y servicios y la solución de controversias; la Fase 2 cubrirá las inversiones, la propiedad intelectual y la competencia, y debe iniciarse inmediatamente después de la Fase 1. En cuanto al PAIC, el Sr. Kohout explicó que fue adoptado por el Comité Técnico Especializado (CTE) sobre Finanzas, Asuntos Monetarios, Planificación Económica e





Integración de la UA en octubre de 2017 como un instrumento de políticas guía no vinculante. El CTE también solicitó a la Comisión de la UA compartir el borrador con otros comités relevantes. En lo relativo a la interacción entre los dos instrumentos, señaló la posibilidad de convergencia entre el AfCFTA y el PAIC. Luego de esta actualización, destacó que los acuerdos de inversión y de comercio intra-africanos deben promover una transformación estructural y crear un mayor espacio económico además de oportunidades de inversión para todos los inversionistas. Haciendo hincapié en la necesidad de coherencia y un entorno regulatorio favorable para el desarrollo sostenible, instó a que el capítulo sobre inversiones del AfCFTA salvaguarde el espacio de política pública, mejore la predictibilidad y equilibre el campo de actuación.

Luego, se dio a los panelistas la oportunidad de intercambiar sus opiniones sobre las diferentes tendencias a nivel regional y mundial.

El **Sr. Martins** señaló tres diferencias principales entre el modelo del ACFI de Brasil (en el cual se basa el Protocolo de Inversiones del MERCOSUR) y los TBI tradicionales: los enfoques brasileño y del MERCOSUR se concentran en la facilitación de inversiones, contemplan únicamente el arbitraje entre Estados y excluyen las inversiones de cartera. En comparación con el enfoque del MERCOSUR y la mayoría de los ACFI de Brasil, el Sr. Martins afirmó que el AfCFTA es un acuerdo más integral porque incluye disposiciones sobre inversiones. También destacó similitudes entre los tres enfoques abordados en el panel (ACFI/MERCOSUR, AfCFTA y PAIC): el foco en la salvaguardia del espacio de política pública, la generación de predictibilidad y el equilibrio del campo de actuación. El Sr. Martins también señaló que el PAIC, como instrumento no vinculante, promueve nuevas perspectivas sobre la formulación de políticas de inversión que son similares a las reflejadas en algunos instrumentos vinculantes de América Latina.

El **Sr. Kohout** destacó que África se ha convertido en un sitio de innovación, que proporciona opciones para que los formuladores de políticas den forma a la agenda. Los diversos acuerdos o tratados modelo a nivel continental (PAIC), regional (COMESA, EAC y SADC) o bilateral (por ejemplo, el TBI entre Marruecos y Nigeria) se consideran instrumentos modernos, según se destaca en la reciente encuesta de la UNCTADUNCTAD sobre la calidad de los AII. Describiendo algunas semejanzas entre el PAIC y el TBI entre Marruecos y Nigeria, el Sr. Kohout señaló que cada uno de ellos reconoce explícitamente los objetivos de desarrollo sostenible en el preámbulo, protege el derecho a regular, utiliza una definición estricta de la inversión, contiene disposiciones sobre las obligaciones de los inversionistas, la RSC y los derechos humanos. El PAIC también permite que los Estados presenten contrademandas contra el inversionista en el caso de una supuesta violación de los tratados. El Sr. Kohout opinó que ilustran un cambio en la formulación de tratados de inversión en el continente.

La **Sra. Tuerk** hizo hincapié en la importancia de que los países en desarrollo diseñen los tratados que les sean útiles según su contexto. Para tal fin, recordó que la Hoja de Ruta 2015



para la Reforma de los AII de la UNCTAD recomienda considerar cinco problemáticas: (1) la preservación del derecho a regular; (2) la mejora de la solución de controversias (no necesariamente la ISDS); (3) la garantía de inversiones responsables; (4) la facilitación de inversiones y (5) el abordaje de la complejidad sistémica. Por lo tanto, la Sra. Tuerk consideró que no se trata tanto sobre dónde encontrar inspiración, sino más específicamente sobre qué tratados promueven el desarrollo sostenible y cómo abordar los tratados antiguos.

El **Sr. Martins** secundó el punto destacado por la Sra. Tuerk de que cada país o región debe encontrar un modelo que le resulte adecuado. Tomando el ejemplo de Brasil y los debates en la OMC sobre la facilitación de inversiones, consideró que los debates a nivel multilateral podrían ser positivos y contribuir a obtener el respaldo de más países u organizaciones, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la UNCTAD. La **Sra. Tuerk** expresó su acuerdo en que es importante debatir sobre cómo facilitar eficazmente las inversiones. Sin embargo, aclaró que la UNCTAD no tiene una posición adoptada acerca de que este sea un tema que deba tratarse en la OMC y que, por lo tanto, no es “amiga” del grupo “Amigos de la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo” (FIFD, por sus siglas en inglés). Para el **Sr. Kohout**, lo importante es que los modelos regionales y los TBI modernos reflejen un mensaje de comprensión, voluntad y compromisos compartidos.

**Durante los debates de la sesión plenaria**, algunos participantes hicieron hincapié en la importancia de establecer etapas concretas para la reforma a nivel nacional y regional, e instaron a la necesidad de que se compartan más experiencias relativas al abordaje de los TBI antiguos. Cuando le preguntaron si el PAIC sería la base para las negociaciones del capítulo sobre inversiones en el CFTA, el **Sr. Kohout** respondió que esa podría ser una de las opciones. A la pregunta de si Brasil firmó un ACFI con un país desarrollado, el **Sr. Martins** respondió que todavía no había podido hacerlo; destacó que, aunque Brasil tiene voluntad de ser flexible, se alejará si las partes no pueden alcanzar un consenso mínimo. Algunos participantes cuestionaron el papel de las políticas de desarrollo en las negociaciones de los tratados de inversión en África; expresaron sus dudas sobre la factibilidad de que los países logren adoptar una visión en común a pesar de tener diferentes dificultades y realidades económicas. Algunos participantes también cuestionaron la posibilidad de que los Países Menos Desarrollados (PMD) logren adoptar un enfoque similar al de países como Brasil, India o Sudáfrica, incluso dentro de las organizaciones de integración regional.

## SESIÓN 3: PROFUNDIZANDO EN EL ALCANCE SUSTANTIVO DE LOS ACUERDOS

El **Sr. Moses Ikiara** (Kenia) moderó la Sesión 3, que tuvo como finalidad el estudio del actual desarrollo del contenido de los tratados de inversiones y su relación con los tratados de comercio y los acuerdos económicos regionales. El debate se inició con India y Nigeria, que



fueron invitados a compartir las disposiciones sustantivas más innovadoras de sus recientes TBI o modelos.

El **Sr. Chanchal Chand Sarkar** (Director de la División de Acuerdos Internacionales de Inversión, Ministerio de Finanzas, India) recordó que su país ha firmado 94 TBI basados en un modelo de 1993. India enfrentó una cantidad de demandas con base en tratados de inversión desde mediados del año 2000 en adelante, incluido el reconocido caso de *White Industries*. Existen ahora alrededor de 20 controversias en curso y en diferentes etapas contra India, y muchas de ellas son insustanciales en naturaleza. Los importantes cambios socioeconómicos que han tenido lugar en India desde su anterior TBI modelo de 1993, las experiencias de abordaje de controversias y los cambios en el régimen de IED hicieron que India revisara su modelo de TBI y elaborara un nuevo modelo integral. El Sr. Sarkar pasó a describir algunas de las características clave del modelo de India, entre las que se incluyen: (1) una definición de inversión con base en el emprendimiento; (2) protección únicamente para la fase de post-establecimiento; (3) la exclusión de cuestiones fiscales y subsidios del alcance del tratado; (4) la exclusión de las decisiones del gobierno local (a nivel de poblados) del alcance de las medidas cubiertas por el TBI; (5) la omisión de la cláusula de nación más favorecida (NMF); (6) la exclusión de las palabras “trato justo y equitativo” (TJE), aunque se mantiene el espíritu de esta protección de una manera cuidadosamente limitada; (7) el agotamiento de recursos internos (con un límite de cinco años) antes de que el inversionista pueda recurrir a la ISDS; (8) obligaciones de los inversionistas para equilibrar los derechos que se les contemplan; (9) la incorporación de disposiciones procesales sobre transparencia, conflicto de intereses y cualificación de los árbitros en el mecanismo de la ISDS. El Sr. Sarkar también destacó las diferencias entre las negociaciones de comercio y de inversión e hizo hincapié en que las negociaciones de inversión no deben subordinarse a las primeras. En su opinión, es esencial mantener un enfoque coordinado adecuadamente entre los países y, dentro de un mismo país, entre los diversos departamentos gubernamentales como el departamento de comercio, de inversión y de asuntos exteriores, entre otros.

La **Sra. Ajuma Patience Okala** (Directora Adjunta y Asesora Legal de la Comisión de Promoción de las Inversiones, Nigeria) compartió la experiencia de su país en lo relativo a la revisión y la utilización de su modelo de TBI. Recordó que el modelo anterior de TBI de Nigeria tendía a la protección del inversionista e incluía disposiciones amplias y redactadas de manera imprecisa, sin ninguna salvaguardia. Destacó también que el gobierno se sometió a la ISDS en su ley nacional de inversiones. La Sra. Okala explicó que, después de episodios de derrame de petróleo y una degradación ambiental masiva en el delta del río Níger y casos de ISDS contra Nigeria, el gobierno comenzó a considerar la *calidad* y no únicamente la *cantidad* de las inversiones. Por lo tanto, Nigeria llevó a cabo una revisión de sus TBI. La Sra. Okala afirmó que era posible discutir si existía una relación directa entre ellos y la cantidad de IED recibidas. También destacó que existen otros impulsores de IED en el país. Este hallazgo dio lugar a un cambio significativo en la forma de pensar y en una revisión del TBI modelo del país para equilibrar los derechos y las obligaciones de los inversionistas, hacer referencia a los objetivos



de desarrollo sostenible del país y proteger el derecho a regular. El nuevo modelo se adoptó en 2016 y todavía contempla muchas protecciones para los inversionistas, incluida la transferencia libre de fondos, el trato de NMF, la expropiación y el trato nacional, aunque en un lenguaje más cuidado y circunscrito, y con más salvaguardias. El modelo también incluye obligaciones en relación con la RSC, el trabajo, la lucha contra la corrupción y los derechos humanos, además de establecer una comisión conjunta. Basada en un mapeo cualitativo de 21 TBI antiguos de un total de 29, demostrando que faltan muchas disposiciones orientadas a la reforma, el plan de Nigeria es enmendar, renegociar o terminar los TBI que no alcancen a tener la calidad requerida.

El **Sr. Aaron Cosbey** (Economista Adjunto y Superior del IISD) realizó una presentación acerca de TBI y sus implicancias para el espacio de política pública industrial, partiendo de la base de que las herramientas de políticas industriales pueden transformar las inversiones en una instancia positiva para el desarrollo. Explicó que el debate actual no se trata sobre *si se deben* utilizar políticas industriales sino sobre *cómo* hacerlo adecuadamente. La paradoja es que, a pesar de un cambio de actitud hacia las políticas industriales desde la época del Consenso de Washington, los países todavía firman TBI que restringen su uso de dichas herramientas (como, por ejemplo, los requisitos de desempeño sobre el contenido local, la gestión local, la balanza de pagos, los emprendimientos conjuntos [*joint ventures*] y los requisitos de investigación y desarrollo). El Sr. Cosbey señaló que, si bien muchos TBI no limitan el espacio de política pública industrial, una cantidad significativa de ellos sí lo hacen. Reconoció que es notoriamente difícil comprender de manera adecuada las políticas industriales y que existen más casos de fracaso que de éxito. Sin embargo, dada su importancia para el desarrollo sostenible, no se debería prohibir su utilización. Continuó por considerar qué deberían establecer los AII en relación con las políticas industriales y, en particular, los requisitos de desempeño, investigando las opciones de: (1) no establecer nada (recurrir a la prohibición limitada de algunos requisitos de desempeño en el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio ["Acuerdo sobre las MIC"]) de la OMC, como lo hacen la mayoría de los TBI; (2) quitar determinados requisitos de desempeño de la prohibición; (3) prohibir los requisitos de desempeño pero proteger los existentes; (4) prohibir los requisitos de desempeño pero excluirlos de la ISDS; (5) limitar el uso de políticas industriales basándonos en lo que sabemos que funciona (por ejemplo, utilizar cláusulas de suspensión para retirar gradualmente el respaldo después de un tiempo determinado). El Sr. Cosbey concluyó que no está claro si los TBI aumentan las IED pero que, incluso si lo hicieran, no habría razones para restringir el uso que hacen los países en desarrollo de las herramientas de políticas industriales necesarias para garantizar el desarrollo sostenible.

El **Sr. Vicente Yu** (Centro del Sur) realizó una presentación acerca del debate sobre la facilitación de inversiones en múltiples foros y los riesgos emergentes de dichos debates. En primer lugar, señaló que las iniciativas de debate sobre la facilitación de inversiones han sido propuestas en diferentes foros multilaterales (por ejemplo, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico [APEC, por sus siglas en inglés], MERCOSUR, UNCTAD) y en algunos países



(Brasil y Sudáfrica, por ejemplo). El Sr. Yu pasó a reflexionar sobre las cuestiones clave del tratamiento de la facilitación de inversiones en la OMC, por ejemplo, cómo estructurar dichos debates, si es necesario tener obligaciones de facilitación de inversiones en la OMC y cuál debería ser el contenido de las obligaciones multilaterales. Hizo hincapié en que los países en desarrollo deben considerar cuidadosamente el tipo de exclusiones y salvaguardias que necesitarán para proteger su espacio de política pública en el caso de que los debates den lugar a negociaciones. Alentó a los participantes a reflexionar sobre estas cuestiones, empezando por tener una idea clara de lo que el gobierno desea hacer a nivel nacional. El Sr. Yu concluyó que, como siguiente paso, se puede evaluar la problemática del alcance de las obligaciones sustantivas multilaterales de facilitación de inversiones desde la perspectiva de cómo integrar los objetivos nacionales con los objetivos regionales, continentales e internacionales.

El **Sr. Ikiara** dio la oportunidad al Sr. Sarkar y la Sra. Okala de reflexionar sobre las experiencias de negociación de sus respectivos países basados en sus nuevos modelos.

La **Sra. Okala** comentó que Nigeria ha firmado TBI basados en su nuevo modelo con Marruecos y Singapur. Nigeria está actualmente negociando con otros países, algunos de los cuales propusieron un TBI muy anticuado con derechos en la fase de pre-establecimiento y una prohibición de utilizar requisitos de desempeño. La Sra. Okala explicó que la posición de Nigeria fue confirmar que su TBI modelo era beneficioso para los inversionistas responsables y los Estados anfitriones. Los negociadores nigerianos también explicaron a sus socios que el Parlamento nigeriano no iba a poder ratificar nuevos acuerdos basados en TBI anticuados, dada la dirección actual de las políticas del gobierno.

El **Sr. Sarkar** explicó que el Consejo de Ministros (*Union Cabinet*) de India había emitido la orden de rescindir los TBI antiguos de India cuando expirara la duración inicial. Desde entonces, India participa activamente en negociaciones con estos países. El Sr. Sarkar sostuvo que India ha negociado con países desarrollados y en desarrollo utilizando su TBI modelo como texto de base (y no taxativamente). En todos los casos, India ha retenido las disposiciones de agotamiento de recursos internos y la eliminación de demandas insustanciales bajo la ISDS.

En lo relativo a la pregunta sobre qué elementos de alto riesgo deben evitarse a toda costa en los AII, el **Sr. Cosby** y el **Sr. Yu** acordaron en que el TJE es altamente problemático, dado que surge en una vasta mayoría de controversias y puede impactar en gran medida en la flexibilidad regulatoria. El **Sr. Sarkar** señaló que los derechos de NMF y los derechos en la fase de pre-establecimiento, si se incluyen, no deben estar sujetos a la ISDS, y que la definición de inversionista es clave para limitar la posibilidad de múltiples procesos judiciales.

Entrando en la temática de los foros de negociación, el **Sr. Ikiara** señaló que es elevado el riesgo de una “carrera hacia el abismo” cuando los países están compitiendo por IED. Asimismo, se preguntó si sería preferible restringir las negociaciones de inversión a foros





regionales en lugar de bilaterales. La **Sra. Okala** respondió que cada uno tenía sus méritos y desafíos, y que ninguno debería necesariamente reemplazar al otro.

**Durante los debates de la sesión plenaria**, los participantes con experiencia en la revisión de su modelo de TBI y la renegociación o rescisión de TBI se hicieron eco de los comentarios de India y Nigeria. Los participantes compartieron instancias en negociaciones con países desarrollados que buscaban disposiciones que requirieran a un país solicitar permiso a los inversionistas extranjeros para cambiar sus leyes, además de la preparación onerosa de listas positivas o negativas relacionadas con los derechos en la etapa de pre-establecimiento para los países en desarrollo. Los participantes acordaron en que muchos países en desarrollo todavía consideran los TBI como un símbolo de amistad hasta que se ven perjudicados por los casos de ISDS. Un participante destacó que ser el pionero en relación con una reforma de los TBI es un gran desafío. Otros compartieron la experiencia de países desarrollados que se niegan a renegociar e intentan convencer a los países en desarrollo asociados de que todas las IED se irían si se rescindieran sus TBI. En última instancia, los participantes compartieron experiencias positivas de reformas de TBI, aunque señalaron que puede ser difícil resistir la presión internacional. Los participantes hicieron hincapié en la necesidad de enfocarse primero en las leyes nacionales, el espacio de políticas públicas industriales y los objetivos de desarrollo como puntos de partida para satisfacer las necesidades propias del país, dependiendo de su nivel de desarrollo y la importancia de salvaguardar la soberanía y el derecho a regular. De esta manera, los participantes acordaron en que es esencial contar con una voluntad política de alto nivel.

## SESIÓN EN GRUPOS 1: ¿QUÉ ALCANCE DEBEN TENER LAS NEGOCIACIONES DE INVERSIÓN?

La sesión fue facilitada por la **Sra. H. Suzy Nikièma** (Asesora Legal Internacional y Coordinadora Regional [África] para el Programa ELP, IISD). Se invitó a los participantes a debatir en grupos y desarrollar el alcance de las temáticas más esenciales en los futuros tratados de inversión y capítulos sobre inversiones en los tratados de libre comercio (TLC), dependiendo del alcance geográfico considerado (TLC megarregionales, TLC regionales, TBI entre países en desarrollo, TBI entre países con diferentes niveles de desarrollo).

Para tal fin, se los invitó a considerar varios elementos, entre los que se incluyen: las obligaciones sustanciales de liberalización de las inversiones; las obligaciones de protección de inversiones; las obligaciones y responsabilidades de los inversionistas; las obligaciones del Estado de origen; excepciones, exclusiones o exenciones; salvaguardias para el derecho a regular y facilitación de inversiones.

En cuanto a la **liberalización de las inversiones**, los participantes acordaron en que era preferible no otorgar derechos en la etapa de pre-establecimiento en los tratados de inversión,



o incluirlos, sujetos a exclusiones de la ISDS y de los sectores sensibles (utilizando el método de lista positiva).

En cuanto a las **obligaciones de protección de inversiones**, algunos grupos acordaron en incluir disposiciones como el trato nacional, el trato de NMF, el TJE y la transferencia libre de fondos, aunque de manera más circunscrita que en los TBI antiguos. Otros propusieron excluir las disposiciones controvertidas como la de expropiación indirecta y el TJE.

Todos los grupos hicieron hincapié en la necesidad de preservar el **derecho a regular del Estado anfitrión**, y algunos instaron a que se establezcan excepciones y exclusiones específicas (no únicamente una cláusula de excepciones general). Otro punto de convergencia entre los grupos fue la idea de incluir las **obligaciones de los inversionistas**, incluida la RSC.

Algunos grupos propusieron la inclusión de una cláusula de **facilitación de inversiones** con el fin de simplificar los procedimientos administrativos que tienen que cumplir los inversionistas, reducir los costos de operar comercialmente y mejorar la transparencia regulatoria.

Los grupos también respaldaron las **obligaciones del Estado de origen** de compartir información sobre oportunidades de inversión, la **exclusión de temáticas impositivas** del alcance del tratado y las **obligaciones de respetar las leyes nacionales** relativas a los derechos humanos, la protección ambiental y la lucha contra la corrupción.

## SESIÓN 4: ALCANCE SUSTANTIVO Y DESAFÍOS EN LA NEGOCIACIÓN: COMPARTIENDO EXPERIENCIAS

Esta sesión fue moderada por la **Sra. Amira Klai** (Directora de Cooperación Internacional e Inversiones, Ministerio de Desarrollo, Túnez). Se invitó a los panelistas a compartir sus experiencias y desafíos en respuesta a las temáticas abordadas durante la Sesión en Grupos 1: ¿Qué alcance deben tener las negociaciones de inversión?

La **Sra. Erika Ramanarivo** (Directora de Promoción de Colaboraciones Público-Privadas, Ministerio de Finanzas y Presupuesto, Madagascar) compartió su experiencia de hace cinco años en una negociación entre Madagascar y un país desarrollado asociado. El país asociado solicitó derechos en la fase de pre-establecimiento, cuando los TBI de Madagascar incluían únicamente derechos en la fase de post-establecimiento. Destacó que la negociación estaba basada en el modelo del país asociado, ya que Madagascar no contaba con uno, lo que ponía a este último país en una posición de desventaja en la negociación. También observó que el sector de la minería es fundamental para Madagascar, y que actualmente dos países desarrollados desean concluir los TBI anticuados con el país. Madagascar está actualmente



desarrollando un TBI modelo y revisando el código de minería. La Sra. Ramananarivo explicó que el derecho a regular ha sido una problemática clave para Madagascar y ha dado lugar a la ruptura de negociaciones con algunos países.

El **Excmo. Davaasuren Damdinsuren** (Mongolia) ofreció una descripción general de los acuerdos de inversión y de comercio actuales de su país. Explicó que los tratados terminados no proporcionaron los beneficios esperados para Mongolia. En cambio, impusieron grandes riesgos e impactos financieros en la capacidad del país para lograr un desarrollo sostenible. El Excmo. Damdinsuren destacó que Mongolia ha creado un grupo de trabajo para reformar de manera general el régimen de inversiones, elaborar un bosquejo de un nuevo TBI modelo y desarrollar las capacidades de su personal técnico con el apoyo del IISD y la UNCTAD. Mongolia también está considerando la enmienda, la terminación y la renegociación como opciones posibles para la reforma de sus tratados antiguos. El Excmo. Damdinsuren explicó que Mongolia está considerando las problemáticas de las obligaciones del inversionista y de cómo adaptar sus TBI a la situación local. También ha establecido un consejo que colabora en resolver las reclamaciones de inversionistas antes de que se transformen en controversias. Concluyó destacando que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) convierten las políticas de inversión en un mayor desafío que nunca antes para los países en desarrollo, y que se necesitan IED para la mitigación del cambio climático y para los sectores de la salud, educación, energía, infraestructura y producción.

El **Sr. Samuel Trujillo** (Abogado, Directorio de Inversiones y Servicios Extranjeros, Ministerio de Comercio, Colombia) destacó que Colombia está actualmente renegociando un TBI con España y, como miembro de la Alianza del Pacífico, está negociando tratados con Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur. Explicó que el enfoque de Colombia ante la liberalización es no incluir temas de comercio en los TBI, sino negociar capítulos sobre inversiones en los TLC. El Sr. Trujillo destacó que Colombia ha intentado utilizar TBI como vías para TLC con dos países sin tener éxito. En otras situaciones, un TLC podría no ser lo más deseable desde una perspectiva de políticas de comercio, mientras que un TBI sería preferible. En cuanto a la relación entre las inversiones y el comercio en los TLC, explicó que, debido a una jerarquía estrictamente legal, el comercio prevalece por sobre las inversiones (por ejemplo, los capítulos sobre inversiones en los tratados establecen que, si existen inconsistencias, prevalecerán las disposiciones comerciales), aunque la realidad es más compleja. El Sr. Trujillo afirmó que la integración de los objetivos comerciales en los instrumentos de inversión no necesariamente significa expandir el alcance de los tratados de inversión sino, por el contrario, refinarlo. Como ejemplo, después de presentar una tipología básica de las inversiones (IED en recursos naturales, IED en mercados de consumidores e IED dirigida hacia la eficacia y el establecimiento de cadenas de valor a nivel mundial), el Sr. Trujillo explicó que, desde una perspectiva de políticas comerciales, estas últimas son las más buscadas por los países en desarrollo. Esto explica la preferencia que tienen algunos países como India o Brasil de una definición de inversión con base en el emprendimiento, que representa, en esencia, una reducción del alcance de los acuerdos de inversión inspirados en



objetivos de comercio legítimos. El Sr. Trujillo consideró que el trato de NMF, particularmente la aplicación inadecuada que hacen de este estándar muchos tribunales, es otra barrera para incluir normativas relacionadas con el comercio en los TBI. Como ejemplo de un área donde los acuerdos de inversión han incluido disposiciones tradicionalmente comerciales, el Sr. Trujillo mencionó un compromiso frecuente con TBI más nuevos que establezcan que la inversión no debe promoverse mediante la reducción de estándares ambientales y laborales. Aunque en los tratados de comercio este compromiso responde más a los principios de un mercado libre que a una preocupación genuina por los estándares ambientales o laborales (es decir, evitar la competitividad artificial de los países en desarrollo debido a costos ambientales y laborales más bajos), en los instrumentos de inversión tiene una mayor profundidad debido a su relación con el derecho a regular y la protección de los objetivos legítimos de espacio de política pública. Por ejemplo, destacó también que existen propuestas, entre las que se incluye el nuevo TBI modelo de Colombia, que buscan expandir la cláusula de denegación de beneficios con el fin de tener en cuenta el comportamiento del inversionista, más allá de los elementos tradicionales de control y las actividades comerciales sustanciales, que, en el caso del nuevo TBI modelo de Colombia, implica los daños ambientales y los quebrantamientos de leyes laborales como temáticas que limitan el acceso de los inversionistas a la ISDS.

A fin de impulsar el debate en la sesión plenaria, la **Sra. Klaï** cuestionó la necesidad de un modelo y la viabilidad de utilizarlo durante una negociación real.

Los participantes destacaron que, a diferencia del área de comercio, no existe una “Organización Mundial de Inversiones” y que, por lo tanto, se necesita un modelo como guía para los países en desarrollo. De lo contrario, se quedarían con el modelo de los países desarrollados, que no los beneficiaría. Un modelo puede ayudar a determinar y disciplinar la política del gobierno, de modo que no sea determinado por diferentes negociadores según cada caso en particular. Los participantes también destacaron que los acuerdos continentales o regionales (como el PAIC y el TBI modelo de la SADC) pueden servir de guía a los países sin modelos. Reaccionando a los comentarios de los participantes, la **Sra. Ramanarivo** acordó en la importancia de un modelo para proporcionar un “ancla legal” que guíe a los negociadores en cuanto a qué incluir o excluir de las negociaciones. Por este motivo, el proyecto actual de reforma de Madagascar incluye el desarrollo de un modelo y una estrategia de negociación. Propuso que la estrategia de negociación también debe diferir dependiendo de si se trata de una negociación Norte-Norte o Sur-Sur. El **Sr. Trujillo** proporcionó un ejemplo de los beneficios de un modelo en lo respectivo a la disposición de transferencias de fondos. Sostuvo que el alcance de la exclusión prudencial debe ser una disposición estándar a modo de límite de tolerancia controlada por el banco central, una autoridad supervisora y el ministerio de finanzas del país, y que no debe ser negociable. Continuó con la explicación de que un TBI modelo no debe limitar la flexibilidad si se utiliza correctamente, porque el equipo debe saber qué aspectos del modelo establecen el límite de tolerancia, como en el ejemplo propuesto, y cuáles son más flexibles.



La **Sra. Klai** cerró la sesión aclarando que Túnez también ha desarrollado un TBI modelo, y se mostró de acuerdo en lo relativo a la utilidad de un modelo, según la experiencia relatada por los panelistas y los participantes.

## Día 2: Jueves, 8 de febrero de 2018

### SESIÓN 5: PROFUNDIZANDO EN LA AMPLITUD DE LOS ACUERDOS: EL COMERCIO EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN Y LA INVERSIÓN EN LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN COMERCIAL Y ECONÓMICA

La **Sra. H. Suzy Nikièma** (IISD) moderó la sesión, que se enfocó en el creciente desarrollo de las negociaciones de disposiciones de comercio en los acuerdos de inversión y de las disposiciones de inversión en los acuerdos más amplios de asociación comercial y económica.

La moderadora invitó al **Sr. Jonathan Bonnittha** (Catedrático en Derecho, Universidad de Nueva Gales del Sur, y Asociado, Programa ELP, IISD) a compartir los hallazgos más importantes descritos en el reciente libro publicado bajo su coautoría (“La Economía Política del Régimen de Tratados de Inversión”) y su estudio del IISD recientemente publicado (“Evaluación de los Impactos de los Tratados de Inversión: Descripción general de las evidencias”). El Sr. Bonnittha dijo que más de 50 estudios investigan el impacto de los TBI en los flujos de IED. Si bien los resultados son altamente sensibles a la metodología utilizada, la mayoría de los estudios indican que los TBI no tienen impacto alguno en las IED o que, en caso de tenerlos, son mínimos. Destacó que suele resultar muy difícil aislar los impactos de los TBI de los impactos de reformas económicas y políticas más amplias. El Sr. Bonnittha cuestionó la idea de que el vínculo TBI-IED sea la pregunta correcta para hacer, dado que es una medida de la cantidad y no de la calidad de la inversión. Propuso que los TBI fomentan la forma más riesgosa de IED porque actúan como una forma de póliza de seguro. Los TBI tienen mayor probabilidad de atraer IED sensibles a cambios regulatorios, porque la inversión tiene un alto impacto en, por ejemplo, las comunidades y el medio ambiente locales y, por este motivo, los TBI pueden cambiar la *estructura* de las IED existentes en lugar de atraer nuevas inversiones. El Sr. Bonnittha recordó que, en relación con el impacto del enfriamiento regulatorio, algunos sostienen que los TBI mejoran la toma de decisiones del gobierno (a fin de cumplir con sus compromisos en los TBI). Si bien las evidencias demuestran que los TBI no tienen efectos amplios o regulares en la toma de decisiones de los gobiernos, existen importantes impactos aislados. Instó a los participantes a compartir sus experiencias sobre la influencia que tienen los TBI en los procesos gubernamentales. El Sr. Bonnittha destacó otros dos impactos clave de los TBI: el cambio en el poder de negociación entre los gobiernos y los





## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

inversionistas, y los costos de sistema que implican (dinero y horas dedicadas a la negociación, la atención a los arbitrajes, etc.). Los gobiernos de países en desarrollo con capacidades y recursos limitados deben considerar el costo de oportunidad de los TBI.

Antes de responder a la pregunta del moderador sobre la procedencia y el motivo de la exigencia de que la OMC aborde las problemáticas sustanciales de las inversiones, el **Profesor Makane Moïse Mbengue** (Profesor Adjunto de Derecho Internacional. Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra) contextualizó el debate sobre el vínculo entre inversión y el sistema de comercio multilateral. Destacó que esta relación no es nueva, recordando la Carta de La Habana para la Organización Internacional de Comercio de 1947 (nunca ratificada), que incluyó reglas de inversión, y el consenso logrado en 2004 después de la Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún para no expandir las inversiones más allá del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Hizo hincapié en que lo que *sí es* nuevo es la pregunta sobre si deben existir reglas multilaterales y vinculantes en las inversiones a nivel de la OMC. En cuanto *al motivo*, el Profesor Mbengue resaltó dos avances recientes que podrían tener alguna influencia. En primer lugar, la División de Comercio de Servicios de la Secretaría de la OMC cambió de nombre a División de Comercio de Servicios e *Inversiones*, lo que indica la intención de la Secretaría de abarcar las temáticas relativas a inversiones. Además, desde 2017, un nuevo grupo de países llamado Amigos de la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo (FIFD, por sus siglas en inglés) ha presionado para que las negociaciones de inversiones se realicen en la OMC. Los miembros del FIFD son, en su mayoría, países en desarrollo y PMD, que únicamente desean negociar en la OMC la facilitación de inversiones transfronterizas, no la protección de las inversiones ni la ISDS. Creen que es mejor un enfoque multilateral porque reduciría la incertidumbre regulatoria proporcionando reglas claras y coherentes, y mejoraría la estabilidad anclando las políticas y las reglas locales a los compromisos internacionales.

El **Profesor Mbengue** identificó tres riesgos que enfrentan los países en desarrollo si negocian la facilitación de inversiones en la OMC. En primer lugar, un “riesgo sociológico”: los negociadores comerciales no necesariamente conocen las problemáticas de la inversión y viceversa. El Profesor Mbengue aconsejó a los países que deseen involucrarse en estas negociaciones que garanticen que sus negociadores comerciales se coordinen con sus negociadores de inversiones. En segundo lugar, se impondrán más medidas normativas y presiones a los países en desarrollo, y los compromisos de la facilitación de inversiones podrían conducir a una nueva generación de derechos para los inversionistas, en la forma de un “derecho” a la facilitación de inversiones. En tercer lugar, si la facilitación de inversiones se somete al mecanismo de solución de controversias de la OMC, los países podrían verse sujetos a un foro adicional para controversias de inversiones.

Cuando se la instó a explicar la diferencia entre la solución de controversias de la OMC y la ISDS, la **Sra. Opeyemi Temitope Abebe** (Secretaría del Commonwealth) destacó que en la



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

OMC se trata únicamente la solución de controversias entre Estados, mientras que la ISDS incluye a inversionistas y Estados. Hizo hincapié en que los intereses de los Estados y los intereses de los inversionistas son muy diferentes. Además, los recursos disponibles en la OMC y en la ISDS son muy diferentes: en la OMC, los demandantes se limitan a tratar de lograr una revocación de la medida puesta en entredicho, o una represalia o un retiro de beneficios, mientras que en la ISDS los inversionistas pueden reclamar recompensas monetarias. La Sra. Abebe destacó que esto tiene implicancias muy diferentes para el Estado, por ejemplo, cuando el 60% del presupuesto anual de salud de un país se otorga a un inversionista mediante la ISDS. También resaltó la diferencia entre los dos sistemas en lo referente al derecho de apelar, que es muy limitado en la ISDS, mientras que en la OMC existe un órgano de apelación específico. De manera notable, la estructura de los dos sistemas también es muy diferente. En la OMC, la junta de solución de controversias cuenta con un grupo de árbitros pagados por el sistema de la OMC, mientras que en la ISDS los árbitros pueden seleccionarse de donde sea, y las partes pagan a sus propios árbitros; por lo tanto, por definición, estos últimos no pueden ser neutrales. La Sra. Abebe compartió su punto de vista de que abrir la puerta a las conversaciones sobre la facilitación de inversiones en la OMC es muy riesgoso para los países en desarrollo, porque la agenda podría expandirse rápidamente más allá de esa temática en particular e incluir la liberalización y la protección.

Luego, solicitaron a la **Sra. Abebe** explicar el impacto, en términos del mecanismo de solución de controversias, de las disposiciones de los TBI referidas a los compromisos de las partes con la OMC en cuanto a las inversiones. Consideró que un inversionista bien podría utilizar la ISDS para impugnar a un país que no cumple con sus compromisos del Acuerdo sobre las MIC de la OMC, dando libertad a los árbitros para interpretar las reglas de la OMC. Dada la manera en que los árbitros han interpretado los TBI, la Sra. Abebe expresó su preocupación de que se ampliaría enormemente el alcance de los compromisos en comparación con la intención original. Destacó que las disposiciones de requisitos de desempeño en el reciente acuerdo económico regional entre las naciones de Australia, Nueva Zelanda y las Islas del Pacífico incorporan los compromisos del Acuerdo sobre las MIC y que, aunque en esta instancia no hay ninguna posibilidad de recurrir a la ISDS por estas disposiciones, es posible que otros tratados den lugar a dicho recurso.

El **Sr. Martin Kohout** (UNECA) presentó los hallazgos de un próximo estudio de la UNECA sobre la relación entre los TBI y los Tratados de Doble Imposición (TDI). Comenzó por explicar que los TDI eliminan o minimizan las instancias de doble imposición, mediante las que se pagan impuestos tanto en la economía anfitriona como en la del país de origen por las mismas ganancias. Como los TBI, contienen disposiciones de no discriminación y usualmente un procedimiento de acuerdo mutuo entre las autoridades fiscales para la solución de controversias. El Sr. Kohout destacó algunos de los riesgos asociados a los TDI que difieren de los asociados con los TBI, señalando que pueden facilitar la evasión fiscal y restringir los derechos de tributación de un gobierno, frecuentemente permitiendo una reducción o abolición de la tributación, pero sin imponer nuevas formas de tributación que no estén



contempladas en la legislación nacional. El Sr. Kohout pasó a describir algunas de las maneras en que los TBI y los TDI pueden interactuar negativamente, superponerse y contradecirse. Destacó en particular el caso de las definiciones de inversionista e inversión, NMF, TJE y expropiación. En lo concerniente al procedimiento de acuerdo mutuo y la ISDS, resaltó que los inversionistas pueden utilizar ambos procedimientos al mismo tiempo, lo que, a su vez, podría generar conclusiones diferentes o incoherentes. En conclusión, el Sr. Kohout destacó las recomendaciones del informe de la UNECA de que los países en desarrollo deben articular claramente su política nacional de inversiones y luego revisar todos los TDI y los TBI a través de dicha política. Deben alinear a las agencias responsables de los TBI y los TDI, focalizarse en una mayor integración regional, construir instituciones locales más sólidas y ser más activos en los debates a nivel mundial.

**Durante los debates de la sesión plenaria**, los participantes formularon preguntas a los panelistas. Ante la consulta de cómo la política nacional de inversiones podría ayudar en los casos de superposición e interacción entre los TDI y los TBI, el **Sr. Kohout** respondió que la política de inversiones —de la cual los TDI y los TBI deben formar parte— debe derivarse de un plan nacional de desarrollo. Esta política debe determinar cómo se relacionan los TBI y TDI y podría considerar, por ejemplo, la eliminación total de la tributación de los TBI o la creación de una jerarquía en el caso de inconsistencias.

Sobre la temática del tratamiento de la facilitación de inversiones en la OMC, los participantes destacaron que el alcance de dicha facilitación no está definido claramente y, por lo tanto, quisieron saber cómo pueden los países considerar asumir obligaciones de facilitación de inversiones. Se destacó que la declaración conjunta emitida en la conferencia ministerial de la OMC en 2017 en Buenos Aires no es una declaración ministerial, y que no existe la base legal para tratar la facilitación de inversiones en la OMC. Como respuesta a este punto, el **Profesor Mbengue** explicó que muchas decisiones a nivel de la OMC se basan en la práctica y no en el derecho, de modo que esta problemática no es definitiva. Consideró que el debate no debe tratarse de la base legal sino, en cambio, acerca de si existe consenso sobre la temática de debatir la facilitación de inversiones en la OMC. Los participantes expresaron su preocupación de que la temática de la facilitación de inversiones, si bien es importante, no es inofensiva, destacando el hecho de que temáticas como la predictibilidad, la publicación oportuna y la transparencia han sido objeto de controversias en la OMC. Se expresó la preocupación de que la facilitación de inversiones podría ser una vía de apertura a obligaciones más horizontales que involucren el derecho a regular. El **Profesor Mbengue** acordó en que se debe clarificar la definición de facilitación de inversiones y en que los países en desarrollo deben insistir en que la facilitación se aplique únicamente para atraer inversiones responsables y contribuir con el desarrollo sostenible. Luego, alentó a los países que se oponen al tratamiento de la facilitación de inversiones en la OMC a que expusieran sus argumentos y preocupaciones al respecto. La **Sra. Abebe** recordó que los países pueden facilitar inversiones mediante leyes locales.



Se pidió al **Sr. Bonnitcha** clarificar su punto de que los TBI alientan formas más riesgosas de inversión y compartir qué evidencias empíricas existían al respecto. Explicó que esta pregunta resulta difícil de responder debido a problemas de datos pero que, en general, los TBI parecen ser más relevantes para las IED en sectores como la minería, e irrelevantes para la manufactura de alta tecnología y las cadenas de valor a nivel mundial. Luego, se le solicitó que compartiera su opinión sobre el futuro de los TBI, dada la falta de evidencias a favor de que incrementen las IED. El Sr. Bonnitcha respondió que los TBI son apenas *una* parte del marco de gobernanza de inversiones y no especialmente la más importante. Predijo un cambio hacia leyes y políticas de inversiones a nivel nacional, con la posibilidad de que el alcance de los TBI se limite significativamente a temáticas como la expropiación directa o se equilibren más e incluyan las obligaciones de los inversionistas.

## SESIÓN EN GRUPOS 2: ¿CUÁL ES LA AMPLITUD ÓPTIMA DE LAS NEGOCIACIONES PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y POR QUÉ?

La sesión fue facilitada por el **Sr. Martin Dietrich Brauch** (Asociado y Asesor en Derecho Internacional, Programa ELP, IISD). Se invitó a los participantes a debatir en pequeños grupos y diseñar la opción óptima para negociar los tratados de inversión y de comercio. Se les solicitó considerar tres escenarios: (1) la negociación de temas de inversión únicamente en tratados de libre comercio; (2) la negociación de temas de inversión únicamente en tratados de inversión, y en tratados de libre comercio por separado; (3) la negociación únicamente como grupo regional con otro Estado, en el contexto de una organización de integración regional.

En cuanto al **Escenario 1** (inversiones únicamente en TLC), los participantes identificaron las siguientes **ventajas**: un enfoque más integrado entre las temáticas de comercio e inversión, evitando tratados que se superpongan; una asignación eficiente de recursos humanos y financieros en las negociaciones y más posibilidades de acuerdo en arbitrajes entre Estados únicamente (no en la ISDS), como es lo común en tratados de comercio. También identificaron **riesgos**: los temas de inversión podrían diluirse en temáticas comerciales; es más probable que se liberalicen las inversiones dada la expansión de la liberalización comercial; es posible que las inversiones sean negociadas por expertos en comercio sin los conocimientos especializados relevantes; se pueden aprovechar las inversiones para obtener concesiones comerciales, en detrimento del espacio de política pública; podría haber un excedente de estándares comunes al comercio y a las inversiones, como la cláusula de NMF, que daría lugar a incoherencias y dificultades de interpretación; y la enmienda o rescisión de capítulos sobre inversiones es un desafío mayor en el contexto de un tratado más amplio.

En cuanto al **Escenario 2** (inversiones únicamente mediante TBI), se identificaron las siguientes **ventajas**: las negociaciones son más sencillas y rápidas con expertos especializados, lo que implica ahorro de tiempo y costos; el alcance del tratado puede definirse



mejor; las obligaciones sustantivas pueden considerarse individualmente y elaborarse con detenimiento en el contexto exclusivo de las inversiones; se puede lograr mejor el equilibrio entre las obligaciones del inversionista y el gobierno; y se pueden evitar las contenciosas temáticas ideológicas relacionadas al comercio y las inversiones. Entre los **riesgos** relacionados con esta opción se incluyen la superposición e incoherencia entre los TBI y los TLC de un país y la multiplicación de varios mecanismos de solución de controversias, lo que conduciría a una mayor exposición de los Estados anfitriones a controversias de inversiones.

En relación con el **Escenario 3** (únicamente enfoque regional), los participantes identificaron las siguientes ventajas: la negociación colectiva reduce la presión política sobre países individuales; más recursos técnicos en las negociaciones; un interés y entendimiento en común de los estándares a nivel regional; la posibilidad de abordar necesidades regionales; y la oportunidad de fortalecer el proceso de integración regional. En cuanto a los **riesgos**, los participantes mencionaron: la falta de consenso a nivel regional; no lograr integrar los contextos y las realidades específicas de las naciones; la tentación de acordar según el menor denominador común; y la extensión del proceso de negociación.

## SESIÓN 6: LA AMPLITUD DE LAS NEGOCIACIONES: COMPARTIENDO EXPERIENCIAS

La moderadora de esta sesión fue la **Sra. Aminata Traoré** (Secretaria Permanente, Consejo de Alto Nivel del Sector Privado, Ministerio de Promoción de Inversiones y el Sector Privado, Mali). Se invitó a los panelistas a compartir sus experiencias y desafíos en respuesta a las temáticas abordadas durante la Sesión en Grupos 2: ¿cuál es la amplitud óptima de las negociaciones para los países en desarrollo y por qué? Los panelistas comenzaron con una descripción general de sus políticas de negociación para los TBI y TLC.

El **Sr. Parvez Rifat** (Director General, Junta de Inversiones, Pakistán) explicó que desde 2003, la política de Pakistán ha sido no entrar en negociaciones de TBI. La política de inversiones pakistaní requiere que se elabore un TBI modelo para ser puesto en consideración de los diversos actores interesados. Una vez que se concluye este paso, es posible recomenzar las negociaciones.

El **Sr. Ariel Martins** (Jefe de la Unidad de Negociación de Tratados de Inversión, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Argentina) comentó que actualmente Argentina se encuentra negociando nuevos TBI en nuevos contextos, incluyendo nuevos capítulos sobre inversiones en los TLC y los tratados comerciales. Por ejemplo, con Chile y México, Argentina aprovechó la oportunidad de elaborar capítulos sobre inversiones para sustituir sus TBI de la década de 1990. Destacó que el MERCOSUR también está negociando TLC con la Unión Europea y la





Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés) pero que estas partes no estuvieron de acuerdo en utilizar este proceso para renegociar los TBI antiguos.

El **Sr. Djamel Abdelli** (Director Adjunto, Directorio General del Departamento de Relaciones Económicas y Financieras Extranjeras, Ministerio de Finanzas de Argelia) sostuvo que en este momento Argelia está negociando únicamente TBI y que no negocia capítulos sobre inversiones en los TLC. Señaló que Argelia tiene 42 TBI ratificados, incluidos muchos tratados de primera generación firmados en la década de 1990. Aproximadamente en 2005 se iniciaron diversas controversias contra Argelia. Esto llevó a una revisión de la estrategia para los tratados de inversión. Desde 2009, se ha firmado solo un acuerdo, con un país en el mismo nivel de desarrollo que Argelia. Sin embargo, el Sr. Abdelli destacó que algunos países desarrollados están solicitando con insistencia que Argelia firme TBI.

Luego, se invitó a los panelistas a compartir las experiencias que sus países han tenido en la negociación de TLC o acuerdos de asociación económica (AAE), incluyendo capítulos sobre inversiones y los desafíos de dichas negociaciones.

El **Sr. Martins** consideró que los desafíos dependen de si las negociaciones son con un país desarrollado o en desarrollo. Señaló que Argentina ha recibido propuestas para una nueva generación de TBI con algunos elementos positivos (por ejemplo, obligaciones para el inversionista) y algunos otros elementos más controvertidos (por ejemplo, la liberalización de las inversiones y las prohibiciones de los requisitos de desempeño).

El **Sr. Rifat** compartió información sobre los TLC de Pakistán con capítulos sobre inversiones. Señaló que no fue un desafío incluir las inversiones en estos TLC porque Pakistán ya tenía TBI con esos países. Pakistán está negociando actualmente TLC con dos países. Uno de ellos desea incluir un capítulo sobre inversiones, pero Pakistán no puede acceder a ello hasta que se revise el TBI modelo. El Sr. Rifat destacó que Pakistán tiene actualmente políticas de inversión y de comercio diferentes pero que está trabajando en una política integrada y tiene la intención de rescindir los TLC con los países con los que ya tiene TBI.

El **Sr. Djamel** señaló que Argelia ha firmado y ratificado un TLC con la Unión Europea que no incluye un capítulo sobre inversiones. Si lo tuviera, sería una oportunidad para lidiar con la multiplicidad e inconsistencia de los TBI firmados con Estados miembros de la Unión Europea.

En cuanto a cómo garantizar consistencia entre las obligaciones de los TBI y los TLC con el mismo país, el **Sr. Martins** dijo que, en el caso de Argentina, los antiguos TBI fueron reemplazados por nuevos capítulos sobre inversiones en los TLC con Chile y México, de modo que no hubiera riesgo de conflictos. En cuanto a las negociaciones MERCOSUR–Unión Europea, no existen problemas de coherencia o consistencia porque permanecerán en vigencia los antiguos TBI, y el capítulo sobre inversiones en el nuevo TLC será muy limitado.



Se preguntó a los panelistas si sus países habían negociado sobre otras temáticas al mismo tiempo que sobre las inversiones, como por ejemplo la contratación pública y de servicios. El **Sr. Abdelli** destacó que Argelia se esfuerza por excluir los contratos de compras públicas de los TBI, porque dichos contratos no se consideran inversión en la legislación del país, y porque el país se ha visto expuesto a casos de arbitraje de inversiones basados en TBI de primera generación que incluían la contratación pública en la definición de inversión. El **Sr. Martins** acordó en que la coherencia entre los capítulos sobre inversiones y los servicios podría ser una problemática, y que el enfoque de Argentina ha sido separar el acceso al mercado de servicios de la protección brindada a las inversiones del “modo 3” (presencia comercial), de modo que cada parte esté regida por sus respectivos capítulos. Destacó que se ha solicitado a Argentina que otorgue a los inversionistas una protección mayor que la establecida por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, por sus siglas en inglés) de la OMC, pero que Argentina no podía acceder a esto porque el capítulo sobre inversiones no podía otorgar una protección mayor que lo contemplado a nivel de la OMC, especialmente al incluir la ISDS. También destacó la importancia de contemplar excepciones generales y de garantizar la coherencia de las disposiciones procesales, como las que atañen a la conducta y la imparcialidad de los árbitros.

**Durante los debates de la sesión plenaria**, los participantes destacaron que, sobre la temática de mantener coherencia entre las disposiciones de inversión y de servicios en los TLC, es importante que el acuerdo establezca una jerarquía de interpretación en caso de conflictos. Los participantes debatieron sobre la relación entre comercio e inversiones, destacando que se deberían abordar de manera independiente porque tienen distintos impactos en el desarrollo. También señalaron que no existe una práctica clara que refleje si las inversiones y el comercio deben negociarse juntos o por separado. El **Sr. Martins** respondió a este punto, acordando que existe de hecho una superposición y confusión sobre lo que es comercio y lo que es inversión. Argumentó que cuando se define la inversión como un emprendimiento, el alcance del TBI no llega al territorio del comercio. También señaló que incluir o no compromisos de liberalización es una decisión de cada Estado y que los países en desarrollo deben considerar cuidadosamente la relación costo-beneficio. Consideró que los derechos en la fase de pre-establecimiento solo deben otorgarse a cambio de acceso al mercado de bienes o alguna otra consideración de valor.

## SESIÓN 7: PROFUNDIZANDO EN EL CASO ESPECIAL DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: DISEÑOS LOCALES, REGIONALES Y MULTILATERALES

En esta sesión se debatió sobre los actuales avances en torno a los mecanismos de solución de controversias entre inversionista y Estado. El moderador fue el **Sr. Daniel Uribe** (Investigador Invitado, Programa de Gobernanza Mundial para el Desarrollo, Centro del Sur).



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

Invitó a los panelistas a compartir sus opiniones sobre las diferentes opciones de reforma de la ISDS a nivel nacional, regional y mundial.

La **Sra. Nathalie Bernasconi** (IISD) comenzó por brindar una descripción general y una actualización acerca de los debates sobre la reforma de la ISDS a nivel mundial, destacando que existe un amplio consenso sobre la necesidad de la reforma. Señaló que la ISDS: (1) contribuye a la pérdida de espacio de política pública; (2) elude los sistemas judiciales locales; (3) otorga derechos a un solo grupo de actores (los inversionistas extranjeros); (4) otorga mayores derechos a los inversionistas extranjeros que a los inversionistas locales; y (5) se la percibe como confusa, impredecible y carente de independencia. Como respuesta a ello, los países han tomado varias medidas, como las siguientes: (1) regresar a mecanismos locales de solución de controversias (Sudáfrica); (2) permitir únicamente la solución de controversias entre Estados (Brasil); (3) requerir consentimiento específico para someterse a la ISDS; (4) incluir la ISDS solo después de agotar los recursos internos (India); (5) introducir un Sistema de Tribunal de Inversiones específicamente para tratados (Unión Europea). Luego, la Sra. Bernasconi se focalizó en el tribunal multilateral para controversias entre inversionistas y Estados propuesto por la Unión Europea, destacando que no es una reforma integral ya que combina elementos nuevos y antiguos. El tribunal propuesto incluiría una lista de árbitros (en lugar de árbitros designados por las partes), un proceso de revisión de apelación y determinados estándares éticos, particularmente relacionados con el *double-hatting*. Sin embargo, enfatizó que todavía sería un mecanismo de ISDS en el que solo los inversionistas extranjeros podrían iniciar demandas y sin el requisito de agotar los recursos internos. En relación con el proceso actual de la CNUDMI para la reforma de la ISDS, recordó que la misión del grupo de trabajo de dicha comisión es identificar las inquietudes sobre la ISDS, considerar si la reforma es deseable y, en caso afirmativo, elaborar soluciones recomendadas. Para que estas reglas sean generadoras de cambio, los países en desarrollo tendrán que comprometerse activamente en los debates, intentar influir en el proceso de la CNUDMI y proponer nuevas opciones.

El **Sr. Luis Guillermo Vélez** (Director General, Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, Colombia) acordó con las críticas a la ISDS y compartió su opinión de que dicho mecanismo no cuenta con los elementos fundamentales para un sistema justo de resolución judicial: no es ni justo, ni rápido ni predecible. Explicó que el error original de la ISDS fue adoptar el modelo de arbitraje comercial internacional, con abogados comerciales como árbitros. De este modo, los Estados otorgaron a los árbitros comerciales la responsabilidad de trabajar con herramientas poco familiares (tratados y norma consuetudinaria internacional, a diferencia de los contratos detallados con los que estaban acostumbrados a trabajar), y sobre una base filosófica también poco familiar (objetivos de interés público más amplios, a diferencia de la maximización de ganancias para partes privadas en controversias). Haciendo hincapié en la problemática de los conflictos de intereses, el Sr. Vélez afirmó que, entre 1972 y 2011, 37 árbitros de inversiones de cuatro ciudades atendieron el 50 % de los casos conocidos y todos cumplen “cuatro mandatos” (“*quadruple-hatters*”) (árbitro, asesor de una de las



partes en controversia, asesor de un tercero financiador y experto). También tocó la temática de la falta de predictibilidad y de reglas para prevenir demandas insustanciales. Finalmente, el Sr. Vélez acordó en que la reforma multilateral es necesaria pero lenta, y que los países en desarrollo ya están enfrentando las consecuencias negativas de la ISDS. Por lo tanto, instó a generar pequeños cambios a corto plazo que puedan tener resultados importantes secundarios.

**El Sr. Mustaqeem De Gama** (Consejero, Departamento de Comercio e Industria, Misión Permanente de Sudáfrica en Ginebra, Sudáfrica) acordó en que el modelo de arbitraje comercial resulta inadecuadamente riesgoso para las relaciones estatales. Explicó que Sudáfrica decidió utilizar leyes locales como la principal legislación aplicable para cualquier relación, recordando que la práctica de los Estados es una fuente principal en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Criticó el hecho de que se hayan priorizado fuentes secundarias de derecho internacional, incluidas las doctrinas de los publicistas y las decisiones de tribunales. En cuanto a la lógica de Sudáfrica para presentar los casos de controversias de inversión internacional a jueces locales, explicó las ventajas de los recursos legales locales y su secuenciación, en comparación con la compensación como principal recurso internacional de arbitraje. Sudáfrica rescindió muchos de sus TBI en 2010, lo que permitió, según explicó el Sr. De Gama, que el país comenzara a abordar sus obligaciones jurídicas internacionales y promulgara legislación local en su lugar. La Ley de Inversiones ahora impide el consentimiento al arbitraje internacional, lo que convierte en fundamental el empoderamiento de los tribunales sudafricanos y la implementación de un sistema de prevención de controversias. La ley otorga a las autoridades y al inversionista una oportunidad de resolver las controversias amistosamente y permite el arbitraje entre Estados bajo ciertas condiciones. En conclusión, el Sr. De Gama compartió su idea de que el foco en los recursos locales, las intervenciones dirigidas, la política de comercio y la política industrial contribuyeron a que Sudáfrica se alejara del sistema de tratados de inversión y restringiera los casos de ISDS.

**El Sr. Joel Yaméogo** (Jefe de la División de Industria, Comisión de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental [UEMOA, por sus siglas en inglés]) explicó que la UEMOA está negociando actualmente un código regional de inversiones y está lidiando con las problemáticas de incentivos de inversiones y el estatus legal del código. Destacó que estas dificultades surgen de los niveles de desarrollo económico, la geografía (zonas costeras en oposición a zonas sin salida al mar) y los idiomas diferentes de los Estados miembros de la UEMOA. En lo relativo a la solución de controversias, el bosquejo del código se refiere a la Corte de Justicia de la UEMOA, dado que la regulación regional sustituye la legislación nacional. Aunque se incluye el arbitraje internacional, no es la opción preferida, agregó.

**Como apertura del debate de la sesión plenaria**, el Sr. Uribe indagó sobre las oportunidades y los desafíos que presenta el proceso de la CNUDMI para las economías emergentes y en desarrollo. Si bien varios participantes acordaron con las críticas de la ISDS,



otros destacaron el desafío que implica seguir el modelo sudafricano en los países en desarrollo, donde el sistema judicial no siempre es independiente, y agregaron que se necesitan recursos y esfuerzos para mejorar los tribunales locales. El **Sr. Vélez** y el **Sr. De Gama** señalaron que la ISDS es un problema incluso para los países desarrollados, donde se supone que el sistema judicial es independiente y eficiente. Los participantes también compartieron la perspectiva de que el arbitraje internacional debe ser el último recurso, después de las instancias de los tribunales locales y regionales. El **Sr. Yaméogo** expresó su opinión de que los países pueden empezar por reducir los riesgos de la ISDS, sin necesariamente tener que apartarse de ella.

Volviendo al proceso en la CNUDMI, la **Sra. Bernasconi** enfatizó que debe abordar los riesgos inmediatos de controversias en el corto plazo y también repensar la solución de controversias de inversiones de manera más amplia a largo plazo. Un nuevo mecanismo de solución de controversias de inversiones debe considerar todos los intereses, incluidos los de las comunidades locales y los de otras partes interesadas afectadas, y superar el concepto contencioso de la solución de controversias, como el de la ISDS. En cambio, debe garantizar el acceso a soluciones para un grupo más amplio de actores interesados y dar lugar a más procesos orientados a la solución. También sobre el proceso en la CNUDMI, el **Sr. Vélez** compartió un mapa con los países que defienden el *statu quo* con reformas limitadas a nivel bilateral (Chile, China, Estados Unidos, Japón, México y Rusia), los países que presionan para establecer un tribunal multilateral de inversiones (Australia, Canadá y la Unión Europea) y un tercer grupo de países en desarrollo que desean abordar rápidamente los problemas más prominentes del sistema (Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Egipto, India, Pakistán y Sudáfrica). Alentó a los países en desarrollo representados en el Foro que son miembros de la CNUDMI a prepararse y participar en la próxima sesión de abril, y los invitó a sumarse al último grupo.

## SESIÓN EN GRUPOS 3: ¿CUÁL ES EL ROL APROPIADO DE LAS DIFERENTES OPCIONES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

La sesión fue facilitada por el **Sr. Joe Zhang** (Asesor en Derecho, Programa ELP, IISD). En primer lugar, los participantes debatieron en pequeños grupos las ventajas y desventajas, desde la perspectiva de un gobierno, de tres mecanismos de solución de controversias internacionales: arbitraje entre inversionista y Estado, solución de controversias mediante un tribunal entre inversionista y Estado, y solución de controversias entre Estados. Luego, se solicitó a los participantes diseñar un mecanismo más amplio de solución de controversias de inversiones. Entre las problemáticas y las opciones consideradas se encuentran las siguientes: jueces versus árbitros; resolución judicial versus mediación; *ombudsmen*; estructuras institucionales; posición (quiénes son las partes en controversia); y la extensión del procedimiento.





En cuanto al **arbitraje entre inversionistas y Estado**, los participantes destacaron que entre las ventajas se incluyen: la garantía de que las partes cumplan con sus compromisos; la promoción de una buena gobernanza en los Estados anfitriones; la mejora de la confianza de los inversionistas; y el seguro de los inversionistas contra sus riesgos. Los participantes también mencionaron, entre otros aspectos, las siguientes desventajas del arbitraje entre inversionistas y Estado: está diseñado principalmente para las controversias contractuales privadas; limita el espacio de política pública de los Estados; la ausencia de un mecanismo de apelación, entre otras problemáticas, conduce a una falta de predictibilidad y a fallos inconsistentes; es un sistema unilateral (sólo los inversionistas pueden presentar demandas); implica altos costos y demasiado tiempo; carece de transparencia; presenta el riesgo de conflictos de intereses y de la multiplicidad de funciones de los árbitros; genera problemáticas relacionadas con la imparcialidad y la calidad del trabajo de los árbitros; y no proporciona un mecanismo para evitar demandas insustanciales.

Sobre la solución de controversias mediante un **tribunal internacional entre inversionista y Estado**, los participantes indicaron ventajas como las siguientes: predictibilidad; transparencia; mecanismo de apelación; designación menos tendenciosa de jueces e inclusión de jueces de países en desarrollo en la lista. Luego, los participantes destacaron las siguientes desventajas: los mecanismos para hacer valer los fallos pueden presentar problemas; es posible que los buenos abogados no deseen postularse como jueces para no perder otras oportunidades laborales; el tribunal permitiría a los inversionistas evitar los tribunales locales; y los inversionistas no estarían involucrados en la elección de los jueces disponibles. Hubo diferentes grupos con perspectivas divergentes en la problemática de los costos y la duración del proceso: algunos grupos percibían que el tribunal era una alternativa más rápida y menos costosa, y otros consideraban que era potencialmente más lenta y más costosa.

Los participantes indicaron varias ventajas de la opción de **solución de controversias entre Estados**: es más transparente y flexible, menos costosa y no está impulsada por la maximización de las ganancias; es más probable que se respete la soberanía de los Estados; tiene mayor tendencia a lograr una solución amistosa, dado que los Estados tienen intereses similares en la regulación de las inversiones; la compensación monetaria no es el único recurso disponible; puede eliminar el problema de las demandas insustanciales. Entre las desventajas de esta opción, los participantes mencionaron las siguientes: los países menos poderosos podrían verse presionados por los poderosos; los Estados corren con los costos del arbitraje de los inversionistas; la elección de los casos de inversionistas por parte del Estado de origen podría resultar un gran desafío; el proceso podría afectar las relaciones diplomáticas; las consideraciones políticas podrían afectar el proceso; el proceso podría demandar un tiempo considerable; y la opción podría no dar lugar a un cambio en la jurisprudencia de la ISDS.



En lo relativo al **diseño de un mecanismo más amplio de solución de controversias**, los participantes acordaron en que el mecanismo ideal debe focalizarse primero en la prevención (mediante *ombudsmen*, por ejemplo) y en los procesos de solución amistosos (a través de una mediación, por ejemplo); luego, solicitar el agotamiento de los recursos internos. Si se considera como opción, el arbitraje internacional debe ser el último recurso y debe incluir un mecanismo de apelación.

## SESIÓN 8: EL DISEÑO DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: COMPARTIENDO EXPERIENCIAS

La sesión fue moderada por la **Sra. Elyjean Portoza** (Abogada, Junta de Inversiones, Filipinas). Se invitó a los panelistas a compartir sus experiencias y desafíos en respuesta a la pregunta abordada durante la Sesión en Grupos 3: ¿cuál es el rol apropiado de las diferentes opciones de solución de controversias?

El **Sr. Chanchal Chand Sarkar** (India) resaltó que determinadas problemáticas están excluidas del alcance del nuevo TBI modelo de India, como la tributación. El nuevo modelo también da lugar a más transparencia en la ISDS, aborda conflictos de intereses y toma en cuenta estándares del Colegio de Abogados Internacional (IBA, por sus siglas en inglés). Finalmente, recordó que el modelo de India requiere el agotamiento de recursos internos durante cinco años antes de recurrir al arbitraje.

La **Sra. Therenna Reeves** (Asesora Legal Principal, Departamento Legal, Comisión Nacional de Inversiones, Liberia) explicó que Liberia no ha negociado TBI: primero, porque el país está enfocado en mantener la flexibilidad para el desarrollo como consecuencia de una guerra civil que duró más de 14 años y, en segundo lugar, debido a que los compromisos de los TBI entran en conflicto con las leyes del país. Sin embargo, destacó que el país está sujeto a la ISDS en la mayoría de sus contratos de inversiones. Concluyó que Liberia está preocupada por las problemáticas en torno a la ISDS y que está trabajando en su legislación actual para proporcionar alternativas y soluciones.

El **Sr. Ernesto Rossell** (Subprocurador de Defensa y Representación Legal de la Procuraduría General de Bolivia) recordó el enfoque de reforma de Bolivia. Después de las elecciones de 2006, el nuevo gobierno introdujo un modelo económico plural, nacionalizó empresas de hidrocarburos y denunció todos los TBI de Bolivia y el Convenio sobre Resolución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). El Sr. Rossell hizo hincapié en que Bolivia ha cerrado exitosamente 13 casos de arbitraje de inversiones (incluidas soluciones negociadas), y que cinco siguen pendientes. Explicó que las nacionalizaciones y la denuncia de los TBI no produjeron los efectos negativos previstos en el crecimiento económico sino que mejoraron la capacidad de Bolivia de atraer inversiones. Concluyó con un mensaje de esperanza para los participantes: el comienzo de la



reforma fue muy difícil para Bolivia; sin embargo, el país ahora tiene un nuevo TBI modelo para proporcionar seguridad legal y estabilidad económica.

Se invitó a los panelistas a compartir sus experiencias en el uso de modelos durante las negociaciones, especialmente en lo relativo a las disposiciones de la ISDS. El **Sr. Sarkar** destacó el desafío de acordar en cuanto al agotamiento de recursos internos en los TBI con países desarrollados. La **Sra. Reeves** señaló que es importante para Liberia requerir la aplicación de la legislación liberiana incluso cuando el arbitraje tiene lugar en un país diferente. El **Sr. Rossel** sostuvo que los países latinoamericanos tienen más probabilidades de encontrar soluciones en conjunto porque enfrentan problemas similares. Urgió a establecer foros de arbitraje que representen los intereses de los Estados y también protejan a los inversionistas.

**Durante el debate de la sesión plenaria**, varios participantes solicitaron al **Sr. Sarkar** que aclare cómo funciona en la práctica el requisito de agotamiento de recursos internos. Acerca de las cláusulas de continuidad contractual en los antiguos TBI, explicó que India está intentando reemplazar o negociar estas disposiciones durante el transcurso de las negociaciones, y, en el caso de que el periodo de validez inicial de los antiguos TBI no haya llegado a su fin, se emiten declaraciones de interpretación conjuntas para ser adoptadas por los socios del acuerdo.

### Día 3: Viernes, 9 de febrero de 2018

## SESIÓN 9: CONJUGANDO TODO: ¿CUÁL DEBE SER EL ESCENARIO DE LA NEGOCIACIÓN DE INVERSIONES?

La sesión se focalizó en reunir las piezas del rompecabezas para determinar los próximos pasos a dar. La moderadora fue la **Sra. Champika Malalgoda** (Directora Ejecutiva, Departamento de Investigación y Promoción de Políticas, Junta de Inversiones, Sri Lanka). Para empezar, preguntó a los panelistas si puede separarse la sustancia de la solución de controversias en las negociaciones y si la reforma de la ISDS puede proceder efectivamente por sí misma.

El **Sr. Howard Mann** (Asociado y Asesor Jurídico Internacional Superior, Programa ELP, IISD) consideró que la situación óptima es negociar el contenido y los mecanismos institucionales en conjunto. Todo régimen legal internacional viable está respaldado por un mecanismo institucional adecuado y una estructura de implementación, ofreciendo respaldo a los miembros de países en desarrollo (ausente en el régimen actual de tratados de inversión). El Sr. Mann hizo hincapié en que los países en desarrollo deben reflejarse tanto en la situación



óptima como en la realidad. Y la realidad es que ya se han iniciado los debates sobre la solución de controversias. Como el proceso de la CNUDMI decidirá si incluirá las negociaciones sobre la solución de controversias y cuáles serán las condiciones de esto, el Sr. Mann alentó a los países en desarrollo a adoptar un rol activo en este proceso. Aclaró que el “tercer grupo” mencionado por el Sr. Vélez está evaluando no solo cómo debe llevarse a cabo la solución de controversias con los instrumentos que tenemos *ahora*, sino también con los que *queremos* tener. Por lo tanto, subrayó la necesidad de mantener en la actualidad el espacio de política pública que permitirá la integración de lo que se necesita en el futuro, por ejemplo, para que se pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones del inversionista. El Sr. Mann también instó a los países en desarrollo a ser cautos y no caer en la trampa de pensar que abordar cuestiones superficiales de la solución de controversias será suficiente. Consideró que es importante una articulación mucho más clara del contenido de la próxima generación de tratados para garantizar que cualquier reforma al proceso de solución de controversias sea adecuada para dicha nueva generación.

Invitado a hablar sobre el papel que juegan los principios y las declaraciones para definir el alcance de las negociaciones, especialmente los Principios Sur-Sur y los Principios G77 y G20, el **Profesor Mbengue** (Universidad de Ginebra) destacó que los principios no vinculantes representan una “*soft law*” que puede ser más poderosa que la legislación dura, como se vio en el contexto de la protección medio ambiental a nivel mundial y el cambio climático. Por lo tanto, no deberían subestimarse. Destacó que los principios y las declaraciones suelen reflejar un sólido consenso, en comparación con acuerdos fragmentados e inconsistentes, lo que otorga un mayor poder de negociación a los países en desarrollo. El profesor Mbengue también consideró que las declaraciones y los principios contribuyen a la *solidaridad normativa* y pueden ayudar a cubrir la brecha para los países que no tienen acuerdos modelo. Pasó a explicar que una importante solidez de principios está dando una voz a los países en desarrollo, que en su gran mayoría han tenido que aceptar reglas o ser consumidores por un largo tiempo. Los principios y las declaraciones pueden demostrar que los países en desarrollo tienen su propia voz, por ejemplo, en lo que él llamó la “africanización” de la legislación sobre inversiones, liderada por procesos regionales y continentales. Dicho esto, el profesor Mbengue advirtió sobre la trampa de la “uniformidad”, destacando que el enfoque “copiar y pegar” es común en el espacio de los TBI. Concluyó que las declaraciones y los principios deben tener en cuenta el contexto local, además de servir como inspiración mutua y promotores de intercambio de ideas.

Acerca de la importancia de elegir el foro adecuado para los debates de las reformas sustantivas y procesales, el **Sr. De Gama** (Sudáfrica) subrayó la necesidad de decidir dónde y cómo se realizará la reforma. Sin embargo, destacó que la sustancia no puede separarse del proceso porque ambas partes contribuyen al futuro que los países en desarrollo intentan construir. Acordando con el profesor Mbengue, el Sr. De Gama hizo hincapié en que la *solidaridad normativa* debe vincular las agendas, teniendo en cuenta los diferentes niveles de



desarrollo y los contextos regionales, y permitiendo no solo la solidaridad normativa sino también la diferenciación.

Sobre la misma temática, el **Sr. Mann** explicó la importancia de comprender la gama completa de negociaciones y debates que se están llevando a cabo actualmente en diferentes niveles. Esto incluye la negociación multilateral en Naciones Unidas (ONU) relativa al comercio y los derechos humanos, el trabajo de la UNCTAD sobre inversiones sostenibles, los debates sobre la facilitación de inversiones en la OMC, las problemáticas de la solución de controversias en la CNUDMI, la revisión de las reglas de arbitraje en el CIADI, la revisión del Tratado de la Carta de la Energía, los nuevos modelos o tratados regionales y continentales en África (por ejemplo, PAIC, COMESA y SADC) y las negociaciones sobre inversión en la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés). El Sr. Mann se preguntó cómo aplicar la solidaridad normativa en el contexto de estos procesos diferentes y cómo unirlos. Argumentó que definitivamente existen organizaciones que *no deben* ser el foro para dicho objetivo. El Sr. Mann consideró que la OMC es una organización de comercio en primer lugar, y que el comercio y la inversión no son dos caras de la misma moneda. Los países en desarrollo deben mantener estas temáticas separadas y diferenciadas, sin intercambiarlas. El Sr. Mann propuso la perspectiva de que las negociaciones sobre el cambio climático en la ONU presentan un modelo convincente para desarrollar la plataforma adecuada. En relación con los criterios para seleccionar el mejor foro, propuso buscar un espacio que sea holístico, hacer hincapié en el logro de un consenso entre diferentes enfoques regionales y vincular la inversión con el desarrollo sostenible.

El **Profesor Mbengue** compartió sus criterios para determinar el foro apropiado para las negociaciones. El foro debe (1) perseguir el logro de los objetivos de desarrollo sostenible; (2) incluir un proceso de toma de decisiones que sea más equilibrado y justo para los países en desarrollo; y (3) ser un espacio donde se reflejen los valores compartidos de los países en desarrollo. El profesor Mbengue hizo hincapié en la importancia de fortalecer las redes de los negociadores de inversiones de los países en desarrollo para alcanzar posiciones de negociación más consolidadas y proactivas.

El **Sr. De Gama** destacó la necesidad de que los países en desarrollo se vuelvan a involucrar y estén presentes en todos los niveles del debate, independientemente del foro, dado que estos países han permanecido en silencio durante demasiado tiempo. Alentó a los países en desarrollo a establecer una agenda positiva sobre lo que *sí* quieren, y no únicamente sobre lo que *no* quieren. Concluyó que estos países deben involucrarse incluso si están en desacuerdo (como lo están en relación con el tratamiento de la facilitación de inversiones en la OMC).

**Durante el debate de la sesión plenaria**, los participantes se preguntaron si alejarse de la OMC generaría incoherencia en el enfoque de abordaje de las inversiones, considerando el Acuerdo sobre las MIC y los debates sobre facilitación de inversiones. El **Sr. Mann** explicó que, aunque resulte popular hablar de un “desarrollo liderado por el comercio”, es la inversión





la que tiene la capacidad de *activar* el comercio, y *cómo* se estructura y funciona esa inversión es lo que determina si el desarrollo es sostenible, inclusivo y equitativo. Argumentó que lo que se requiere es un foro más focalizado en las inversiones, especialmente las inversiones sostenibles, y una idea más clara de la misión. Finalmente, destacó que la OMC nunca ha podido ser anfitriona de las temáticas de inversiones en muchos años, lo que significa que no es el sitio adecuado para tratarlas. El **Profesor Mbengue** señaló que la OMC ha demostrado límites claros en su manera de integrar problemáticas de desarrollo sostenible. Si bien el acuerdo de Marrakech se refiere a este tema, siempre que existen conflictos entre valores económicos y no económicos, los primeros prevalecen. Argumentó que, si se tratan las inversiones en la OMC, se mantendría la misma dinámica, en detrimento de los objetivos de desarrollo sostenible. El Profesor Mbengue agregó que, dado que la Ronda de Doha ya tiene 15 años, incluso si se tratara la temática de la facilitación de inversiones, no existen posibilidades de que se logre un resultado negociado. El **Sr. De Gama** afirmó que la inclusión de las inversiones en la OMC ni siquiera es la problemática fundamental. La posición de muchos países en desarrollo es que podrían estar de acuerdo en negociar las inversiones en la OMC si se mantuvieran todas las demás promesas de la Ronda de Doha.

Algunos participantes expresaron la opinión de que la OMC podría ser un sitio adecuado para tratar las inversiones, porque es posible que muchos países la consideren como el único foro donde tienen una voz e influencias debido a su proceso de consenso. También expresaron su preocupación sobre la posibilidad de crear un nuevo foro sin la garantía de que tendrá éxito. El **Sr. Mann** destacó que el éxito de un nuevo foro dependería de la coherencia de sus principios fundadores. Explayándose más en el motivo por el que la OMC no es el foro adecuado, el Sr. Mann afirmó que un nuevo foro tiene más oportunidades de establecer principios operativos de *solidaridad normativa* y una sólida agenda de desarrollo sostenible. El **Sr. De Gama** dijo que él está abierto a ser convencido de que las inversiones, en toda su complejidad, constituyen una temática que podría implementarse adecuadamente en la OMC, en lugar de ser tratadas más eficazmente mediante políticas de desarrollo nacionales. Recordó a los participantes que las nuevas instituciones acarrearán nuevos problemas, y que podría ser más conveniente lograr que las instituciones existentes fueran más eficientes y adecuadas para la narrativa del desarrollo sostenible. Según él, todo tratamiento que se realice en la OMC sobre la temática de las inversiones debe ser un debate *pleno* y no un debate sobre temáticas seleccionadas. El Sr. De Gama acordó en que las inversiones y el comercio tienen puntos de coincidencia pero que son independientes, y que el nexo y la relación entre ambas debe comprenderse claramente.

**Durante una segunda ronda de debates en sesión plenaria**, los participantes indagaron sobre qué foros son confiables para tratar tanto la reforma de la solución de controversias como la reforma sustantiva. El **Sr. Mann** respondió que actualmente existen múltiples foros en los que se debaten diferentes aspectos del contenido, con diferentes perspectivas y participantes. Sin embargo, la reforma de la solución de controversias no debe ser abordada aisladamente simplemente porque es el menor denominador común. Instó a una



mayor armonización de la visión a nivel regional, como la que se está consolidando actualmente en África. Los participantes preguntaron cómo fomentar la solidaridad y la cooperación normativas en el contexto de las negociaciones de tratados que frecuentemente están impulsadas por una competición feroz, la desconfianza y la presión por parte de países desarrollados. El **Sr. De Gama** respondió que hay suficientes recursos para todos y que de la cooperación competitiva depende la ventaja comparativa. Compartió su perspectiva de que, una vez que los países africanos diversifiquen la producción, podrán comerciar y competir cooperativamente. Los participantes también destacaron que a los países pequeños sin acceso al mar les resulta muy difícil ser escuchados y comprendidos a nivel multilateral y regional. El **Profesor Mbengue** acordó en que la falta de diferenciación entre los países en desarrollo es el problema central, dado que no son un grupo homogéneo. Hizo hincapié en que los negociadores deben manejarse con un mandato y objetivo claros para ser escuchados efectivamente.

## SESIÓN EN GRUPOS 4: ¿CUÁLES DEBEN SER LAS PRIORIDADES DE LA NEGOCIACIÓN DE INVERSIONES DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO?

La sesión fue facilitada por el **Sr. Martin Dietrich Brauch** (IISD). Se invitó a los participantes a debatir y adoptar tres prioridades máximas para las negociaciones de inversión desde la perspectiva de un país en desarrollo, en cada uno de tres niveles: (1) negociaciones de inversiones a nivel bilateral; (2) negociaciones de inversiones a nivel regional; y (3) negociación multilateral en foros como la CNUDMI, la UNCTAD y la OMC.

**A nivel bilateral**, los participantes consideraron que los Estados deben priorizar, entre otros aspectos, los siguientes: la atracción de inversiones sostenibles que respeten las políticas nacionales de desarrollo; la creación de marcos jurídicos que ofrezcan un equilibrio de derechos y obligaciones para los Estados y los inversionistas; la creación de mecanismos de prevención de controversias de inversión; la negociación de los TBI únicamente con los socios estratégicos; y el diseño de modelos de TBI adaptados al nivel económico de sus socios (socios menos, igualmente o más desarrollados).

**A nivel regional**, los participantes propusieron que los Estados prioricen: la identificación de intereses en común y la garantía de que se consideren los diferentes niveles de desarrollo de los Estados miembros; el fortalecimiento de la integración y la cooperación económicas en las infraestructuras regionales para facilitar las inversiones; la protección del derecho a regular y del espacio de política pública para los requisitos de desempeño; la armonización de los paquetes de promoción de inversiones para evitar la competición y la superposición; el foco en los mecanismos de solución de controversias a nivel regional; y el equilibrio de los derechos y las obligaciones entre Estados e inversionistas.



**A nivel multilateral**, algunas de las prioridades destacadas son: el emprendimiento de una reforma integral de la ISDS, incluyendo un mecanismo multilateral con un sistema de apelación o enfoques regionales; el desarrollo de directrices para las negociaciones de tratados de inversión con la idea de promover los objetivos de desarrollo sostenible; la provisión de salvaguardias para proteger los intereses de los países en desarrollo; la elaboración de nuevos estándares y enfoques para las obligaciones de los inversionistas; y la garantía de que las inversiones no sean parte de las negociaciones de la OMC.

## SESIÓN 10: EL PANORAMA GLOBAL: MAXIMIZANDO LOS BENEFICIOS DE DESARROLLO DE LA NEGOCIACIÓN DE INVERSIONES

La sesión fue moderada por el **Sr. Joel Richards** (Asesor Técnico, Inversiones y Sector Privado, Secretaría de la Comunidad Caribeña [CARICOM]). Se invitó a los panelistas a compartir sus experiencias y desafíos en respuesta a la pregunta abordada durante la Sesión en Grupo 4: ¿cuáles deben ser las prioridades de la negociación de inversiones de los países en desarrollo?

En cuanto a los elementos clave de las negociaciones de inversión para mejorar la agenda de desarrollo sostenible de un país, el **Sr. José Henrique Vieira Martins** (Brasil) recordó la ausencia de una correlación clara entre los TBI y las IED. Por esta razón, destacó que Brasil elige buscar otras maneras de atraer inversiones, por ejemplo, mejorando de manera general el clima de inversión y manteniendo el espacio para las políticas de desarrollo sostenible. El Sr. Martins señaló que podría resultar una práctica adecuada excluir los compromisos de expropiación indirecta dado que puede ser difícil y poco certero evitar efectivamente que el árbitro interprete esta disposición. También se mostró a favor de incluir disposiciones sobre la RSC, el trabajo, el medio ambiente y excepciones específicamente para la salud, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. Destacó los compromisos bilaterales y regionales de Brasil sobre facilitación de inversiones, como el establecimiento de comisiones conjuntas y un punto de referencia para limitar el enfoque contencioso de los TBI tradicionales.

La **Sra. Naa Lamle Orleans-Lindsay** (Jefa del Departamento Legal y Secretaria de Junta, Centro de Promoción de Inversiones, Ghana) afirmó que los negociadores de tratados de inversión deben comprender las metas de desarrollo particulares de sus países e identificar cómo los TBI incluirán y protegerán dichas metas, además de cómo contribuirán a alcanzarlas. Explicó que el desafío para muchos países es que las metas son confusas y están sujetas a la influencia por parte de los donantes institucionales. La Sra. Orleans-Lindsay enfatizó la importancia de un modelo para guiar al país, establecer sus prioridades e incluir los elementos clave necesarios para proteger sus metas de desarrollo. También subrayó la importancia de adherir a un plan maestro para las negociaciones de TBI, en lugar de abordarlas pasivamente y aceptar las ofertas de negociarlos, especialmente de parte de países que no son



estratégicamente fuentes relevantes y fundamentales de IED. La Sra. Orleans-Lindsay explicó la necesidad de prepararse y planificar adecuadamente las negociaciones. También es importante tener encuentros previos a las negociaciones (intercambiar modelos, identificar áreas de convergencia y divergencia) para decidir en primera instancia si vale la pena incluso iniciar las negociaciones. Advirtió sobre estrategias que ha tenido la oportunidad de experimentar y que son utilizadas por algunos países durante las negociaciones para colocar a los negociadores en una posición más débil cuando se alojan en sus capitales (por ejemplo, privación de comida y confort, ausencia de wifi).

El **Sr. Hoang Xuan Hoa** (Director del Departamento de Asuntos Económicos Generales, Comisión Económica Central [CEC] del Partido Comunista, Vietnam) compartió los desafíos de su país en las negociaciones de TLC. Explicó que los TLC abren nuevas oportunidades para nuevos inversionistas y que Vietnam está negociando acuerdos bilaterales, regionales y megaregionales. Según el Sr. Hoang, los principales desafíos en cuanto a los TLC son la superación de las limitaciones y las debilidades durante la implementación de nuevos compromisos en asuntos económicos, políticos y sociales. Advirtió que, debido a presiones de la competencia para abrir los mercados, diversos sectores económicos, empresas y productos de Vietnam se encontrarán con más dificultades. Al mismo tiempo, los TLC no abordan varias temáticas clave para el desarrollo como el acceso limitado a recursos humanos y mano de obra calificada, limitaciones en salud, educación, acceso a créditos y ciencia y tecnología. Por lo tanto, Vietnam está buscando otras soluciones, por ejemplo, mejorar el sistema jurídico nacional, mejorar la competitividad y reformar el modelo de crecimiento para dar prioridad al desarrollo agrícola. Para finalizar, el Sr. Hoang generó conciencia sobre el impacto negativo de los TLC actuales.

La **Sra. Souphaphone Saignaleuth** (Subjefa de la División de Cooperación para las Inversiones Internacionales, Departamento de Promoción de Inversiones, República Democrática Popular [RDP] Lao) compartió la información de que la RDP Lao recientemente revisó sus leyes de promoción de inversiones para atraer inversiones responsables y sostenibles. La Sra. Saignaleuth explicó que la RDP Lao cuenta con un gran número de TBI (28) y capítulos sobre inversiones en TLC, incluida la ISDS. La RDP Lao ha sido demandada dos veces y está actualmente revisando su modelo de TBI y aprendiendo de la experiencia de otros países. Destacó que la RDP Lao ha participado en negociaciones de inversiones a nivel regional y multilateral, incluso en el contexto de la ASEAN. El TBI modelo de la RDP Lao tiene como fin proporcionar un enfoque más consistente ante las negociaciones y clarificar la intención del gobierno al momento de participar de TBI; el enfoque regional y multilateral presenta una oportunidad de promover la armonización. La Sra. Saignaleuth señaló que su TBI de 2013 con Bielorrusia carece de muchas de las innovaciones de los TBI modernos y sugirió que los formuladores de políticas deben considerar cuidadosamente los impactos de sus elecciones sobre el espacio de política pública regulatoria.



El **Sr. Richards** dio como ejemplo las negociaciones del CARICOM con Canadá para un capítulo sobre inversiones: Canadá creía que el enfoque de CARICOM era demasiado favorable para el Estado y viceversa. El Sr. Richards solicitó a los panelistas que opinaran sobre cómo se podría reconciliar esta situación.

La **Sra. Orleans-Lindsay** respondió que el equilibrio entre los derechos del Estado y de los inversionistas es el mayor desafío. Compartió la experiencia de Ghana de tener que reiterar continuamente su diferente nivel de desarrollo durante las negociaciones: Ghana es un país de apenas 60 años y debe utilizar políticas industriales para proteger a sus nacientes industrias, pero reconoce que no puede sencillamente cerrar la economía, sino que se debe lograr un equilibrio. Tomando el ejemplo de la actual reforma a la ley de inversiones en Ghana, la Sra. Orleans-Lindsay explicó lo complejo que resulta lograr este equilibrio bajo las diversas presiones locales, incluidas las presiones de diferentes grupos de industria.

Invitada a compartir lo difícil que ha sido implementar la visión de su país en el contexto de las negociaciones, la **Sra. Saignaleuth** respondió que, como un PMD, las negociaciones son un gran desafío para la RDP Lao, especialmente en el contexto de la ASEAN, porque también incluye a países desarrollados. Destacó que el sector legal de la RDP Lao todavía está desarrollándose.

El **Sr. Hoang** agregó que la Ley de Inversiones de Vietnam es de 2014 y que la principal cuestión para Vietnam es garantizar que los beneficios se distribuyan equitativamente entre los inversores extranjeros, los intereses del Estado y los intereses públicos. Se debe reformar el marco legal para promover la transparencia y la equidad, aunque también para mejorar el entorno comercial con condiciones macroeconómicas estables.

En lo referido a las historias exitosas de negociación, la **Sra. Orleans-Lindsay** respondió que los mejores resultados de negociaciones surgieron de una sólida investigación de los antecedentes y la debida diligencia. También fue fundamental que los negociadores pudieran explicar en detalle *por qué* deseaban determinadas disposiciones, desde una perspectiva objetiva y no una perspectiva emocional. La **Sra. Saignaleuth** compartió la experiencia de la RDP Lao en las negociaciones para el Acuerdo de Inversión Integral de la ASEAN de 2012. El acuerdo contiene disposiciones para mejorar la cooperación en la ASEAN, promover la liberalización y fortalecer la promoción y la protección de inversiones para atraer IED a la región. La RDP Lao, como un PMD, obtuvo más tiempo para implementar estos compromisos. El **Sr. Hoang** destacó que Vietnam tuvo una experiencia similar en las negociaciones con la ASEAN. El **Sr. Martins** compartió la experiencia de negociar con India, y los debates relacionados sobre la definición de inversión utilizando el test *Salini*. Las negociaciones del MERCOSUR fueron otro ejemplo positivo para el Sr. Martins, en las que las partes acordaron una solución de controversias entre Estados (utilizando el ya existente Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR) y establecieron un comité conjunto para respaldar una resolución amistosa temprana.





**Durante los debates de la sesión plenaria**, los participantes compartieron sus experiencias sobre los métodos para ejercer presión e intimidación utilizados por sus contrapartes. Los participantes también reconocieron el coraje de los negociadores debido a las presiones que soportan y subrayaron los desafíos que enfrentan cuando no tienen el respaldo de sus superiores. La **Sra. Orleans-Lindsay** acordó en que es muy difícil intentar negociar cuando parece que ya se ha tomado una decisión en un nivel superior. Enfatizó que los negociadores tienen que hacer lobby con sus superiores y hacerles comprender los riesgos. Adhirió a la circulación de asesoramiento por escrito sobre los riesgos que representan los TBI para el gabinete, otros ministros y agencias, a fin de que sea más fácil reconocerlos. El **Sr. Martins** acordó en que la coherencia y el entendimiento internos, especialmente en los niveles superiores, son muy importantes. Los participantes destacaron que los negociadores de los países en desarrollo pueden solicitar diversas exclusiones y que la mejor manera de enfocar esta cuestión es contar con un marco regulatorio interno para extraer los beneficios de desarrollo deseados, en lugar de intentar incluir todos los requisitos en el tratado.

El **Sr. Richards** concluyó la sesión destacando que no todos los negociadores de los países en desarrollo están tan familiarizados como deberían con sus propios marcos jurídicos. CARICOM ha empezado la auditoría de leyes relevantes para las obligaciones comerciales y de inversión a fin de fortalecer las posiciones de negociación de los Estados miembros del grupo.

## LAS CONCLUSIONES PRINCIPALES QUE PODEMOS LLEVARNOS Y LOS PRÓXIMOS PASOS

La sesión fue facilitada por el **Profesor Mbengue** (Universidad de Ginebra). Señalando que los negociadores de inversiones de los países en desarrollo están enfrentando desafíos incluso mayores que en otros tiempos, instó a un cambio en la cultura de las negociaciones. El Profesor Mbengue invitó a los participantes a compartir sus opiniones sobre una serie de preguntas guía:

- ¿Cómo definimos/formulamos las posiciones de negociación entre los países en desarrollo?
- ¿Podemos hacerlo en un entorno multipolar? ¿Cómo debemos reaccionar ante este entorno multipolar? ¿Debemos cambiar el entorno multipolar o adaptarnos a él?
- ¿Cómo consolidamos la solidaridad *política* para lograr la solidaridad *normativa*?
- ¿Cómo deben involucrarse los países en la facilitación de inversiones para el desarrollo sostenible?

Los participantes ofrecieron sus perspectivas de que los países en desarrollo deben primero comprender mejor lo que se está debatiendo y encontrar una posición común según sus metas



## 11th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

de desarrollo a nivel nacional. Luego, pueden tener un plan claro para presentar en diversos foros antes de adoptar alguna posición de negociación de inversiones. Al respecto, los participantes insistieron en que los países en desarrollo adopten posiciones en común sobre los aspectos sustantivos, incluyendo las inversiones para el desarrollo sostenible y el equilibrio de los derechos y las obligaciones.

También se hizo hincapié en que la comunicación con todos los actores interesados, específicamente la población local, es fundamental para obtener voluntad y respaldo políticos. Por lo tanto, es determinante contar con un enfoque ascendente para lograr la solidaridad política y normativa. También se destacó que es importante el debate con los países que exportan capitales y los inversionistas extranjeros. Algunos participantes propusieron primero encontrar maneras de evitar las negociaciones de TBI, en lugar de sencillamente adaptarse al entorno multipolar, destacando que la energía y el tiempo invertidos en dichas negociaciones podrían aprovecharse en otras áreas.

Se subrayó además la necesidad de contar con un enfoque coherente entre todos los departamentos gubernamentales para fortalecer las posiciones institucionales nacionales sobre diversas temáticas. Se propuso reestructurar las instituciones internacionales que representan el Sur para poder crear solidaridad política entre los países en desarrollo. En cuanto al tratamiento de la facilitación de inversiones en la OMC, algunos participantes expresaron su preocupación sobre el contenido y el alcance de la “facilitación de inversiones”, y su vínculo con el desarrollo sostenible; otros dijeron que el debate de la problemática es algo positivo, independientemente de la divergencia de las posiciones. Se hizo una propuesta para elaborar un estudio colaborativo entre el IISD, el Centro del Sur y la Secretaría del Commonwealth sobre los pros y los contras de los debates sobre la facilitación de inversiones en la OMC.

Algunos participantes propusieron que los gobiernos compartan sus mejores prácticas sobre el diseño institucional para las negociaciones de inversión y sobre cómo consolidar posiciones de negociación más robustas. En varias ocasiones se subrayó la importancia de crear una red regional y mundial de negociadores de inversiones de países en desarrollo.

Finalmente, todos los participantes acordaron en que se debe construir una sólida voluntad política en el más alto nivel, dado que los negociadores de inversiones no son los formuladores de políticas. En ese respecto, se propuso en el debate la idea de crear un foro para formuladores de políticas de inversión de países en desarrollo. Esto condujo a una propuesta de organizar un evento de media jornada paralelo al Foro Mundial de Inversiones de la UNCTAD con representantes de alto nivel para generar conciencia sobre las problemáticas actuales y los debates sobre la reforma.



11th Annual Forum of Developing  
Country Investment Negotiators

February 7-9, 2018  
Nairobi, Kenya

## CEREMONIA DE CIERRE

La **Sra. Nathalie Bernsaconi** (IISD), el **Sr. Carlos Correa** (Centro del Sur) y el **Dr. Moses Ikiara** (Kenia) cerraron formalmente el Foro, agradeciendo el apoyo de los coorganizadores y copatrocinadores. También agradecieron a los participantes por su compromiso activo en los debates desarrollados en el programa de tres días. Se alentó a los participantes a que continúen reflexionando sobre un sistema alternativo para promover las inversiones sostenibles y para involucrarse en los debates actuales a diferentes niveles, y particularmente en la próxima reunión de la CNUDMI sobre la reforma de la ISDS, en abril de 2018.