

El futuro de los APPRI's

Dr. Herfried Wöss ©

Foro de Arbitraje en Materia de Inversión

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

3 de septiembre de 2009

Características

- ✓ Casi 3000 APPRIs (incluyendo TLCs con capítulo de inversión)
- ✓ Dispersión geográfica (APPRIs entre países de mercado emergente)
- ✓ Homogeneidad y diferenciación de estándares
- ✓ Efecto de la práctica posterior de los Estados

Modelo Clásico

- ✓ Protección a los intereses de países industrializados
- ✓ Poca reciprocidad a los flujos de inversión
- ✓ Carga regulatoria de países en desarrollo y de mercados emergentes
- ✓ Reformas legales de los años 90 en México a causa del TLCAN
- ✓ Regulación del marco legal de los países receptores de la inversión directa

Modelo Clásico

- ✓ Estabilización de la relación jurídica entre el inversionista y el país receptor. Protección en contra de cambios políticos y económicos
- ✓ Inclusión de los contratos celebrados entre el inversionista y el estado en el ámbito de protección (cualquier “obligación”; cláusula de paraguas)
- ✓ Ámbito político y económico: Despolitización del comercio e inversiones

Modelo Clásico

- ✓ Expropiación con indemnización adecuada, efectiva y pronta
- ✓ Estándares mínimos de protección (incluyendo NMF y transparencia)
- ✓ Procedimiento de solución de controversias entre un inversionista y un Estado

Modelo Clásico

- ✓ Primer Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959
- ✓ Modelo de los EUA 1984-1987
- ✓ Capítulo XI del TLCAN
- ✓ Modelo de los EUA 2004
- ✓ APPRI México-China (D.O.F. 5 de junio de 2009)
- ✓ ¿TBI EUA-China?

Situación actual

- ✓ UNCTAD International Investment Agreements Program:
 - Investment Provisions in Economic Integration Agreements (2006)
 - Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in International Rulemaking (2007)
 - Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking (2007)

Situación actual

- ✓ Nuevos jugadores: 90 APPRI entre países emergentes y en desarrollo
- ✓ Controversias: 290 casos a finales de 2007
 - CIADI: 182
 - UNCITRAL: 80
 - Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo: 14

Situación actual

- ✓ Atomizado
- ✓ Falta sistema
- ✓ Multifacético
- ✓ Uniformidad en la estructura pero variación en el contenido

Situación actual

- ✓ Trato justo y equitativo, más de cinco diferentes fórmulas:
 - No contienen ese estándar
 - No contienen referencia al derecho internacional público, derecho internacional consuetudinario o los principios del derecho internacional
 - Contienen lineamientos para la aplicación de ese principio, sin que haya uniformidad

Situación actual

- ✓ Trato justo y equitativo, más de cinco diferentes fórmulas:
 - El estándar prevé que no debe ser menos favorable que el trato acordado a los propios inversionistas y a los inversionistas de otros Estados, combinando un estándar absoluto con los estándares convencionales de trato nacional y de nación más favorecida

Situación actual

- ✓ Trato justo y equitativo, más de cinco diferentes fórmulas:
 - Fórmula adoptada por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN y del modelo 2004 de los EUA estableciendo los estándares de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad en el mismo artículo como trato mínimo de acuerdo con el derecho internacional

Situación actual

- ✓ Trato de Nación Más Favorecida:
 - Diferentes redacciones de ese estándar que afectan su interpretación
 - Inclusión o exclusión de disposiciones sobre la solución de controversias
 - Limitación de cláusulas NMF a ciertas “actividades de inversión” tales como la constitución, administración, mantenimiento y operación de una inversión

Situación actual

✓ Cláusula paraguas

- Aproximadamente el 40% de los más de 2600 APPRI en 2007 contenían alguna variante de las cláusulas de paraguas; disposiciones muy amplias hasta limitación a ciertos compromisos del Estado receptor

Situación actual

✓ Alcance

- Tradicionalmente los APPRIIs protegen inversiones admitidas en el Estado receptor de conformidad con sus leyes y reglamentos
- Sin embargo, desde la entrada en vigor del GATS (AGCS) hay una minoría creciente de APPRIIs que contienen disposiciones para la liberalización del comercio de servicios

Situación actual

✓ Tendencias:

- APPRIIs concluidos por los EUA, Canadá, Japón y México
- Lenguaje más detallado en relación a los estándares como trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y el concepto de expropiación indirecta.
- Nuevas tendencias en la solución de controversias para lograr más transparencia, legitimidad, economía procesal y para obtener resultados más consistentes.
- Países emergentes que se convirtieron en exportadores de capital (p.ej. México y China)

Modelo EUA 2004

- ✓ Cautela por la experiencia del TLCAN en casos relacionados con la protección del agua en California o la imposición de daños punitivos (Methanex Corp. vs. EUA; The Loewen Group, Inc. vs. EUA)
- ✓ Preocupación por la condena de Argentina aun en caso de medidas generales para combatir una crisis económica y política severa
- ✓ Presión de Organizaciones No-Gubernamentales

Modelo EUA 2004

- ✓ Doble de páginas
- ✓ Búsqueda del balance entre los derechos de los inversionistas y el interés del Estado de proteger la salud, seguridad y el medio ambiente

Modelo EUA 2004

- ✓ Limitaciones de garantías sustantivas:
 - Se eliminó la referencia a trato arbitrario y discriminatorio como supuesto adicional al Trato de Nación Más Favorecida
 - El estándar de Trato de Nación Más Favorecido excluye trato más favorable establecido en APRRI o TLCs anteriores
 - Eliminación de la cláusula paraguas
 - No aplicación de estándares a gobiernos locales, adquisiciones públicas y subsidios

Modelo EUA 2004

- ✓ Nivel Mínimo de Trato: reducción al derecho internacional consuetudinario del trato de extranjeros
- ✓ Trato justo y equitativo: reducción a negación de justicia
- ✓ Protección y seguridad plenas: protección policíaca de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario

Modelo EUA 2004

- ✓ Derecho internacional consuetudinario: se requiere la prueba de práctica de los Estados y la opinio iuris; limitación a los derechos económicos de extranjeros
- ✓ Expropiación: límites a la propiedad intelectual cuando las medidas son de acuerdo con el ADPIC (TRIPS), en caso de impuestos debe haber un sometimiento a las autoridades fiscales de ambos Estados

Modelo EUA 2004

- ✓ Expropiación: se eliminó la referencia a medidas equivalentes a expropiación o nacionalización; aplicación del derecho internacional consuetudinario con respecto a expropiación y compensación; análisis de la expropiación indirecta caso por caso sujeto a tres factores diferentes

Modelo EUA 2004

- ✓ Expropiación: en principio, no se considera expropiación cualquier medida no discriminatoria del Estado para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como: la salud pública, la seguridad y el medio ambiente

Modelo EUA 2004

✓ Solución de Controversias:

- Aviso con 90 días de anticipación indicando los fundamentos legales y fácticos de cada uno de los reclamos
- Prescripción: 3 años
- Transparencia: admisión de cartas *amicus curiae* lo que incrementa el costo del arbitraje

Modelo EUA 2004

✓ Excepciones:

- Excepciones generales: interés esencial de seguridad
- Servicios financieros: por razones prudentes para asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero, medidas no-discriminatorias para sustentar políticas monetarias y crediticias o del tipo de cambio

Modelo EUA 2004

- ✓ Otras Nuevas Disposiciones:
 - Interpretaciones auténticas por las partes
 - “Dumping” medio ambiental
 - “Dumping social”

APPRI México-China 2009

- ✓ Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida no se aplican a:
 - Cualquier organización de integración regional
 - Derechos u obligaciones en materia fiscal que se derivan de un convenio internacional o de la legislación interna
- ✓ Trato Nacional: sin perjuicio de las leyes y reglamentos en el momento en que la inversión es realizada

APPRI México-China 2009

✓ Nivel Mínimo de Trato:

- Trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena
- Nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional
- Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional que el requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, o que vaya más allá de éste, como prueba de la práctica de los Estados y la opinio iuris.

APPRI México-China 2009

- ✓ Nivel Mínimo de Trato
 - Una resolución en el sentido que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado el presente Artículo.

APPRI México-China 2009

- ✓ Expropiación e Indemnización
 - Sin perjuicio del mecanismo de solución de controversias establecido en el Acuerdo, un inversionista tendrá el derecho a una pronta revisión de su caso por parte de una autoridad judicial o por cualquier otra autoridad competente, conforme a la legislación aplicable de la Parte Contratante que llevó cabo la expropiación

APPRI México-China 2009

- ✓ Notificación de Intención
 - Seis meses antes de que la reclamación sea presentada
- ✓ Duración
 - Periodo de diez (10) años con continuación indefinida, salvo terminación con doce (12) meses de antelación

Conclusiones

- ✓ Aclaración por parte de los Estados del alcance de estándares típicos
- ✓ Reducción de la protección otorgada (Stephen M. Schwebel: *The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law*, 3 TDM 2, April 2006)
- ✓ Sincronización con obligaciones bajo la OMC

Conclusiones

✓ Cambios políticos:

- Deficiencias del modelo neo-liberal
- Oposición al “ajuste estructural” en los países de mercado emergente y países de desarrollo
- Impacto de la globalización en países industrializados
- Menos David Ricardo (The Principles of Trade and Taxation, 1817), y más Joseph Stiglitz (Globalization and its Discontents, 2002), Dani Rodrik (Growth Strategies, 2004) y Amartya Sen (Development and Freedom, 1999)

Wöss & Partners, S.C.

ABOGADOS

Wöss & Partners, S.C.

Torre Esmeralda I

Blvd. Manuel Ávila Camacho 40-1606

Col. Lomas de Chapultepec

11700 Mexico D.F.

Tel: (55) 2623-7100

Fax: (55) 2623-7200

E-mail: hwoess@woesetpartners.com

<http://www.woesetpartners.com>

Latin Lawyer 250, Latin America's

leading business law firms (<http://www.LatinLawyer.com>)