

UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

Departamento de Ciencia Política y Estudios Internacionales

**The UNCTAD International Investment Agreements (IIA)
Mapping Project**

Alumna: Maria Belen Rey Valzacchi

Profesora: Silvina González Napolitano

Firma de la profesora

Junio, 2016

Abstract

El objetivo de este reporte de investigación es analizar el proyecto de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) denominado “The UNCTAD International Investment Agreements (IIA) Mapping Project”, el cual consiste en estudiar 15 tratados bilaterales de inversión (TBI). El trabajo está dividido en tres partes: el primero es el proceso en sí mismo y su evaluación, el segundo es examinar las diferentes categorías de la guía entregada por la UNCTAD y finalmente el tercero es comparar los tratados de primera generación con los de tercera generación.

Metodología

Descripción del proyecto

El proyecto de investigación en el cual trabajé desde septiembre a diciembre de 2015 es un programa internacional de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) llamado “The UNCTAD International Investment Agreements (IIA) Mapping Project”.

Para participar de este trabajo, a cargo de la profesora Silvina González Napolitano como representante de la Universidad Torcuato Di Tella, se requirió inscribirse en el seminario, el cual consistió en tomar cuatro clases teóricas introductorias y asistir a un encuentro cada tres semanas, hasta la finalización del proyecto.

El trabajo se basó en analizar un total de quince tratados bilaterales de inversión (TBI) durante cuatro rondas.

El objetivo de este proyecto de la UNCTAD es el de crear una base de datos de todos los TBI, sobre 150 variaciones. La base de datos luego va a facilitar a los formuladores de políticas de desarrollo a entender las nuevas tendencias en los TBI y a su vez a contribuir a la política de análisis y recomendaciones a los países.

Proceso de trabajo

El ejercicio de mapeo consistió en el estudio de diferentes TBIs, para luego asignar en una hoja Excel para cada una de las categorías individuales, una opción pre definida. Dado que cada celda solamente podía ser llenada con una sola entrada, éstas son denominadas MECE (mutualmente exclusivas y comprensivamente exhaustivas). La guía, por ende, sirvió como una herramienta que explicaba por qué y cuándo hay que atribuirle a cierta categoría dicho particular número.

El proceso de trabajo estuvo dividido en tres etapas: primero, tenía que entrar a la base de datos virtual, la página web de *Basecamp*, para verificar qué tratados me habían asignado. Allí a su vez debía encontrar al estudiante de mapeo con el que iba a trabajar durante dicha ronda. Luego, tenía que analizar individualmente los cinco tratados, completar mi mapeo en una hoja Excel y subirlo a *Basecamp*. Como última instancia, debía comparar mis respuestas con las del estudiante espejo que me habían asignado, ponerme en contacto con él/ella e intercambiar nuestras opiniones para llegar a un mapeo consolidado.

Finalmente, algunos tratados estaban emendados con protocolos. En estos casos, la UNCTAD estaba interesada en que mapeemos los dos: primero el tratado original y luego debíamos copiarlo y pegarlo en una celda diferente para introducir las nuevas diferencias.

Evaluación

La UNCTAD solo considera los mapeos consolidados de por lo menos el 95% de precisión. Todas las rondas tenían un TBI que ya había sido mapeado previamente, por lo que en base a nuestras respuestas en dicho TBI se fijaban nuestra exactitud. En la ronda de práctica, mi mapeo individual fue de un 88.72%. Luego, en la primera ronda, mi desempeño individual subió a un 97.74% y en el consolidado a un 98.47%, por lo que en dicha ronda la UNCTAD consideró el mapeo que hice con mi compañero. En la segunda ronda, mi mapeo individual fue de 94.65%, y finalmente gracias a la fructífera discusión con el estudiante que me asignaron, logramos un mapeo consolidado de 97.65%. Los resultados de la última ronda no fueron enviados. A continuación, en la tabla se pueden observar dichos números: mi *student ID* era TO_05.

Tabla de resultados de los primeros tres mapeos

Student ID	Family Name	Given Name	R0 Individ	R1 Individ	R1 Partner	R2 Individ	R2 Partner
TO_01	Farran	Facundo	0.81954 887	0.81203 008	0.98496 2406	0.977099 237	0.97656 25
TO_02	Aparicio	Melina	0.90225 564	0.89473 684	0.98496 2406	0.900763 359	-----
TO_03	Scaglia	Constanza	0.79699 248	0.78947 368	1	0.885496 183	0.97656 25
TO_04	Listrani Blanco	Tomás	0.86466 165	0.93233 083	0.93233 0827	0.961832 061	0.9375
TO_05	Rey Valzacchi	María Belén	0.8872 18	0.9774 436	0.98496 241	0.94656 4885	0.97656 25
Team Average			0.85413 534	0.88120 301	0.97744 3609	0.934351 145	0.96679 6875

Tratados Bilaterales de Inversión Analizados

Ronda 0: Canadá-China, firmado en 2012 y entrada en vigor en 2014. Azerbaiyán-Reino Unido, firmado y entrada en vigor en 1996, (ambos en inglés).

Ronda 1: Bangladesh-Turquía (en inglés), firmado en 2012 y todavía no entró en vigor. Paraguay-Rumania, firmado en 1994 y entrada en vigor en 1995. Argentina-Ecuador firmado en 1994 y entrada en vigor en 1995. España-Polonia firmado en 1992 y entrada en vigor en 1993. Alemania-Chile, firmado en 1991 y entrada en vigor en 1999 (enmendado con protocolo). Los cuatro restantes TBIs fueron en español. El estudiante espejo fue Facundo Farran, de la Universidad Torcuato Di Tella.

Ronda 2: Kazakstán-Macedonia (en inglés), firmado en 2012 y todavía no entró en vigor. Perú-Portugal firmado en 1994 y entrada en vigor en 1995, al igual que Perú-Romania. Argentina-Senegal firmado en 1993 y entrada en vigor en 2010. Chile-España firmado en 1991 y entrada en vigor en 1994. Los cuatro restantes TBIs fueron en español. En dicha ronda me asignaron a Maria Lourdes Paz, de la Universidad de Buenos Aires como compañera de mapeo.

Ronda 3: Japón-Arabia Saudita firmado en 2013 y todavía no entró en vigor. Líbano-Ucrania firmado en 1996 y entrada en vigor en 2000. República Checa-Kuwait, firmado en 1996 y entrada en vigor en 1997. República Checa-India, firmado en 1996 y entrada en vigor en 1998 (enmendado con protocolo). Indonesia-Pakistán, firmado y entrada en vigor en 1996. Todos los TBI fueron en inglés, y el estudiante espejo fue Nakaya Grant, de la *University of Hawaii Richardson School of Law*.

Categorías de la guía

A continuación, desarrollaré las cláusulas más importantes de la guía entregada por la UNCTAD a modo de entender cuáles fueron los principales puntos que tuve que examinar en los diferentes TBIs.

Definición de inversión: en cuanto al ámbito de aplicación material, los TBI habitualmente contienen una definición de cuál es la inversión protegida por el tratado. Se trata de definiciones amplias, que abarcan distintos tipos de bienes, haberes o derechos. Ejemplo TBI Argentina-Senegal:

(1) El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;*
- b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;*
- c) títulos de créditos y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;*
- d) derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas y nombres registrados, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;*
- e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, en particular las concesiones para la prospección, extracción o explotación de recursos naturales.*

Definición de inversor: los inversores extranjeros son personas físicas o jurídicas que han realizado una inversión de cierta envergadura en Estados extranjeros, es decir de los cuales no son nacionales. Generalmente, se presenta el termino de inversor en esta forma, ejemplo TBI Argentina-Ecuador:

El término "inversor" designa:

- a) Toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación.*
- b) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro.*

Trato justo y equitativo: esto implica que cada parte garantiza que se dará a las inversiones de la otra parte un trato justo y equitativo. En síntesis, al inversor extranjero se le concede igual trato que a un inversor nacional. Es decir que, si existen, por ejemplo, exenciones impositivas para los inversores nacionales, el Estado debe poder otorgar la misma exención a la inversión extranjera. Ejemplo TBI España-Chile:

1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales.

Cláusula de la nación más favorecida: esta cláusula significa que cada parte garantiza que se dará a las inversiones de la otra parte un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores de otros Estados. Esto, por ende, permite al inversor aprovechar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieran ser más favorables para su inversión. Si un TBI firmado por una parte otorga determinados beneficios a un inversor de un Estado, también debe poder dar el mismo rendimiento a un tercero con quien haya suscripto otro TBI. Esta cláusula puede estar pre-establecida (esto significa que las palabras adquisición y establecimiento deben estar incluidas la cláusula), o puede ser post-establecimiento. Ejemplo TBI Canadá-China pre-establishment:

“Each party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to investor of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory”

La protección de los tratados: es un principio de plena protección y seguridad. Se trata de un estándar que enuncia que las inversiones gozarán de entera protección y seguridad. Ejemplo TBI España-Polonia:

Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversionistas de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones

Disputas, algunos mecanismos para la solución de controversias: en las cláusulas que dan forma a los mecanismos de solución de controversias, los TBI remiten en su mayoría a una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores extranjeros en relación a los actos de una de las partes. En caso de controversia, la mayoría de los TBI plantea una instancia de diálogo amistoso entre el inversor y la parte afectada. Pero si pasado un cierto tiempo la controversia no ha sido saldada, entonces el inversor tiene la posibilidad de acudir a la justicia nacional de la parte o, si lo prefiriese, recurrir al arbitraje internacional. Ejemplo TBI España-Chile:

1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación o elección del inversionista:

- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.

- A un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Distinción entre tratados de primera y tercera generación

Existen más de tres mil tratados internacionales –la mayoría de ellos bilaterales- que regulan el tratamiento que los Estados contratantes deben darle a los inversores extranjeros y a sus inversiones. Más precisamente, en la actualidad hay 2924 TBI (2277 entraron en vigor) y otros 361 Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), los cuales 285 entraron en vigor. Básicamente, dichos tratados establecen una serie de estándares de protección que deberán respetar los Estados contratantes en los cuales se realiza la inversión.

En los tratados de primera generación las áreas comunes de casi todos estos tratados se centran básicamente en cuatro puntos fundamentales por sus implicancias: admisión de la inversión, tratamiento del inversor, expropiación y resolución de disputas entre los Estados signatarios. En síntesis, éstos son acuerdos comerciales tradicionales, que contemplan especialmente acuerdos de naturaleza comercial. Un ejemplo de un tratado de primera generación el cual tuve que examinar fue Azerbaiyán-Reino Unido (1996). El crecimiento espectacular en el número de TBIs se produce en las décadas posteriores al “nuevo orden económico mundial”, que funcionó como una respuesta de los países desarrollados que buscaban promover sus propios intereses¹.

Los tratados de tercera generación se los denomina a los nuevos TBIs, los cuales abarcan áreas más específicas. Los recientes cambios en el entorno político y económico mundial, como por ejemplo las crisis financieras, de seguridad alimentaria y del medio ambiente, fue lo que empezó a dar lugar a una nueva generación de políticas de inversión. Estas inversiones tienen como uno de los objetivos principales el de abarcar el desarrollo sustentable para atraer a inversores extranjeros. Clarificando que los TBIs no solo se centran en la protección y promoción de la inversión, estos modernos tratados además tienen el propósito de servir otras políticas públicas de interés, como el desarrollo sustentable, la creación de trabajos y la tecnología. De los 868 TBI firmados entre 1962 y 2011, solo 99 (el 11%) abarcaba alguno de estos temas. De los nuevos 61 TBI, firmados

¹ Gabriel Bottini, Protección de las inversiones extranjeras”, en Lecciones de Derecho Internacional Público, Coordinado por Silvina Gonzalez Napolitano, Editorial Erreius. Página 950.

entre 2012 y 2014, 47 (el 67%) se centran en estos temas. Ejemplo preámbulo TBI Canadá-China (2014) que hace referencia al desarrollo sustentable:

“RECOGNIZING the need to promote investment based on the principles of sustainable development”.

A su vez, se puede observar que este TBI es moderno porque no solo tiene en el preámbulo un concepto relacionado con el medio ambiente. También tiene términos relacionados, como “ecología”, “animales” o “plantas” mencionados en el texto. Ejemplo:

- 2. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:*
- o (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement;*
 - o (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or*
 - o (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.*

A su vez, en los tratados de tercera generación se están comenzando a excluir ciertos activos específicos de la definición de inversión. Estos pueden cubrir meramente transacciones comerciales, o lazos soberanos. Ejemplo Canadá – China (2014)

“But “investment” does not mean:

- (k) claims to money that arise solely from*
- (i) commercial contracts for the sale of goods or services, or*
- (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by sub-paragraph (d); or*
- (l) any other claims to money,*

that do not involve the kinds of interests set out in sub-paragraphs (a) to (j);”

Otros TBIs más modernos, por ejemplo, están incorporando la exclusión de la doble nacionalidad. De los 868 TBI firmados entre 1962 y 2011, solo 44 (el 5%) abarcaba alguno de estos temas. De los nuevos 61 TBI, firmados entre 2012 y 2014, 13 (el 21%) se centran en este tema.

Finalmente, una nueva característica en los TBI es el caso de las excepciones a las políticas públicas. Las excepciones normalmente conllevan un ejercicio de equilibrio. Suponiendo que el tratado se aplica, por ejemplo, a medidas ambientales, éstas van a determinar en qué casos los objetivos no económicos triunfan en la protección de las inversiones. Ejemplo TBI Egipto 2012:

“Subject to the requirement that such measures are not applied in an arbitrary or discriminatory manner or constitute a disguised restriction on investors and investments, nothing in this agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures it considers necessary:

- a) To protect public order and morals or to maintain national security;*
- b) To protect human, animal, or plant life or health, or the environment*
- c) To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provision of this agreement; or*
- d) For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources”.*

De los 868 TBI firmados entre 1962 y 2011, solo 69 (el 8%) abarca alguno de estos temas. De los nuevos 61 TBI, firmados entre 2012 y 2014, 39 (el 64%) se centran en salud pública y/o medio ambiente.

En síntesis, estos modernos tratados de inversión, llamados tratados de tercera generación, generan más obligaciones a los inversores, como el de respetar normas laborales y el medio ambiente de ese país entre otros.

Conclusiones

El objetivo del trabajo en el cual formé parte de septiembre a diciembre de 2015 ha sido ayudar a los formuladores de políticas de desarrollo a hacer los informes llamados “The World Investment Report”. Estos reportes están enfocados en las tendencias, a nivel regional y de los países específicos. A su vez, se centran en los factores emergentes para mejorar la contribución del desarrollo.

Durante el Proyecto, la profesora Gonzalez Napolitano nos ha enviado un documento de la UNCTAD titulado “*Policy options for IIA reform: treaty examples and data,*

supplementary material to World Investment Report 2015”, para observar en qué sirven los mapeos que estábamos realizando. Como se puede observar más abajo en la imagen inserta en el Anexo 1, en la *explanatory note* de todos los informes de la UNCTAD acerca de los TBI se hace referencia a que la fuente de la información proviene del mapeo de estudiantes de universidades.

Al participar en el Proyecto de la UNCTAD tuve ocasión de interiorizarme en el contenido de los TBI, observando cómo han evolucionado desde los primeros tratados, o de primera generación, hasta los tratados de tercera generación, mucho más detallados. Aprendí a analizar cada una de sus cláusulas, a entender la razón por la que se incluyen algunas previsiones y se opta por determinada redacción en lugar de otra, así como a distinguir aquellos elementos que favorecen el desarrollo sostenible de los Estados.

Además, tuve la ocasión de trabajar en equipo con un estudiante de otra universidad, incluso extranjera, con quien tuve la ocasión de discutir acerca de la interpretación de los términos y finalidad de ciertas cláusulas contenidas en los tratados, con el fin de aunar criterios y presentar ante la UNCTAD un documento final consensuado.

Por la participación en el Proyecto obtuve un diploma (ver anexo 2).

ANEXO 1

“Policy options for IIA reform: treaty examples and data, supplementary material to World Investment Report 2015”

Introduction

Policy options discussed in [Chapter IV](#) “Reforming the International Investment Regime: An Action Menu” of UNCTAD’s [World Investment Report 2015](#) are listed below, offering selected treaty examples and, where available, data on the prevalence of the reform option in treaty practice. Sample treaty formulations can also be found in the [APEC-UNCTAD Handbook for IIA Negotiators \(2012\)](#).

Treaty elements are currently limited to those discussed in [section IV.B.3\(a\)](#) of the WIR 2015 and are ordered to match the typical structure of an IIA. This is work-in-progress subject to possible revisions and updating.

- [Preamble](#)
- [Definition of covered investment](#)
- [Definition of covered investors](#)
- [Scope of the treaty](#)
- [National treatment \(NT\)](#)
- [Most-favoured-nation \(MFN\) treatment](#)
- [Fair and equitable treatment \(FET\)](#)
- [Indirect expropriation](#)
- [Exceptions to free transfer of funds obligation](#)
- [Umbrella clause](#)
- [Public policy exceptions](#)
- [National security exception](#)
- [Remedies and compensation](#)

Explanatory note

Treaty examples include those from (i) IIAs concluded to date (regardless of whether they have entered into force), (ii) draft IIAs, and (iii) model IIAs. Within the group of concluded IIAs, examples appear in reverse chronological order.

Preliminary data on the prevalence of reform options is provided where available. It is based on the [mapping of IIAs by law students from universities worldwide](#), with general guidance from UNCTAD and under the supervision of law professors. While every effort has been made to ensure accuracy, it cannot be guaranteed.

ANEXO 2

Certificado extendido por la UNCTAD



Bibliografía:

1. UNCTAD's IIA University Mapping Project, 2015 First Semester. Mapping Guide.
2. Lecciones de Derecho Internacional Público (2015), Coordinado por Silvina Gonzalez Napolitano, Editorial Erreius. Capítulos consultados: 2, 44 y 45.
3. Informes UNCTAD
 - a. The World Investment Report
 - b. Policy options for IIA reform: treaty examples and data. Supplementary material to World Investment Report 2015
4. Base de datos de acuerdos internacionales de inversión, UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>