

Informe del Comité Asesor sobre Política Económica Internacional respecto del Modelo estadounidense de Tratado Bilateral de Inversiones*

Katia FACH GÓMEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Zaragoza

La revisión del Modelo estadounidense de Tratado Bilateral de Inversiones (*U. S. Model BIT*) sigue avanzando. El 30 de julio de 2009 se celebró una audiencia pública en Washington, en la que muy diversos interesados apuntaron qué reformas introducirían en el actual *U. S. Model BIT* del año 2004¹. Tras dicha audiencia, el *Advisory Comité on International Economic Policy* (ACIEP)² emitió el 30 de septiembre de 2009 un interesante informe centrado en esta misma cuestión. El *Report*, solicitado a ACIEP por el Departamento de Estado y por la Oficina del Representante Comercial de EE UU (USTR), fue elaborado por un Subcomité de Inversiones formado por veintinueve miembros que representan a la comunidad empresarial, sindicatos, ONGs, académicos y juristas. ACIEP envió su informe el 1 de octubre de 2009 a la Secretaria de Estado estadounidense Hillary Clinton³, esperando que éste sea tomado en consideración por el Gobierno estadounidense y que incida positivamente en el proceso de revisión del *U. S. Model BIT*.

El informe del Subcomité consta de dos partes⁴. La primera sección aparece estructurada en 24 puntos, los cuales, aparte de cumplir con el requerimiento gubernativo de centrar su atención en tres temas concretos – servicios financieros, empresas de propiedad estatal y solución de controversias –, abordan también otras muchas cuestiones del *U.S. Model BIT* que en

* La autora es miembro de los Proyectos de Investigación DER 2009–11702 (subprograma JURI) y e–PROCIFIS (Ref. S 14/3). El presente trabajo se concluyó en el mes de noviembre de 2009 y en él se incluyen referencias bibliográficas aparecidas hasta esa fecha. La vigencia y accesibilidad de las páginas *web* que se citan se comprobó asimismo en esa fecha. katiafachgomez@gmail.com.

¹ Reflexionando sobre las diversas posturas defendidas en dicha reunión de 30 de julio de 2009, *vid.* K. Fach Gómez, “La revisión del *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*: ¿una nueva política de la Administración Obama en materia de inversiones internacionales?”, *Congreso internacional sobre contratación y arbitraje mercantil internacional*, Logroño, noviembre 2009.

² Se han encontrado referencias en español sobre ACIEP, denominándolo tanto *Comité Asesor sobre Política Económica Internacional* como *Comisión Consultiva en Asuntos de Política Económica Internacional*. En relación con este órgano, que “*serves the United States Government in a solely advisory capacity concerning major issues and problems in international economic policy*”, *v.* <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131111.htm>.

³ <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131096.htm>.

⁴ <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131098.htm>.

opinión del Subcomité merecerían ser objeto de reforma. Algunos de estos puntos recogen la opinión de consenso alcanzada dentro de este órgano consultivo⁵, aunque en un número no despreciable de ocasiones también se explicitan las opiniones divergentes que subsisten respecto de otras cuestiones. La segunda sección del informe está conformada por un amplio anexo en el que se presentan los puntos de vista de muchos miembros del Subcomité –recogidos en forma de *statements* individuales o colectivos–⁶.

Se va a exponer a continuación, de una forma muy esquemática, cuáles son las principales propuestas que contiene este *Report del Advisory Comité on International Economic Policy* respecto del *U. S. Model BIT*:

El Subcomité no ha podido alcanzar un posicionamiento unánime respecto de la extensión que ha de dársele al concepto de inversión. Más concretamente, el párrafo segundo del Anexo B (*Expropriation*) del *U. S. Model BIT* ha generado controversia en este sentido, ya que algunos miembros consideraron que la precisión en él contenida –“*an action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment*”– impide implementar en el ámbito expropiatorio una deseable definición de inversión que abarque *every kind of asset* –lo que supondría que determinadas inversiones estadounidenses quedarían indefensas ante expropiaciones no compensadas llevadas a cabo por Estados extranjeros–. Otros miembros abogan por el contrario por una definición más limitada de inversión, que englobe únicamente las formas de propiedad protegidas por la Constitución estadounidense y que excluya por tanto figuras como opciones, futuros y demás derivados financieros –actualmente contenidas en la definición de inversión del art. 1 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones–.

Sí se ha alcanzado un acuerdo en el seno del Subcomité en torno a una concreta ampliación del concepto de “inversión” contenido en art. 1 del *U.S. Model BIT*. En este sentido, se propone que éste abarque también adquisiciones en el extranjero sin ánimo de lucro –adquisiciones que no cumplen por tanto, con el actual requisito del Model BIT “*expectation of gain or profit*”–, como puede ser la adquisición de bienes a través de un fideicomiso para la preservación del medio ambiente. Igualmente, ACIEP desea que el futuro Modelo de Tratado Bilateral clarifique que empresas estadounidenses sin ánimo de lucro –como sindicatos u ONG medioambientales– también han de poder ser consideradas *investors*.

No se ha podido llegar a un consenso en relación con el *minimum standard of treatment* del art. 5, por lo que ACIEP deja constancia en su informe de la existencia de dos planteamientos bien diferenciados. Algunos miem-

⁵ Como se indica en la Introducción a este Informe, el método de trabajo ha decidido “*put a premium on collegiality and the search for common ground*”.

⁶ ACIEP ha decidido incluir también en su Informe las opiniones de los distintos miembros del Subcomité, con el objeto de otorgarles una “*platform for the interests and suggestions that these individuals wished to bring to the attention of the Administration*”.

bros de este organismo abogan por clarificar el vínculo entre *customary international law*⁷ y *fair and equitable treatment* recogiendo en el futuro *U. S. Model BIT* la concepción restrictiva que deriva de la posición del Departamento de Estado en el caso *Gladis Gold Ltd. v. United States*, de forma que esta noción de Derecho consuetudinario internacional sea cubierta o bien sustituida por dos obligaciones –*full protection and security* y el *Neer standard*–. En cambio, otros miembros de ACIEP quieren reforzar esta noción de estándar mínimo de trato y, con ello, la posición de los inversores estadounidenses. Para ello proponen volver a la versión del *U. S. Model BIT* de 1994, en la que no se hacía referencia al derecho consuetudinario internacional –y por lo tanto, éste concepto no podía limitar las definiciones de “trato justo y equitativo” o *full protection and security*– (“*each party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favorable than the required by international law*”).

Tampoco fue posible llegar a un acuerdo respecto de la adecuación de limitar, en caso de crisis de balanza de pagos, la libre transferencia de fondos que proclama el art. 7 del *U. S. Model BIT* de 2004. Mientras que algunos miembros del Subcomité recalcaron que era suficiente con mantener las excepciones contenidas en los arts. 20.1^o y 20.2^o del actual *U. S. Model BIT*, otros miembros defendieron que los países en vías de desarrollo necesitaban herramientas adicionales para poder gestionar crisis financieras.

Respecto de la prohibición de requisitos post–establecimiento (art. 8) un sector del Subcomité propuso que ésta se amplíe, de manera que también se impida expresamente tanto que el inversor se vea obligado a desarrollar en el Estado anfitrión actividades de investigación, desarrollo, ensayo, innovación, integración de sistemas u otra actividad destinada a la generación de propiedad intelectual, como que la utilización por parte del inversor de la tecnología desarrollada en el Estado anfitrión sea un requisito impuesto por éste para la aprobación de la inversión. El otro sector del Subcomité sostiene el planteamiento inverso, alegando que los países menos desarrollados han de poder imponer requisitos post–establecimiento a los inversores, ya que tales requisitos permiten a estos países implementar sus objetivos de desarrollo y elevar el nivel de bienestar nacional.

El Comité Asesor considera que esencial que el principio de transparencia informe todo el proceso de una inversión internacional, incluido el proceso de creación legislativa en este sector. Por ello critica la inclusión en el art. 11 de expresiones indeterminadas como “*to the extent possible*”, “*wherever possible*”, “*when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit*” y propone crear un “*Transparency Council*” que ayude a las Partes de un Tratado Bilateral a hacer progresos en esta área. Asimismo, se recomienda a la Administración estadounidense que añada un nuevo apartado al

⁷ Noción a la que está dedicado el Anexo A del actual *U. S. Model BIT* y el punto 17 del Informe aquí analizado.

citado art. 11 del *U. S. Model BIT*, por el cual se garantice a *persons of the other Party* –noción que también engloba a personas físicas y ONGs– la participación en pie de igualdad en procedimientos de desarrollo de estándares y regulaciones vinculadas con las inversiones.

Para ACIEP, el actual art. 12 del *U. S. Model BIT* –que intenta hallar un equilibrio óptimo entre las actividades inversoras y la protección medioambiental– contiene un exceso de *aspirational language*, por lo que se declara que el nuevo *U. S. Model BIT* ha de esforzarse por promocionar la protección medioambiental y la mejora de los estándares ecológicos en los países anfitriones. Un sector del Subcomité propone introducir para ello dos modificaciones concretas en el texto de este precepto. Por un lado, proclamar que los Estados están obligados a no inaplicar leyes medioambientales con el fin de atraer inversiones y que un incumplimiento de dicha obligación podría poner en marcha el mecanismo de solución de controversias interestatal. Por otro lado, garantizar expresamente que el Estado podrá adoptar medidas en pos de la protección de la vida humana, animal, vegetal, salud o la conservación de los recursos naturales sin incurrir en responsabilidad respecto del inversor. Las mismas ideas de fondo se han abordado desde la perspectiva del derecho laboral (art. 13 *U. S. Model BIT*), un ámbito en el que se ha propuesto que todos los Estados miembros de Tratados bilaterales deban implementar los derechos laborales básicos proclamados por la Organización Internacional del Trabajo. También se sugiere por parte de ACIEP que los futuros BITs instauren la figura del Consejo bilateral tanto en materia medioambiental como laboral, órgano que, formado por representantes gubernamentales, ONGs y empresarios de ambos Estados implicados, se encargue de promover la protección, cooperación y asistencia en ambas materias. Otro sector del Subcomité se muestra muy reticente ante tales propuestas, ya que consideran que éstas colocan a los inversores estadounidenses en una posición de desventaja competitiva y que incluso pueden desincentivar a los países en vías de desarrollo a firmar futuros BITs con EE UU.

Se propone que el art. 18 *U.S. Model BIT* –referido a la protección de la seguridad esencial de los Estados– sea modificado de forma que no permita que una parte adopte medidas para promocionar objetivos económicos que sean incompatibles con las obligaciones recogidas en los Tratados bilaterales. Se sugiere asimismo que estas medidas en pos de la *esencial security* cumplan con principios proclamados por la OCDE en esta materia, como son la no discriminación en circunstancias similares, transparencia, previsibilidad, proporcionalidad de la norma y responsabilidad. Persiste el debate dentro del Subcomité en torno a si la alegación de dicha excepción por parte del Estado debería impedir o no la culminación de un arbitraje inversor–Estado.

Respecto a los servicios financieros, el Subcomité recomienda que el precepto que aborde esta materia en el futuro *U.S. Model BIT* ha de explicitar que es posible recurrir al arbitraje inversor–Estado, caso de que se estime que el Estado anfitrión ha violado en el ámbito de los servicios financieros el principio de trato nacional o de nación más favorecida. Se propone asimismo que la Administración estadounidense revise el art. 20.1º, segunda frase del

U. S. Model BIT –“where such measures do not conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Partys ´s commitments or obligations under this Treaty”–, con el objetivo de eliminar o aclarar esta aseveración, de forma que no genere problemas de coordinación con la “excepción de prudencia” contenida en la primera frase de esta disposición.

En relación con la solución de controversias (Sección B del *U. S. Model BIT*), el Informe deja constancia del intenso debate que esta materia ha generado en el seno del Subcomité. Algunos miembros de este órgano inciden en que el mecanismo de solución de controversias inversor–Estado constituye el núcleo irrenunciable de la inmensa mayoría de los más de 2600 Tratados bilaterales vigentes en la actualidad. Desde la perspectiva estadounidense, hace más de cincuenta años que esta herramienta ha permitido proteger los intereses de los inversores nacionales en el extranjero, por lo que cualquier futura modificación a la baja de esta protección colocaría al empresario estadounidense en una desafortunada posición de desventaja competitiva. Un planteamiento bien distinto es defendido por otros miembros del Subcomité, quienes apuntan que el arbitraje inversor–Estado no toma en adecuada consideración el interés público del país en vías de desarrollo. Por ello se estima que los conflictos en materia de inversiones deberían ser planteados a órganos judiciales nacionales y que el recurso a mecanismos internacionales de solución de conflictos, cuando éste sea necesario, debería priorizar la vía interestatal. Desde esta perspectiva, se considera necesario imponer al inversor la obligación de agotar los remedios nacionales antes de acudir a instancias internacionales –postura que es considerada como una involución inadmisibles para quienes defienden la intervención inmediata de herramientas como la ofrecida por Ciadi–. Y, en el mismo sentido, se propone que el “*government screen*” que recoge el actual *U. S. Model BIT* en materia impositiva y de servicios financieros sea extendido a otras materias esenciales, de forma que en estos ámbitos los inversores no puedan plantear reclamaciones que afecten el interés público del Estado de acogida –planteamiento que, para sus detractores, introduce el riesgo de “repolitizar” los conflictos en materia de inversiones internacionales– .

Centrando la atención en los preceptos del actual *U. S. Model BIT* que se dedican al arbitraje inversor–Estado, diversos miembros del Subcomité han hecho propuestas a este respecto. Así, siguiendo las pautas de las modificaciones introducidas en el Regl. Arbitraje Ciadi (art. 37.2º), se propone que el art. 28.3º *U.S. Model BIT* reciba una nueva redacción más detallada, por medio de la cual el Tribunal permita, si se dan una serie de requisitos, que un *amicus curiae* presente una comunicación escrita respecto de un asunto que sea objeto de la controversia arbitral. Preocupan asimismo los costes de este arbitraje, por lo que se propone por ejemplo que los “*cooling–off periods*” contenidos en el art. 24 *U. S. Model BIT* pasen a ser opcionales, de forma que se pueda reducir la duración del procedimiento.

En cuanto a las empresas estatales (*State Owned Enterprises–SOEs*), el Subcomité considera que la Administración estadounidense debería expli-

tar en el futuro *U.S. Model BIT* que las actividades empresariales desarrolladas por las SOEs también permiten a los inversores extranjeros invocar los principios de trato nacional y nación más favorecida. Adicionalmente, algunos miembros del Subcomité proponen que se indique que la naturaleza estatal de la empresa no descarta la intervención de la mención “*in like circumstances*” contenida en los arts. 3 y 4. Asimismo se sugiere que la referencia del art. 2 del actual *U.S. Model BIT* – “*to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party*” – se modifique con el objeto de que una delegación informal no exonere a las empresas estatales de los deberes contenidos en el respectivo Tratado Bilateral.

Estas son las conclusiones recogidas en el Informe que ACIEP ha emitido recientemente con objeto de reformar el Modelo estadounidense de Tratado bilateral de inversiones del año 2004. El paso del tiempo nos dirá si la actual Administración estadounidense toma en consideración estas recomendaciones y si la reforma iniciada culmina en un nuevo texto que plasme la política de EE UU en materia de inversiones internacionales.