

LATIN AMERICA INVESTMENT & ARBITRATION LAW BI-MONTHLY

By Ignacio Gómez-Palacio

Consulting Editor: Prof. Garrett Epps

Research Assistant: MonicaPerzabal

(Versión en idioma español en pág. 3)

BILATERAL INVESTMENT TREATIES: RECENT DEVELOPMENTS.

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, analyzes BITs developments and current status.

A word of warning: developments cannot be identified in an aggregate or universal way, but rather as a reflection of what they are today in the international scenario, a network of atomized and multifaceted agreements.

I. RECENT DEVELOPMENTS At a macro level, the following trends and developments can be identified:

1. Rapid growth. On the average, over the past five years, more than 3 treaties were signed per week.

These international instruments, which started as agreements between developed and developing countries, are now often executed North-North and South-South, the latter now representing close to 30% of the worldwide figure. Unlike the Western hemisphere BITs, generally South-South BITs deal with investment protection and promotion, not with granting free admission and establishment. They refrain from prohibiting performance requirements and limit transparency requirements to follow-up laws and regulations.

Further, it is relevant to state that enough time has elapsed since the mid 90's when the execution of BITs took that intensive renegotiations are beginning to take place. Renegotiated BITs now number over 100 and this number is likely to increase substantially in the immediate future. Finally, there is a tendency to insert

Immediate future. Finally, there is a tendency to insert investment rules as part of other treaties dealing with matters such as trade, economic cooperation and others.

2. Drafting changes that reflect past experiences. The information today is different than the information during the mid 90's, when intensive drafting began. One large contributor has been investor-State arbitration and the proceedings that have taken place. The State Parties are more aware of the risks of open-ended, subjective and confusing drafting, as well as the relevance of providing proper rules for arbitral proceedings. An example is the care placed on the "investment" definition.¹

It is interesting to point out the influence of investment rules from one country or region to another. An example is considering fair and equitable treatment in accordance with "customary international law", different from "international law".² The addition of these two trends, i.e. rapid growth and drafting changes, show an evolving system in transition, a system inserted in an international community far from achieving or even wishing to achieve, coherent policies.

3. Transparency. Civil society is pressing for greater transparency and great participation by NGO's in investor/State dispute procedures. Investor-State arbitrations deal mostly with matters of public and social interest. Confidentiality is under attack. Public hearings and the intervention of NGO's as *amicus curiae* are beginning to appear While this phenomenon will increase

¹ The definition of "investment" has deviated from its original approach. The purpose has been to exclude assets that the Parties do not wish and in many cases never intended to be protected under the definition of "investment".

² The first steps in this direction were taken by NAFTA's Free Trade Commission and now are shown in BITs executed, for example, by China, India and the UK.

the time and cost of arbitration, it seems a trend unlikely to be stopped.

While BITs used routinely to provide that awards were confidential unless the parties agreed otherwise, this policy is now generally reversed to read that awards are public, unless the parties agree otherwise. At a micro level there are numerous changes, probably as many as there are investment treaties.³

II. ADDITIONAL COMMENTS.

A new generation of BITs has been identified. These now address investment-related issues such as services, competition, intellectual property rights and labor rights. Additional issues have been included such as environmental regulation, health, safety and internationally labor standards. Most likely, in the future human rights matters will be included. The multitude of instruments now related to investment protection has created a universal scenario of interaction. Documents multiply. Contradictions and accumulation are frequent and in many instances do not show policy coherence.

In Latin America, democracy has brought about policy changes, as the case of Bolivia leaving ICSID, Venezuela's expropriations and the leftist approach of other countries like Ecuador and Paraguay with new administrations. In other words, changes in the Executive Power of developing countries can create problems of policy coherence (i) between BITs executed and domestic economic and development policies, and (ii) between old and recent BITs executed by the country.

³ Examples: Final awards are subject to annulment or appeal under the ICSID Convention or the New York Convention; the BIT is applicable to "investment" made post-establishment phase or before the date in force of the treaty; an enterprise organized under the laws of a given Party to the treat, cannot file an investor/State dispute against that same Party.

Finally it must be stated that there is pressure to make BITs instruments not only of FDI protection, but instruments to truly promote foreign investment; to create instruments to enhance the need for States to increase their capacities to attract FDI and achieve coherent policies.

NEWS, NEWS, NEWS: June was a good month. An important book was published: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, Oxford University Press. Hardback, 1344 pages, 31 chapters and 37 contributors. For details refer to: <http://www.oup.com/uk/catalogue/?ci=9780199231386>.

This article is provided as a service to clients and friends of Ignacio Gomez-Palacio.
It is not intended as legal advice on any matter.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2
Lomas Reforma
11930 Mexico, D.F.
Tel. +52 (55) 5247-8001
Fax. +52 (55) 5245-2094
igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

For more information on matters affecting global foreign investment and arbitration, contact Ignacio Gomez-Palacio, telephone at (52) (55) 5247-8001 or email always to both these addresses: igp@g-pasoc.com or ignaciogomezpalacio@gmail.com

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: EVOLUCIÓN Y NOTICIAS RECIENTES.

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, centra su atención en la evolución que han tenido los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y su estado actual.

A manera de advertencia: se considera que la evolución de referencia no puede ser identificada de manera universal o agregada, sino como una reflexión de lo que hoy son en el escenario internacional, una red de acuerdos atomizados y multifacéticos.

I. DESARROLLO RECIENTE.

Desde el punto de vista de una visión macro, se identifican las siguientes tendencias y evoluciones:

1. **Rápido crecimiento.** En promedio, durante los últimos cinco años, más de 3 tratados han sido firmados por semana.

Estos instrumentos internacionales, los cuales se iniciaron como acuerdos entre países desarrollados y economías emergentes, ahora frecuentemente se celebran Norte-Norte y Sur-Sur, éstos últimos representando cerca del 30% de la totalidad. A diferencia de los TBIs del hemisferio occidental, puede señalarse que en general los TBIs Sur-Sur, se ocupan de la protección y promoción de la inversión y no con la libre admisión y establecimiento de la inversión extranjera; asimismo se abstienen de prohibir requisitos de desempeño y limitan las exigencias de transparencia a leyes y reglamentos internos.

Cabe además subrayar que ha transcurrido tiempo suficiente (desde mediados de los 90's, cuando la celebración de TBIs se inició de manera más o menos intensa), para estar hoy en día frente a renegociaciones de los mismos. El número de TBIs renegociados actualmente excede los 100 y esta cifra tiende a incrementarse de manera substancial en el futuro inmediato. Finalmente se señala que existe la tendencia de insertar reglas de inversión dentro de tratados que regulan comercio exterior, cooperación económica y otras.

2. **Cambios que reflejan experiencias pasadas.** Hoy la información es distinta a la información que se tenía a mediados de los 90's, cuando la redacción se inició. El arbitraje inversionista-Estado y los procedimientos que han tenido lugar han contribuido de manera importante a ello.

Los Estados Parte están más atentos a los riesgos que conlleva una redacción abierta, subjetiva y confusa, así como a la relevancia de establecer una regulación apropiada de los procedimientos arbitrales. Un ejemplo es el cuidado que se ha dado a la definición de "inversión".⁴

Resulta interesante señalar la influencia de reglas de inversión de un país o región a otro. Un ejemplo es el estándar de trato justo y equitativo de acuerdo con el "derecho internacional consuetudinario", diferente a considerarlo conforme con el "derecho internacional".⁵ La suma de estas dos tendencias, i.e. rápido crecimiento y cambios en la redacción, muestran un sistema evolutivo en transición; un sistema insertado en una comunidad internacional aun lejos de alcanzar o incluso del deseo de alcanzar, políticas coherentes respecto a la inversión extranjera.

3. **Transparencia.** La sociedad civil está presionando por mayor transparencia y por la participación de OSCs en procedimientos de resolución de controversias inversionista-Estado. La materia sobre la que deciden los arbitrajes inversionista-Estado se refiere a asuntos de interés público y social. La confidencialidad está siendo revisada. Las audiencias públicas y la participación de OSCs en calidad de *amicus curiae* comienzan a

⁴ La definición de "inversión" se ha modificado de su versión original. El propósito ha sido excluir activos que las Partes no desean y en muchos casos nunca intentaron proteger dentro de la definición de "inversión".

⁵ Los primeros pasos en esta dirección fueron adoptados por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN y actualmente se incluyen en TBIs celebrados, por ejemplo, por China, India y Reino Unido.

aparecer. En tanto esta tendencia difícilmente se detendrá, una de las consecuencias será el incremento en costo y tiempo del arbitraje.

Lo que solía ser la redacción de TBIs, declarando que los laudos eran confidenciales a menos que las partes acordaran en otro sentido, ahora generalmente es lo contrario, es decir, que los laudos son públicos, a menos que las partes acuerden de manera distinta. Desde el punto de vista de una visión micro, pueden indicarse que los cambios probablemente son tan numerosos como existen tratados de inversión.⁶

III. COMENTARIOS ADICIONALES.

Una nueva generación de TBIs ha sido identificada. Incluye temas relacionados con inversión tales como servicios, competencia, derechos de propiedad intelectual y trabajo migrante. Se han incluido temas adicionales tales como medio ambiente, salud, seguridad y estándares laborales internacionales. Es altamente factible que en el futuro, los derechos humanos también serán incluidos. La multitud de instrumentos relacionados con la protección de inversión ha creado un escenario universal de interacción. Los tratados se multiplican. Contradicciones y acumulaciones son frecuentes y no muestran una política coherente.

En Latinoamérica, la entrada de la democracia ha traído como consecuencia cambios de política como ha sido la renuncia de Bolivia al CIADI, las expropiaciones llevadas a cabo en Venezuela y el acercamiento a la izquierda de las nuevas administraciones de Ecuador y Paraguay. En otras palabras, los cambios en el Poder Ejecutivo de economías emergentes pueden acarrear problemas de políticas coherentes (i) entre TBIs celebrados y las políticas económicas y de desarrollo domésticas, y (ii) entre anteriores y recientes TBIs celebrados por el país.

⁶ Ejemplos: los laudos definitivos se sujetan a anulación o apelación conforme a la Convención CIADI o la Convención de Nueva York; los TBIs se aplican a la "inversión" en la fase de post-establecimiento o antes de la fecha de entrada en vigor del tratado; una empresa organizada bajo las leyes de una de las Partes al tratado, puede quedar incapacitada para presentar una reclamación inversionista-Estado contra la misma Parte.

Finalmente debe señalarse, que existe presión a efecto de hacer de los TBIs instrumentos no sólo de protección de IED sino instrumentos de verdadera promoción de la inversión extranjera; de crear instrumentos que incrementen la necesidad de los Estados y aumentar sus capacidades de atraer IED y adoptar políticas coherentes.

NOTICIAS, NOTICIAS, NOTICIAS: Junio fue un buen mes. Se publicó un libro importante: The Oxford Handbook of International Investment Law, compilado por Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer, Oxford University Press. Pasta dura, 1344 páginas, 31 capítulos y 37 autores. Para más detalles: <http://www.oup.com/uk/catalogue/?ci=9780199231386>.

Este artículo es proporcionado como un servicio a clientes y amigos de Gómez-Palacio y Asociados. No constituye asesoría u opinión legal.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcázar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 México, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

Para mayor información sobre arbitraje y actos que afectan o están relacionados con inversión extranjera, contactar al Lic. Ignacio Gómez-Palacio al teléfono (52) (55) 5247-8001 o enviar correo electrónico a ambas de las siguientes direcciones:

igp@g-pasoc.com o ignaciogomezpalacio@gmail.com