

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. 2)

THE CHANGING WORLD OF FOREIGN INVESTMENT. PROTECTIONISM AND SOVEREIGN WEALTH FUNDS.

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly discusses some important developments that are altering the international climate for foreign investment: The Foreign Investment and National Security Act enacted by the USA (FINSA) and the relevant presence of Sovereign Wealth Funds (SWF).

Following a growing trend of world wide protectionism,¹ the USA in July 2007 enacted the Foreign Investment and National Security Act (FINSA, M.R. 556, an amendment of the Exon Florio Act),

The act does not arrive as a surprise. Several factors in today's world economy are leading the USA to reconsider its commitment to free trade and open access for foreign investment (to now deem foreign investment as a potential danger). To name a few: the fall in the international value of the dollar (meaning reduced value of USA assets), fear of SWFs, the ballooning federal budget deficit, the negative trade balance and the country's increasing dependency on expensive imported oil and gas.

FINSA's basic purpose is to investigate, evaluate and in some cases to prevent mergers, acquisitions, or takeovers by or with any foreign person or foreign government, which could result in foreign control of any person engaged in interstate commerce in the USA.

Under FINSA (Section 6), the President of the USA in his or her sole discretion, not subject to judicial review, may take action to suspend or prohibit any covered transaction that threatens to impair the national security of the United States. The President may exercise such authority if he/she finds that:

a. There is credible evidence that leads the President to believe that the foreign interest exercising control might take action that threatens to impair the national security; and

b. Provisions of law and the International Emergency Economic Powers Act do not provide adequate and appropriate authority for the President to protect the national security.

The President may direct the Attorney General of the USA to seek appropriate relief, including divestment relief, in the district courts of the USA. This includes seeking divestment of acquisitions already completed, arising concern and insecurity.

FINSA (Section 3) further reorganizes the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS). The Committee is comprised of 7 Secretaries, the Attorney General of the United States, the Director of National Intelligence and the heads of any other executive department, agency, or office, as the President determines appropriate, generally or on a case-by-case basis. The Secretary of the Treasury serves as the chairperson [FINSA's Section 3, amends Section 721 of the Defense Production Act of 1950 (50 U.S.C. App. 2170)]. CFIUS investigates foreign investment and recommends presidential action, and may also be assigned other responsibilities as the President sees fit.

¹ Regarding First World countries: the European Union Commission is considering a Code of Conduct to control investment by sovereign funds. Germany is concerned about sovereign funds and is considering establishing a commission on foreign investment matters. The opposition party in Canada is requesting a three-month freeze on foreign investment to allow parliamentary review. Emerging economies, such as Bolivia withdrawing from the ICSID Convention, Ecuador initiating termination of nine of its BITs, and Ecuador and Nicaragua considering partial withdraw from ICSID, together with the establishment of the Banco del Sur by several Latin American countries, are all examples of protectionism, many related to the energy industry.

This short commentary highlights a few matters regarding the SWFs that stand today as a relevant concern for states wanting to retain control of their economies and national security. While SWFs have existed since 1950, their size has increased dramatically over the last decades. In 1990 SWFs held approximately US\$500 billion. Currently they hold between US \$2 and 3 trillion and are expected to grow to US \$10-15 trillion by 2012/2015.

SWFs are assets held by governments, mostly in hard currency. The fund of the United Arab Emirates is considered the richest, followed by Norway, Singapore, Kuwait, China and Russia. The funds are stirring fears among First World economies. Dubai has acquired almost half of the London Stock Exchange, Lenovo (Chinese) has acquired IBM's personal computer division, and large acquisitions have taken place in Morgan Stanley, Merrill Lynch and Citicorp, etc.²

The main concern on SWFs is generally the lack of ownership transparency. As per initiative of the G-8 finance ministers, the OECD prepared a report providing policy guidance for recipient countries. The IMF has also contributed with a study on development of best practices of transparency and accountability. Both institutions aim is to build confidence in SWFs as a source of capital, with the purpose of avoiding market control and investment protectionism. One final

comment: a recent movement is seeking the execution of a multilateral treaty on M&A subsidies that would control SWFs financing such transactions.

NEWS, NEWS, NEWS: On May 8, 2008, after eleven years of arbitration, Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2 (Spain/Chile BIT)) was decided against Chile. Defendant was ordered to pay US \$10,132,690.18 plus interest.

As per judgment dated May 5, 2007, the Ontario Superior Court of Justice dismissed (with costs), plaintiff's application to set aside the final award issued in Bayview Irrigation District et al. v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1 (NAFTA)).

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

² Ewell E. Murphy Jr. International Energy Dispute: Past, Present and Future. Presentation made as a conference in Houston, Texas, on April 18, 2008. Johnson Simon. The Rise of Sovereign Wealth Funds, Finance & Development, International Monetary Fund, September 2007, Vol. 44 No. 3.

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

EL MUNDO CAMBIANTE DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. PROTECCIONISMO Y FONDOS SOBERANOS.

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, se centra en algunos de los temas más relevantes en el escenario internacional de la inversión extranjera: El Foreign Investment and National Security Act emitido por los EUA (FINSA) y la presencia de los Fondos Soberanos (FS).

Ante la creciente tendencia mundial de proteccionismo,³ los EUA emitieron en julio de 2007, el Foreign Investment and National Security Act (FINSA, H.R. 556, que modifica el Exon Florio Act).

Dicha ley no es de sorprender si se toma en cuenta los diversos factores presentes en la economía mundial actual, que han provocado a los EUA a reconsiderar su postura de acceso a la inversión extranjera y al libre

³ Respecto a países del primer mundo: la Comisión de la Unión Europea está considerando un código de conducta para controlar la inversión por fondos soberanos. Preocupada por los fondos soberanos, Alemania está considerando establecer una comisión sobre aspectos de inversión extranjera. En Canadá, el partido de oposición está solicitando que la inversión extranjera se congele durante tres meses a efecto de que se permita revisión parlamentaria. Economías emergentes tales como Bolivia (que denunció la Convención CIADI), Ecuador que ha iniciado la terminación de nueve de sus tratados bilaterales de inversión y Nicaragua que están considerando una renuncia parcial del CIADI a lo que se suma el establecimiento del Banco del Sur por diversos países latinoamericanos, son ejemplos de proteccionismo, muchos de ellos relacionados con el sector energético.

comercio (a considerar a los inversionistas extranjeros como un peligro potencial). Algunos de los factores son: la depreciación del dólar (que ha reducido el valor de los activos en EUA), temor a los FS, números rojos en el presupuesto federal y balanza de pagos negativa en los EUA, así como la creciente dependencia en petróleo y gas importado a precios elevados.

El propósito básico de FINSA es el contar con las facultades necesarias para investigar, decidir y ejecutar acciones que eviten fusiones y adquisiciones, por o con una persona o gobierno extranjero, que pudieren resultar en el control extranjero de cualquier persona dedicada a comercio interestatal en los EUA.

FINSA (Sección 6) otorga al Presidente de los EUA facultad discrecional, no sujeta a revisión judicial, para suspender o prohibir cualquier operación que amenace la seguridad nacional de los EUA. El Presidente queda autorizado para ejercer dicha facultad si él/ella encuentra que:

- a. Existe evidencia creíble que lleve al Presidente a considerar que el interés extranjero que ejercita el control, pueda tomar alguna acción que amenace con afectar la seguridad nacional, y
- b. Cualquier acto legislativo y el International Emergency Economic Powers Act, no otorga facultades adecuadas y apropiadas al Presidente para proteger la seguridad nacional.

El Presidente puede ordenar al Procurador General de los EUA a buscar en los tribunales de distrito de los EUA la solución apropiada, incluyendo orden de disposición de bienes. Esto incluye la demanda de disposición de adquisiciones que ya hubieren sido realizadas, lo que acarrea preocupación e inseguridad.

FINSA (Sección 3), reorganiza el Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS). El Comité esta compuesto por 7 Secretarios de Estado, el Procurador General de los EUA, el Director of National Intelligence y los directivos de cualquier otro "executive department, agency or office" que el Presidente determine apropiado en general o caso por caso. El Secretario del Tesoro funge como Presidente del Comité [FINSA Sección 3, deroga la Sección 721 del Defense Production Act de 1950 (50 U.S.C. App. 2170)]. El propósito de CFIUS es investigar a la inversión extranjera, recomendar al Presidente acciones a tomar y a su vez llevar a cabo las tareas que el Presidente considere conveniente encargarle.

Este breve comentario subraya algunos aspectos de los FS, considerados preocupación hoy día de Estados deseosos de retener el control de sus economías y de su seguridad nacional. Los FS, presentes desde 1950, han aumentado dramáticamente en las últimas décadas. En 1990 detentaban aproximadamente US\$500 billones. Actualmente detentan US\$2 y 3 trillones y se considera que llegarán a US\$10-15 trillones para 2012/2015.

Los FS son activos propiedad de gobiernos que en general se detentan en monedas duras. El fondo de los Emiratos Árabes Unidos es considerado el más rico, seguido por Noruega, Singapur, China y Rusia. El temor está subiendo. Dubai ya ha adquirido casi la mitad del London Stock Exchange, Lenovo (chino) adquirió la división de IBM de computadoras personales y grandes adquisiciones se están llevando a cabo en Morgan Stanley, Merrill Lynch and Citicorp, etc.⁴

La preocupación mayor de los FS es la falta de transparencia de sus propietarios. A solicitud de los ministros de finanzas del G-8, la OCDE preparo un reporte proporcionando guías a seguir por países receptores de inversión. EL FMI también ha contribuido con un estudio para el desarrollo de las mejores prácticas sobre transferencia y responsabilidad. El propósito de ambas instituciones es el de crear confianza en los FSs como fuentes de capital, evitando control del mercado y proteccionismo. Un comentario final: está surgiendo un movimiento en pro de la celebración de un tratado multilateral sobre el subsidio de fusiones y adquisiciones, a efecto de controlar el financiamiento de FSs en tales operaciones.

NOTICIAS, NOTICIAS, NOTICIAS: El 8 de mayo de 2008, después de once años de arbitraje, el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. República de Chile (Caso CIADI No. ARB/98/2 (España/Chile BIT), se resolvió en contra de Chile. La demandada fue condenada a pagar US\$10.132.690,18 más intereses.

La Corte Superior de Justicia de Ontario, mediante resolución del 5 de mayo de 2008, desechó (condenando a costas) la solicitud de la demandante de anular el laudo final en el caso Bayview Irrigation District et al. v. México (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1 (TLCAN)).

¹ Ewell E. Murphy Jr. International Energy Dispute: Past, Present and Future. Presentación hecha en una conferencia en Houston, Texas, el 18 de abril, 2008. Johnson Simon. The Rise of Sovereign Wealth Funds, Finance & Development, International Monetary Fund, Septiembre 2007, Vol. 44 No. 3.

**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