



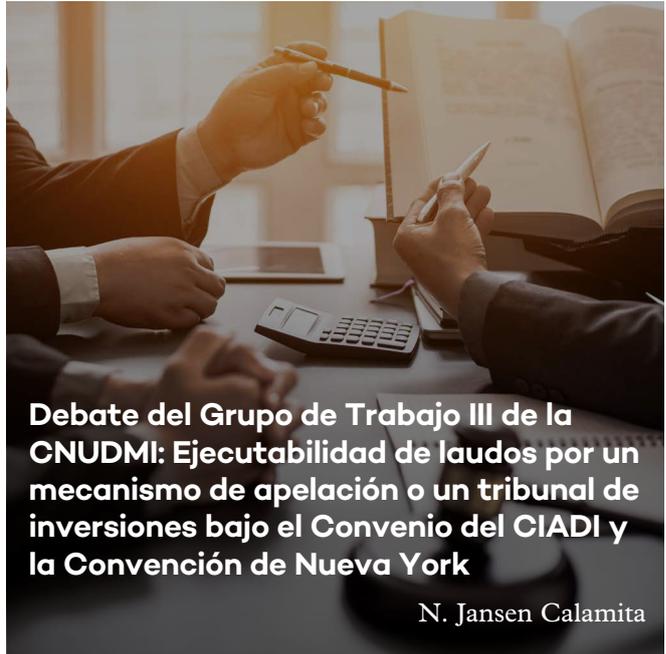
UN BOLETÍN EN LÍNEA SOBRE DERECHO Y POLÍTICAS DE INVERSIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

NÚMERO 1. TOMO 11. MARZO 2020



¿Lo Mejor de Dos Mundos? El Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre Brasil e India

Martin Dietrich Brauch



Debate del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Ejecutabilidad de laudos por un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones bajo el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York

N. Jansen Calamita



Diversidad de Decisores en un Régimen Reformado de ISDS: ¿La OMC es un buen modelo a seguir por los países en desarrollo?

Jane Kelsey



Combatiendo el Cohecho y la Corrupción en África: Desde las convenciones de la UA y la OCDE a un principio general del derecho internacional de las inversiones

Guy Marcel Nono





Contenido

ARTÍCULO 1 ¿Lo Mejor de Dos Mundos? El Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre Brasil e India.....	4
ARTÍCULO 2 Debate del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Ejecutabilidad de laudos por un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones bajo el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York.....	9
ARTÍCULO 3 Diversidad de Decisores en un Régimen Reformado de ISDS: ¿La OMC es un buen modelo a seguir por los países en desarrollo?.....	13
ARTÍCULO 4 Combatiendo el Cohecho y la Corrupción en África: Desde las convenciones de la UA y la OCDE a un principio general del derecho internacional de las inversiones.....	15
NOTICIAS EN BREVE	19
Sesión de la CNUDMI de enero considera mecanismo de apelación, tribunal permanente y cuestiones relativas a árbitros y decisores	19
Conversaciones sobre facilitación de las inversiones fijan su mirada en los resultados de la CM12 de la OMC, se preparan para las negociaciones de marzo	20
Modernización del TCE: Conferencia se reúne en diciembre de 2019, prepara el escenario para las reuniones de negociación en el 2020.....	21
Conversaciones entre China y la UE: negociadores discuten nuevas ofertas de acceso al mercado, apuntando a un resultado en 2020.....	21
Trump firma T-MEC, acercando el reemplazo del TLCAN a su entrada en vigor	22
Brexit: Reino Unido deja la UE entre cuestionamientos sobre futuras relaciones de comercio e inversión.....	23
Acuerdos comerciales de Australia con Hong Kong y con Perú entran en vigor, con Indonesia ratificado.....	24
LAUDOS Y DECISIONES	25
En un nuevo laudo del CIADI se determina que las reformas del sector energético de España no infringen el TCE.....	25
Hungría declarada responsable por expropiar inversión de inversor británico y se le ordena el pago de EUR 7 millones en compensación por daños.....	27
TBI no vigente: Mozambique triunfa sobre jurisdicción en caso contra inversor sudafricano.....	29
Demandas de CMC desestimadas en base al fondo: Si bien acuerdo de conciliación puede ser considerado una inversión bajo TBI y Convenio del CIADI, Mozambique no acordó al mismo.....	31
RECURSOS Y EVENTOS	34

INVESTMENT TREATY NEWS

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
 Casa Internacional del Medio Ambiente 2
 9, Chemin de Ballexert, 6° andar
 1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

Tel +41 22 917-8748
 Fax +41 22 917-8054
 Email itn@iisd.org
 Twitter [iisd_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directora Principal - Derecho y Políticas Económicas
 Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés
 Isabelle Guinebault

Redactor
 Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español
 María Candela Conforti

Redactora, edición en francés
 Suzy Nikièma

Oficial de Prensa y Comunicaciones
 Sofía Baliño

Redactora, edición en español
 Marina Ruete

Design (PDF)
 PortoDG



LISTA DE ABREVIATURAS

AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global
AII	Acuerdo Internacional de Inversión
APP	Asociación Pública-Privada
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
CAO	Comunidad de África Oriental
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Comisión Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CJE	Corte de Justicia Europea
CJUE	Corte de Justicia de la Unión Europea
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
Convención del CIADI	Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPTPP	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión Extranjera Directa
IISD	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
ISDS	Solución de Controversias Inversionista-Estado
ITN	Investment Treaty News
NMF	Nación Más Favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODS	Objetivo de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Mundial del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
RCEP	Asociación Económica Integral Regional
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
SADC	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SCC	Cámara de Comercio de Estocolmo
STI	Sistema de Tribunales de Inversiones
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TMI	Tribunal Multilateral de Inversiones
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo



ARTÍCULO 1

¿Lo Mejor de Dos Mundos? El Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre Brasil e India

Martin Dietrich Brauch



Dos modelos innovadores de tratados de inversión de dos de las principales economías emergentes salieron a la luz en 2015, cuando Brasil celebró sus primeros Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI)¹ y cuando India aprobó su modelo revisado de TBI². Desde entonces, ambos modelos han sido influyentes en el debate mundial sobre las opciones de reforma del derecho internacional de las inversiones para el desarrollo sostenible³.

¹ La mayoría de los acuerdos de inversión celebrados por Brasil desde 2015 se encuentran disponibles en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Para ver un comentario anterior sobre los ACFI de Brasil, véase por ejemplo: Morosini, F., y Sanchez Badin, M. R. (2015, agosto). El Acuerdo brasileño de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión? *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. <https://www.iisd.org/itn/es/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/>. Bernasconi-Osterwalder, N., y Brauch, M. D. (2015, septiembre). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas/>; Martins, J. H. V. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>.
² Gobierno de India. (2015). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. El único texto públicamente disponible de un tratado posterior a 2015, celebrado por India antes del ACFI entre Brasil e India es el TBI de 2018 entre Bielorrusia e India: Acuerdo de Inversión entre la República de Bielorrusia y la República de India, 24 de septiembre de 2018. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3839/belarus-india-bit-2018->

³ Según el análisis de la UNCTAD, los tratados celebrados por Brasil y por India en 2018 —basados en sus respectivos modelos de tratado de 2015— contienen muchas disposiciones de reforma de AII orientada al desarrollo sostenible. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2019, junio). Taking stock of IIA reform: Recent developments. *IIA Issues Note*, 3. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5_en.pdf

El año 2020 comienza con una unión anticipada hace mucho tiempo⁴ entre ambos países: el 25 de enero, Brasil e India celebraron su Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones (TCFI)⁵. El presente artículo brinda una descripción preliminar sobre la estructura y las disposiciones del tratado, destacando los elementos del enfoque brasileño y del modelo indio que se encuentran incorporados.

Preámbulo y Parte I (Ámbito de Aplicación y Definiciones)

Preámbulo. Reiterando el lenguaje del modelo de TBI indio, el preámbulo del TCFI pone grandes esperanzas en la cooperación y facilitación de inversiones, lo cual, según el texto “será” conducente a la actividad comercial, la cooperación económica y el desarrollo sostenible. Este lenguaje es más firme que el utilizado en otros tratados celebrados por Brasil —por ejemplo, “reconociendo el papel esencial de las inversiones para promover el desarrollo sostenible”⁶—, y es bastante optimista dada la dificultad de establecer un vínculo entre los tratados de inversión y los flujos de IED⁷. Aun así, el preámbulo reafirma de manera relevante y positiva “el derecho de las Partes a regular las inversiones establecidas en su territorio de conformidad con sus leyes y objetivos de políticas”.

⁴ Investment Treaty News (ITN). (2016, diciembre). *Brasil e India rubrican tratado bilateral de inversión (TBI); texto aún no publicado*. <https://www.iisd.org/itn/es/2016/12/12/brazil-and-india-initial-bilateral-investment-treaty-bit-text-yet-to-be-published>

⁵ A lo largo de este artículo, las referencias bibliográficas a los artículos se refieren a: Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de India, 25 de enero, 2020. <https://aplicacao.itamaraty.gov.br/ApiConcordia/Documento/download/30220>

⁶ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y los Emiratos Árabes Unidos, 15 de marzo de 2019. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4896/brazil-united-arab-emirates-bit-2019-> [en adelante ACFI entre Brasil y EAU de 2019].

⁷ Véase Pohl, J. (2018). Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión: Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles. *Documentos de Trabajo sobre Inversión Internacional de la OCDE*, No. 2018/01. OECD Publishing. https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion_3d753f20-es; Bonnitcha, J. (2017, septiembre). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. IISD. <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>



Objetivo. El objetivo del tratado es “promover la cooperación entre las Partes con el fin de facilitar y promover la inversión mutua” (Artículo 1). Tal como ocurre en otros tratados celebrados por Brasil desde 2015, el TCFI procura alcanzar este objetivo no a través de la protección de las inversiones y la ISDS, sino mediante el establecimiento de un marco institucional para la gestión de una agenda de cooperación y de facilitación de inversiones, y mecanismos para la mitigación de riesgos y la prevención de conflictos.

Definición de inversión. En concordancia con los modelos de Brasil y de India, el TCFI adopta una definición de inversión basada en las empresas. Para ser cubierta por el tratado, la inversión debe estar sujeta a la propiedad directa o indirecta o al control —criterios utilizados en los últimos tratados brasileños— “o un grado significativo de influencia” de un inversor en el territorio del otro Estado parte. También debe tener “las características de una inversión, que incluye el compromiso de capital, el objetivo de establecer un interés duradero, la expectativa de ganancia o utilidad y la asunción de riesgos”. (Artículo 2.4).

Basándose en ambos modelos, la definición de inversión también incluye una lista exhaustiva de exclusiones, que incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa o arbitral; títulos de deuda; gastos incurridos antes de obtener las licencias necesarias; inversiones de cartera y derechos intangibles tales como crédito mercantil, valor de marca y participación de mercado (Artículo 2.4.1).

Definición de inversor. Los inversores pueden ser personas físicas (nacionales, ciudadanos o residentes permanentes) o empresas (que no sean sucursales). La empresa debe estar organizada de conformidad con las leyes de su Estado de origen y conducir actividades comerciales sustanciales en el territorio de dicho Estado (Artículos 2.5 y 2.8).

Ámbito de aplicación. El TCFI se aplica a medidas (incluyendo leyes, regulaciones, resoluciones y otras) relativas a las inversiones existentes y aquellas establecidas, adquiridas o que se extiendan después de la fecha de su entrada en vigor, siempre y cuando sean admitidas de conformidad con la legislación del Estado anfitrión (Artículo 3.1). El artículo sobre el ámbito de aplicación excluye expresamente la aplicación del tratado a toda actividad previa a la inversión (Artículo 3.5), es decir, aquellas emprendidas antes del establecimiento de la inversión, incluyendo aquellas que cumplan con “las limitaciones sectoriales sobre capitales extranjeros, y otras limitaciones y condiciones específicas aplicables

bajo cualquier legislación relativa a la admisión de inversiones en el territorio de la Parte” (Artículo 2.10). Las medidas de gobiernos locales, las leyes o medidas tributarias y de contratación pública, entre otras, también se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del tratado (Artículo 3.6).

Parte II (Obligaciones Generales de las Partes): Disposiciones de protección de las inversiones

Nivel de trato. Al igual que el modelo de India y los tratados celebrados por Brasil después de 2015, no se hace referencia alguna al estándar de trato “justo y equitativo” en el TCFI. En cambio, contiene una disposición sobre tratamiento de inversiones (Artículo 4.1), “basada en las normas y costumbres aplicables del derecho internacional tal como se encuentran reconocidas por cada una de las Partes y sus respectivas leyes nacionales”, lo cual prohíbe a las partes someter las inversiones a una lista cerrada de incumplimientos: denegación de justicia en procedimientos judiciales o administrativos; una violación fundamental del debido proceso; discriminación deliberada; o un trato manifiestamente abusivo. Aparte de estos cuatro tipos de conducta, los cuales aparecen en el modelo indio, la lista cerrada de incumplimientos del TCFI también incluye la “discriminación en términos de ejecución de la ley, incluyendo la disposición de seguridad física”. Esto ya fue incluido, con algunas diferencias leves de redacción, en algunos otros tratados celebrados recientemente por Brasil donde también se adoptó una lista de incumplimientos al estilo indio⁸.

Trato Nacional. Los inversores y las inversiones extranjeras serán otorgados trato nacional en circunstancias similares (Artículo 5.1). Se incluye una aclaración de que las “circunstancias similares” depende de la totalidad de las circunstancias, “incluso que el tratamiento relevante distinga entre inversores o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de interés público” (Artículo 5.2). Asimismo, basándose en los tratados recientemente celebrados por Brasil, se incluye una aclaración de que el trato nacional no obliga a las partes “a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter de extranjero de los inversores y sus inversiones” (Artículo 5.3).

⁸ *White Industries vs. India*, Laudo Final, 30 de noviembre, 2011. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>. Véase también Ranjan, P. (2012, abril). The White Industries arbitration: Implications for India's investment treaty program. *Investment Treaty News*, 2(3), 13–14. https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_es.pdf



NMF. Conforme a la gran oposición de India con respecto a incluir la cláusula de NMF en los tratados de inversión, debido a la experiencia negativa de este país en el caso *White Industries*⁹, el TCFI no contiene una cláusula como tal, aunque se trata de una característica prominente de todos los demás acuerdos firmados por Brasil desde 2015.

Expropiación. El TCFI prohíbe la expropiación directa salvo que sea por necesidad o utilidad pública, de forma no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización efectiva y adecuada, y de conformidad con el debido proceso legal (Artículo 6.1). La expropiación indirecta, tal como ocurre en todos los demás tratados brasileños posteriores a 2015, se encuentra explícitamente excluida (Artículo 6.3). Aun así, el tratado replica lo establecido en el modelo indio, aclarando que “las medidas regulatorias no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de...no constituirán una expropiación” (Artículo 6.4).

Transparencia. Siguiendo tanto el modelo brasileño como el indio, el TCFI contiene una disposición que exige a las partes que garanticen que sus leyes, regulaciones, y demás material pertinente relativos a cualquier asunto cubierto por este tratado, sean publicados en formato electrónico, así como cualquier medida propuesta, de manera tal que se permita que las personas interesadas y la otra parte tengan oportunidades razonables para expresar su opinión sobre los mismos. Ambas obligaciones, sin embargo, están sujetas a las leyes nacionales de las partes respectivamente (Artículo 8).

Transferencias. El TCFI contiene un artículo sobre la libre transferencia (Artículo 9). En concordancia tanto con el modelo de Brasil como el de India, así como los modelos de AII de la nueva generación, esta disposición salvaguarda el derecho de las partes a adoptar medidas reglamentarias temporarias y no discriminatorias en el caso de una crisis en la balanza de pagos (Artículos 9.2–3). También permite que las partes puedan evitar las transferencias mediante la aplicación de sus leyes relativas a quiebra, garantía para el cumplimiento de sentencias o laudos, y el cumplimiento de obligaciones laborales, entre otros (Artículo 9.4).

Anti-corrupción. Reflejando otros tratados recientes de Brasil, el TCFI compromete a las partes a que “adopten medidas y esfuerzos para prevenir y combatir la corrupción, el lavado de activos y la financiación del terrorismo...de conformidad con sus leyes y regulaciones” (Artículos 10.1). También aclara que el TCFI no obligará a cualquier de las Partes a proteger inversiones realizadas con capitales o activos de origen ilícito o inversiones en cuyo establecimiento u operación se comprobaron actos de corrupción u otros ilícitos para los cuales la legislación nacional prevea la punición por pérdida de activos (Artículo 10.2). Además de la Parte II (sobre obligaciones del Estado), también se aborda la lucha contra la corrupción en la Parte III (sobre obligaciones del inversor).

Parte III (Obligaciones o Responsabilidades del Inversor)

Cumplimiento de la ley. El primero de los dos artículos de la Parte III (Artículo 11) reitera el texto de un artículo del modelo de TBI de India (también Artículo 11). Impone una obligación vinculante sobre los inversores y las inversiones de cumplir con todas las leyes relativas a la inversión, incluyendo las leyes tributarias, y les prohíbe sobornar a funcionarios públicos y los compromete a brindarles toda la información requerida por los Estados partes.

RSC. A su vez, en otro artículo de la Parte III (Artículo 12, Responsabilidad Social Corporativa) respeta en gran medida el enfoque y lenguaje sobre RSC adoptado por Brasil en otros tratados posteriores a 2015. Primero, este artículo crea una obligación de que los inversores y las inversiones desarrollen sus mejores esfuerzos por “lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en el presente artículo y las políticas nacionales, tales como declaraciones de principios que han sido ratificadas o respaldadas por las Partes” (Artículo 12.1). A diferencia de otros acuerdos brasileños, el TCFI no menciona ninguna serie de normas específica, tales como las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales. La lista de “principios y normas voluntarias para una conducta empresarial socialmente responsable” se asemeja a las listas observadas en tratados anteriormente negociados por Brasil y cubre elementos que incluyen el desarrollo sostenible, los derechos humanos, la generación de capacidades locales, la formación de capital humano, el buen gobierno corporativo y la no discriminación entre los empleados (Artículo 12.2).

⁹ *White Industries vs. India*, Laudo Final, 30 de noviembre, 2011. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>. Véase también Ranjan, P. (2012, abril). *The White Industries arbitration: Implications for India's investment treaty program*. *Investment Treaty News*, 2(3), 13–14. https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_es.pdf



Parte IV (Gobernanza institucional, Prevención y Solución de Controversias)

Comité Conjunto y Puntos Focales Nacionales.

El TCFI crea un Comité Conjunto integrado por representantes de los Gobiernos de ambas Partes para supervisar la ejecución del presente acuerdo (Artículo 13) y para desarrollar y discutir una Agenda para Mayor Cooperación y Facilitación de Inversiones (Artículo 25). Cada Estado parte designará un Punto Focal Nacional (u Ombudsman) para brindar apoyo a los inversores de la otra Parte en su territorio. En el caso de Brasil, tal como ocurre en acuerdos similares, el punto focal será la Secretaría Ejecutiva de la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX) (Artículo 14.2), mientras que India establecerá su propio punto focal dentro del Departamento de Asuntos Económicos del Ministerio de Finanzas (Artículo 14.3). Las funciones y responsabilidades de estos organismos de tratado reflejan aquellas de los organismos de tratado establecidos bajo los primeros acuerdos celebrados por Brasil conforme a este modelo¹⁰. El TCFI también exige a las partes que intercambien información — en particular a través de estos organismos de tratado— en relación con las oportunidades de negocio, incentivos, marcos legales, procedimientos aduaneros, regímenes fiscales y demás condiciones reglamentarias para la inversión (Artículo 15). Pese a que estas obligaciones son vinculantes (“[l]as Partes intercambiarán información...” y “las Partes proporcionarán, cuando se les solicitare, y con celeridad, información...”), no se encuentran detalladas como cuestiones que debería examinar un tribunal de solución de controversias entre Estados (Artículo 19.3).

Prevención de Controversias. También siguiendo el modelo brasileño de 2015, el TCFI incluye un procedimiento entre Estados para prevenir controversias relativas a una inversión (Artículo 18). Cuando una de las partes considere que la otra parte ha adoptado una medida violatoria del TCFI, la primera deberá presentar por escrito su solicitud al Comité Conjunto, junto con los fundamentos de hecho y derecho que motivan la solicitud. El Comité Conjunto deberá reunirse dentro de los 90 días a partir de la fecha de la solicitud, y dispondrá de 120 días a partir de dicha reunión (prorrogable por mutuo acuerdo) para evaluar las informaciones relevantes sobre el caso que se presenta y someter un informe, destinado a resolver la controversia —o prevenir su escalada. (Todos los procedimientos y documentación

tendrán carácter reservado, a excepción del informe). Únicamente si el Comité Conjunto no lograra resolver la controversia, cualquiera de las partes podrá someterla a un arbitraje entre Estados.

Controversias entre las Partes. A diferencia del modelo de TBI indio, el TCFI no contiene una disposición de ISDS. Se sabe que la ISDS es considerada una zona vedada por Brasil, por lo cual únicamente se incluye el arbitraje entre Estados en todos sus ACFI. Mientras que el TCFI no es la excepción, muestra la evolución de los ACFI de Brasil. En el primer ACFI, celebrado por Brasil con Mozambique en 2015, se incluyó una mera referencia a la posibilidad de las partes de recurrir al arbitraje entre Estados si el Comité Conjunto no lograra resolver la controversia.

A su vez, el TCFI contiene una disposición detallada de arbitraje entre Estados (Artículo 19). Las Partes podrán someter la controversia a un Tribunal de Arbitraje *ad hoc* o a una institución arbitral permanente; el propósito del arbitraje es decidir sobre la interpretación o cumplimiento del tratado; el TCFI excluye expresamente la posibilidad de un laudo de compensación (Artículo 19.2). El tribunal arbitral únicamente tiene competencia sobre asuntos relativos a la Parte I (ámbito de aplicación y definición), la Parte II (obligaciones generales de las partes, con algunas excepciones), el Artículo 16 (tratamiento de la información protegida), el Artículo 21 (medidas prudenciales) y a la Parte VII (disposiciones finales) del tratado. El tribunal de arbitraje entre Estados no posee competencia sobre obligaciones de transparencia (Artículo 8), lucha contra la corrupción (Artículo 10.1), obligaciones y responsabilidades del inversor (es decir, cumplimiento con leyes nacionales y RSC) y disposiciones sobre gobernanza institucional, incluyendo las obligaciones de intercambio de información (Artículo 15).

Cada Estado tiene el derecho de designar a un miembro del tribunal, y los dos miembros designarán a un nacional de un tercer Estado como presidente del tribunal arbitral; el Presidente de la Corte Internacional de Justicia puede ser invitado a hacer las designaciones necesarias (Artículo 19.4–5).

Notablemente, el TCFI exige que los árbitros tengan la experiencia necesaria en derecho internacional público, las reglas internacionales de inversión o comercio internacional, o en la resolución de controversias de inversión; que sean independientes; que no estén vinculados con alguna de las partes y que cumplan con un código de conducta contenido en el Anexo II del tratado. El código de conducta aborda temas que

¹⁰ Véase nota 1, *supra*.



incluyen la revelación de circunstancias que puedan afectar la independencia, imparcialidad o la capacidad de evitar un conflicto de intereses, establece normas para la recusación y el reemplazo de árbitros. También incluye una lista no-exhaustiva de circunstancias bajo las cuales “pueda pensarse que dan lugar a dudas justificables que afecten la independencia o imparcialidad o la capacidad de evitar un conflicto de intereses” (Anexo II, párrafo 10).

La decisión del tribunal es vinculante para las partes (Artículo 19.7). Pese a que los costos del arbitraje han de ser sufragados por las partes en partes iguales, y que cada parte debe asumir sus propias costas legales, el tribunal podrá decidir si “ordenar que la totalidad de los costos y la mayor parte de los mismos sean asumidos por una de las dos partes contendientes” (Artículo 19.8).

Parte V (Excepciones)

Tal como ocurre en otros tratados celebrados por Brasil, el TCFI incluye excepciones específicas en torno a medidas tributarias (Artículo 20), medidas prudenciales relativas al sistema financiero (Artículo 21) y medidas necesarias para garantizar que las actividades de inversión se efectúen tomando en cuenta la legislación laboral, ambiental, de derechos humanos o de salud del Estado anfitrión, así como una disposición que prohíbe la disminución de los estándares de la legislación en dichas áreas (Artículo 22).

Además, siguiendo el modelo indio de TBI, el TCFI contiene excepciones generales que cubren medidas para preservar la moral y el orden públicos; proteger la vida humana, animal o vegetal; proteger y preservar el medio ambiente; entre otros (Artículo 23); y una disposición para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de las partes (Artículo 24), las cuales se encuentran detalladas en un anexo (Anexo I).

Resumen de las principales características

Por cortesía de dos economías emergentes, el TCFI entre Brasil e India de 2020 proporciona al mundo de los AII una combinación de dos de los modelos de tratados de inversión más innovadores desarrollados en los últimos años:

- Basándose en los enfoques de Brasil e India, el TCFI presenta una definición de inversión basada en las empresas, con exclusiones destinadas a aclarar los tipos de inversión extranjera que los Estados partes pretenden facilitar y fomentar.

- El foco del TCFI se centra en la facilitación de las inversiones, siguiendo el modelo brasileño, pero sus disposiciones sobre protección de las inversiones nuevamente combinan ambos enfoques. La NMF se encuentra excluida, en concordancia con el modelo indio. Únicamente cubre la expropiación directa (y no la expropiación indirecta), conforme al enfoque brasileño. Se evita la utilización del término “justo y equitativo”, de acuerdo con ambos modelos. En cambio, se incluye una disposición sobre “tratamiento de las inversiones”, reflejando el enfoque de lista cerrada del modelo indio, el cual Brasil ha incorporado y fundado algunos de sus tratados celebrados recientemente.
- En algunos aspectos, la suma de los enfoques da como resultado una suma de textos: India aporta lenguaje sobre las obligaciones de los inversores en concordancia con sus leyes nacionales; Brasil aporta su disposición sobre RSC. Algunos artículos sobre excepciones provienen de Brasil (medidas tributarias, medidas prudenciales; y medidas sobre asuntos laborales, medio ambiente y salud), seguidas por otras provenientes de India (excepciones generales e intereses esenciales de seguridad).
- Por último, las disposiciones sobre prevención y solución de controversias responden al estilo brasileño, basadas en el procedimiento preventivo (aún no probado) ante el Comité Conjunto y sobre la posibilidad del arbitraje entre Estados únicamente. Aquí, el mecanismo de ISDS del modelo indio no tuvo ninguna chance frente a la determinación de Brasil de no negociar tratados que dispongan el arbitraje entre inversionistas y Estados.

Autor

Martin Dietrich Brauch es Asesor en Derecho Internacional del IISD. Posee un LL.M. en Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad de Nueva York, así como Licenciaturas en Ciencias Económicas y en Derecho y una especialización en Derecho Ambiental de la Universidad Federal de Pelotas, Brasil. El autor desea agradecer a Nathalie Bernasconi-Osterwalder por revisar y brindar observaciones de gran utilidad sobre el borrador del presente artículo.



ARTÍCULO 2

Debate del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Ejecutabilidad de laudos por un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones bajo el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York

N. Jansen Calamita



Durante los debates del 38vo período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI —reanudado en Viena del 20 al 24 de enero de 2020— un tema importante bajo consideración de los delegados fue la ejecución de los “laudos” dictados por un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones. El foco de este tema de la ejecutabilidad en los debates se basa en el requisito de que, para lograr que un nuevo sistema de solución de controversias sea eficaz y genere confianza entre sus usuarios, será preciso que sus resultados sean previsibles en términos de su ejecución.

Un nuevo mecanismo de apelación o tribunal de inversiones requerirá un mecanismo de ejecución

Si los Estados deciden crear un mecanismo de apelación o un tribunal multilateral de inversiones, será necesario que el instrumento por medio del cual se cree este nuevo órgano incluya un mecanismo *sui generis* o autosuficiente para el reconocimiento y la ejecución —en otras palabras, una disposición por la cual las partes del nuevo órgano acuerden someterse al mismo y ejecutar sus laudos. El lenguaje utilizado a este respecto sería bastante directo en su redacción, y podría ser basado en el lenguaje del Artículo 54 del Convenio del CIADI¹ —a los efectos

de que las partes acepten reconocer los laudos dictados por el nuevo órgano, para considerarlos vinculantes y ejecutarlos dentro de sus territorios como si fueran sentencias definitivas de un tribunal de dicho Estado.

Una solución como tal, sin embargo, únicamente obligaría a las partes del nuevo órgano de apelación o tribunal de inversiones. No obligaría y no podría ser vinculante para los Estados que no se unan a la institución y suscriban al nuevo instrumento. Luego surge la cuestión fundamental de cómo la ejecución y el reconocimiento de los laudos podrían afectar a los Estados que no son parte.

Ejecución de laudos en el actual régimen de ISDS: Convenio del CIADI y Convención de Nueva York

En el actual régimen de arbitraje entre inversionistas y Estados, el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York brindan un eficaz marco jurídico para la ejecución de laudos arbitrales en terceros Estados. La ejecución bajo estos convenios, sin embargo, entraña ciertos requisitos. Los laudos en cuestión deben satisfacer las condiciones establecidas en los mismos. El Artículo 54 del Convenio del CIADI requiere que el laudo sea “dictado conforme a este Convenio”, es decir, que sea producto de un arbitraje conducido conforme a los requisitos del mismo². En el caso de la Convención de Nueva York, por otro lado, los requisitos son un tanto más flexibles. La convención se aplica a la ejecución y el reconocimiento de cualquier “laudo arbitral” extranjero —término que no se encuentra definido con precisión— y contiene una disposición que permite a los Estados declarar individualmente que aplicarán la Convención de Nueva York sólo a los laudos arbitrales producto de controversias “comerciales”³.

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, firmado el 18 de marzo de 1965, entrada en vigor el 14 de octubre de 1966 [Convenio del CIADI]. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

² Convenio del CIADI, nota 1 *supra*, Artículo 54.

³ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, firmado el 10 de junio de 1958, entrada en vigor el 7 de junio de 1959 [Convención de Nueva York]. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>



Por consiguiente, estos son los mecanismos de ejecución que han respaldado de manera exitosa el actual régimen de arbitraje entre inversionistas y Estados. La pregunta que surge para el grupo de trabajo, sin embargo, es si los resultados obtenidos a través de un nuevo mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones serán capaces de aprovechar los regímenes de ejecución del Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York. En otras palabras ¿serán compatibles con el actual régimen de ejecución?

Ejecutabilidad bajo el Convenio del CIADI

Ninguna estructura de un mecanismo de apelación ni de un tribunal de inversiones es compatible con el Convenio del CIADI. El Artículo 53 subraya que un laudo bajo el Convenio del CIADI “no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”⁴—tales como el mecanismo de anulación establecido bajo el Artículo 52—. Además, tal como se indicó anteriormente, el Convenio del CIADI únicamente se aplica a arbitrajes conducidos “conforme a” los términos del convenio, una condición que no se cumpliría en el caso de un arbitraje que ha sido sometido a un mecanismo de apelación o, menos aún, un laudo emitido por un tribunal de inversiones.

En principio, es posible enmendar el Convenio del CIADI ya sea para incorporar un mecanismo de apelación o para permitir el establecimiento del mismo. No obstante, la dificultad que surge a este respecto es que dicha enmienda requiere la aceptación de todas las partes del convenio⁵, lo cual podría no ser políticamente viable en la actualidad.

Alternativamente, algunas de las partes del Convenio del CIADI podrían acordar una enmienda denominada “*inter se*” para modificar los términos del CIADI entre las partes. Hay importantes dudas y desacuerdo en torno a esta cuestión⁶.

La pregunta es si resulta permisible modificar un tratado *inter se* cuando el mismo prohíbe específicamente la modificación propuesta. El Artículo 41 de la CVDT dispone que no podrá hacerse una modificación si tal modificación está prohibida por el tratado. Discutiblemente, el Convenio del CIADI contiene una prohibición de estas características⁷. Tal como se destacó anteriormente, el Artículo 53 exige específicamente que el laudo bajo el Convenio del CIADI “no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”⁸. Asimismo, el Artículo 26 del Convenio del CIADI dispone expresamente que “salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”, tal como, por ejemplo, una apelación⁹.

Más allá de esta prohibición, el Artículo 41 de la CVDT además prohíbe una modificación *inter se* cuando afecte el cumplimiento de las obligaciones que a las demás partes correspondan en virtud del tratado, o sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto¹⁰. De hecho, una modificación *inter se* puede afectar el cumplimiento de terceras partes en dicha modificación al extender el alcance de las controversias sobre las cuales sus tribunales nacionales no tendrán alcance para, incluso, realizar una revisión limitada en el caso de un reconocimiento y ejecución. También surge la cuestión de si resulta compatible con el objeto y el fin del Convenio del CIADI fragmentar la estructura de los arbitrajes del CIADI en un mecanismo “*à la carte*”, donde puedan coexistir los arbitrajes del CIADI que no puedan ser sometidos a una apelación, con los arbitrajes que sí estarán sujetos a un mecanismo de apelación y, quizás, con casos entre inversionistas y Estados que no hayan sido resueltos por un tribunal del CIADI, sino por un tribunal de inversiones. Nuevamente, se trata de temas difíciles que el grupo de trabajo necesitará considerar para poder seguir avanzando.

⁴ Convenio del CIADI, nota 1 *supra*, Artículo 53.

⁵ Convenio del CIADI, nota 1 *supra*, Artículo 66.

⁶ Véase, por ejemplo Calamita, N. J. (2017). The (in)compatibility of appellate mechanisms with existing instruments of the investment regime. *Journal of World Investment and Trade*, 18(4), 585–627; Kaufmann-Kohler, G. y Potestà, M. (2016, 3 de junio). *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*. Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS). https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf; Reinisch, A. (2016). Will the EU’s proposal concerning an investment court system for CETA and TTIP lead to enforceable awards? – The limits of modifying the ICSID Convention and the nature of investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, 19(4), 761–786.

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo, 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980 [VCLT]. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁸ Convención del CIADI, nota 1 *supra*, Artículo 53.

⁹ Convenio del CIADI, nota 1 *supra*, Artículo 26.

¹⁰ VCLT, nota 7 *supra*, Artículo 41.



Ejecutabilidad bajo la Convención de Nueva York

Más allá de estas cuestiones sobre la compatibilidad —o incompatibilidad— de un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones con el Convenio del CIADI, el grupo de trabajo también deberá considerar la posibilidad alternativa de utilizar la Convención de Nueva York para la ejecución y el reconocimiento. En este punto, podrían haber menos motivos de preocupación en torno a la compatibilidad y, de hecho, parece no haber mayor desacuerdo entre los académicos que han analizado este tema en profundidad.

Tal como se mencionó anteriormente, la Convención de Nueva York establece un mecanismo flexible globalizado para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en sus más de 150 Estados partes. Sin embargo, únicamente se aplica a los “laudos arbitrales”, y por ende, surge la cuestión en torno a si los resultados producto de un mecanismo de apelación, y más aún, de un tribunal de inversiones pueden ser considerados laudos arbitrales a los fines de la convención.

Sobre este punto, parece haber consenso académico sobre que, incluso en el caso de un tribunal permanente de inversiones integrado por jueces, sin la participación del inversor en su designación, los resultados de un órgano como tal o de un mecanismo de apelación deberían ser tratados como laudos arbitrales¹¹. El Artículo I de la Convención de Nueva York especifica que los laudos arbitrales incluyen aquellas sentencias “dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”. Además, algunas prácticas de los Estados apoyan la conclusión de que los laudos de un órgano arbitral permanente cuyos miembros sean designados por el Estado deberían ser tratados como laudos arbitrales a los fines de la Convención de Nueva York. Específicamente, los laudos dictados por el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos —un tribunal constituido en su totalidad por jueces designados por Estados— han sido reconocidos bajo la Convención de Nueva York¹², tal como sucedió anteriormente en la historia con los laudos dictados por la Corte de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de los Estados Comecon durante el período soviético¹³.

En torno al hecho de que si los laudos dictados en relación con un tratado de inversión pueden ser tratados como “comerciales” a los fines de la Convención de Nueva York —en caso de que los Estados hayan expresado su reserva a este respecto— nuevamente, existen razones para pensar que tales laudos cumplirían con el requisito. Este tema ya ha sido planteado bajo el actual régimen de arbitraje entre inversionistas y Estados, y los tribunales nacionales que han analizado este tema han concluido consistentemente que un arbitraje de tratado de inversión califica como “comercial” a los efectos de la Convención de Nueva York¹⁴.

Sin embargo, hay un cuestionamiento sobre la aplicación de la Convención de Nueva York a los laudos dictados por un mecanismo de apelación y un tribunal de inversiones. En los debates del grupo de trabajo sobre este tema, se ha destacado que el nuevo proceso debería culminar en un laudo final no sea en sí mismo sometido a una revisión adicional. Este es el enfoque adoptado, por ejemplo, en la actual práctica bilateral de la UE¹⁵. El Artículo V de la Convención de Nueva York, sin embargo, otorga, a los tribunales de la jurisdicción competente en la ejecución, limitada capacidad de revisión —con respecto tanto a la igualdad procesal como a las políticas públicas del país en que se pide la ejecución¹⁶.

La pregunta que surge es si las partes de un mecanismo de apelación o tribunal de inversiones podrían eludir este proceso de revisión por los tribunales de la jurisdicción competente en la ejecución. La respuesta aquí probablemente sea no. En primer lugar, corresponde a cada Estado parte de la Convención de Nueva York determinar por sí solo y de buena fe cómo aplicar las disposiciones de la convención. Observando la práctica estatal en todo el mundo, podemos concluir que muchos Estados no permitirán a las partes de un arbitraje denunciar la revisión ya sea con respecto a la igualdad procesal

¹¹ Véase nota 6 *supra*.

¹² Véase *Ministerio de Defensa de la República Islámica de Irán vs. Gould, Inc.*, 887 F.2d 1357 (91^o Cir 1989), *cert. denegada*, 110 S Ct 1319 (1990).

¹³ Véase Van den Berg, A. J. (1981). *The New York Convention of 1958: Towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer International, págs. 378–379.

¹⁴ Véase *República de Argentina vs. BG Group PLC*, 764 F Supp2d 21 (DDC 2011), revocado por 665 F3d 1363 (DC Cir 2012), revocado por 134 S Ct 1198, 1204 (2014). Véase también *Estados Unidos Mexicanos vs. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664 (British Columbia Sup Ct 2001), párrafo 44.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Acuerdo de Protección de Inversiones entre Singapur y la Unión Europea, firmado el 15 de octubre de 2018, Artículo 3.22(1). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3545/eu---singapore-investment-protection-agreement-2018->

¹⁶ Convención de Nueva York, nota 3 *supra*, Artículo V.



o, más enérgicamente, en torno a la cuestión de las políticas públicas de la jurisdicción competente en la ejecución. Esto significa que, pese a que la Convención de Nueva York probablemente sea aplicada para apoyar el reconocimiento y la ejecución de un laudo de un mecanismo de apelación o de un tribunal de inversiones, dichos laudos seguirían sujetos a revisión en la jurisdicción competente en la ejecución bajo el Artículo V, y esto no puede ser eludido. Esto no quiere decir, por cierto, que la ejecución de la Convención de Nueva York debería ser considerada inadecuada. Por el contrario, la convención ha demostrado ser un mecanismo efectivo de ejecución en el actual sistema. En cambio, el punto es señalar las limitaciones de basarse en la Convención de Nueva York para la ejecución de laudos dictados por un mecanismo de apelación o por un tribunal de inversiones.

Observaciones finales

Las cuestiones planteadas sobre la ejecución de laudos son complejas, difíciles y pueden ser objeto de algunas discrepancias entre los comentaristas. Por ende, a medida que el grupo de trabajo avanza en su tarea, será necesario que los Estados consideren estos temas minuciosamente y les den difusión de forma cabal y abierta. Si no se abordan estos asuntos al comienzo del proceso se establecerán bases difíciles de superar más adelante.

Autor

N. Jansen Calamita es Jefe de Políticas y Derecho de las Inversiones del Centro de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Singapur, y Profesor Adjunto en Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Singapur. Este artículo es una adaptación de las observaciones realizadas por el autor durante el 38o período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI reanudada el 22 de enero de 2020.



ARTÍCULO 3

Diversidad de Decisores en un Régimen Reformado de ISDS: ¿La OMC es un buen modelo a seguir por los países en desarrollo?

Jane Kelsey



En 2017 se le otorgó al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI el mandato amplio de trabajar en la posible reforma de la ISDS. Las delegaciones de los miembros de la CNUDMI actualmente están analizando las soluciones a los problemas identificados en etapas anteriores, las cuales incluyen propuestas de un organismo permanente de apelación y un TMI de dos niveles. Cuando se reanudó el 38o período de sesiones del grupo de trabajo del 20 al 24 de octubre de 2020 en Viena, uno de los ítems de la agenda fue la designación y selección de los decisores. La siguiente intervención fue realizada por la Profesora Jane Kelsey y reconocida durante las deliberaciones de los representantes de seis Estados (China, Guinea, Indonesia, Nigeria, Pakistán y Sudáfrica) y del Consejo de Estados Unidos para el Comercio Internacional (USCIB, por sus siglas en inglés).

A lo largo de este proceso del grupo de trabajo, los países en desarrollo constantemente han apelado a una mayor diversidad de los decisores. La diversidad —en particular la diversidad en términos de desarrollo, y no solo la diversidad geográfica— no es un fin en sí mismo. Tampoco se trata de una cuestión de aumentar las oportunidades de progreso personal.

La diversidad en términos de desarrollo es un prerrequisito para impartir justicia. La diversidad ayuda a garantizar que se brinde una comprensión adecuada del derecho y la cultura a los asuntos bajo disputa. En el contexto de las controversias de inversión, garantiza que los decisores puedan interpretar los principales conceptos jurídicos a través de la lente del desarrollo, algo que hasta ahora se ha visto poco. Esto no implica

una falta de imparcialidad e independencia, en cambio brinda un medio para aportar una reflexión más cabal que pesará sobre la interpretación y la adjudicación. La diversidad también es un prerrequisito para conferir legitimidad a un sistema que ha sido ampliamente considerado como tendencioso en favor de los inversores extranjeros y los Estados exportadores de capital.

Se dice que las reformas sistémicas, especialmente la creación de un sistema permanente de apelación de dos niveles, pueden aportar diversidad a la designación de los decisores. Pero no hay garantía alguna de que esto fuese a ocurrir. La OMC a menudo es utilizada como ejemplo. Pero la experiencia en la OMC muestra que los compromisos formales a la diversidad no son suficientes. El Entendimiento de la OMC relativo a la Solución de Diferencias (ESD) contiene un requisito de diversidad, y se supone que los miembros del Órgano de Apelación deben ser ampliamente representativos de su membresía. Sin embargo los integrantes del grupo especial en su inmensa mayoría provienen del Norte mundial¹. De esta misma forma han sido designados más de la mitad de los miembros del Órgano de Apelación hasta el momento². Se trata de una situación de larga data que refleja las asimetrías en materia de desarrollo en los criterios y procesos de designación, el diseño institucional y el funcionamiento del sistema de solución de controversias de la OMC.

Un problema es que los criterios tradicionales de designación probablemente den como resultado la continua preeminencia de una elite arbitral, en un ciclo que se perpetúa a sí mismo. Esto sería aún más problemático si las designaciones para un tribunal permanente de inversión se extendiesen por un plazo de seis e incluso nueve años.

¹ Johannesson, L. y Mavroidis, P. (2017). The WTO dispute settlement system 1995-2015: A data set and its descriptive statistics. *Research Institute of Industrial Economics*, Documento no. 1148, p. 46, Gráficos 3, 4. <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp1148.pdf>

² Organización Mundial del Comercio. (2019). *Miembros del órgano de apelación*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_bio_s.htm



El segundo problema es que se ha conferido demasiado poder a una secretaría irresponsable³. La Secretaría de la OMC propone los candidatos a integrantes del grupo especial, y las partes en la disputa no pueden oponerse a ellos sino por razones imperiosas⁴. Una investigación académica reciente ha concluido que la secretaría posee una influencia significativamente mayor en la redacción de los informes que los mismos miembros del panel, lo cual a su vez afecta el papel de los precedentes y limita la disidencia⁵. La preocupación de los países en desarrollo en torno a la parcialidad institucionalizada a nivel de la secretaría ha sido ignorada por mucho tiempo.

Un tercer problema institucional es que los países en desarrollo no han podido llegar a un acuerdo para reparar el sistema de solución de controversias luego de que las asimetrías fundamentales en términos de desarrollo se hicieran evidentes. Se creó un proceso de revisión en el ESD. No se cumplió la primera fecha límite y la segunda fue establecida en la Ronda de Desarrollo de Doha en 2001⁶. La revisión sigue inconclusa debido a la falta de voluntad política en un sistema basado en el consenso⁷. Ahora Estados Unidos está utilizando el proceso de toma de decisiones consensuadas para demandar reformas, y tomar al sistema como rehén, mientras que las preocupaciones de los países en desarrollo siguen sin ser resueltas⁸.

Si estos problemas surgen en el contexto de la OMC, la cual se supone que es una institución controlada por sus miembros; ¿cómo se materializarán las promesas de diversidad, o las muchas otras promesas hechas a los países en desarrollo durante el proceso del grupo

de trabajo, en un TMI o en un mecanismo permanente de apelación? Invitamos a los países en desarrollo a considerar el riesgo de acordar un sistema como tal a la espera de grandes cambios al actual régimen de ISDS, pero que sea incapaz de repararlo si aquellas promesas no se materializan.

Autora

Jane Kelsey es Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Auckland. Asistió a la reanudación del 38vo período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI para una posible reforma de la ISDS como consultora y representante de Third World Network.

³ Monicken, H. (2019, 5 de diciembre). Appellate Body's future could depend on whether its director keeps his job. *Inside U.S. Trade*. <https://insidetrade.com/daily-news/appellate-bodys-future-could-depend-on-whether-its-director-keeps-his-job>

⁴ Organización Mundial del Comercio. (1994). *Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*, Artículo 8.6. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm

⁵ Pauwelyn, J. y Pelc, K. (2019). *Who writes the rulings of the World Trade Organization? A critical assessment of the role of the secretariat in WTO Dispute Settlement*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3458872

⁶ Organización Mundial del Comercio. (2003, 6 de junio). *Órgano de Solución de Controversias. Sesión especial. Informe del Presidente, Embajador Péter Balás (TN/DS/9)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/TN/DS/9.pdf>

⁷ Organización Mundial del Comercio. (2019, 17 de junio). *Órgano de Solución de Controversias. Sesión especial. Informe del Presidente, Embajador Coly Seck (TN/DS/31)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/TN/DS/31.pdf>

⁸ Raghavan, C. (2019, 25 de marzo). *WTO-MTS facing existential threat, needs political decisions*. SUNS, #8873. <https://www.twn.my/title2/unsd/2019/unsd190307.htm>

ARTÍCULO 4

Combatiendo el Cohecho y la Corrupción en África: Desde las convenciones de la UA y la OCDE a un principio general del derecho internacional de las inversiones

Guy Marcel Nono



En miras a reducir la brecha entre las normas internacionales de anti-corrupción y los TBI celebrados por Estados miembros de la Unión Africana (UA) y de la OCDE, y a garantizar la responsabilidad de las empresas multinacionales, en el presente artículo se aboga por el reconocimiento de la prohibición de cohecho y corrupción como un principio general del derecho internacional de las inversiones.

Antecedentes: convenciones internacionales y *soft law* sobre corrupción

Tanto la OCDE como la UA han celebrado convenciones para combatir la corrupción, subrayando la responsabilidad de las empresas, y han participado en iniciativas de *soft law* para combatir la conducta corrupta de las empresas transnacionales, de las cuales proviene la mayoría de las inversiones en el mundo.

Bajo la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE, los países de origen de las empresas multinacionales se han comprometido a reprimir, a través de estas empresas, la corrupción de servidores públicos extranjeros, con el propósito de obtener o de quedarse con una inversión extranjera de manera indebida¹.

¹ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 21 de noviembre, 1997, 37 ILM 4 (1998), preámbulo, párrafo 1; Artículos. 1(1), 2) y 3(1). Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

A diferencia de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho, la Convención de la UA para Prevenir la Corrupción no está dirigida explícita y exclusivamente a la corrupción de servidores públicos extranjeros. Insta a los Estados africanos a adoptar todas las medidas necesarias para tipificar como actos delictivos los actos de corrupción cometidos por cualquier persona, incluyendo a servidores del sector privado con respecto a servidores públicos².

La Convención de la OCDE contra el Cohecho también establece que los Estados que hayan dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero deberán hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde el cohecho haya ocurrido³. A su vez, la Convención de la UA para Combatir la Corrupción compromete a los Estados a penalizar, en su derecho interno, el lavado del producto de la corrupción⁴.

La Convención de la UA para Combatir la Corrupción no aborda la obligación de brindar información precisa sobre las normas contables de la empresa. Por otro lado, la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho exige a los Estados que estipulen sanciones de carácter civil, administrativo o penal para las empresas que tengan su nacionalidad por proveer información imprecisa con respecto a los libros contables, registros, cuentas y estados financieros en su país de origen⁵.

² Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, 11 de julio, 2003, 43 ILM 5 (2004), Artículos 5(1) y 11(1). [Convención de la UA para Combatir la Corrupción]. https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf

³ Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho, nota 1 *supra*, Artículo 7.

⁴ Convención de la UA para Combatir la Corrupción, nota 2 *supra*, Artículo 6.

⁵ Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho, nota 1 *supra*, Artículo 8.



La Convención de la UA para Combatir la Corrupción entró en vigencia el 5 de agosto de 2006. Desde octubre de 2019, 43 de 55 países de la UA han ratificado la misma. Sin embargo, aún no existe un listado público de medidas legislativas adoptadas por cada país de la UA para evaluar la tendencia en términos de implementación nacional de este tratado por los Estados miembros, tal como lo requiere la convención.

Además de estos instrumentos jurídicos internacionales, hay un creciente número de iniciativas destacables del *soft law* contra la corrupción:

- Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales consiste en un detallado código de conducta recomendado por los Gobierno para una conducta responsable de las empresas multinacionales en la lucha contra la corrupción. Estos principios rectores, pese a ser voluntarios, alientan la responsabilidad social empresarial (RSE)⁶.
- El borrador del Código Panafricano de Inversiones⁷ incorpora varias obligaciones con las cuales los inversores extranjeros deben cumplir si desean invertir en África. Este instrumento del *soft law* es considerado como un modelo de TBI para guiar a los Estados de la UA en la negociación de AII⁸ y probablemente sirva como referencia importante en las negociaciones del protocolo de inversión al acuerdo del Área de Libre Comercio de África Continental (AfCFTA, por sus siglas en inglés). El borrador del código prohíbe a los inversores que influyan en los funcionarios públicos africanos por medio de cualquier pago personal o recompensa con el propósito de obtener o de quedarse con una inversión extranjera de manera indebida; también incorpora disposiciones de RSE.
- La iniciativa *Publish What You Pay* conduce una campaña para la divulgación obligatoria de procedimientos para obtener licencias, contratos e ingresos relativos a la explotación de recursos naturales⁹.

- La *Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI, por sus siglas en inglés)* invita a las empresas multinacionales a publicar las sumas pagadas a los Estados para extraer sus recursos naturales. A su vez, los gobiernos estatales anfitriones deben publicar sus ingresos de las industrias extractivas¹⁰.
- Desde la adopción de los instrumentos e iniciativas para combatir la corrupción, han habido más esfuerzos anti-corrupción por parte de las empresas multinacionales¹¹. Estos esfuerzos son el resultado de las convenciones internacionales y las iniciativas del *soft law* antes mencionadas, e incluyen:
 - La adopción de códigos de conducta obligatorios, especificando las normas de conducta que los empleados deben adoptar
 - La amenaza y aplicación de sanciones disciplinarias contra empleados que intenten sobornar a servidores públicos extranjeros
 - La creación de comités de ética para verificar el cumplimiento de la empresa con sus compromisos anti-corrupción
 - Auditorías internas y externas sobre la manera en que estas empresas implementan sus promesas anti-corrupción.

Jurisprudencia internacional de inversiones en materia de corrupción

En el arbitraje internacional de las inversiones, hay al menos 20 casos conocidos donde el inversor fue acusado implícita o explícitamente de haber sobornado a funcionarios del Estado anfitrión al realizar una inversión¹².

Los tribunales arbitrales han aceptado atender y decidir sobre controversias en las cuales actos de corrupción fueron invocados incidentalmente. En algunos casos, los tribunales han dictaminado que la corrupción es contraria al orden público internacional¹³, rechazando su jurisdicción por razones de fondo o desestimando la demanda del inversor.

⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

⁷ Comisión Económica de las Naciones Unidas para África. (2016). *Draft Pan-African investment code*. UN Doc. E/ECA/COE/35/18, Artículos 21 y 22. <https://repository.uneca.org/handle/10855/23009>

⁸ Hedar, A. (2017). *The legal nature of the Draft Pan-African Investment Code and its relationship with international investment agreements* (Investment Policy Brief, 9), p. 1. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf

⁹ Van Oranje, M. & Parham, H. (2009). *Publishing what we learned: an assessment of the Publish What You Pay coalition*, págs. 25–30. <https://eiti.org/sites/default/files/documents/Publishing%20What%20We%20Learned.pdf>

¹⁰ Extractive Industries Transparency Initiative. (2019). *El Estándar EITI 2019*. (Ed.). <https://eiti.org/es/documento/el-estandar-eiti-2019>

¹¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2003). *Enhancing the role of business in the fight against corruption – 2003 Annual Report on the Guidelines for Multinational Enterprises*. OCDE.

¹² Levine, A. J. M. (2019). *Canadian initiatives against bribery by foreign investors*, p. 14 (box 9). IISD. <https://iisd.org/sites/default/files/publications/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors.pdf>

¹³ Véase *World Duty Free Co Ltd. vs. República de Kenia*, Caso del CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006, 46 ILM 339 (2006), párrafos 152, 155.



Varios casos del CIADI ejemplifican esto. A continuación, analizo los casos de ISDS que involucran el cohecho entre los inversores de la OCDE y los Estados africanos, para argumentar que los Estados africanos deberían utilizar el derecho internacional de las inversiones para ayudar a tratar el problema de la corrupción.

En el caso *World Duty Free vs. Kenia*¹⁴, el inversor inició un arbitraje ante el CIADI basado en un contrato, alegando la expropiación de su inversión. El presidente de Kenia presuntamente había recibido un pago de USD 2 millones de un inversor extranjero para establecer sus actividades en aeropuertos kenianos. El Estado de Kenia solicitó la anulación del contrato, sosteniendo que se había pagado soborno y que la celebración del contrato había sido contraria al derecho keniano. En su defensa, el inversor admitió haber obtenido el contrato al realizar una donación personal al presidente keniano, argumentando, no obstante, que esto fue hecho de conformidad con las costumbres y hábitos kenianos.

El tribunal del caso *World Duty Free* —basándose en la legislación nacional de Kenia, los tratados anti-corrupción, laudos arbitrales y fallos judiciales internos— concluyó que la corrupción es contraria al orden público internacional en la mayoría, si no en todos los Estados. También concluyó que la donación personal realizada al presidente keniano fue un acto de corrupción contrario al orden público internacional. Sobre esta base, los árbitros rechazaron la demanda del inversor.

En *Wena Hotels vs. Egipto*¹⁵, la controversia fue iniciada por una empresa británica alegando la expropiación de dos hoteles cuya administración había recibido de Egipto. Wena solicitó compensación en base al TBI entre Egipto y el Reino Unido. En su defensa, Egipto expuso que Wena trató ilícitamente de influir en la decisión tomada por la agencia gubernamental egipcia para obtener los contratos de administración de los hoteles.

Los árbitros del caso *Wena* prestaron especial atención a las acusaciones de corrupción, pero desestimaron la defensa del Egipto, concluyendo que no pudo probar

sus acusaciones de corrupción. Sin embargo, el tribunal sugirió que de cualquier manera habría desestimado la demanda de Wena, sosteniendo que, “[s]i, estas acusaciones son preocupantes y sirven de fundamento para desestimar esta demanda”, destacando que “los tribunales internacionales a menudo dictaminan que la corrupción del tipo alegado por Egipto son contrarias a las buenas costumbres (*bonae mores*) internacionales”¹⁶.

En *AHCA vs. Congo*, la controversia fue presentada por African Holding Company of America (AHCA) y la Société africaine de construction au Congo S.A.R.L (SAFRICAS) contra la República Democrática del Congo (RDC), en base a una cláusula de arbitraje contenida en el TBI entre la RDC y los Estados Unidos. El origen de la controversia reside en una deuda de la RDC a SAFRICAS por la construcción de una ruta en el Congo. Posteriormente, SAFRICAS asignó su demanda a AHCA. En su defensa, la RDC afirmó que no había contrato alguno, porque el contrato de construcción otorgado a SAFRICAS fue obtenido por medio de prácticas corruptas.

El tribunal del caso *AHCA* concluyó que la RDC no pudo probar sus acusaciones de corrupción, pero, a diferencia del tribunal del caso *Wena*, no discutió las posibles consecuencias de un hallazgo de corrupción¹⁷.

Observaciones finales: ¿Una forma de avanzar en las obligaciones de los inversores?

Mientras que la mayoría de los TBI no imponen una obligación directa sobre las empresas multinacionales para combatir la corrupción, los Estados deberían considerar incluir obligaciones como tales en los AII que negocian o renegocian, basándose en la reciente práctica de tratados¹⁸.

¹⁴ Id., párrafos 105–107, 143–157. Véase también, Johnson, L. (2011). *World Duty Free vs. Kenia*. En: N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson. (Eds.). (2011, julio). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*. IISD. <https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/18/world-duty-free-v-kenya/>

¹⁵ *Wena Hotels Ltd. vs. República Árabe de Egipto*, Caso No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 881 (2000). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

¹⁶ Id., párrafos 76, 111.

¹⁷ *African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. vs. República Democrática del Congo*, Caso del CIADI No. ARB/05/21, Laudo sobre objeciones a la jurisdicción y admisibilidad, 29 de julio de 2008, párrafos 52, 54. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf>

¹⁸ El modelo de TBI de 2005 del IISD, el modelo de TBI de 2012 de SADC y el TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016 contienen obligaciones de anti-corrupción sobre los inversores y las inversiones, y el AECG de 2016 excluye las inversiones realizadas a través de corrupción de la solución de controversias. Véase Levine, M. J. (2019, junio). Anti-Soborno en TBI: Cómo una prohibición de corrupción en los FIPA canadienses puede aportar un estándar mínimo de conducta para los inversores canadienses en el extranjero. *Investment Treaty News*, 10(2), 8–11. <https://www.iisd.org/itn/es/2019/06/27/a-bit-of-anti-bribery-how-a-corruption-prohibition-in-fipas-can-bring-a-minimum-standard-of-conduct-for-canadian-investors-abroad-matthew-levine/>



Sin embargo, aun en ausencia de una obligación anti-corrupción basada en un tratado sobre los inversores, la jurisprudencia arbitral admite que la prohibición de corrupción es un principio general del derecho internacional de las inversiones¹⁹. Por consiguiente, los árbitros deberían aplicar la obligación del derecho internacional sobre los inversores de abstenerse de una conducta corrupta al realizar una inversión. Su falla al hacer esto lleva a la nulidad del laudo resultante, porque “la falta de aplicación del derecho pertinente podría constituir un exceso de poder que insta su anulación”²⁰.

Dado que la prohibición de corrupción forma parte de los principios generales del derecho internacional de las inversiones, un Estado, aún en ausencia de una cláusula que exija a las empresas multinacionales combatir la corrupción, podría iniciar un arbitraje para demandar a una empresa multinacional por corrupción de servidores públicos. Esta posibilidad dependería de si el Estado tiene un fundamento jurídico para hacerlo bajo los tratados de inversión o contratos entre inversionistas y Estados haciendo referencia al derecho internacional como el derecho aplicable, así como una cláusula de arbitraje. Además, las cláusulas de ISDS contenidas en los tratados de inversión o en los contratos entre inversionistas y Estados podrían obligar a las partes a observar los principios generales del derecho internacional de las inversiones. En un arbitraje como tal, el tribunal no necesitaría aplicar el principio general que prohíbe la corrupción. Similarmente, una empresa que se encuentra bajo presión para pagar un soborno podría entablar una demanda de arbitraje para denunciar corrupción.

Mirando hacia adelante, si un Estado anfitrión no denuncia corrupción, las organizaciones de la sociedad civil (OSC) podrían hacerlo presentando una solicitud para presentar un escrito *amicus curiae* en un arbitraje pendiente. Esto podría hacerse al incluirse un protocolo adicional opcional sobre corrupción al Convenio del CIADI²¹. Dado que los tribunales arbitrales actualmente poseen discreción sobre si aceptar y cómo sopesar los hechos para

aceptar presentaciones de amicus, los Estados podrían considerar las reglas para permitir un mejor acceso de las OSC a los arbitrajes en calidad de *amici*²². Esto podría hacerse, por ejemplo, en el contexto de los actuales esfuerzos de reforma de la ISDS en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y en el actual proceso de enmienda al reglamento del CIADI. Por último, podrían considerar la forma de permitir a las OSC que presenten sus demandas de corrupción ante tribunales arbitrales o instituciones internacionales, basándose en las prácticas de organismos de derechos humanos, tales como las “llamadas a la acción” recibidas por la Comisión Africana de Derechos Humanos²³.

Autor

Guy Marcel Nono es ayudante de cátedra en derecho internacional de la Universidad de Douala (Camerún). Anteriormente, dictó un curso de derecho internacional en la Universidad de Laval (Canadá) desde 2015 hasta 2018.

¹⁹ Véase Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention a commentary*. Cambridge University Press, p. 608.

²⁰ Id., p. 556.

²¹ La cuestión sobre cómo funcionaría este protocolo y cómo garantizar que un tribunal considere las solicitudes de las OSC debería ser desarrollada cabalmente en otro artículo.

²² IISD. (2019, abril). *Summary comments to the proposals for amendment of the ICSID arbitration rules*. IISD <https://www.iisd.org/library/summary-comments-proposals-amendment-icsid-arbitration-rules>

²³ Esta idea fue tomada prestada de la Comisión Africana de Derechos Humanos, *Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi / Kenya, Uganda, Rwanda, Tanzania, Zaïre (DRC), Zambia*, 157/96 HRCLA (CommAfr DHP 2003), párrafos 1, 63. <https://www.achpr.org/sessions/descions?id=140>



NOTICIAS EN BREVE

Sesión de la CNUDMI de enero considera mecanismo de apelación, tribunal permanente y cuestiones relativas a árbitros y decisores

Los negociadores que trabajan en las soluciones para la reforma multilateral de la ISDS reunidos en enero del 2020 en Viena para reanudar la 38va sesión, han mantenido conversaciones sobre la posibilidad de crear un mecanismo de apelación, los beneficios y desafíos de establecer un tribunal permanente de inversiones y el proceso para elegir árbitros y decisores.

La reunión que fue organizada por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la Reforma de la ISDS, se basó en debates anteriormente conducidos en octubre de 2019, en Viena. Se trata de la tercera fase de un proceso de años de duración para identificar las inquietudes con respecto a la ISDS y posibles opciones de reforma. Según una versión preliminar del informe de la reunión, los debates sobre las opciones de reforma antes mencionadas eran de carácter “preliminar”, para entender mejor sus posibles méritos y defectos antes de seguir profundizando en las mismas.

En cuanto al mecanismo de apelación o un mecanismo de revisión autónomo —la opción de reforma que recibió mayor atención en la reunión, según algunos observadores— los negociadores analizaron el impacto que toman los casos largos y sus costos actuales. También cuestionaron si este mecanismo podría generar un sistema más coherente o más fragmentado, y si el hecho de contar con un órgano a cargo de casos en virtud de múltiples tratados podría “dar como resultado conferir demasiado poder interpretativo a un órgano como tal”. Estas preguntas serán consideradas nuevamente en una etapa posterior, quedando pendiente un debate sobre “los principales componentes del mecanismo de apelación”.

Otros puntos planteados sobre el mecanismo mencionado incluyen la naturaleza y el alcance de las apelaciones que tendría bajo su consideración, tales como cuán extensivas serían las razones para apelar una decisión arbitral, qué decisiones serían elegibles a ser apeladas y qué acciones tomaría el mecanismo de apelación.

El tema de un mecanismo de este tipo será examinado en mayor profundidad en futuras sesiones del Grupo

de Trabajo, con la Secretaría de la CNUDMI a cargo de elaborar un cuadro donde se presenten los temas involucrados “la naturaleza, alcance y efectos de la apelación” y un borrador de disposiciones relacionadas. La otra opción para la Secretaría, aparte del cuadro, sería detallar qué consideraciones requieren una respuesta del grupo de trabajo de acá en adelante.

Otra pregunta abierta es cómo podrían ser ejecutadas las decisiones tomadas por “un mecanismo permanente de apelación o un órgano permanente de primer nivel”, y qué implicará esto para aquellos Estados que deseen formar parte de tales mecanismos, así como para aquellos que no. El tema sobre cómo esta ejecución podría funcionar en relación con los sistemas actualmente vigentes, tales como el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York, también fue planteado, entre otras cuestiones. *(Nota del editor: el Profesor N Jansen Calamita discute estos asuntos en un Artículo publicado en la presente edición de ITN: "Debate del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Ejecutabilidad de laudos por un mecanismo de apelación o un tribunal de inversiones bajo el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York").*

En cuanto a otros asuntos abordados en enero en Viena, un tema fundamental fue cuánto puede costar un tribunal permanente o TMI, de dónde provendrá este dinero y las demandas financieras que podrían afectar a los Estados en desarrollo en particular. Al igual que con el mecanismo de apelación, la Secretaría de la CNUDMI deberá encargarse de analizar las posibles opciones y elaborar documentos relacionados para consideración del grupo de trabajo.

Mientras tanto, el debate sobre los decisores y árbitros versó ampliamente sobre cuestiones relativas a crear una “lista de candidatos calificados y establecer un órgano permanente compuesto por decisores a tiempo completo”, observando temas tales como el nombramiento de las partes y cómo esto afectará los factores de independencia e imparcialidad, así como las lecciones aprendidas de las instituciones arbitrales ya disponibles. Si un organismo permanente de decisores a tiempo completo fuera establecido, adonde estaría localizado y gestionado sigue siendo una pregunta abierta, entre otros temas. *(Nota del Editor: Esta edición de ITN contiene un Artículo con el texto completo de la*



intervención realizada por la Profesora Jane Kelsey sobre estos asuntos en la reunión de Viena: "Diversidad de Decisores en un Régimen Reformado de ISDS: ¿La OMC es un buen modelo a seguir por los países en desarrollo?"

La Secretaría de la CNUDMI ha solicitado que se analicen en mayor medida todos los temas planteados bajo este ítem del programa, incluyendo la interacción de estas opciones con otros asuntos que ya están bajo consideración, y cómo podrían ser incorporadas las posibles reformas a los tratados existentes “o a cualquier otro instrumento pertinente”.

También se reconoció que los comentarios y sugerencias aportados sobre cualquiera de estas opciones (mecanismo ad hoc o permanente de apelación, o TMI) no implican una elección previa o definitiva en favor de ninguna de estas opciones. De hecho, los participantes reconocieron que hay varios asuntos que son comunes a todas las opciones discutidas, pero que podrían tener diferentes implicancias, dependiendo de la opción involucrada.

La próxima sesión del Grupo de Trabajo III está programada para realizarse del 30 de marzo al 3 de abril del 2020, en Nueva York. Un programa provisional anotado está [disponible en línea](#), junto con una serie de documentos de la Secretaría y observaciones de los Gobiernos. Los primeros cubren la prevención de controversias, mitigación y mediación; interpretación de tratados por Estados partes; garantía de cobro de las costas y reclamaciones infundadas; procesos múltiples y reconveniones; y un instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de ISDS, todos los cuales se encuentran en el programa de la reunión, junto con las observaciones de los Gobiernos.

Conversaciones sobre facilitación de las inversiones fijan su mirada en los resultados de la CM12 de la OMC, se preparan para las negociaciones de marzo

Los 99 miembros de la OMC participantes de los debates estructurados sobre un posible marco multilateral para la [facilitación de las inversiones](#) están preparándose para pasar al modo negociación desde marzo del 2020 en adelante, en un intento por anunciar un “resultado concreto” en la 12ª Conferencia Ministerial de la OMC a realizarse en Nur-Sultan, Kazakstán, en junio de 2020.

El grupo que co-patrocina esta “Iniciativa de Declaración Conjunta” se ha expandido significativamente desde su lanzamiento en diciembre de 2017. El agregado más reciente fue Filipinas, que se unió formalmente durante una [reunión a nivel ministerial](#) informal sobre este tema. El evento tuvo lugar paralelamente a la Reunión Anual del Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés) en Davos-Klosters, Suiza, el 23 de enero.

Los debates estructurados de los últimos meses de 2019 se enfocaron en simplificar un documento de trabajo extensivo que establece, en siete secciones, las posibles disposiciones que podrían caracterizar el marco planeado, sin prejuzgar cuál sería la postura de los Miembros de la OMC una vez que las negociaciones comiencen. Según [un resumen](#) del coordinador del grupo sobre la reunión de diciembre de 2019 donde se realizó el inventario, las conversaciones de las primeras semanas del 2020 estarán destinadas a sentar las bases para la fase de negociaciones de marzo, las siguientes reuniones están planeadas para celebrarse antes de la ministerial de junio.

Dichas conversaciones se basarán en un nuevo texto, simplificado, circulado por el coordinador del grupo en enero del 2020 entre los miembros de la OMC. El texto sigue siendo un documento restringido en el sitio web de la OMC. A medida que los participantes se preparan para pasar a un nuevo modo de trabajo, aún quedan responder varias cuestiones sobre el alcance del marco planeado, las disposiciones sobre desarrollo, entre otros asuntos. Todavía no está claro, en esta etapa, qué acuerdos institucionales pueden aplicarse a un marco como tal, si fuera completado, dadas las normas para incorporar nuevos acuerdos a la arquitectura de la OMC, así como las decisiones ministeriales pasadas que han señalado que se



requiere el consentimiento de toda la membresía de la OMC para negociar sobre temas que aún no estaban cubiertos por la agenda de la Ronda de Doha.

Una historia detallada de las conversaciones sobre facilitación de las inversiones y el documento de trabajo de julio de 2019 que sirvieron como base para los debates de septiembre a diciembre de 2019, se encuentran disponibles en línea en la [biblioteca del IISD](#) en inglés y francés. *(Nota del editor: la publicación fue elaborada bajo el TAF2+ Umbrella Grant en New WTO issues, financiado por el Gobierno del Reino Unido e implementado conjuntamente por el IISD, CUTS International, BKP Economic Advisors and Interanalysis de la Universidad de Sussex. Las opiniones expresadas pertenecen a los autores y no necesariamente al TAF o al Gobierno del Reino Unido).*

Modernización del TCE: Conferencia se reúne en diciembre de 2019, prepara el escenario para las reuniones de negociación en el 2020

Las negociaciones para la modernización del TCE se encuentran en curso. La primera se realizó en diciembre de 2019 y al menos otras cuatro sesiones están planeadas para el 2020.

Las conversaciones tuvieron lugar después de las reuniones de la Conferencia sobre la Carta de la Energía celebradas en Bruselas el 10 y 11 de diciembre de 2019. Según el [resumen de la reunión](#) en el marco de la conferencia emitido posteriormente, la “principal prioridad” para el año próximo será el proceso de modernización.

La primera ronda de negociaciones se llevó a cabo en Bruselas el 12 de diciembre, aunque no hay disponible un resumen público de los debates. Las conversaciones inicialmente estaban programadas para celebrarse en Albania, pero un desastre natural en el país balcánico provocó un [cambio de sede](#). Las posteriores conversaciones, según el [cronograma provisional](#) lanzado el año pasado, están planeadas para abril, julio y octubre de 2020, cuyo inventario se realizará en diciembre.

Aun con las negociaciones sobre la modernización en curso, la posibilidad de que por medio de este proceso se resuelvan los desafíos ampliamente conocidos con respecto al tratado aún no está clara. El actual tratado, que data de mediados de la década de 1990, ha presentado el mayor número de arbitrajes de inversión entre los AII, así como la mayor cantidad de laudos de arbitrajes de inversión registrados. Todavía hay cuestionamientos sobre si el proceso de modernización [resultará suficiente](#) para lograr que el trato conduzca a acciones relativas al clima, y si las partes contratantes podrían ser [mejor atendidas](#) cuando procuren su [terminación o retiro](#).

Conversaciones entre China y la UE: negociadores discuten nuevas ofertas de acceso al mercado, apuntando a un resultado en 2020

Las conversaciones entre China y la UE para firmar un Acuerdo General en materia de Inversiones marcaron un hito importante en diciembre de 2019, cuando ambas partes intercambiaron nuevas ofertas de acceso al mercado. Sólo intercambiaron este tipo de ofertas en una ocasión anteriormente, en julio de 2018.

Este intercambio tuvo lugar durante la [25a ronda de negociaciones](#), donde también se condujeron debates que conciernen el trato dispensado a las empresas estatales, la solución de controversias entre Estados, el desarrollo sostenible, la transparencia, entre otros asuntos.

Otra ronda de negociaciones fue celebrada a mediados de enero de 2020 para analizar las ofertas en mayor profundidad, con la 27a ronda programada para principios de marzo de 2020 en Pekín.

Si bien los resultados de la última ronda aun no fueron publicados, los funcionarios de la UE ya han señalado que desean ver plasmadas estas revisiones en la última oferta de acceso al mercado de sus contrapartes de Pekín.

“Mientras que muchas empresas europeas invierten en China y se benefician de su vasto mercado interno, soy muy consciente de los desafíos que enfrentan en términos de acceso y previsibilidad”, declaró el Comisario de Comercio de la UE, Phil Hogan, el 20 de enero de 2020, [durante un evento](#) dedicado a la relación entre China y la UE.



Citando las mejoras deseadas en el acceso al mercado para inversores europeos en China, Hogan reiteró que Bruselas aún espera concluir las conversaciones con Pekín este año, siempre y cuando el trato sea lo suficientemente ambicioso. El objetivo del 2020 fue anunciado durante la [cumbre de líderes](#) en Bélgica en abril pasado.

Hogan también sugirió que será necesario que haya una mayor apertura de mercado en comparación con lo ofrecido actualmente.

“Una oferta a medias no funcionará para la UE, ya que nuestro mercado es muy abierto. Esperamos un esfuerzo para equilibrar esta asimetría”, declaró en ese entonces, apelando a niveles similares de mejoras para garantizar que haya un “campo de juego” equitativo en China para los inversores europeos en lo que concierne a los marcos jurídicos y regulatorios en vigor.

Algunos expertos que trabajan en China, sin embargo, [han señalado](#) que este pedido puede ser difícil de satisfacer, y advirtieron que esto podría perjudicar el avance de las negociaciones. Las conversaciones sobre un acuerdo de inversión entre China y la UE han estado formalmente en curso por más de seis años, habiendo sido lanzadas en 2013.

Trump firma T-MEC, acercando el reemplazo del TLCAN a su entrada en vigor

El Tratado entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC) ha sido ratificado y rubricado en la legislación de los Estados Unidos, llevando a este acuerdo de comercio e inversión un paso más cerca de su entrada en vigor. De los tres países involucrados, el único que no ha completado su proceso de ratificación es Canadá.

El T-MEC reemplazaría el TLCAN, que ha regido el comercio entre estos tres países por mucho tiempo, desde mediados de la década de 1990. Si bien el nuevo acuerdo fue firmado a fines de 2018 y [ratificado por México](#) en junio de 2019, los esfuerzos para ratificarlo en Canadá y los Estados Unidos han llevado más tiempo, aunque por diferentes razones.

La ratificación del acuerdo en los Estados Unidos involucró varios cambios con Canadá y México, dadas las inquietudes planteadas por muchos demócratas en el Congreso sobre si las disposiciones del tratado eran lo suficientemente rigurosas en las áreas de trabajo y medio ambiente, tanto en términos de la reglas en sí mismas como los mecanismos de monitoreo y ejecución disponibles.

El [Protocolo de Enmiendas](#) final presenta una serie de enmiendas a las disposiciones del T-MEC, específicamente sobre disposiciones iniciales y definiciones generales; reglas de origen automotriz; derechos de propiedad intelectual; trabajo; medio ambiente y un “mecanismo laboral de respuesta rápida en instalaciones específicas”.

Entre los cambios se destaca el lenguaje revisado que impediría a las partes del T-MEC bloquear el establecimiento de un panel de solución de controversias, el cual ha sido uno de los [principales problemas](#) que surgieron bajo el TLCAN original en relación con la solución de controversias entre Estados.

Otro cambio importante se observa en el lenguaje utilizado en el capítulo sobre medio ambiente, específicamente en una nueva nota al pie, la cual establece que “para efectos de la solución de controversias, un panel asumirá que un incumplimiento es en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes, a menos que la parte demandada demuestre lo contrario”. Una modificación similar ha sido incorporada al capítulo sobre trabajo en relación con la aplicación de leyes laborales.

En Canadá, el proceso para ratificar el T-MEC fue suspendido en 2019 por causa de las elecciones federales en dicho país. La legislación que implementa el T-MEC, el cual es conocido como CUSMA o ACEUM en Canadá, fue [sometida nuevamente](#) al Parlamento canadiense a partir del 29 de enero del 2020 para su consideración.



Brexit: Reino Unido deja la UE entre cuestionamientos sobre futuras relaciones de comercio e inversión

La salida del Reino Unido de la UE tuvo lugar formalmente el 31 de enero del 2020, después de años de conversaciones y repetidas prórrogas de la fecha límite para el Brexit. Con el Reino Unido actualmente bajo un período de transición de 11 meses, aún quedan preguntas pendientes sobre la futura relación de comercio e inversión del país con la UE y otros socios, pese a que están comenzando a surgir algunas indicaciones sobre lo que esto comprendería.

Cómo afectará el Brexit las relaciones comerciales y de inversión del Reino Unido con los países que no pertenecen a la UE después de que concluya el período de transición a fines de diciembre puede variar. Según una [nota orientativa](#) publicada por el Gobierno británico sobre acuerdos de comercio con países fuera de la UE, Londres está procurando “replicar los efectos de los acuerdos existentes de la UE para cuando ya no se apliquen al Reino Unido”, destacando que tales acuerdos ya han sido producidos y firmados con varios países o grupos de países.

La lista no cubre a todos los países y posee algunas [excepciones notables](#), tales como el Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón y el AECG entre Canadá y la UE. En algunos casos, tales como el AECG, su “participación” sigue en curso, mientras que en el caso de Japón, las dos partes se proponen negociar un nuevo acuerdo, basado en lo que ya ha sido acordado.

Algunos de estos tratados de comercio poseen capítulos de inversión o acuerdos de protección de las inversiones. También hay un gran número de TBI de la UE y del Reino Unido, y [analistas jurídicos](#) han cuestionado el impacto del Brexit en los TBI de la UE en el caso de que no se alcancen nuevos acuerdos antes del cierre del período de transición.

En cuanto a sus compromisos en la OMC, todos los Estados miembros de la UE también son miembros de la OMC en su propio nombre, tal como es la UE colectivamente. Los programas de bienes y servicios se encuentran expresados en términos de la UE, y una de las cuestiones importantes planteadas en Ginebra durante el proceso del Brexit ha sido cómo separar los compromisos del Reino Unido de aquellos pertenecientes al bloque de la UE, y cómo debería funcionar la participación con otros Miembros de la OMC sobre este tema.

Algunos de estos temas tienen implicancias en las inversiones, dado que algunos Acuerdos de la OMC contienen disposiciones relativas a inversiones, tales como el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), específicamente los que involucran servicios bajo el “Modo 3”, que conciernen la presencia comercial de un prestador de servicios extranjero en el territorio de otro Miembro de la OMC.

El Reino Unido circuló [un comunicado](#) a principios de febrero, que resume las medidas tomadas en estos frentes, y los planes de unirse al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) en su propio nombre, dado que actualmente es parte de la UE. La UE, por su parte, ha circulado una “Note Verbale” resumiendo el acuerdo de transición para información de los Miembros de la OMC.

Una [declaración](#) emitida el 3 de febrero del 2020 describe lo que el Primer Ministro británico, Boris Johnson, y su Gobierno pretenden lograr a partir de las conversaciones con Bruselas sobre una futura relación. En cuanto al tema del comercio y la inversión transfronteriza de servicios, han solicitado “medidas para minimizar las barreras para el abastecimiento transfronterizo de servicios e inversión, en base a compromisos de cada parte de los TLC existentes”, agregando que hay un margen para compromisos aún más profundos en algunos tipos de servicios.



Acuerdos comerciales de Australia con Hong Kong y con Perú entran en vigor, con Indonesia ratificado

El nuevo año es testigo de la entrada en vigor de dos nuevos acuerdos comerciales que involucran a Australia; a saber, Perú y Hong Kong. Ambos acuerdos contienen capítulos de inversión y fueron ratificados por la legislatura australiana a fines de diciembre, junto con otro acuerdo que involucra a Indonesia.

En el caso del TLC entre Australia y Hong Kong, el nuevo acuerdo termina el TBI de larga data entre estos dos socios, el cual se remonta a 1993. El capítulo de inversión incluye un mecanismo de ISDS, excluyendo a ciertas medidas de la posibilidad de ser impugnadas, tales como algunas medidas de salud pública, incluyendo el control del tabaco, junto con las decisiones de revisión de las inversiones adoptadas bajo la Junta de Revisión de la Inversión Extranjera de Australia.

Un resumen de los [resultados de inversión de los acuerdos](#) también destaca que se incluyó una disposición para proteger el derecho de los Estados a regular en áreas relacionadas con las artes y determinados servicios públicos, junto con las expresiones culturales tradicionales indígenas.

El [TLC entre Australia y Perú](#) también incluye un capítulo de inversión y un mecanismo de ISDS, con una redacción similar sobre el derecho a regular en pos del interés público. La ISDS no se aplica a determinados servicios sociales, artes creativas, decisiones de revisión de la inversión extranjera y las expresiones culturales tradicionales indígenas.

Otro acontecimiento notable es la ratificación por parte de la legislatura australiana, del [Acuerdo Integral de Asociación Económica \(CEPA\)](#), por sus siglas en inglés) con Indonesia, la economía más poblada del sudeste asiático. El acuerdo incluye un capítulo de inversión con un mecanismo de ISDS, y nuevamente hace referencia a determinados aspectos de salud pública, control de tabaco y revisión de la inversión extranjera como áreas que se encuentran excluidas de la ISDS. La ratificación del CEPA aún se encuentra pendiente en Indonesia antes de entrar en vigor.



LAUDOS Y DECISIONES

En un nuevo laudo del CIADI se determina que las reformas del sector energético de España no infringen el TCE

Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH y otros vs. El Reino de España, Caso del CIADI No. ARB/15/1

Marios Tokas

El 2 de diciembre de 2019, un tribunal del CIADI dictaminó que España cumplió con sus obligaciones del TCE y que las demandas entabladas por los inversores alemanes eran infundadas. Por lo tanto, el tribunal ordenó a las demandantes que pagasen EUR 2,3 millones por las costas legales de España y USD 362.237 por los costos de arbitraje incurridos por España.

Antecedentes y demandas

En 2009, la planta de generación de energía eléctrica Andasol 3 fue construida en Andalucía, al sur de España, por Marquesado Solar S.L. (Marquesado), una empresa española cuya titularidad total directa o indirecta pertenecía a la empresa alemana, Stadtwerke München GmbH (SWM), junto con un grupo de otras empresas alemanas. SWM y otras empresas alegaron que su decisión de construir y operar la planta se basó en las garantías otorgadas por el sistema regulatorio de incentivos a las inversiones en el sector de energías renovables español —específicamente, el Real Decreto (RD) 661/2007—.

En 2012, España reformó su régimen de energías renovables al establecer más impuestos, alterando la remuneración del programa de tarifas reguladas a los productores y limitando los requisitos de elegibilidad para recibir los incentivos. En respuesta, las demandantes y Marquesado iniciaron un arbitraje en el CIADI contra España el 29 de diciembre de 2014, reclamando el incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE, incluyendo el TJE, la cláusula paraguas y de no perjuicio.

Tribunal desestima objeciones jurisdiccionales de España relativas a la nacionalidad UE de las demandantes y el derecho de la UE

El tribunal desestimó la objeción de España de que Marquesado no estaba cubierta como un inversor,

considerando que se encontraba controlada por inversores de otro Estado contratante. Además, consideró que el Artículo 26(1) del TCE no hace una distinción entre los diferentes tipos de partes contratantes, y por consiguiente, rige las controversias entre un inversor de un Estado de la UE y otro Estado miembro de la UE (párrafo 129).

El tribunal concluyó que el acceso de la UE al TCE no invalida la competencia de los tribunales del TCE sobre controversias intra-UE. Específicamente, el tribunal denegó el argumento de España de que el Artículo 1(2) del TCE establecía la transferencia de la competencia del TCE a una Organización Regional de Integración Económica (ORIE) —tal como la UE— cuando esta última se unió al TCE (párrafo 131). Además, el tribunal se rehusó a reconocer la preeminencia del derecho de la UE sobre el Artículo 25 del TCE, dado que este último simplemente prohíbe a los Estados miembros no pertenecientes a la UE que son partes contratantes del TCE obtener el beneficio de trato entre los Estados miembros de la UE (párrafo 132).

España argumentó que no existía jurisdicción sobre la controversia ya que SWM, al ser una empresa de propiedad pública, debería ser equiparada con Alemania y que las controversias entre los Estados miembros de la UE recaen bajo la jurisdicción del TJUE. Sin embargo, el tribunal rechazó este argumento, dado que SWM fue constituida como una empresa bajo el derecho alemán y, por consiguiente, recae dentro de la definición de “inversor” bajo el Artículo 1(7) del TCE, no obstante su estatus como accionista (párrafo 134).

Por último, el tribunal se negó a desestimar el caso por una incompatibilidad del TCE con el derecho de la UE después del caso *Achmea*. Concluyó que, aunque se admitan las opiniones de España y *Achmea* sobre el conflicto jurídico, el TCE debería prevalecer, dado que el Artículo 16 del TCE estipula que en instancias de conflicto debe aplicarse la norma más favorable. Según el tribunal, el TCE es la norma más favorable en el presente caso, dado que el sistema de la UE no permite que un inversor recurra a un tribunal arbitral (párrafos 145–146).



Se acepta objeción jurisdiccional de España relativa a medidas impositivas

El tribunal aceptó el argumento de España de que el impuesto del 7 % establecido por la Ley 15/2012 sobre el valor de la electricidad generada fue eximido de su competencia bajo la exención impositiva contenida en el Artículo 21 del TCE. Al interpretar los términos del Artículo 21 considerando su significado común (párrafos 163–168) y los *travaux préparatoires*, el tribunal analizó la imposición de una “medida impositiva”, declinando su jurisdicción sobre dicha ley (párrafos 172–176).

El TCE no dispone un derecho exigible a un marco jurídico estable

En cuanto al fondo, el tribunal rechazó la demanda de que el Artículo 10(1) del TCE impone una obligación autónoma exigible a las partes contratantes de brindar condiciones estables y equitativas a los inversores. De hecho, afirmó que el Artículo 10(1) es “demasiado general” para imponer directivas y obligaciones específicas, y para que informe otras obligaciones tales como el estándar de TJE contenido en el Artículo 10(1) (párrafos 196–198).

La medida de España no infringió su obligación de brindar TJE a las demandantes

El tribunal desestimó las acusaciones de las demandantes de que España no brindó un régimen regulatorio estable, que frustró sus expectativas legítimas, que no actuó de manera transparente y que adoptó medidas irrazonables o desproporcionadas.

Primero, el tribunal concluyó que la reforma regulatoria de España no se llevó a cabo con la intención de alterar drásticamente el marco regulatorio luego de que se realizara la inversión deseada, como estrategia de engaño utilizando un señuelo y cambiando luego las condiciones. Según la opinión del tribunal, las medidas fueron tomadas legítimamente para proteger las políticas públicas y la sostenibilidad del sistema de energía eléctrica español (párrafos 257–261).

Segundo, determinó que las demandantes no pudieron probar que el marco regulatorio o las acciones u omisiones de las autoridades españolas hayan garantizado una remuneración estable por la electricidad generada. En cambio, concluyó que cualquier inversor prudente que haya tomado la adecuada diligencia debida no tendría expectativas legítimas de recibir un flujo de ingresos estable por su inversión (párrafo 308).

Por último, el tribunal rechazó los argumentos de las demandantes sobre transparencia, irracionalidad y desproporcionalidad. Determinó que las medidas adoptadas bajo la reforma regulatoria eran transparentes e involucraron consultas previas e informes preliminares (párrafo 315). Más aun, las medidas guardaban una relación razonable con el objetivo de alcanzar la sostenibilidad del sistema eléctrico y reducir el déficit tarifario, mientras que la carga impuesta a las demandantes era proporcional al objeto y propósito de las medidas impugnadas (párrafos 320–322 y 354–355).

Tribunal confirma la razonabilidad de las medidas impugnadas y deniega operación de cláusula paraguas

El tribunal confirmó que las medidas de España eran razonables y, por lo tanto, no infringió la obligación contenida en el Artículo 10(1) del TCE de no perjudicar las inversiones mediante medidas irracionales (párrafo 364). Además, dictaminó que España no asumió ninguna obligación contractual o similar con las demandantes. También afirmó que el presunto acuerdo de las demandantes de julio de 2010 (un comunicado de prensa emitido por España) y una resolución de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas de España no tuvo un efecto legal vinculante como tal (párrafo 383–384).

Asignación de costas y gastos

El tribunal tomó en cuenta la falta de indicaciones del TCE sobre la asignación de costas y gastos pero decidió evaluar las circunstancias para llegar a un resultado justo. Considerando la legalidad de las medidas impugnadas, el fracaso de las objeciones jurisdiccionales de España y el elevado monto de los costos, ordenó a las demandantes que pagasen el 83,3 % de las costas y gastos de España (párrafo 403–405).

Disidencia de Kaj Hobér: no hay expectativas de estabilidad en inversiones hídricas

En su disidencia sobre el fondo, Kaj Hobér consideró que al introducir cambios radicales y esenciales a su régimen regulatorio, España incumplió sus obligaciones bajo el Artículo 10(1) del TCE ya que eran incompatibles con las expectativas legítimas de los inversores. El árbitro disidente destacó que las expectativas legítimas no deberían equipararse con una garantía o promesa (párrafo 10) pero consideró que se crearon expectativas en base al marco regulatorio español, y las manifestaciones y declaraciones realizadas por funcionarios españoles



en referencia a la certeza y estabilidad regulatoria (párrafo 16).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Jeswald W. Salacuse (presidente designado por la Secretaría General del CIADI, nacional de Estados Unidos), Kaj Hobér (designado por las demandantes, nacional sueco) y Zachary Douglas (designado por el demandado, nacional australiano). El laudo del 2 de diciembre de 2019, incluyendo la disidencia, está disponible en <https://www.italaw.com/cases/7791>

Marios Tokas es abogado internacional en Ginebra. Es candidato a un Master en derecho internacional en el Graduate Institute of International and Development Studies. Posee un LL.M. en derecho internacional público y un LL.B. de la Universidad de Atenas. Actualmente se desempeña como pasante en la Oficina de Ginebra del IISD.

Hungría declarada responsable por expropiar inversión de inversor británico y se le ordena el pago de EUR 7 millones en compensación por daños

Magyar Farming Company Ltd., Kintyre KFT e Inicia ZRT vs. Hungría, Caso del CIADI No. ARB/17/27

Maria Bisila Torao

El 13 de noviembre de 2019, un tribunal del CIADI ordenó a Hungría que pague los daños ocasionados a un inversor británico en compensación por su incumplimiento del TBI entre Hungría y el Reino Unido, así como la mitad de las costas legales del inversor. El tribunal otorgó aproximadamente EUR 7 millones por daños.

Antecedentes y demandas

Entre 1990 y 1994, Hungría llevó a cabo una profunda transformación de su industria agrícola privatizando más del 85 por ciento de sus tierras cultivables. Para regular la adquisición y propiedad de tierras agrícolas, Hungría promulgó la Ley de Tierras Cultivables, la cual establece que únicamente los húngaros podrían adquirir dichas tierras. Los extranjeros solo podrían arrendarlas ya sea del Estado o de nacionales húngaros por un plazo de diez años y en un área máxima de 300 hectáreas (párrafo 110).

En este marco, en 1997, un grupo de productores agrícolas británicos procuraron invertir en el sector agrícola de Hungría. Constituyeron Magyar Farming Company Ltd. como una sociedad *holding* en el Reino Unido, y Kintyre Agricultural Trade and Services Kft como su filial húngara (colectivamente, Magyar). En 1998, Kintyre adquirió el 95,13% de Inicia ZRT, una empresa húngara que tenía la propiedad de tierras agrícolas privatizadas. Al momento de la inversión, el inversor se basó en el contrato de arrendamiento de Inicia, un arrendamiento por diez años bajo la Ley de Tierras Cultivables que establecía un derecho estatutario pre-arrendamiento.

En 1999, el arrendamiento de Inicia fue extendido por un plazo de diez años comenzando en julio de 1999. Posteriormente, en 2002, la Ley de Tierras Cultivables fue modificada, extendiendo los plazos de arrendamiento agrícola de 10 a 20 años. Por consiguiente, Inicia solicitó la modificación de su contrato, y como resultado, en 2006, el contrato de Inicia fue extendido hasta 2014. Las autoridades consideraron que el plazo de 20 años comenzaría desde la fecha en que el contrato de arrendamiento fue celebrado.



En 2010, Hungría procuró reformar el sector agrícola, redistribuyendo las tierras agrícolas del Estado para promover las granjas familiares por sobre las empresas agrícolas. Bajo la Ley sobre la Agencia Nacional de Agricultura (la Ley de 2010), los derechos pre-arrendamiento fueron conservados pero luego fueron eliminados en 2011 (La Enmienda de 2011). Por ende, el arrendamiento de Inicia fue dividido en varias parcelas y se le otorgaron a los productores locales por medio de una licitación pública. En respuesta, Magyar e Inicia presentaron un arbitraje contra Hungría reclamando la expropiación de sus derechos de arrendamiento a las tierras en incumplimiento del Artículo 6(1) del TBI entre Hungría y el Reino Unido.

Tribunal desestima objeciones jurisdiccionales intra-UE y sobre objeto de la demanda presentadas por Hungría

En su primera objeción jurisdiccional, Hungría alegó que la cláusula de solución de controversias (Artículo 8) del TBI era incompatible con los Tratados de la UE, haciendo referencia a la decisión del caso *Achmea* (párrafo 172–173), y que dicha incompatibilidad entre el TBI y los tratados de la UE debía ser dirimida en favor del derecho de la UE.

El tribunal explicó que el Convenio del CIADI no está sujeto a un sistema jurídico nacional. Como resultado, la validez del acuerdo de arbitraje o la capacidad de someter la controversia a arbitraje no puede estar regida por una *lex arbitri*. Por lo tanto, a los fines de este arbitraje, el tribunal decidió que no debía considerar las consecuencias, si hubiere alguna, de la aplicación de una *lex arbitri* en particular —el derecho de la UE, en este caso— a la controversia o al acuerdo de arbitraje (párrafo 203).

Asimismo, Hungría respondió que la controversia no recaía dentro del alcance de la disposición de solución de controversias del TBI, y por consiguiente, el tribunal no podría decidir sobre la conducta de Hungría porque ninguna de las acciones constituía una expropiación. El tribunal rechazó este argumento, basándose en jurisprudencia bien consolidada (*Inmaris vs. Ucrania*, *CSOB vs. República Eslovaca* y *Holiday Inn vs. Marruecos*) y afirmando que, a los fines de la jurisdicción en materia del objeto de la demanda, la existencia de una inversión debe ser evaluada como un todo (párrafo 274–275).

La enmienda la Ley de 2010 de Hungría constituyó expropiación ilícita ya que no se pagó compensación

Hungría argumentó que el derecho estatutario pre-arrendamiento estaba establecido en la legislación

general, que el Estado podría modificar por razones de políticas, y por consiguiente, este derecho no era susceptible de ser expropiado (párrafos 340, 346).

El tribunal, sin embargo, concluyó que pese a que el Estado tiene el derecho a regular, su poder no debe ser ejercido retroactivamente (párrafo 347). El tribunal además explicó que el estándar contenido en el Artículo 6 del TBI entre Hungría y el Reino Unido dispone la protección de los derechos adquiridos. Por ende, “si un estatuto general otorga a las partes privadas la posibilidad de adquirir derechos de valor económico, los cambios a dicha legislación no deberían afectar los derechos que ya habían sido adquiridos bajo el estatuto. En este sentido, la doctrina de derechos adquiridos está íntimamente relacionada con los principios de no retroactividad y certeza jurídica” (párrafo 347).

Hungría también alegó que un ejercicio *bona fide* del derecho a regular del Estado se encuentra exento de la obligación de pagar compensación. El tribunal no coincidió con este argumento y explicó, haciendo referencia al caso *Pope & Talbot vs. Canadá*, que no podría crear una excepción incondicional de la obligación de compensar por todas las medidas regulatorias, ya que sería incompatible con el lenguaje estándar de las disposiciones que prohíben la expropiación en los tratados de inversión, tales como el Artículo 6 del TBI, el cual requiere compensación por la expropiación directa e indirecta aun cuando las medidas sean con un fin públicos, no discriminatorias y compatibles con el debido proceso legal (párrafo 364).

El tribunal agregó que, al adherir al enfoque adoptado en *Saluka vs. República Checa*, no hay una prueba cabal para distinguir la expropiación regulatoria, por la cual se requiere compensación, de un ejercicio del poder de policía o regulatorio, el cual no da lugar a una obligación de compensación (párrafo 365).

Daños y costos

Hungría se basó en un informe pericial donde se calculó el rango estimado de pérdida de las demandantes entre EUR 3,4 millones y EUR 5,6 millones. Según Hungría, el estándar de compensación debería ser “el valor justo de mercado de la inversión expropiada”, tal como lo dispone el Artículo 6(1) del TBI. A su vez, el perito de las demandantes presentó tres valuaciones diferentes al tribunal utilizando datos de distintas fechas.

El tribunal rechazó la metodología de valuación de Hungría, aceptando como punto de partida la segunda



valuación de las demandantes, la cual se basó en una valuación de FCD a partir de julio de 2015, utilizando datos disponibles en ese momento (párrafo 404-407). Sin embargo, el perito de las demandantes aplicó un descuento del 25 por ciento sobre el valor real de la granja, el cual según el tribunal era injustificadamente elevado considerando que cualquier descuento por liquidez sería insignificante. Consecuentemente, el tribunal aplicó un 5 por ciento de descuento por liquidez concluyendo que este porcentaje resultaba una medida más apropiada (párrafo 413).

En conclusión, el tribunal otorgó EUR 7,1 millones en compensación por la expropiación de la inversión de las demandantes, de los EUR 17,9 millones reclamados inicialmente. El tribunal también ordenó a Hungría que reembolse a las demandantes los costos del tribunal por la suma de USD 282.224,40 y costas legales por la suma de GBP 296.456, EUR 19.473 y HUF 26.495.585,50.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidente designada por las partes, nacional suiza), Stanimir A. Alexandrov (designado por las demandantes, nacional búlgaro), Inka Hanefeld (designada por el demandado, nacional alemana). El laudo del 13 de noviembre de 2019 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10914.pdf>

Maria Bisila Torao es abogada internacional en Londres. Posee un LL.M. en arbitraje de tratados de inversión de la Universidad de Uppsala, un LL.M. en arbitraje comercial internacional de la Universidad de Estocolmo y una licenciatura en derecho de la Universidad de Málaga.

TBI no vigente: Mozambique triunfa sobre jurisdicción en caso contra inversor sudafricano

Oded Besserglik vs. Mozambique, Caso del CIADI No. ARB(AF)/14/2

Alessandra Mistura

El 28 de octubre de 2019, un tribunal constituido bajo el Mecanismo Complementario del CIADI desestimó las demandas entabladas por Oded Besserglik (OB), nacional de Sudáfrica, contra Mozambique porque el TBI entre Sudáfrica y Mozambique nunca entró en vigencia.

Antecedentes

A fines de la década de 1990, OB y su socio comercial compraron acciones en Natal Ocean Trawling (NOT), una empresa sudafricana que posee una sociedad para la pesca de langostinos con las empresas estatales de Mozambique, Emopesca y Sulpesca, filial de Emopesca. NOT luego compró el 40 por ciento de las acciones de Sulpesca pagadero en cuotas. NOT pagó periódicamente dos de las cuotas debidas, y el resto bajo la garantía de un gravamen sobre los barcos pesqueros de OB y utilizados por Sulpesca para el desempeño de las actividades pesqueras.

Luego de que los barcos pesqueros fueran secuestrados por uno de los gerentes de NOT y la persistente falta de pago por la compra de las acciones de Sulpesca, Emopesca primero obtuvo la confiscación judicial de los barcos. Posteriormente, procedió a transferir las acciones de Sulpesca, incluyendo aquellas vendidas a NOT pero que nunca fueron pagadas en su totalidad, a una tercera empresa. Como consecuencia, OB inició un arbitraje contra Mozambique, reclamando que este país expropió ilícitamente los barcos y las acciones de NOT en Sulpesca y que no otorgó a OB TJE ni protección y seguridad plenas.

Tribunal evalúa la temporalidad de la objeción jurisdiccional

Como una cuestión preliminar, el tribunal decidió sobre la admisibilidad de la objeción jurisdiccional presentada por Mozambique, en base al alegato de que el TBI sobre el cual se fundaban las demandas de OB nunca entró en vigencia. El tribunal destacó que el Artículo 45(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario establece la obligación clara de que la objeción sea presentada tan pronto como sea posible después de la constitución del tribunal. Únicamente cuando los hechos en que se funde



la objeción hayan sido desconocidos para dicha parte en ese entonces, la parte puede presentar la objeción en una etapa más tardía y, en cualquier caso, no más tarde que la expiración del plazo fijado para la presentación de la contestación a la demanda. El tribunal destacó que este último representa el “límite final” para presentar una objeción jurisdiccional y no puede ser extendido más que eso (párrafo 267).

En este caso, Mozambique presentó la objeción jurisdiccional tres años después de la constitución del tribunal, mucho más allá del límite del Artículo 45(2). Además, el tribunal señaló que era imposible que Mozambique no haya tenido conocimiento de que el TBI no se encontraba vigente al momento de la constitución del tribunal, dado que una simple evaluación de sus propios registros hubiera sido suficiente para tomar conocimiento de tal circunstancia. Por consiguiente, el tribunal dictaminó que Mozambique no cumplió con los plazos de tiempo establecidos bajo el Artículo 45(2) para la presentación de la objeción jurisdiccional.

Independientemente de la demora, el tribunal debe decidir sobre su propia competencia

Pese a la demora de Mozambique en presentar su objeción jurisdiccional, el tribunal finalmente tenía la obligación de considerar de manera independiente su competencia conforme al Artículo 45(3) del Reglamento del Mecanismo Complementario. De hecho, dado que la objeción concernía la falta de entrada en vigor del TBI, afectaba la mismísima posibilidad de iniciar un arbitraje, tal como lo indicaría la posible inexistencia de consentimiento a arbitraje por parte de Mozambique. Por lo tanto, el tribunal no se rehusó a considerar una objeción que reviste una naturaleza tan fundamental, una vez que fue sometida para su consideración.

El tribunal también destacó que, dado que el Artículo 45(3) establece que el tribunal “podrá” considerar por propia iniciativa si la diferencia a él sometida es de su competencia, el uso de este verbo le otorga el poder de considerar cuestiones de competencia aunque no hayan sido planteadas por las partes. Sin embargo, según este tribunal, no le otorga autoridad para omitir cuestiones de competencia meramente debido a que la objeción pertinente haya sido planteada demasiado tarde.

Para determinar si hubo consentimiento a arbitraje, el tribunal observa la entrada en vigencia del TBI

El tribunal luego analizó los cuatro elementos presentados por Mozambique para demostrar que el

TBI no estaba en vigor. Primero, evaluó el alegato de que el procedimiento de entrada en vigencia establecido en el Artículo 12 del TBI nunca fue completado. Este artículo no solo exigía la ratificación del tratado, sino también una notificación de cada una de las partes informando a la otra que su propio proceso de ratificación interno había sido completado. En este sentido, la ratificación solo constituye “un paso hacia la entrada en vigencia del TBI” (párrafo 341). Dado que la evidencia presentada por OB no demuestra concluyentemente que la notificación requerida bajo el Artículo 12 del TBI haya sido remitida ni por Mozambique ni por Sudáfrica, el tribunal no podría concluir que el TBI estaba vigente.

Esta conclusión fue luego validada por el segundo argumento de Mozambique, concerniente a un intercambio de notas diplomáticas entre Mozambique y Sudáfrica por medio de las cuales ambos Estados confirmaban que el TBI de hecho no estaba en vigencia. Tomados en conjunto, estos dos elementos fueron considerados concluyentes sobre esta cuestión. Por ende, el tribunal no necesitó evaluar el tercer y cuarto alegato de Mozambique, en relación con, respectivamente las circunstancias de que Sudáfrica nunca completó el proceso de ratificación interno del TBI y que el mismo nunca fue registrado ante la Secretaría de la ONU de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

La conclusión de que el TBI nunca entró en vigor implicaba que los dos fundamentos jurisdiccionales para admitir las demandas de OB, uno siendo el TBI en sí mismo, y el otro la Ley de Inversiones de Mozambique, no existían. En efecto, la Ley de Inversiones exigía el acuerdo expreso de las partes para presentar la controversia a arbitraje. Sin embargo, OB identificó un acuerdo como tal en el TBI en sí mismo, vinculando así, las demandas presentadas bajo la Ley de Inversiones con la entrada en vigencia del TBI.

Último pedido de impedimento legal del demandante también rechazado

Por último, el tribunal analizó el argumento de OB de que, aunque el TBI no estuviera en vigencia, Mozambique debería ser impedido de plantear esta circunstancia a la luz de las manifestaciones del demandado a los inversores extranjeros de que el TBI sí se encontraba vigente. En otras palabras, según OB, el tribunal debería haber concluido que Mozambique implícitamente consintió la jurisdicción a través de sus palabras, conducta o silencio.



No obstante, el tribunal sostuvo que no puede presumirse que se cumplieron los requisitos bajo el Artículo 12 del TBI al invocar la doctrina de impedimento legal o *estoppel*, ya que la entrada en vigencia de un tratado es puramente una cuestión de derecho. Además, aclaró que para aplicar la doctrina de impedimento legal, OB debería haber demostrado que se había basado en la buena fe de las manifestaciones de Mozambique antes de realizar la inversión, pero ninguna prueba fue presentada ante el tribunal a estos efectos.

Basándose en lo antedicho, el tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción. Además dictaminó que cada parte debía asumir sus propias costas legales, mientras que los costos administrativos del procedimiento serían divididos en partes iguales.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Makhdoom Ali Khan (presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional pakistaní), L. Yves Fortier (designado por el demandante, nacional canadiense) y Claus von Wobeser (designado por el demandado, nacional mexicano). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/7663>

Alessandra Mistura es Candidata a PhD. en Derecho Internacional en el Graduate Institute of Geneva.

Demandas de CMC desestimadas en base al fondo: Si bien acuerdo de conciliación puede ser considerado una inversión bajo TBI y Convenio del CIADI, Mozambique no acordó al mismo

CMC Muratori y Cementisti y otros vs. República de Mozambique, Caso del CIADI No. ARB/17/23

Inaê Siqueira de Oliveira

En mayo de 2017, la empresa italiana CMC Muratori y Cementisti y dos de sus filiales con sede en Mozambique (conjuntamente, CMC) presentaron un arbitraje en el CIADI bajo el TBI entre Italia y Mozambique en base a la falta de pago de un supuesto acuerdo de conciliación. El laudo, publicado en octubre de 2019, desestimó las objeciones jurisdiccionales presentadas por Mozambique, pero también rechazó todas las demandas de CMC en base al fondo de la controversia, concluyendo que Mozambique no celebró ningún acuerdo de conciliación. Los costos del arbitraje se dividieron en partes iguales.

El supuesto acuerdo de conciliación

En 2005, CMC ganó una licitación pública para reparar parte de una autopista (Proyecto Lote 3) (párrafo 92). El contrato, financiado por el Fondo Europeo para el Desarrollo, fue firmado con la administración de vialidad nacional (ANE, por sus siglas en portugués).

CMC concluyó las obras, pero a mediados de 2009 las partes comenzaron a negociar pagos adicionales. CMC alegó un incremento en los costos debido a una demora en el acceso a los sitios de construcción y a los días no previstos de inactividad, entre otros temas. Según el contrato, el reclamo debería ser atendido en primer lugar por el Ingeniero/Supervisor del proyecto (párrafo 98). Se reclamaron más de EUR 12,7 millones, el Ingeniero/Supervisor afirmó que se debían EUR 2,4 millones (párrafo 110), y ANE autorizó el pago de la última cifra (párrafo 115).

No conforme con los resultados, y con otro proyecto de reparación en curso (Proyecto Lote 2), CMC insistió en seguir negociando con ANE (párrafos 117–122). El 30 de octubre de 2009, ANE ofreció un pago adicional de EUR 8,2 millones. El 2 de noviembre, CMC respondió declarando que “aceptamos su propuesta...aclarando que [esto] sería un adicional a la suma ya certificada y procesada para el pago” (párrafo 131). Poco después, hubo elecciones en Mozambique, y las negociaciones, pese a extenderse por años, eventualmente se paralizaron.



Prima facie, un acuerdo de conciliación es una inversión bajo el TBI y el Convenio del CIADI

Mozambique argumentó que un acuerdo de conciliación no constituye una inversión bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Se basó en la prueba *Salini* de la jurisprudencia del CIADI, señalando que no se satisfacía esta prueba por medio de un acuerdo de conciliación debido a la falta de una contribución de capital, duración y riesgo, y a la falta de contribución al desarrollo económico nacional (párrafos 180–181).

En cuanto a la definición de inversión bajo el TBI, el tribunal concluyó que el acuerdo de conciliación era un “crédito por sumas de dinero ... vinculadas con una inversión”, y, como tal, se encontraba dentro del significado del Artículo 1(1)(c) del TBI entre Italia y Mozambique.

En relación a la interpretación del Convenio del CIADI, el tribunal rechazó la denominada prueba de “doble cumplimiento” (en inglés, “*double-keyhole*” test), según la cual una inversión debe cumplir con los requisitos tanto del TBI como del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Basándose en el caso *SGS vs. Paraguay*, al cual se refirió como un enfoque de postura intermedia, el tribunal concluyó que la definición de inversión del TBI no “excedía lo permisible bajo el Convenio del CIADI” (párrafo 194).

Otras objeciones jurisdiccionales

Mozambique también argumentó que (i) el arbitraje del CIADI se encontraba en conflicto con el Acuerdo de Cotonú, firmado entre la UE, los Estados miembros de la UE y un grupo de países de África, el Caribe y el Pacífico (países ACP); (ii) la decisión del TJUE en *Achmea* había tornado inválida la cláusula de arbitraje del TBI; y que (iii) las demandas eran puramente contractuales.

El contrato del Proyecto Lote 3 contenía una cláusula de solución de controversias que exigía que toda controversia debía ser sometida a arbitraje de conformidad con el Acuerdo de Cotonú, excluyendo cualquier otro reglamento de arbitraje (párrafos 224–225). Según Mozambique, la controversia debería ser sometida a dicha forma de arbitraje. CMC, por otro lado, alegó que la cláusula de selección del foro del contrato del Lote 3 no le impedía entablar una demanda de tratado bajo el TBI (párrafo 254).

El tribunal concluyó, en primer lugar, que el Acuerdo de Cotonú y el TBI presentaban “muy poca” superposición en torno al objeto de las controversias (párrafo 272) y que, en la medida en que se

superponían, los tratados eran compatibles (para. 277). Segundo, concluyó que el Acuerdo de Cotonú disponía el arbitraje de controversias “durante el desempeño” de los contratos financiados dentro de su marco, el cual no era el caso, ya que la controversia, pese a estar relacionada con un contrato financiado, había surgido por un desacuerdo sobre si se debía o no un pago adicional por las obras terminadas (párrafos 282–287).

El tribunal rechazó la objeción de *Achmea*, ya que consideró que la decisión del TJUE no tenía efecto sobre los tratados de inversión extra-UE (párrafos 317–318).

En cuanto a la objeción de que las demandas eran contractuales, el tribunal recordó que CMC había alegado el incumplimiento de estándares sustanciales del TBI —TJE, discriminación y expectativas legítimas, entre otros— todos los cuales constituían demandas de tratado, independientemente del fondo de la controversia (párrafo 221).

Demandas desestimadas en base al fondo ya que Mozambique no aceptó el presunto acuerdo de conciliación

En cuanto al fondo de la demanda, CMC argumentó que las acciones de Mozambique se relacionaban con el supuesto acuerdo de conciliación —negación a honrar sus compromisos de pago, una demora injustificada para responder las solicitudes de pago de CMC, etc.— violando, así, estándares sustantivos del TBI en torno a trato dispensado a inversores extranjeros.

Determinar si existía un acuerdo de conciliación, en primer lugar, fue el tema más controvertido. Si bien CMC argumentó que su respuesta del 2 de noviembre del 2009 era una aceptación de la anterior oferta realizada por ANE, y que, por consiguiente, había creado un acuerdo de conciliación válido y vinculante, Mozambique alegó que la respuesta de CMC fue una contraoferta, no una aceptación (párrafo 371).

Ambas partes presentaron pruebas periciales sobre el derecho de Mozambique, que acordaron que era el derecho aplicable para determinar si existía un acuerdo de conciliación. Después de analizar la redacción de las cartas intercambiadas entre CMC y ANE, así como la correspondencia entre el Director de ANE y el Ministro de Obras Públicas en ese momento, el tribunal explicó que ANE *no* tuvo la intención de ofrecer EUR 8,2 millones *adicionales* a los EUR 2,4 millones ya pagados (párrafo 389). Por lo tanto, coincidió con Mozambique que CMC había realizado una contraoferta.



Dado que las demandas de CMC sobre el fondo se basaron, en mayor o menor medida, en la existencia de un acuerdo de conciliación, el tribunal desestimó todas las mismas.

Asignación de costos

Al concluir que cada parte venció en diferentes aspectos del caso (CMC sobre jurisdicción y Mozambique sobre el fondo), el tribunal decidió que debían asumir sus respectivos gastos y dividir en partes iguales los costos del arbitraje (párrafo 486).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por John M. Townsend (presidente designado por los co-árbitros, nacional de Estados Unidos), Peter Rees (designado por las demandantes, nacional británico) y J. Brian Casey (designado por la demandada, nacional canadiense). El laudo del 24 de octubre de 2019 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10879.pdf>

Inaê Siqueira de Oliveira es candidata a un Master en Derecho Privado en la Universidad de San Pablo.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Facilitación de las Inversiones: Historia y últimos avances de los debates estructurados

Por Sofía Baliño, Martin Dietrich Brauch y Rashmi Jose, publicado por IISD y CUTS International, enero de 2020

Este documento de negociación fue elaborado para el Seminario de Ginebra sobre la Iniciativa de Declaración Conjunta (JSI, por sus siglas en inglés) dedicado a la facilitación de las inversiones el 28 de enero de 2020. Esta publicación describe la historia y novedades de los debates relativos a la inversión en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), observando específicamente la facilitación de las inversiones en la OMC así como en otros foros y contextos. Este material ha sido producido con el financiamiento de UK aid del Gobierno del Reino Unido. Fue elaborado como parte del TAF2+ Umbrella Grant Project on New WTO Issues, un proyecto del Trade and Investment Advocacy Fund (TAF2+), e implementado por el IISD, en colaboración con CUTS, BKP Economic Advisors e InterAnalysis. Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a los autores y no necesariamente reflejan la postura oficial del Gobierno del Reino Unido o la de TAF2+. <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation>

Organización Conjunta para la Cooperación Económica D-8 – Principios Básicos para la Formulación de Políticas de Inversión de la UNCTAD

Por UNCTAD, publicado por UNCTAD, enero de 2020

En enero del 2020, los países miembros de la Organización para la Cooperación Económica D-8 (Bangladesh, Egipto, Nigeria, Indonesia, Irán, Malasia, Pakistán y Turquía), acordaron una serie de principios no vinculantes denominada Principios Básicos para la Formulación de Políticas de Inversión, desarrollados conjuntamente con la UNCTAD. Estos principios fueron

elaborados en concordancia con las recomendaciones de la Reunión de Expertos de la UNCTAD y el D-8 sobre “Reforma de Políticas Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible” realizada en Estambul, Turquía, en septiembre de 2019. Brindan una guía para la formulación de políticas de inversiones en miras a promover el crecimiento económico inclusivo y el desarrollo sostenible; fomentando la coherencia entre la formulación de políticas de inversión nacionales e internacionales; promoviendo un ambiente de políticas abierto, transparente y propicio para la inversión a nivel mundial y alineando las políticas de facilitación y promoción de las inversiones con el desarrollo sostenible. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1221/joint-d-8-organization-for-economic-cooperation---unctad-guiding-principles-for-investment-policymaking>

El Convenio del CIADI, Reglamento y Reglas: Un comentario práctico

Por Julien Fouret, Rémy Gerbay y Gloria M. Alvarez (Eds.), publicado por Edward Elgar, 2019

Este comentario ofrece una nueva interpretación prospectiva y altamente práctica del Convenio del CIADI y sus documentos asociados. Fue elaborado por un equipo de expertos de la práctica privada, de gobierno y académicos en el campo del derecho y el arbitraje internacional de las inversiones, basándose en diferentes antecedentes y jurisdicciones. Este libro brinda una cobertura sistemática analizando artículo por artículo del Convenio en sí mismo y sus reglas institucionales, el reglamento de arbitraje y el reglamento administrativo y financiero del CIADI, que incluye un comentario así como también un análisis de la jurisprudencia pertinente. Asimismo, incluye una reflexión sobre las enmiendas propuestas al reglamento del CIADI y una evaluación de los desarrollos futuros en torno a su interpretación e implementación. <https://www.e-elgar.com/shop/the-icsid-convention-regulations-and-rules>



La Protección de la Inversión Extranjera en Tiempos de Conflictos Armados

Por Jure Zrilic, publicado por Oxford University Press, diciembre de 2019

Este libro explora cómo se encuentra protegida la inversión extranjera en tiempos de conflictos armados bajo el régimen de los tratados de inversión. Lo hace combinando las reflexiones de diferentes áreas del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho que rige la responsabilidad del Estado y el derecho de los tratados. Mientras las protecciones han evolucionado a lo largo del tiempo, con el régimen de tratados de inversión brindando el marco jurídico más sólido para proteger a los inversores, sin embargo, ha habido un cambio aparente en la práctica de tratados hacia la preservación de los intereses de seguridad de los Estados. El autor identifica y analiza los defectos del actual marco normativo, pero también destaca el potencial de los tratados de inversión para minimizar los efectos devastadores de los conflictos armados. Fundamentalmente, argumenta que se necesita un nuevo enfoque para equilibrar apropiadamente los intereses opuestos de los Estados anfitriones y de los inversores cuando se trata de la protección de las inversiones en conflictos armados. <https://global.oup.com/academic/product/the-protection-of-foreign-investment-in-times-of-armed-conflict-9780198830375>

Gobernanza Internacional y el Estado de Derecho en China bajo la Iniciativa del Cinturón y la Ruta de la Seda

Por Yun Zhao (Ed.), publicado por Cambridge University Press, diciembre de 2019

Este libro analiza el papel de China en el campo de la gobernanza internacional y el estado de derecho bajo la Iniciativa del Cinturón y la Ruta de la Seda de manera holística. Procura marcos analíticos alternativos que tomen en cuenta ideologías e ideales jurídicos así como la demanda local y las circunstancias socio-políticas para explicar las interacciones legales de China con los países a lo largo de la Ruta. Esta publicación evalúa los cambios que la iniciativa puede aportar al campo del derecho y la gobernanza internacional; explora los posibles enfoques para tratar nuevas cuestiones jurídicas surgidas bajo la iniciativa en China y los países a lo largo del Cinturón y la Ruta de la Seda; y examina el papel de China en

la gobernanza internacional y el estado de derecho bajo esta iniciativa y discute cómo las leyes nacionales pueden ser reformadas para satisfacer nuevas demandas en el orden mundial y regional. <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-governance-and-rule-law-china-under-belt-and-road-initiative>

Bases Fundacionales del Derecho Económico Internacional

Por David Collins, publicado por Edward Elgar, 2019

Este libro de texto introductorio explora las principales instituciones y principios jurídicos que subyacen a la economía mundial. Caracterizando el debate sobre fundamento económico y el impacto social de varios regímenes jurídicos, el autor explora los cuatro pilares fundamentales del derecho económico internacional: comercio internacional, inversión internacional, relaciones monetarias y desarrollo. Este libro ofrece una descripción general de los marcos jurídicos internacionales y las organizaciones que rigen las relaciones económicas con y entre los Estados y las empresas multinacionales. El autor destaca los principales casos de los tribunales internacionales y los debates más urgentes, dirigiendo la atención al papel que juega el derecho para equilibrar del objetivo de la liberalización económica con importantes valores de interés público y la tensión entre la soberanía y el compromiso con las normas internacionales. <https://www.e-elgar.com/shop/foundations-of-international-economic-law>

La Selección y Destitución de Árbitros en la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados

Por Chiara Giorgetti, publicado por Brill, septiembre de 2019

La primera parte de este libro explica la selección de los árbitros de manera procesal y comparativa bajo los reglamentos de arbitraje utilizados con mayor frecuencia. Luego, hace una revisión crítica de las cualidades necesarias y deseables de los árbitros, y aborda algunos asuntos más importantes y relativos a políticas, tales como la diversidad y repetición en la designación de los mismos. En su publicación, la autora también incluye una evaluación de los llamados a revisión sobre cómo los árbitros son designados, y específicamente la propuesta de la Comisión Europea para crear un tribunal



permanente de inversiones, el proceso de reforma del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y la propuesta de enmienda al reglamento del CIADI. En la segunda parte, el libro analiza cómo los árbitros pueden ser destituidos; primero, presenta una revisión de las disposiciones aplicables, bajo una variedad de reglamentos de arbitraje, para destituir a los árbitros que no poseen las cualidades necesarias. Luego, revisa la jurisprudencia relevante sobre impugnaciones, incluyendo una evaluación crítica de las razones expuestas e insta la reforma del régimen de ISDS. <https://brill.com/view/title/56250>

Prohibición de Requisitos de Desempeño en el Derecho Internacional de las Inversiones

Por Alexandre Genest, publicado por Brill, septiembre de 2019

Al explorar la prohibición de los requisitos de desempeño en los tratados de inversión, el autor se enfoca en responder dos preguntas: primero, ¿cómo los Estados prohíben los requisitos de desempeño en los tratados de inversión? Y segundo ¿cómo debería ser interpretada y aplicada esta prohibición de incluir requisitos de desempeño? El autor propone una tipología empírica de este tema en los tratados de inversión y un análisis en profundidad de los laudos arbitrales disponibles. Formula observaciones para una interpretación y aplicación más informada y reflexiva de la actual prohibición de incluir este tipo de requisitos. <https://brill.com/view/title/54255>

EVENTOS 2020

Desde la edición de este número de ITN, muchos eventos planeados para los próximos meses han sido cancelados o pospuestos dados los riesgos de COVID-19. Se recomienda chequear las fechas en los enlaces de referencia.

10 al 12 de marzo

6a CONFERENCIA DE SOAS SOBRE ARBITRAJE EN ÁFRICA, “Cultura Jurídica y Arbitraje/ADR en África”, organizada por School of Oriental and African Studies (SOAS) Universidad de Londres, en Douala, Camerún, <https://researcharbitrationafrica.com>

12 y 13 de marzo

23o DIA DEL ARBITRAJE ANUAL DEL IBA, “**Innovación 360: Nuevas y novedosas ideas para la práctica de arbitraje — críticamente probadas**”, International Bar Association (IBA), en Ciragan Palace Kempinski, Estambul, Turquía, <https://www.ibanet.org/Conferences/conf1004.aspx>

16 de marzo

6a CONFERENCIA ANUAL SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN, “**Responsabilidades Comerciales y Tratados de Inversión**”, en el Centro de Conferencias de la OCDE, en París, Francia, <https://www.oecd.org/investment/conference-investment-treaties.htm>

18 de marzo

CONFERENCIA CONJUNTA DEL CIADI Y ABU DHABI GLOBAL MARKET, “**Arbitraje de Tratados de Inversión en Medio Oriente**”, en Al Maryah Ballroom, Hotel Four Seasons, Isla Al Maryah, Abu Dhabi, Emiratos Árabes Unidos, <https://www.adgmac.com/event/investment-treaty-arbitration-in-the-middle-east>



30 de marzo al 3 de abril

39a SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI, “Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, Estados Unidos, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

7 al 9 de abril

14o FORO DE LA OCDE SOBRE CADENAS DE SUMINISTRO DE MINERALES RESPONSABLES, en el Centro de Conferencias de la OCDE, en París, Francia, <http://mneguidelines.oecd.org/forum-responsible-mineral-supply-chains.htm>

Mayo

13o FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO, IISD y el Gobierno de Tailandia, en Bangkok, Tailandia, <https://www.iisd.org/event/13th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

3 al 5 de junio

2a CONFERENCIA ANUAL DE LA ASOCIACIÓN AFRICANA DE ARBITRAJE (AfaA), “Reforma e Innovación en la Solución de Controversias Internacionales: Perspectivas Africanas”, en Hotel Mövenpick Ambassador, en Accra, Ghana, <https://afaa.ngo/page-18154>

16 y 17 de junio

FORO GLOBAL DE LA OCDE SOBRE CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE 2020, Centro de Conferencias de la OCDE, en París, Francia, <https://mneguidelines.oecd.org/global-forum>



© 2020 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

El IISD es uno de los centros líderes en investigación e innovación a nivel mundial. Proporciona soluciones prácticas ante los crecientes desafíos y oportunidades de integrar las prioridades ambientales y sociales en el desarrollo económico. Informamos sobre las negociaciones internacionales y compartimos los conocimientos adquiridos mediante proyectos colaborativos, lo que propicia investigaciones más rigurosas, redes mundiales más sólidas y un mejor compromiso entre los investigadores, los ciudadanos, las empresas y los encargados de elaborar políticas.

El IISD está registrado como una organización caritativa en Canadá y tiene el estatus 501(c) (3) en los Estados Unidos. Recibe su principal respaldo operativo de parte del Gobierno de Canadá, provisto mediante el Centro Internacional de Investigación sobre el Desarrollo (International Development Research Centre, IDRC), y de la provincia de Manitoba. El Instituto recibe fondos para proyectos de parte de diversos Gobiernos dentro y fuera de Canadá, agencias de las Naciones Unidas, fundaciones, el sector privado y ciudadanos particulares.

Investment Treaty News (ITN)

Las opiniones expresadas en esta publicación no necesariamente reflejan aquellas del IISD o sus patrocinadores, ni deberían ser atribuidas a ellos.

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Sofia Baliño a itn@iisd.org

Para suscribirse a ITN, por favor visite: www.iisd.org/itn/subscribe



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development