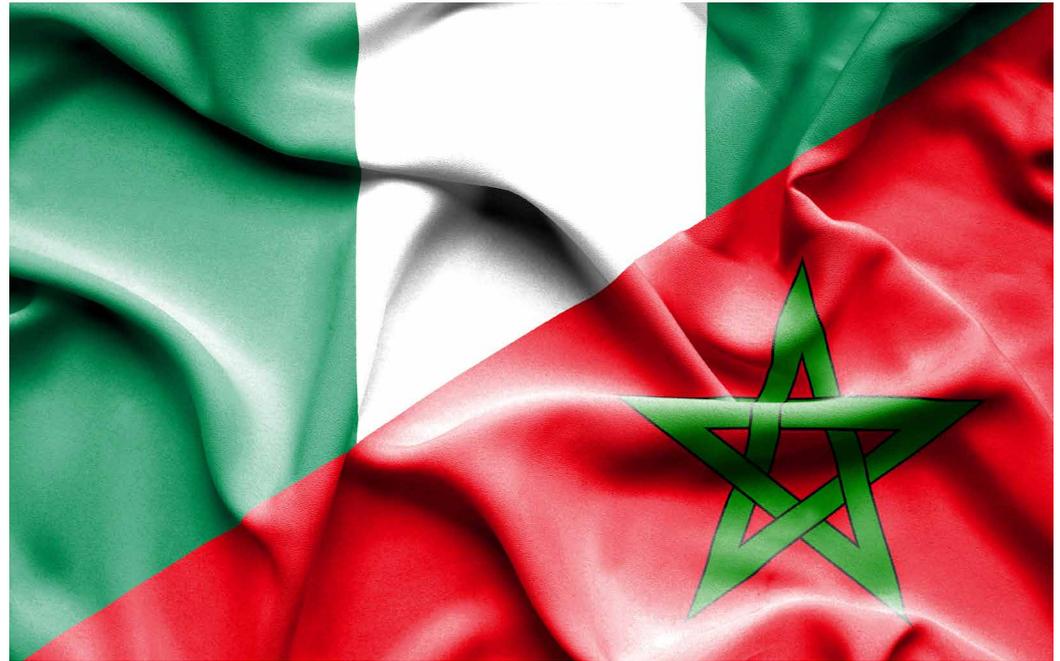




El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016: Una Importante Contribución a la Reforma de los Tratados de Inversión

Tarcisio Gazzini



Una Mirada sobre la Lenta Aparición de China en Casos de ISDS

Dilini Pathirana

Tratados de Inversión y el Veto Interno de Propuestas Regulatorias: Estudio de Caso de Canadá

Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott

¿Pueden los Inversores Extranjeros ser Responsabilizados por Violaciones a los Derechos Humanos? El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Más Allá

Carlos Andrés Sevilla Albornoz

También en esta edición: Primeras rondas de renegociación del TLCAN; UE lanza consulta sobre resolución de controversias intra-UE; CNUDMI recibe mandato para trabajar en la reforma de ISDS; UE y Japón llegan a acuerdo en principio sobre AAE; *Isolux vs. España*; *Teinver vs. Argentina*; *Capital Financial Holdings Luxembourg vs. Camerún*; *Eiser vs. España*; *WNC vs. Chequia*; *Burlington vs. Ecuador*

contenido

- 3 Artículos**
El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016:
Una Importante Contribución a la Reforma de
los Tratados de Inversión
Tarcisio Gazzini
- 5** Una Mirada sobre la Lenta Aparición de China en
Casos de ISDS
Dilini Pathirana
- 8** Tratados de Inversión y el Veto Interno de
Propuestas Regulatorias: Estudio de Caso de
Canadá
Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott
- 10** ¿Pueden los Inversores Extranjeros ser Responsa-
bilizados por Violaciones a los Derechos Humanos?
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
y Más Allá
Carlos Andrés Sevilla Albornoz
- 12 Noticias en Breve**
Canadá, México y Estados Unidos celebran prime-
ras rondas de renegociaciones del TLCAN; Informe
sobre financiamiento de terceros en el arbitraje
internacional abierto a comentarios públicos; HKIAC
invita a realizar comentarios para incorporar dis-
posiciones de arbitraje de inversión en revisión de
reglamento; La UE lanza consulta sobre prevención y
resolución de controversias de inversión intra-UE; La
CNUDMI recibe mandato para trabajar en la reforma
de la ISDS, Convenio de Transparencia entrará en
vigencia el 18 de octubre de 2017; El AECG entre
Canadá y la UE será aplicado provisionalmente a
partir del 21 de septiembre de 2017; La UE y Japón
llegan a un acuerdo en principio sobre el AAE, ISDS
sigue completamente abierta.
- 13 Laudos y Decisiones**
Todas las demandas presentadas por Isolux
Infrastructure Netherlands contra España son
desestimadas
Claudia Maria Arietti Lopez
- 14** Argentina debe pagar más de USD320 millones
por expropiación ilícita en caso de aerolíneas
Maria Florencia Sarmiento
- 15** Un tribunal del CIADI no admite jurisdicción ya que
inversor abusa de sus derechos al “reactivar” una
empresa para acceder a arbitraje
Suzy Nikièma
- 17** Inversores triunfan sobre España en una demanda
por reparación regulatoria para energías limpias
Gladwin Issac
- 18** WNC vs. *Chequia*: tribunal desestima demanda de
expropiación y decide que no posee jurisdicción
sobre todas las otras demandas
Andrej Arpas
- 20** Tribunal del CIADI otorga casi USD380 millones en
compensación por expropiación ilícita de Ecuador
Matthew Levine
- 21** Ecuador otorgado USD41 millones en demanda
de reconversiones contra compañía de petróleo y
gas de Estados Unidos, Burlington Resources
Matthew Levine
- 23 Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly
es publicado por
el Insituto Internacional para el
Desarrollo Sustentable
International Environment House 2,
9, Chemin de Balexert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org

Directora del Grupo de Derecho y
Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Gerente Principal de Comunicación
Mira Oberman

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikièma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español
Marina Ruete

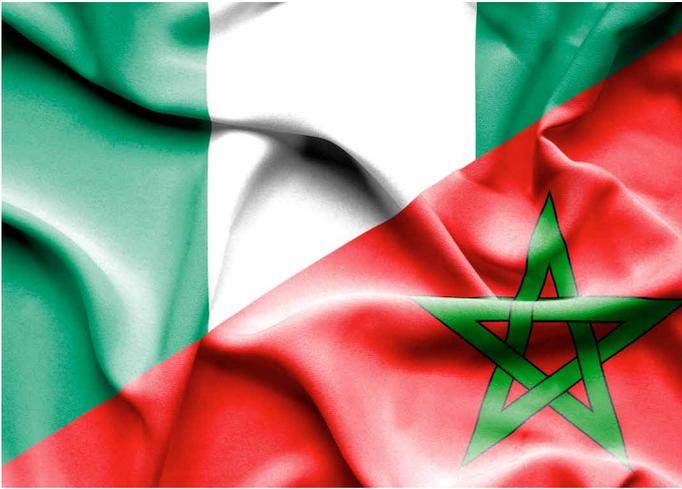
Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Design (PDF)
[PortoDG](#) | [f](#) [t](#) /portodg

El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016: Una Importante Contribución a la Reforma de los Tratados de Inversión

Tarcisio Gazzini

artículo 1



El 3 de diciembre de 2016, Marruecos y Nigeria firmaron uno de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) más innovadores y equilibrados jamás celebrado. Pese a que todavía no entró en vigencia, el TBI constituye una respuesta muy valiosa de dos países en desarrollo a las críticas que recibieron los tratados de inversión en los últimos años, principalmente por su falta de equilibrio en el contenido, la restricción de los poderes regulatorios y las deficiencias del arbitraje de inversión.

1. Antecedentes

Durante las últimas dos décadas, África ha servido como un laboratorio normativo de los tratados de inversión¹. Varias organizaciones sub-regionales, incluyendo el Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA), la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS), la Comunidad de África Oriental (EAC) y la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), han elaborado plantillas y celebraron tratados de inversión que contienen disposiciones muy innovadoras destinadas a calibrar mejor la protección legal de los intereses de diferentes actores interesados. Sin embargo, al mismo tiempo, los gobiernos africanos — así como los países de otros continentes — se han mostrado más reacios a ratificar TBIs nuevos e incluso han renunciado a varios TBIs existentes. Asimismo, los estados africanos dudan si adoptar el Código Panafricano de Inversiones (PAIC) bajo la forma de un tratado vinculante y en 2016 los Miembros de la SADC adoptaron un acuerdo que enmienda el Protocolo de Finanzas e Inversiones por medio del cual se eliminó la solución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS).

En este contexto, el TBI entre Marruecos y Nigeria es un intento remarcable de dos países en desarrollo para que los tratados de inversión estén en concordancia con la reciente evolución del derecho internacional. Las cuatro referencias al desarrollo sostenible en el preámbulo del tratado revelan rápidamente el objetivo general del tratado. Además, la definición de inversión en el Art. 1(3) exige que las inversiones contribuyan al desarrollo sostenible, mientras que el Art. 24(1) establece que los inversores “deberán esforzarse por realizar la máxima contribución posible al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y de la comunidad local”.

Desde el punto de vista institucional, el tratado establece un Comité Conjunto compuesto por representantes de ambas Partes. Le asigna las siguientes responsabilidades:

- (a) Monitorear la implementación y ejecución del tratado (incluyendo la facilitación del intercambio de información y, cuando sea apropiado, establecer estándares de gobernanza empresarial).
- (b) Debatir y compartir oportunidades para la expansión mutua de las inversiones.
- (c) Promover la participación del sector privado y la socie-

dad civil.

(d) Procurar resolver todo asunto o controversia que involucre las inversiones de las Partes de manera amigable.

2. Estándares de protección

La definición de inversión contenida en el Artículo 1(3) del tratado se encuentra inspirada en la decisión del caso *Salini*² y exige, además de la contribución al desarrollo sostenible, las siguientes características: compromiso de capital, procura de beneficios, asunción de riesgos y una duración determinada. Notablemente, la definición de inversión excluye las inversiones de cartera.

Si bien garantiza un nivel de protección sustantiva comparable con la de los TBIs tradicionales, este tratado especifica claramente las obligaciones del Estado anfitrión. Comenzando por estándares contingentes, el trato nacional se aplica en circunstancias similares, que se encuentran mencionadas en la lista no exhaustiva del Artículo 6(3). Bajo el Artículo 7 los inversores están facultados a recibir un nivel mínimo de trato (NMT) garantizado conforme al derecho consuetudinario internacional. Esta misma disposición además explica que el trato justo y equitativo (TJE) incluye “la obligación de no denegar justicia en procedimientos contenciosos de orden penal, civil o administrativo de conformidad con el principio de proceso debido contenido en los principales sistemas jurídicos de una Parte”, mientras que la protección y seguridad plenas hace referencia al “nivel de protección de policía que exige el derecho consuetudinario internacional”. Las demás disposiciones sustantivas, incluyendo las de expropiación, transferencia de fondos y subrogación, reflejan ampliamente la práctica consolidada de los TBIs.

3. Obligaciones de los inversores extranjeros

El tratado incorpora una serie de obligaciones para los inversores. Los mismos deben cumplir con los procesos de pre-evaluación y evaluación ambiental conforme a los más rigurosos patrones entre la legislación del Estado anfitrión y el Estado de origen, así como una evaluación de impacto social en base a estándares acordados por el Comité Conjunto (Art. 14(1) y 14(2)).

Después del establecimiento, los inversores:

- Deben aplicar — a lo largo de todo el Estado anfitrión — el principio precautorio (Art. 14(3)).
- Deben contar con un sistema de gestión ambiental y velar por los derechos humanos conforme a los principales estándares laborales y ambientales así como también las obligaciones relativas al trabajo y los derechos humanos del Estado anfitrión o del Estado de origen (Art. 18).
- Nunca pueden involucrarse o ser cómplices de prácticas de corrupción.
- Deben cumplir o superar los estándares nacional e internacionalmente aceptados de gobernanza empresarial (Art. 19).
- Se espera que operen dentro de un alto nivel de prácticas socialmente responsables y que apliquen la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Art. 24).

4. Poderes regulatorios

El TBI aborda las restricciones, percibidas como indebidas, que imponen algunos tratados de inversión sobre el poder regulatorio del Estado anfitrión reconociendo el derecho de las partes a ejercer su discreción “en torno a cuestiones de regulación, cumplimiento, investigación y acusación y a la toma de decisiones relativas a la asignación de recursos para la observancia con respecto a otros asuntos ambientales a los cuales otorga mayor prioridad” (Art. 13(2)). Además, en ninguna parte el tratado les impide adoptar, conservar o ejecutar, de manera no discriminatoria, cualquier medida que de otra manera sea compatible con el tratado, y que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio sean conducidas de forma sensible a las preocupaciones ambientales y sociales (Art. 13(4)).

5. Disposiciones procesales

El tratado dispone la solución obligatoria de las controversias entre inversionista y Estado (Art. 27) y entre Estados (Art. 28). Con respecto a la primera categoría, el Art. 27 establece que los inversores —y únicamente los inversores— tengan acceso a arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o ante un tribunal ad hoc bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o cualquier otro reglamento.

El tratado también contiene una disposición innovadora —aunque, tal como se discute a continuación, problemática— de acuerdo a la cual, antes de iniciar un procedimiento de arbitraje, “toda controversia entre las Partes debe ser evaluada a través de consultas y negociaciones del Comité Conjunto” bajo solicitud escrita del Estado del inversionista interesado (Art. 26(1) y 26(2)). Los representantes del inversor y del Estado anfitrión (o de otras autoridades competentes) participan, cuando es posible, en la “reunión bilateral” (Art. 26(2)). El procedimiento termina a solicitud de “cualquiera de las Partes” y con la adopción de un informe del Comité Conjunto donde se resume la postura de “las Partes”. Si la controversia no es resuelta en seis meses, el inversor puede recurrir a arbitraje internacional después de agotar los remedios internos (Art. 26(5)).

El TBI dispone que el procedimiento arbitral debe ser transparente. En particular, la notificación de arbitraje, los alegatos, memorias, escritos presentados al tribunal, presentaciones escritas, minutas de transcripción de las audiencias, dictámenes, laudos y decisiones del tribunal deben estar disponibles al público (Art. 10(5)).

Finalmente, el tratado incorpora una disposición novedosa sobre la responsabilidad de los inversores, quienes “deben estar sujetos a acciones civiles por responsabilidad en el proceso judicial de su Estado anfitrión por los actos o decisiones tomadas en relación con la inversión cuando tales actos o decisiones provoquen un daño significativo, lesión personal o pérdida de la vida en el Estado anfitrión” (Art. 20).

6. Evaluación preliminar del tratado

Las disposiciones sustantivas del tratado replican, en esencia, aquellas habitualmente encontradas en los TBIs. Puede esperarse que la especificación sobre “circunstancias similares” a los efectos del trato nacional facilite la interpretación y aplicación de este estándar. La referencia a la realización de una inversión y la conducción de negocios en la disposición de nación más favorecida (NMF) supuestamente excluye la aplicación del estándar a las disposiciones procesales, pese a que una aclaración expresa en este sentido hubiera sido apropiada. La disposición sobre el nivel mínimo de trato (NMT) trasmite el enfoque cauteloso que adoptaron las Partes mediante una clara demarcación del trato justo y equitativo (TJE) y la limitación de la protección y seguridad a la protección policial.

La importancia del tratado reside, a grandes rasgos, en cuatro principales elementos innovadores.

Primero, el tratado contrapesa la protección conferida a los inversores con una serie de obligaciones sobre la conducción de las inversiones. Si bien esto no es completamente novedoso³, estas obligaciones —especialmente aquellas relacionadas con la evaluación de impacto social y ambiental, los derechos humanos, corrupción y gobernanza y responsabilidad empresarial— aumentan enormemente la legitimidad del tratado.

Segundo, el tratado salvaguarda eficazmente el espacio de políticas del Estado anfitrión. Con respecto a las medidas sociales y ambientales, en particular, vale destacar que su adopción depende del concepto de buena fe del Estado anfitrión sin que se aplique una prueba de necesidad. Se espera que los tribunales arbitrales, por lo tanto, muestren gran deferencia a la acción del Estado anfitrión.

El tratado no solo permite a los Estados iniciar un arbitraje

internacional contra los inversores; sino que quizás lo que resulta más sorprendente, no menciona ni las contrademandas⁴ ni las presentaciones de Partes no contendientes⁵. La tercera innovación, con respecto a la solución de controversias, es la intervención —muy interesante aunque algo ambigua— del Comité Conjunto en la solución pacífica de las controversias. El Artículo 26 trata las controversias entre inversionista y Estado, pero hace referencia a “controversias entre las Partes” y a “una solución entre las Partes”, sin mayor aclaración. Además, no indica la postura del inversor en este ejercicio general más allá de la participación “cuando sea posible” en la “reunión bilateral” del Comité Conjunto. Igualmente importante, es que no define la naturaleza o importancia jurídica de la “evaluación” de la controversia, o el significado de “consultas y negociaciones”.

El Art. 26 no deja claro el papel y postura de los Estados y de los inversores. Menoscaba la esencia de la solución de controversias entre inversionista y Estado, es decir la aísla de consideraciones, riesgos y presiones políticas. El hecho de que el procedimiento bajo el Art. 26 sea activado por el Estado nacional es cuestionable y podría generar varios problemas, también con respecto a la jurisdicción de los tribunales arbitrales en virtud del Art. 27.

La última innovación es la disposición sobre la responsabilidad del inversor ante los tribunales del Estado anfitrión, que podría tener un impacto considerable en el litigio interno contra los inversores —especialmente empresas multinacionales— y ayudar a superar las trabas jurisdiccionales y sobre todo la doctrina de *forum non conveniens*. Esto puede ser considerado como un gran avance desde el punto de vista de la conducción responsable de las inversiones, la reparación de actos indebidos y el papel del Estado anfitrión.

7. Conclusión

Marruecos y Nigeria han mostrado confianza en el TBI como un instrumento para fomentar inversiones económica, social y ambientalmente sostenibles. El tratado ofrece protección a los inversores sin comprometer la capacidad del Estado anfitrión para cumplir con sus responsabilidades. También contiene varias disposiciones innovadoras que reajustan la protección legal de los intereses de todos los actores interesados.

Con respecto a los asuntos procesales, la disposición sobre responsabilidad de los inversores ante los tribunales del Estado anfitrión es un avance importante. La redacción de disposiciones sobre la intervención del Comité Conjunto en la solución de controversias, por el contrario, plantea varias cuestiones que las Partes pueden considerar abordar a través del intercambio de cartas, un protocolo o cualquier otro medio que resulte conveniente.

Autor

Tarcisio Gazzini es Profesor de Derecho de la Universidad de East Anglia. Este artículo está basado en “Nigeria and Morocco move towards a ‘New Generation’ of Bilateral Investment Treaties”, publicado en *EJIL Talk!* en mayo de 2017, <http://www.ejiltalk.org>. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 Véase Schill, S. W. & Mbengue, M. M. (Eds). (2017). Africa and the reform of the international investment regime [Edición especial]. *Journal of World Investment & Trade*, 18(3). Extraído de <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22119000/18/3>.

2 Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. vs. Marruecos, Caso del CIADI ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párrafo 52. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

3 Véase, por ejemplo, Supplementary Act A/SA.3/12/08 adoptando las reglas comunales de inversión y las modalidades para su implementación con ECOWAS, 19 de diciembre de 2008. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3266>.

4 Véase, por ejemplo, Gobierno de la República de India. (2015, diciembre). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*, Art. 14.11. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.

5 Véase, por ejemplo, Tratado entre los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Rwanda concerniente a la promoción y protección recíproca de las inversiones, 19 de febrero de 2008, Art. 28(2). Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2241>.

Una Mirada sobre la Lenta Aparición de China en Casos de ISDS

artículo 2

Dilini Pathirana



Introducción

Las últimas décadas han estado marcadas por un ascenso económico, militar y diplomático de China, y su creciente integración en el ámbito internacional¹. El acceso de China a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su red extensiva de acuerdos internacionales de inversión (AIs) ilustran efectivamente la mayor inmersión de este país en el campo del comercio y la inversión internacional —dos ramas del derecho económico internacional conformadas principalmente por ideologías occidentales—.

En cuanto a la inversión extranjera en particular, China ha mantenido fuertes flujos de inversión extranjera directa (IED) dentro y fuera de sus fronteras². Celebró 139 tratados bilaterales de inversión (TBIs) y 21 tratados que contienen disposiciones de inversión, tales como acuerdos comerciales que incluyen capítulos de inversión³. Por un lado, expandir su red de AIs muestra un esfuerzo por promover la visión de que China es un destino de inversión jurídicamente seguro, con un marco de inversión extranjera que concuerda con las normas del derecho internacional de las inversiones⁴. Por otro lado, China ha procurado establecer un marco jurídico internacional para proteger las inversiones chinas en el extranjero después de la adopción de la estrategia “*Going Global*”, destinada a alentar a las empresas chinas a invertir en el extranjero⁵. La red de AIs chinos refleja su adhesión gradual a las normas internacionales avocadas a la promoción y protección de las inversiones transfronterizas.

El cambio progresivo de la postura de China en torno a la solución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS) es uno de los mejores ejemplos a este respecto^{4, 5, 6}. Este artículo pretende arrojar luz sobre la creciente aparición de este país en los casos de ISDS, tanto como Estado de origen como anfitrión.

China y el mecanismo de ISDS

Inicialmente, China no se inclinaba a aceptar la ISDS como un método para resolver las controversias de inversión basándose en su desconfianza en el derecho internacional y el arbitraje internacional, así como en su énfasis sobre la soberanía estatal. Por lo tanto, sus primeros TBIs, tales como el TBI de 1982 entre China y Suecia, solo incluían la solución de controversias entre Estados. En los TBIs posteriores, tales como el TBI de 1987 entre China y Sri Lanka, el arbitraje internacional fue aceptado como un método para resolver controversias de inversión, pero únicamente aquellas diferencias relativas al monto de la compensación por una expropiación;

todas las demás controversias serían sometidas al tribunal competente del Estado anfitrión. Algunos de los TBIs, como el tratado firmado en 1987 entre China y Japón, permiten el arbitraje internacional de toda controversia a condición del consentimiento específico de ambas partes.

Recién a fines de 1990s, China cambió su enfoque más profundamente, brindando a los inversores extranjeros libre acceso al arbitraje internacional. Los tratados tales como el TBI de 1998 entre China y Barbados permiten a los inversores extranjeros recurrir a arbitraje internacional para resolver toda controversia de inversión que no pueda ser dirimida de manera amigable dentro de un período de seis meses. Desde entonces, ha seguido el enfoque liberal, y la mayoría de los últimos TBIs, tales como el de 2011 entre China y Uzbekistán y el de 2013 entre China y Tanzania, contienen cláusulas comprensivas para la solución de controversias.

Sin embargo, es sorprendente observar que la participación de China sigue siendo poco común en el mecanismo de ISDS tanto en calidad de Estado anfitrión como de origen, en comparación con su creciente papel en las inversiones dentro y fuera de sus fronteras y su extensa red de AIs. En base a la información públicamente disponible, los inversores chinos no utilizaron mecanismos de ISDS hasta el 2007, y el primer caso conocido de ISDS contra China fue iniciado en 2011. Por otro lado, algunas personas sugieren que la falta de afinidad de China con el arbitraje internacional y su preferencia por resolver las controversias de manera informal a través de consultas diplomáticas, posiblemente de cuenta del bajo número de casos iniciados por China como inversor^{5, 6}. Por otro lado, varios estudios han identificado algunas de las posibles razones de que haya pocos casos de ISDS iniciados contra China. Entre estas razones se encuentran una preocupación de los inversores extranjeros por el riesgo que corran los tratos futuros con China, la visión de larga data sobre que únicamente las controversias que involucran el monto de la compensación a raíz de una expropiación pueden ser arbitradas bajo la mayoría de los TBIs chinos y la opinión de que los inversores extranjeros podrían obtener más beneficios a través de negociaciones⁷.

Las siguientes secciones brindan una descripción de las cinco demandas conocidas de inversores chinos y las tres demandas entabladas contra China en la última década⁸.

Casos de ISDS que involucran a China como Estado de origen

1. *Tza Yap Shum vs. Perú*⁹

En el primer caso de ISDS conocido que involucra a China como Estado de origen, la demandante tenía la propiedad indirecta de TSG del Perú S.A.C., una empresa peruana dedicada a la fabricación de harina de pescado y su exportación a los mercados asiáticos. El inversor inició un arbitraje bajo el TBI de 1994 entre China y Perú, alegando que las medidas adoptadas por la autoridad fiscal nacional de Perú después de una auditoría conducida en 2004 dieron como resultado la expropiación de su inversión en TSG y violaron el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas.

Perú objetó la jurisdicción del tribunal en base al consentimiento limitado a arbitraje bajo el TBI, pero el tribunal confirmó su jurisdicción para atender la demanda de expropiación. En su fundamentación, señaló que las palabras “que involucran el monto de la compensación por la expropiación” en la cláusula de solución de controversias

del TBI deben ser interpretadas como que incluyen “no sólo la mera determinación del monto sino también las demás cuestiones normalmente inherentes a una expropiación” (párrafo 188). Además señaló que una conclusión contraria desvirtuaría la disposición relativa al arbitraje, que excluye definitivamente la posibilidad de acceder al arbitraje si el inversor ya ha recurrido a los tribunales del Estado receptor de la inversión.

En su laudo final, el tribunal sustentó la postura del inversor, afirmando que las medidas adoptadas por las autoridades fiscales de Perú, y confirmadas por el tribunal fiscal, eran arbitrarias y constituían una expropiación, ya que frustraron sustancialmente la capacidad operativa de la empresa.

Perú solicitó la anulación. El comité se pronunció a favor del inversor, sosteniendo que el tribunal no cometió extralimitación manifiesta alguna en sus facultades en su interpretación de la cláusula de solución de controversias del TBI como para abarcar temas que generalmente se encuentran involucrados en una expropiación, y que el tribunal interpretó la oración “controversia que involucra el monto de compensación” en el contexto general de la cláusula de solución de controversias (párrafo 98).

2. *China Heilongjiang vs. Mongolia*¹⁰

En una demanda entablada en virtud del TBI entre China y Mongolia de 1991, tres inversores chinos impugnaron la decisión de Mongolia de cancelar su licencia para explotar una mina de mineral de hierro en Tumurtei. El caso fue concluido el 30 de junio de 2017, y el laudo no fue hecho público. Según la defensa de Mongolia, el tribunal no admitió la demanda por razones jurisdiccionales ya que la cláusula de solución de controversias del TBI circunscribe la jurisdicción solamente a “controversias que involucran el monto de la compensación por la expropiación”¹¹. Resulta evidente que el tribunal adoptó una interpretación estricta de la cláusula convencional de China sobre la solución de controversias, que difiere del enfoque amplio que adoptó el tribunal del caso *Tza Yap Shum* confirmado por el comité de anulación.

3. *Ping An Life Insurance vs. Bélgica*¹²

Bajo los TBIs de 1986 y 2009 entre China y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL), los inversores chinos alegaron que los planes de rescate empresarial implementados por Bélgica con respecto a Fortis Bank SA/NV (FBB) expropiaron su inversión en el Grupo Fortis. La principal diferencia entre las cláusulas de solución de controversias de ambos TBIs es que el de 1986 circunscribía el arbitraje a controversias surgidas por el monto de la compensación por expropiación, mientras que el TBI de 2009 permitía que los inversores presenten sus controversias ya sea ante los tribunales competentes del Estado anfitrión o ante el Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), a elección del inversor. Las demandantes presentaron el caso ante el CIADI, basándose en el remedio procesal del TBI de 2009 así como en las disposiciones sustantivas del TBI de 1986.

Admitiendo la objeción temporal a la jurisdicción presentada por Bélgica, el tribunal decidió que “los remedios más extensivos del TBI de 2009” no están disponibles para “las controversias pre-existentes que hayan sido notificadas en virtud del TBI de 1986, pero que aún no se encuentran sometidas a un proceso arbitral o judicial” (párrafo 231). Desde el punto de vista del tribunal, la interpretación extensiva sugerida por las demandantes brindaría a los inversores la oportunidad de emplear la cláusula más

amplia de solución de controversias contenida en el TBI de 2009 para entablar demandas notificadas bajo el TBI de 1986, que limitaba el alcance sustantivo de la solución de controversias.

4. *Sanum Investments vs. La República Democrática Popular Lao*¹³

El inversor con sede en Macao, Sanum, alegó que los impuestos gravados por Laos lo privaron de su inversión en la industria de juego de Laos, violando varios estándares de protección garantizados por el TBI entre China y Laos de 1993. Rechazando las objeciones jurisdiccionales presentadas por Laos, el tribunal concluyó que el TBI se aplica a Macao y que la jurisdicción cubría las demandas de expropiación, siguiendo la amplia interpretación adoptada por el tribunal del caso *Tza Yap Shum* en torno a la cláusula de solución de controversias.

Laos logró impugnar el laudo sobre jurisdicción ante la Corte de Primera Instancia (*High Court*) de Singapur, la cual rechazó la aplicabilidad del TBI a Macao y la amplia interpretación del tribunal sobre la cláusula de solución de controversias del tratado. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Singapur revocó la decisión de la Corte de Primera Instancia, pronunciándose a favor de Sanum. El inversor y Laos finalmente llegaron a un acuerdo sobre un acuerdo amigable, pero el inversor igualmente inició un procedimiento de arbitraje ante el CIADI impugnando la conducta de Laos luego del acuerdo¹¹. El caso aún se encuentra pendiente de resolución¹⁴.

5. *Beijing Urban Construction vs. Yemen*¹⁵

La empresa estatal china Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUGG) alegó que, en virtud del TBI entre China y Yemen de 2002, Yemen la privó ilícitamente de su inversión en la construcción de una nueva terminal internacional en el Aeropuerto Internacional de Sana. El tribunal rechazó la objeción presentada por Yemen de que BUGG era un agente estatal, habiendo concluido que en el contexto pertinente a los hechos actuó como un contratista comercial, sin desempeñar ninguna función pública. Yemen también impugnó el objeto de la jurisdicción del tribunal en base a una interpretación estricta de la cláusula de solución de controversias del TBI. Sin embargo, el tribunal desestimó la objeción considerando que las palabras “relativas al monto de la compensación por la expropiación” presentes en la cláusula de solución de controversias deben ser interpretadas de manera que “incluyan controversias relacionadas con el hecho de si ocurrió una expropiación o no” (párrafo 87) tal como promueve el propósito y objetivo general del TBI. Este caso se encuentra actualmente en la etapa de consideración de los méritos y su decisión está pendiente de resolución.

Casos de ISDS que involucran a China como Estado anfitrión

1. *Ekran Berhad c. China*¹⁶

El inversor presentó el primer caso conocido contra China, bajo el TBI entre Malasia y China de 1990, para impugnar la revocación de su derecho de arrendamiento de tierras por parte de las autoridades locales de la Zona Económica Especial de Hainan alegando que el inversor no desarrolló las tierras tal como lo estipulaba la legislación local pertinente. Las partes acordaron suspender el caso, el cual no llegó a la etapa del laudo.

2. *Ansung Housing c. China*¹⁷

Ansung Housing Co., Ltd, una empresa privada estableci-

da conforme a las leyes de la República de Corea, inició el segundo caso conocido contra China, en virtud del TBI de 2007 entre China y Corea. Ansung alegó que las medidas adoptadas por los gobiernos locales chinos violaron el acuerdo de inversión para desarrollar un campo de golf y las instalaciones pertinentes que incluían condominios de lujo y un clubhouse.

China alegó que las demandas de Ansung habían prescrito ya que el inversor inició el arbitraje más de tres años después de tomar conocimiento de las pérdidas o daños. Pronunciándose a favor de China, el tribunal subrayó que el “período de limitación comienza cuando el inversor toma conocimiento por primera vez del hecho de que ha incurrido en pérdidas o daños, no en la fecha en que toma conocimiento de la cuantía de las pérdidas o daños” (párrafo 110).

Para fundamentar su demanda prescripta, Ansung invocó la cláusula de nación más favorecida (NMF) del TBI, apuntando a otros TBIs chinos que no establecen un período de limitación de tres años. Sin embargo, el tribunal arribó a la conclusión de que la cláusula de NMF no se extendía al consentimiento a arbitraje de un Estado con los inversores o a la limitación temporal para el arbitraje entre inversionista y Estado. También señaló que el TBI ofrece la protección de NMF específicamente en relación con “el acceso a tribunales de justicia y tribunales y autoridades administrativos” del inversor, sin hacer referencia alguna a la solución internacional de controversias. Por consiguiente, el tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción.

3. *Hela Schwarz c. China*¹⁸

El 21 de junio de 2017, un inversor alemán inició el tercer arbitraje conocido contra China, bajo el TBI entre China y Alemania. La notificación de arbitraje no fue hecha pública, y la información sobre el caso es muy escasa.

Observaciones finales sobre la aparición de China en casos de ISDS

En comparación con el fuerte flujo de IED de China, el número de casos de ISDS donde se encuentra involucrado tanto como Estado de origen como anfitrión — todos iniciados durante la última década— es considerablemente bajo. Por lo tanto, resulta difícil realizar una observación concluyente sobre los casos de ISDS que involucran a China.

Casi todos los casos de ISDS ya resueltos denotan los obstáculos que los inversores chinos deben superar al momento de presentar demandas en virtud de los TBIs de primera generación que establecen un consentimiento limitado a arbitraje internacional. Por un lado, la amplia interpretación adoptada en el caso *Tza Yap Shum*, seguida por *Sanum* y *Beijing Urban Construction*, desecha la visión de que la cláusula de solución de controversias encontrada en los primeros TBIs de China circunscribe el arbitraje a las controversias relativas al monto de la compensación en caso de expropiación, brindando a los inversores chinos más espacio para arbitrar las demandas de expropiación. Por otro lado, interpretaciones estrictas, tales como la adoptada en *Heilongjiang* podría limitar el acceso a arbitraje a los casos donde la ocurrencia de la expropiación ya ha sido declarada o determinada.

Dado que el flujo de IED china está aumentando, los inversores de este país podrían recurrir cada vez más a las cláusulas de arbitraje que protejan sus intereses de inversión, generando más casos como el de *Ping An*. Al mismo tiempo, el éxito al defenderse en casos tales como *Ansung* podría fomentar la confianza de China en el mecanismo de

ISDS también en carácter de Estado anfitrión demandado.

El régimen de ISDS ha estado bajo fuego, entre otras razones, debido a su impacto en el derecho de los Estados a regular en pos del interés público¹⁹. Varios Estados han instado una reforma de la ISDS, mediante la creación de mecanismos de apelación o de un tribunal internacional permanente de inversión, destacando la solución de controversias entre Estados o recurriendo a métodos alternativos para el arreglo de diferencias²⁰. En este contexto, aún queda por ver si China apoyará las iniciativas de reforma o si se inclinará a conservar el régimen tal como está.

Autora

Dilini Pathirana es abogada; disertante, Facultad de Derecho, Universidad de Colombo; aspirante a Ph.D. en derecho internacional, Facultad de Derecho Internacional, Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de China. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

Notes

- 1 Ikenberry, G. J. (2008). The rise of China and the future of the West. *Foreign Affairs*, 87(1). Extraído de <https://www.foreignaffairs.com/articles/asia/2008-01-01/rise-china-and-future-west>; Huisken, R. (Ed.). (2009). *Rising China: power and reassurance*. Canberra: ANU E Press.
- 2 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2017). *World investment report 2017: Investment and the digital economy*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf. Documento de Mensajes Clave y Panorama General disponible en español en http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2017_overview_es.pdf.
- 3 UNCTAD. (2017). *International investment agreements navigator*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iialnnerMenu>.
- 4 Schill, S. W. (2007). Tearing down the Great Wall: The new generation investment treaties of the People's Republic of China. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 15(1), 73 et seq.
- 5 Berger, A. (2008). China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making. Extraído de https://www.diegdi.de/uploads/media/Berger_ChineseBITs.pdf.
- 6 Qingjiang, K. (2003). Bilateral Investment Treaties: The Chinese approach and practice. In K. Sik, M. Masahiro, M. Pinto & S. Subedi (Eds.), *Asian Yearbook of International Law 1998/1999*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers; Shan, W., & Su, J. (Eds.). (2015). *China and international investment law: twenty years of ICSID membership*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff.
- 7 Trackman, L. (2015). Geopolitics, China and investor–state Arbitration. In L. Toohey, C. Picker & J. Greenacre (Eds.), *China in the international economic order: New directions and changing paradigms*. New York: Cambridge University Press.
- 8 *Philip Morris Asia Limited vs. The Commonwealth of Australia*, caso iniciado bajo el TBI de 1993 entre Hong Kong y Australia, no se encuentra cubierto por este artículo.
- 9 Señor Tza Yap Shum vs. La República de Perú, Caso del CIADI No. ARB/07/6. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/1126>.
- 10 China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., y Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. c. Mongolia, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2010-20. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/279>.
- 11 Herbert Smith Freehills. (2017). *China-related investment arbitrations: three recent developments*. Extraído de <http://hsfnotes.com/arbitration/2017/07/17/china-related-investment-arbitrations-three-recent-developments>.
- 12 Ping An Life Insurance Company, Limited y Ping An Insurance (Group) Company, Limited vs. El Gobierno de Bélgica, Caso del CIADI No. ARB/12/29. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/3088>.
- 13 Sanum Investments Limited vs. La República Democrática Popular de Lao, CNUDMI, Caso de la CPA No. 2013-13. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/2050>.
- 14 Sanum Investments Limited vs. La República Democrática Popular de Lao, Caso del CIADI No. ADHOC/17/1. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/5776>.
- 15 Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. vs. La República de Yemén, Caso del CIADI No. ARB/14/30. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/5904>.
- 16 Ekran Berhad vs. La República Popular de China, Caso del CIADI No. ARB/11/15. Extraído de <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>.
- 17 Ansung Housing Co., Ltd. vs. La República Popular de China, Caso del CIADI No. ARB/14/25. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/5391>.
- 18 Hela Schwarz GmbH vs. La República Popular de China, Caso del CIADI No. ARB/17/19. Extraído de <https://www.italaw.com/cases/5973>.
- 19 Véase, por ejemplo, Public Statement on the International Investment Regime, 31 de agosto, 2010. Extraído de <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010>; Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.-H., & Balchin, C. (Eds.). (2010). *The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality*. Austin & Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- 20 UNCTAD. (2013, junio). Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap. *IIA Issues Note*, 2. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.

Tratados de Inversión y el Veto Interno de Propuestas Regulatorias: Estudio de Caso de Canadá

Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott

artículo 3



¿La posibilidad de demandas de un inversor extranjero en contra de un país en el marco de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) provoca un enfriamiento regulatorio? Esta pregunta es difícil de responder ya que la información sobre la ISDS y la toma de decisiones de los gobiernos habitualmente no está disponible para el público en general. Considerando el riesgo para la reputación de los gobiernos, es muy probable que esta información no sea hecha pública cuando involucra cambios destinados a apaciguar los ánimos de los inversores extranjeros.

Por esta razón, nos propusimos estudiar esta cuestión —principalmente en el contexto de Ontario, Canadá— entrevistando a 51 informantes sobre políticas, en su mayoría ex o actuales funcionarios públicos con un cargo en ministerios de medio ambiente o comercio. Nos enfocamos en determinar si la ISDS contribuye al veto interno de decisiones gubernamentales sobre protección ambiental. Queremos destacar que este contexto puede variar según la jurisdicción e, incluso en Ontario, las conclusiones no pretenden ser concluyentes. Presentamos aquí un resumen de las mismas, descriptas en mayor detalle en otro documento¹.

1. Los ministerios de gobierno han cambiado sus decisiones para atender las preocupaciones que son resultado de acuerdos de comercio e inversión, incluyendo la ISDS.

Es evidente que las preocupaciones con respecto a los acuerdos de comercio e inversión, que incluyen la ISDS, son tenidas en cuenta en los procesos de toma de decisiones de los ministerios que trabajan en asuntos ambientales. Por ejemplo, un abogado del gobierno de un ministerio relacionado con el medio ambiente de Ontario reportó que asuntos de comercio comenzaron a llegar a su oficina después de principios del 2000. Al preguntarle qué temas comenzaron a surgir, el abogado apuntó a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y las disposiciones sobre ISDS del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), remarcando que el “Capítulo 11 es el más urticante”. El abogado informó haber revisado una, dos y hasta tres o cuatro veces, un proyecto de ley, regulación o política por año para cumplir con los requisitos comerciales².

Asimismo, en otra gran provincia canadiense, un funcionario del ministerio de comercio dijo que las medidas propuestas en dicha provincia fueron revisadas a los fines de cumplir con requisitos comerciales cientos de veces por año y que el ministerio de comercio contaba con un equipo de doce personas a estos efectos. Las medidas revisadas incluyen cambios legislativos, regulatorios o de políticas, o políticas existentes; y confirmó que la ISDS con seguridad se encontraba dentro de su radar³.

2. La ISDS ejerce presión sobre la toma de decisiones del gobierno debido al riesgo político y financiero y a los costos de oportunidad creados por la ISDS.

Varios entrevistados reconocieron que los riesgos financieros de la ISDS influyen en la toma de decisiones del gobierno y que la cultura general del gobierno es reacia a los riesgos. Por ejemplo, al preguntarle por el riesgo financiero de la ISDS, un asesor de políticas de un ministerio relacionado con asuntos ambientales señaló que: “De la manera en que hacemos negocios, la aversión a los riesgos se encuentra justo en las bases. No nos gusta tomar riesgos con los recursos de los contribuyentes —recursos que pertenecen a los ciudadanos de Ontario. Nos tomamos esto muy en serio⁴”. Al presentarle la posibilidad de que surja un riesgo de litigio que conlleve una responsabilidad potencial de miles de millones de dólares, un ex asesor político del Gabinete de Ontario fue claro al declarar que el riesgo sería considerado “al segundo de llegar a la oficina de los políticos”. Según el ex asesor: “Si existe un riesgo de miles de millones de dólares y hay un riesgo sustancial de ir a juicio, esto seguramente tendrá un gran impacto en la decisión que se tome⁵”.

La ISDS también ejerce otro tipo de presión en los gobiernos. Según un ex asesor jerárquico de un ministerio relacionado con asuntos ambientales, los formuladores de políticas consideran el riesgo político y no político de la siguiente manera⁶:

En cuanto al riesgo político, se trata del éxito de llevar a cabo lo que se está trabajando y donde se colocó el capital político. En torno al riesgo no político, se trata de recursos perdidos, dedicando tiempo y energía en algo que no puede seguir adelante o que es percibido negativamente, o que pueda ser realizado a medias.

Varios entrevistados destacaron el riesgo de perder tiempo y recursos, y sus correspondientes efectos disuasivos, a raíz del litigio relativo a la ISDS⁷. También escuchamos que los asuntos comerciales y ambientales se tornan más relevantes después de que el ministerio es objeto de un caso del TLCAN. Un ex abogado de un ministerio federal de medio ambiente recordó que, a fines de 1990s, la demanda de *Ethyl* contra Canadá en virtud del Capítulo 11 del TLCAN tomó al gobierno por sorpresa⁸. A este respecto, un ex asesor político de alto nivel del departamento federal de comercio cuando surgió el caso de *Ethyl* señaló que la demanda “realmente espantó a los funcionarios que se vieron, a mi entender, intimidados por las impugnaciones del Capítulo 11⁹”. El ex asesor agregó que: “Según mi opinión, llevó a un mal asesoramiento de los funcionarios en el sentido de que estaban realmente temerosos de desarrollar cualquier política productiva ya que consideraban que toda política podría ser objeto de algún tipo de escrutinio comercial ante el cual Canadá saldría perdiendo”.

Estas conclusiones sugieren que los gobiernos pueden responder prontamente a los casos de ISDS iniciados contra ellos de manera que se hagan públicos, pero que después podrían adaptar sus decisiones para evitar los riesgos surgidos de la ISDS, vetando las propuestas internamente. Por deducción, la información pública sobre el impacto de la ISDS en los gobiernos estaría menos disponible después del shock inicial¹⁰.

3. La ISDS no constituye un factor todo poderoso en la toma de decisiones del gobierno. Las presiones relativas a la ISDS pueden ser superadas, especialmente si existe un fuerte compromiso político a una medida propuesta, respaldado por la capacidad jurídica para analizar los presuntos riesgos de la ISDS de manera crítica y a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones.

Pese a sus impactos evidentes, la ISDS no surgió como un factor abrumador en el gobierno. Otras consideraciones podrían desbancar o sobreponerse a las preocupaciones relativas a la ISDS. Principalmente, entre ellas parece estar el

compromiso político de “hacer lo correcto”, especialmente si este sentimiento va acompañado de un amplio apoyo público a una propuesta¹¹.

La Ley de prohibición de pesticidas para uso cosmético de Ontario (*Cosmetic Pesticides Ban Act*) de 2008 —la cual restringía el uso cosmético de pesticidas químicos en pos de la salud y el medio ambiente— fue citada por varios entrevistados como un ejemplo de cómo un compromiso político con una decisión podría sobreponerse a una amenaza de ISDS, pese a que la mayoría coincidió en que resulta dudoso si la ley hubiera procedido sin el impulso político o un gran apoyo público^{2, 6, 12}.

En este mismo sentido, escuchamos que los riesgos de la ISDS pueden ser atendidos antes de que las propuestas lleguen a los altos niveles políticos de toma de decisiones. Un ex ministro de Ontario afirmó que esperaba que las preocupaciones relativas a la ISDS sean atendidas antes de llegar a la oficina del ministro, señalando que los funcionarios públicos discutían el tema y los abogados del gobierno formulaban propuestas para limitar los riesgos del comercio y la ISDS. Según un ex asesor político del Gabinete de Ontario⁵:

Mi opinión es que si le preguntas a cualquier ministro sobre el enfriamiento legal asociado con el derecho comercial, probablemente diga que no porque una decisión a este respecto nunca ha llegado a su oficina Pero si le preguntaras ... a un abogado honesto que trabaja para el gobierno evaluando riesgos jurídicos de este tipo, si fuera sincero, diría que sí.

Algunos entrevistados comentaron que los gobiernos pueden descartar los riesgos financieros de la ISDS porque las sumas involucradas son manejables. Algunos entrevistados describieron la solución de un caso iniciado contra Canadá en virtud del TLCAN que costó CAD15 millones como “monedas de cambio” o como un “error de redondeo”¹³. Sin embargo, esta opinión fue contradicha por otros. Un ex funcionario de un ministerio relacionado con temas ambientales nos dijo que, “para un ministerio como [el de medio ambiente], CAD\$15 millones es mucho dinero”, independientemente de si sale del presupuesto del ministerio o de los ingresos generales, porque el ministerio “no puede ser responsable de imponer ese [gasto] al sistema como un todo”.

4. La evaluación de los riesgos del comercio o de la ISDS involucra elecciones de valores. Los cambios en los procesos de toma de decisiones que hemos documentado aumentan el papel de los “valores comerciales” y la protección de los inversores extranjeros por sobre los valores competitivos.

No es sorprendente que haya opiniones contradictorias en el gobierno sobre si y cómo priorizar los intereses de los inversores extranjeros que entran en conflicto con objetivos ambientales o de salud. De hecho, parece ser que algunos funcionarios pueden invocar los “valores comerciales” como antítesis de las prioridades ambientales o de salud. Un funcionario de comercio de Ontario no dijo que algunos funcionarios, especialmente a nivel federal en el ámbito del comercio, son “verdaderos partidarios” de los acuerdos de comercio y todo lo que tiene que ver con los mismos. Los entrevistados con experiencia en regulación ambiental o en temas de salud expresaron una opinión similar. Según un experto en políticas con vasta experiencia en regulación ambiental federal señaló que¹⁴:

... el gobierno federal posee un ejército de abogados comerciales cuyo trabajo es atacar inmediatamente todo atisbo, o pensamiento que se aleje de las disciplinas comerciales. Están ahí para doblegar, tanto porque son verdaderos partidarios de la liberalización del comercio como cualquier cosa que ellos piensen que constituye un riesgo Se trata de un gran martillo que la gente de comercio está más que feliz de utilizar frente a iniciativas de otros departamentos.

Dejando de lado esta caracterización de algunos abogados

de comercio, los funcionarios de comercio provinciales que fueron entrevistados parecían tener un enfoque más equilibrado y pragmático, aunque todavía arraigados a una versión de valores comerciales. Estos funcionarios citaron principios de no discriminación y la evitación de otorgar beneficios económicos a las firmas locales y expresaron su preocupación por las leyes que están siendo diseñadas con fines económicos disfrazados de ambientales.

Sin embargo, otros funcionarios expresaron una opinión opuesta señalando que las medidas ambientales tienden a ser exhibidas en términos económicos para afirmar que destruyen empleos o discriminan en favor de uno u otro interés económico⁶. De cualquier forma, los objetivos ambientales se ven frustrados por aquellos que defienden los valores comerciales. Un abogado del gobierno bien informado sobre el derecho comercial y la ISDS comentó que no existe algo como una medida “puramente” ambiental que esté libre de un impacto económico², y varios encargados de la toma de decisiones políticas señalaron que las iniciativas ambientales no procederían si no conllevaran un beneficio económico¹⁵.

Conclusión

Nuestra investigación sobre la toma de decisiones ambientales en Ontario, Canadá, revela que la ISDS ejerce presión sobre los gobiernos para que veten propuestas regulatorias por su impacto en los inversores extranjeros, especialmente en aquellas burocracias reacias a los riesgos. El efecto disuasivo de la ISDS parece verse agravado por los costos de oportunidad de defender una medida frente a demandas entabladas por inversores extranjeros. Incluso un caso menor de ISDS puede consumir gran cantidad de tiempo y otros recursos. Los estudios de riesgo de ISDS, que a menudo son presentados como asesoramiento legal o técnico, pueden llevar a caracterizar las iniciativas ambientales como indebidamente dañinas o inapropiadamente beneficiosas para la economía y, a su vez, indeseables. El hecho de que la ISDS permita a los inversores extranjeros presentar demandas aumenta sus intereses, en relación con aquellos de otros electores, en la toma de decisiones del gobierno. A este respecto, creemos que es prudente concluir que la ISDS efectivamente lleva al enfriamiento regulatorio.

Autores

Gus Van Harten es profesor de la Facultad de Derecho de Osgoode Hall de la Universidad de York especializado en derecho internacional de las inversiones y arbitraje entre inversionista y Estado. Dayna Nadine Scott es profesora adjunta de la Facultad de Derecho de Osgoode Hall y de la Facultad de Estudios Ambientales de la Universidad de York especializada en derecho ambiental y riesgos de regulación.

Notas

1 Van Harten, G., & Scott, D. N. (2016). Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: A case study from Canada. *Journal of International Dispute Settlement*, 7(1), 92–116. Extraído de <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv031>; Van Harten, G., & Scott, D. N. (2017, en curso). Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: A case study from Canada (Parte 2). En Bjorklund, A. K. (ed.). *Yearbook on International Investment Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press.

2 Entrevista a AH (25 de marzo de 2013).

3 Entrevista a BK, BL y BM (23 de junio de 2014).

4 Entrevista a BJ (28 de marzo de 2014).

5 Entrevista a AX (22 de noviembre de 2013).

6 Entrevista a AE (15 de abril de 2011).

7 Entrevista a BH (24 de marzo de 2014) y a BP (14 de julio de 2014).

8 Entrevista a AW (22 de noviembre de 2013).

9 Entrevista a AM (8 de octubre de 2013).

10 Agradecemos a Andreas Follesdal por este punto.

11 Entrevista a AF (15 de abril de 2011).

12 Entrevista a AL (4 de octubre de 2013) y a BA (3 y 10 de diciembre de 2013). Véase también Cooper, K., Bell-Pasht, K., Nadarajah, R., & McClenaghan, T.L. (2014). Seeking a regulatory chill in Canada: The Dow Agrosciences NAFTA Chapter 11 challenge to the Quebec Pesticides Management Code. *Golden Gate University Environmental Law Journal*, 7(1), 5, p. 31. Extraído de <http://digitalcommons.law.ggu.edu/gguenvol7/iss1/4>.

13 Entrevista a AD (15 de abril de 2011).

14 Entrevista a AG (14 de abril de 2011).

15 Entrevista a AU (15 de noviembre de 2013).

¿Pueden los Inversores Extranjeros ser Responsabilizados por Violaciones a los Derechos Humanos? El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Más Allá

artículo 4

Carlos Andrés Sevilla Albornoz



No es poco realista pensar que las empresas multinacionales puedan violar los derechos humanos. En Ecuador, por ejemplo, la extracción del petróleo y el manejo de los desechos tóxicos por parte de Chevron dañaron el medio ambiente de este país y la salud e integridad de las comunidades ecuatorianas.

Para responder al daño causado por las multinacionales, los Estados anfitriones enfrentan el desafío de proteger a sus ciudadanos y han desarrollado instrumentos jurídicos para determinar la responsabilidad de las entidades extranjeras por las violaciones de derechos humanos. Algunos Estados, tales como Ecuador, han establecido jurídicamente que cualquier entidad privada, incluyendo las empresas extranjeras, pueda ser declarada culpable por la violación a los derechos humanos bajo el derecho interno y los tribunales nacionales¹. Más recientemente, los Estados han estado discutiendo la creación de un posible instrumento de derechos humanos que se aplique directamente a las entidades privadas.

Este artículo explica las bases de las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos y cómo los inversores extranjeros —incluyendo las multinacionales y otras entidades privadas— pueden ser responsabilizados por violaciones a los derechos humanos.

1. ¿Qué obligaciones tienen los Estados bajo los tratados internacionales de derechos humanos?

Las constituciones otorgan derechos que los Estados deben hacer valer. Muchos de estos derechos son el resultado de la ratificación de tratados multilaterales de derechos humanos celebrados bajo el auspicio de las Naciones Unidas, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (por sus siglas en inglés, ICCPR) y otros tratados firmados en el marco regional, tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (por sus siglas en inglés, ACHPR), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). A través de estos instrumentos internacionales, los Estados asumen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de los pueblos en su territorio, así como de adaptar sus sistemas jurídicos y de no discriminar.

La obligación de *respetar* los derechos humanos requiere que el Estado y sus organismos no violen los

derechos humanos², “directa o indirectamente, por acción u omisión”³. Por otro lado, la obligación de *garantizar* los derechos humanos “requiere que el Estado tome las medidas necesarias para garantizar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado se encuentren en una posición adecuada para ejercerlos o gozar de los mismos”³. Tal como los explicaron los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁴.

Cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos entran en vigor en el territorio de un Estado, pasan a formar parte del derecho interno del Estado. Por lo tanto, el Estado debe desarrollar el contenido de cada derecho en su legislación nacional, cumpliendo con su obligación de *adaptación legal*. Al hacerlo, los Estados poseen un margen de discreción para elegir los mecanismos apropiados para garantizar los derechos humanos⁵. Dado que la protección internacional de los derechos humanos refleja “un carácter convencional o una protección complementaria a la ofrecida por el derecho interno de los Estados”⁶, el margen de apreciación también funciona como un sistema de conexión entre el derecho interno y el derecho internacional, aplicado para el cumplimiento de las obligaciones asumidas bajo el tratado.

La obligación de *no-discriminación* está vinculada con la obligación de respeto y garantía: cada Estado debe respetar y garantizar los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁷.

2. ¿Qué sucede cuando los Estados no cumplen con sus obligaciones de derechos humanos?

Si ocurre una violación a los derechos humanos en un Estado que se ha comprometido a respetar y garantizar los derechos humanos dentro de uno de los regímenes regionales de derechos humanos o del régimen de las Naciones Unidas, la persona afectada podría presentar su caso ante un foro internacional —tal como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— el cual podría declarar la responsabilidad internacional del Estado por dicha violación. Después de llevar a cabo proceso legal, la autoridad internacional de derechos humanos competente podría sancionar al Estado. Bajo el régimen interamericano, por ejemplo, el Estado podría ser sancionado por no “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”⁴.

Dado que los Estados son los que celebran los instrumentos internacionales de derechos humanos, están obligados a hacerlos cumplir, asumiendo el papel de garantes de derechos humanos, y son los responsables en caso de violaciones a estos derechos. Esto también

explica por qué, entre otras consideraciones, se podría concluir que las entidades privadas no pueden ser declaradas responsables por las violaciones de derechos humanos bajo el actual derecho internacional de los derechos humanos.

3. ¿Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, qué sucede si una entidad privada viola los derechos humanos?

Las obligaciones de derechos humanos de los Estados citadas anteriormente conforman las bases sobre las cuales los Estados pueden ser responsabilizados por actos cometidos por entidades privadas. Bajo la obligación de garantizar los derechos humanos, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos dentro de sus territorios para evitar una responsabilidad internacional. Cuando el derecho nacional establece obligaciones de derechos humanos para las entidades privadas, toda violación de estas entidades implica que existe una ausencia de sanción o reparación, y el Estado será responsabilizado por la falta de protección a dichos derechos⁸. Esto también se relaciona con la obligación de adaptación jurídica de los Estados⁹.

Por lo tanto, en presencia de acciones u omisiones de individuos privados, las violaciones de derechos humanos “pueden ser consideradas también como « hechos del Estado » y capaces de engendrar una responsabilidad internacional si constituyen la ocasión de incumplimiento de una obligación internacional”¹⁰. Los tratados de derechos humanos permiten que se tomen algunas decisiones en el ámbito nacional, una de las cuales es la definición de la responsabilidad de los individuos por las violaciones a los derechos humanos.

4. ¿Cómo pueden garantizar los Estados que los inversores extranjeros sean responsabilizados por las violaciones de derechos humanos?

Para establecer sus empresas en el extranjero, los inversores deben formalizar sus operaciones en el país anfitrión. Deben cumplir con los procesos legales pertinentes tales como fijar un domicilio o lugar de constitución de la empresa conforme a las leyes del Estado anfitrión. Como resultado, la empresa adquiere derechos y obligaciones bajo el derecho interno del país anfitrión, especialmente bajo la constitución del Estado.

A fin de cumplir con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, los Estados poseen un margen de discreción que les permite decidir cómo garantizarlos. En base a las obligaciones asumidas bajo los tratados de derechos humanos, los Estados pueden adoptar legislación que garantice que las entidades privadas, ya sean nacionales o extranjeras, sean responsabilizadas por las violaciones de derechos humanos.

5. ¿Son suficientes estas medidas?

Pese a que garantizar que las entidades privadas sean responsabilizadas por las violaciones a los derechos humanos bajo el derecho nacional constituye una medida importante de los Estados, es necesario considerar si esta medida resulta suficiente para prevenir que los inversores extranjeros cometan este tipo de violaciones. Las prácticas corruptas de las multinacionales económicamente poderosas pueden socavar los sistemas jurídicos de muchos países. Estas empresas pueden evadir

su responsabilidad a través de sus estructuras corporativas y el retiro de sus bienes del país. También pueden suscitarse riesgos por la falta de equilibrio económico entre las multinacionales y las víctimas, a menudo individuos y comunidades pobres. Esta es la razón por la cual otras iniciativas están siendo consideradas para ejecutar la protección de los derechos humanos. En este sentido, algunos países de *Global South* presentaron ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU una iniciativa para crear un instrumento internacional jurídicamente vinculante para abordar las violaciones de derechos humanos de las multinacionales, que actualmente se encuentra bajo negociación¹¹.

Aún no está claro qué enfoque adoptarán los Estados para determinar la responsabilidad internacional de las multinacionales en este instrumento. De llevarse a cabo, se podría mejorar la protección internacional de los derechos humanos y extender la responsabilidad de los Estados a las empresas privadas, y llevar las iniciativas nacionales tales como las adoptadas en Ecuador, a una escala internacional. También podría establecerse una nueva relación entre la inversión extranjera directa y la protección de los derechos humanos, creando nuevos estándares y reglas imperativas sobre la conducta de las multinacionales.

Autor

Carlos Andrés Sevilla Alborno es abogado ecuatoriano y asesor legal de la División de Solución de Controversias Internacionales y Normatividad del Ministerio de Comercio Exterior de Ecuador. Este artículo solo refleja la opinión del autor sin representar la opinión de ningún gobierno.

Notas

1 El Artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador permite a toda persona a iniciar una acción constitucional contra una entidad privada bajo circunstancias que provoquen daño grave y que la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. Extraído de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/LEY-ORGANICA-DE-GARANTIAS-JURISDICCIONALES-Y-CONTROL-CONSTITUCIONAL.pdf>.

2 Gross, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 16.

3 *Id.*, p. 65.

4 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1989 Corte Interamericana de Derechos Humanos (ser. C) No. 4 (29 de julio de 1988). Extraído de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

5 Contreras, P. (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis Año 20, No. 2*. Extraído de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>.

6 Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3rd Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/RES/47/135/Annex (12 de diciembre, 1948). Extraído de [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)).

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969. Extraído de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

8 Courtis, C. (2005). La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Baigún, D., & Argibay, C. (Coords.). *Estudios sobre justicia penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 817.

9 Medina, C. (2005). *La Convención Americana: Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Centro de DDHH de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p. 18.

10 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1971). Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial: El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional. Naciones Unidas DOCUMENTO A/CN.4/246 Y ADD.I A 3, párrafo 186. Extraído de http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_246.pdf.

11 U.N. HRC Res. 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9 (14 de julio, 2014). Extraído de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>.

Véase también: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2017). Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Extraído de <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>; Declaración en nombre de un grupo de países en la 24ª edición de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, Septiembre de 2013. Extraído de: <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/DECLARACION.pdf>.

noticias en breve

Canadá, México y Estados Unidos celebran primeras rondas de renegociaciones del TLCAN

Después de que el Presidente Trump declarara su **iniciativa de renegociar** el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se realizó la primera ronda de negociaciones en Washington, D.C. del 16 al 20 de agosto de 2017 y la segunda en la **Ciudad de México del 1 al 5 de septiembre de 2017. Otras rondas están programadas** para 23 a 27 de septiembre en Canadá y para octubre en los Estados Unidos.

El Representante de Comercio (USTR) de Estados Unidos publicó sus **objetivos de negociación** el 17 de julio de 2017. Con respecto a la inversión es “reducir o eliminar las barreras para las inversiones de los Estados Unidos en todos los sectores” y garantizar los derechos de los inversores estadounidenses en los países del TLCAN “mientras se garantiza que los inversores de los países del TLCAN en los Estados Unidos no sean otorgados más derechos sustantivos que los conferidos a los inversores nacionales”. Presuntamente, el USTR también está elaborando una **propuesta que requiere que los países del TLCAN adhieran** al mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS).

El 14 de agosto de 2017, la Ministra de Asuntos Exteriores canadiense, Chrystia Freeland, describió **los principales objetivos de Canadá**. Señaló que el “TLCAN debería ser más progresivo” incluyendo disposiciones estrictas sobre trabajo, medio ambiente, igualdad de género y pueblos indígenas. Freeland también destacó la necesidad de reformar la ISDS “para garantizar que los gobiernos tengan el derecho inalienable a regular en pos del interés público”.

Informe sobre financiamiento de terceros en el arbitraje internacional abierto a comentarios públicos

El Grupo de Trabajo del Consejo Internacional de Arbitraje Internacional (por sus siglas en inglés, ICCA) y Queen Mary sobre el Financiamiento de Terceros en el Arbitraje Internacional **abrió su borrador del informe** para comentarios públicos. El Capítulo Ocho del borrador examina el financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión. Los comentarios pueden ser remitidos a tptaskforce@arbitration-icca.org hasta el 31 de octubre de 2017.

El Grupo de Trabajo procura promover el diálogo multilateral sobre las cuestiones planteadas por el financiamiento de terceros en el arbitraje internacional y una mayor coherencia en el abordaje de estos temas a nivel internacional. Está compuesto por más de 50 miembros de más de 20 jurisdicciones, incluyendo árbitros, funcionarios públicos, profesionales del arbitraje, académicos y terceras partes financiadoras.

HKIAC invita a realizar comentarios para incorporar disposiciones de arbitraje de inversión en revisión de reglamento

El Comité de Revisión del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) **invitó** a presentar comentarios públicos sobre las **enmiendas propuestas** al Reglamento para el Arbitraje Administrado de 2013 del HKIAC. También está solicitando opiniones sobre si incorporar disposiciones expresas aplicables al arbitraje de tratados de inversión y sobre cuáles disposiciones deberían incluirse. Los comentarios pueden ser remitidos a rules@hkiac.org hasta el 2 de octubre de 2017.

La UE lanza consulta sobre prevención y resolución de controversias de inversión intra-UE

El 31 de julio de 2017, la Comisión Europea **lanz**ó una consulta sobre la prevención y solución amigable de controversias entre inversores y autoridades públicas dentro de la Unión Europea. Según el Vicepresidente de la Comisión, Valdis Dombrovskis, responsable de la Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y la Unión de Mercados de Capital, el objetivo es investigar si establecer un marco de solución de controversias “para ahorrar tiempo y dinero tanto para los inversores de la

UE como para las autoridades nacionales”.

La consulta procura recabar evidencias sobre la necesidad de un marco como tal, sus características convenientes y la necesidad de mayor claridad sobre los derechos de los inversores de la UE. Entre las opciones de políticas previstas en la **Evaluación de Impacto de la Iniciación** de la consulta se encuentra el establecimiento de una red de “Puntos de Contacto sobre Inversión”, un marco jurídico para la mediación de la UE y agencias permanentes de mediación en cada Estado miembro. El **cuestionario estará abierto** hasta el 3 de noviembre del 2017.

La CNUDMI recibe mandato para trabajar en la reforma de la ISDS; Convenio de Transparencia entrará en vigencia el 18 de octubre de 2017

El 14 de julio de 2017, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) **encomendó** a su Grupo de Trabajo III el amplio mandato de trabajar en una posible reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS). El grupo de trabajo identificará las preocupaciones en torno a la ISDS, considerará si la reforma es conveniente y, de ser así, desarrollará recomendaciones. Los debates comenzarán en la **34ta sesión** del Grupo de Trabajo, programada a realizarse en Viena entre el 27 de noviembre y el 1 de diciembre de 2017, y se espera el aporte de todos los actores interesados.

En 2013, la CNUDMI adoptó el **Reglamento sobre la Transparencia** en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aplicable a casos iniciados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y basado en los tratados de inversión firmados desde el 1 de abril de 2014. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, también desarrollada por la CNUDMI, brinda un mecanismo de adhesión para los Estados que deseen extender la aplicación de un Reglamento de Transparencia como este a los casos firmados bajo tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014. La **Convención sobre Transparencia** entrará en vigencia el 18 de octubre de 2017.

El AECG entre Canadá y la UE será aplicado provisionalmente a partir del 21 de septiembre de 2017

Después de la ratificación del Acuerdo Económico Comercial Global (AECG) por Canadá el 17 de mayo de 2017, Canadá y la Comisión Europea **acordaron** dar inicio a la aplicación provisional del acuerdo el 21 de septiembre de 2017. **Según lo informado por ITN**, las disposiciones de protección de las inversiones solo entrarán en vigor una vez que todos los Estados miembros de la UE hayan ratificado el acuerdo.

La UE y Japón llegan a un acuerdo en principio sobre el AAE; ISDS sigue completamente abierta

La Unión Europea y Japón **anunciaron** el 6 de julio de 2017 que llegaron a un **acuerdo en principio** sobre los principales elementos de un Acuerdo de Asociación Económica (AAE). En las negociaciones desde 2013, el tratado incluirá un compromiso específico al Acuerdo de París sobre cambio climático. Pese a que las negociaciones aun no fueron concluidas, los socios negociadores han **publicado algunos textos** cubiertos en principio por el acuerdo —incluyendo los capítulos sobre **desarrollo sostenible** y la **liberalización de las inversiones**— para fines informativos.

La protección de las inversiones en principio se encuentra fuera del alcance del tratado, ya que los socios negociadores no pudieron llegar a un acuerdo sobre la solución de controversias de inversión. La Comisión Europea, que propuso un Sistema de Tribunales de Inversiones reformado (STI) a Japón, **aclaró** que “bajo ninguna condición las disposiciones de ISDS antiguas pueden ser incluidas en el acuerdo”. Los socios negociadores están trabajando para concluir las negociaciones a fines de 2017.

laudos y decisiones

Todas las demandas presentadas por Isolux Infrastructure Netherlands contra España son desestimadas

Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. el Reino de España, Caso de la CCE Nro. V2013/153

Claudia María Arietti Lopez

Un tribunal administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) rechazó todas las demandas presentadas en contra de España por Isolux Infrastructure Netherlands B.V. (Isolux). El caso fue iniciado en el año 2013 en virtud del Tratado de la Carta de la Energía (TCE).

Antecedentes y demandas

Isolux, una sociedad constituida en el 2012 bajo las leyes de Holanda, inició un arbitraje en calidad de accionista mayoritario de varias sociedades españolas, entre ellas: Grupo T-Solar Global S.A (T-Solar), quien controla a T-Solar Global Operating Assets S.L. (TGOA). TGOA y Tuin Zonne Origen S.L.U., a su vez, son titulares de la totalidad o de la mayoría del capital de 117 sociedades españolas propietarias de plantas solares fotovoltaicas en España.

Isolux alegó que España atrajo su inversión con la promesa de mantener una “feed-in-tariff” (FIT) a largo plazo para la producción de energía fotovoltaica, dentro de un régimen especial, pero luego lo abolió, violando el Artículo 10 del TCE, sobre trato justo y equitativo (TJE). Isolux también alega que España violó el Artículo 13 del TCE (expropiación), ya que la abolición del régimen especial destruyó el valor económico de su inversión. Isolux reclamó una compensación cercana a 80 millones de euros.

Tribunal acepta objeción jurisdiccional basado en exclusión de medidas impositivas

Antes de estudiar el fondo del asunto, el tribunal desestimó todas las objeciones jurisdiccionales realizadas por España, menos una, relativa a la introducción en diciembre de 2012 de un impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE). España alegó que dichas medidas se encontraban excluidas del marco de aplicación del TCE bajo la provisión de exclusión (*carve-out*) del Artículo 21(1).

Para decidir si una medida impositiva puede considerarse incluida en el *carve-out*, el tribunal estableció la necesidad de determinar si su finalidad era realmente impositiva, es decir, si fue promulgada de buena fe. El tribunal arbitral determinó que Isolux no probó que el IVPEE no fue promulgado de buena fe. En consecuencia, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para conocer de la controversia sobre la supuesta violación del TCE mediante la introducción del IVPEE.

España no violó su obligación de dar un TJE a las inversiones de Isolux

Isolux sostuvo que España creó expectativas legítimas derivadas de su marco regulatorio en relación con la FIT de largo plazo y que violó dichas expectativas al suprimir y reemplazar el régimen especial.

Al tomar su decisión, el tribunal tomó en consideración el laudo de *Perenco vs. Ecuador* y subrayó que “un aspecto central del análisis de una supuesta violación del estándar de TJE son las expectativas razonables del inversor respecto del trato futuro de su inversión por el estado anfitrión” (párrafo 777).

El tribunal estableció que, a fin de determinar si existió una violación del estándar de TJE, primero debía deter-

minar si, al momento de la inversión, el marco regulatorio existente creaba para Isolux una expectativa legítima de que no sería modificado, como finalmente lo fue. El tribunal concluyó que no, debido a que cuando Isolux decidió invertir en España (29 de octubre de 2012), el marco regulatorio de energías renovables ya había sido modificado y estaba siendo objeto de varios estudios que hacían su modificación inevitable. En consecuencia, ningún inversor razonable podía tener la expectativa de que éste marco regulatorio quedaría inmutable.

Además, el tribunal arbitral también notó que Isolux tenía conocimientos específicos que no le permitían tener la expectativa legítima de que el sistema de FIT duraría durante toda la vida de las plantas. En un recurso administrativo planteado por Isolux Corsan S.A., la empresa matriz del Grupo Isolux, ante el Tribunal Supremo de España, hizo referencias expresas a jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que establece que el único límite al poder del gobierno de modificar el marco regulatorio es la garantía que da la ley del sector energético de una rentabilidad razonable. Esto fue ratificado por la sentencia de la Corte Suprema de dicho caso, la cual fue notificada a Isolux Corsan S.A., en septiembre de 2012. El tribunal determinó que España no violó su obligación de proveer TJE a las inversiones de Isolux, ya que cuando Isolux tomó la decisión de invertir, conocía la jurisprudencia que permitía al gobierno modificar el marco regulatorio, garantizado al inversor una rentabilidad razonable de la inversión.

España no expropió indirectamente la inversión de Isolux

Isolux sostuvo que España expropió indirectamente su inversión, que consistía en su participación accionaria en el capital de T-Solar, así como en los rendimientos obtenidos de las actividades comerciales de T-Solar. España, por otro lado, alegó que la inversión de Isolux se debería limitar a su participación accionaria en T-Solar y a la posesión indirecta, a través de las filiales de T-Solar, de las acciones de las sociedades tenedoras de las plantas.

El tribunal arbitral consideró que, de conformidad al Artículo 13 del TCE, Isolux tenía una inversión y tenía derecho a la protección en contra de cualquier violación sustancial por España, de su participación accionaria en T-Solar, lo que suponía la protección, tanto de la titularidad de las acciones como del valor de las mismas. Afin de determinar si existió una expropiación, el tribunal estableció que debía determinar si los rendimientos de Isolux habían sufrido, como consecuencia de las medidas adoptadas por España, una disminución de una importancia tal que reflejase una expropiación indirecta de la inversión.

Las partes acordaron utilizar el test del caso *Electrabel vs. Hungría* para determinar el efecto expropiatorio de las medidas tomadas por España. El test establece que para que exista una expropiación debe haber ocurrido “una privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos o la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute” (párrafo 837).

Con base en lo anterior, el tribunal estableció que el impacto de las medidas tomadas por el estado anfitrión sobre los derechos o bienes del inversor deben ser de tal magnitud, que su inversión pierde todo o una parte muy significativa de su valor, lo que equivale a una privación de su propiedad. En tal sentido, el tribunal mencionó que debía de determinar si las medidas implementadas

por España tuvieron como consecuencia una pérdida de rentabilidad de aquellas plantas, de tal magnitud, que afectaron sustancialmente la inversión.

España introdujo un informe de mayo del 2011 de Deloitte presentado tanto por Isolux Corsan S.A. como por las empresas del grupo T-Solar ante el Tribunal Supremo español. En dicho informe se indica que la previsión de rentabilidad de las plantas era de 6,19 por ciento, mientras que la rentabilidad luego de las medidas tomadas por España eran de 7,19 por ciento después de aplicar los impuestos.

Por lo tanto, el tribunal concluyó que Isolux no podía argumentar que ocurrió una expropiación de su inversión ya que la rentabilidad se encontraba por encima de la rentabilidad de 6,19 por ciento. El tribunal consideró que, para que se pruebe la expropiación, la rentabilidad tendría que ser inferior al 6,19 por ciento en una proporción que pueda calificarse la deprivación de sustancial y significativa.

Con base en lo anterior, el tribunal arbitral determinó que no ocurrió una expropiación de la inversión de Isolux, ya que no existió una pérdida severa o radical.

Costos

El tribunal arbitral decidió que Isolux debía asumir el 70 por ciento de los costos y gastos que derivasen del arbitraje, y que España debía asumir el restante 30 por ciento.

Opinión disidente del árbitro Santiago Tawil

Según Tawil, existe una violación de las expectativas legítimas cuando un inversor cumple con la normativa vigente del estado anfitrión con el fin de obtener un beneficio y luego, el estado anfitrión niega dicho beneficio al inversor. Tawil concluye que, si bien España tenía el derecho de modificar o abolir el régimen especial, eliminar el beneficio otorgado a aquellos que invirtieron bajo dicho régimen especial sin darles compensación adecuada, representó una violación de las expectativas legítimas de Isolux y por lo tanto, una violación de la cláusula de TJE del TCE.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Yves Derains (Presidente, designado por la CCE, de nacionalidad francesa), Santiago Guido Tawil (designado por la demandante, de nacionalidad argentina) y Claus von Wobeser (designado por el demandado, de nacionalidad mexicana). El laudo en español, de fecha 11 de julio de 2016, se encuentra disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>.

Argentina debe pagar más de USD320 millones por expropiación ilícita en caso de aerolíneas

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. La República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/09/1

Maria Florencia Sarmiento

La mayoría de un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ha declarado a Argentina culpable por la expropiación ilícita y por no brindar trato justo y equitativo (TJE) en un caso relacionado con aerolíneas argentinas, otorgando más de USD320 millones por daños.

Antecedentes y hechos

Tres empresas españolas —Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A.— iniciaron una causa contra Argentina en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Argentina y España. La

controversia surgió a raíz de las medidas tomadas por Argentina en relación con las inversiones de las demandantes en dos aerolíneas argentinas: Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral-Cielos del Sur S.A.

En 2001, la subsidiaria española de las demandantes Air Comet compró Interinvest, una empresa intermediaria argentina que poseía la mayoría de las acciones en las aerolíneas y que las operaba. En julio de 2008, Argentina y las tres empresas demandantes celebraron un contrato de compraventa de las dos aerolíneas, que establecía que el precio sería fijado por acuerdo de dos diferentes valuadores designados por cada parte, o por una tercera valuación de un valuador imparcial. Argentina rechazó la valuación de los inversores, se rehusó a aceptar al valuador imparcial y decidió que la expropiación formal, utilizando otro método de valuación, era la única forma de que las aerolíneas siguieran operando.

Las demandantes iniciaron el arbitraje en diciembre de 2008 alegando que Argentina violó el TBI, el derecho internacional y el derecho argentino al expropiar ilícitamente su inversión y al no brindarles TJE, entre otras violaciones.

Argentina afirmó que la mala gestión de las demandantes fue la causa del deterioro de su situación financiera y finalmente de la insolvencia de las aerolíneas. También entabló una demanda reconventional por los daños ocasionados por las pérdidas que sufrió debido al deficiente estado de las aerolíneas en el momento de la expropiación, presuntamente causadas porque las demandantes no realizaron una debida diligencia de las aerolíneas.

Tribunal encuentra violación de cláusulas de TJE y expropiación, y rechaza reconvencción

Las demandantes alegaron que Argentina adoptó una serie de medidas violatorias de las cláusulas de TJE y de expropiación.

El primer alegato analizado fue que Argentina no estableció tarifas aéreas económicamente razonables. Las demandantes señalaron que Argentina fijó tarifas demasiado bajas, obstaculizando su derecho a obtener una ganancia razonable. Luego de examinar el derecho argentino, el tribunal concluyó que las aerolíneas poseen el derecho sustantivo de establecer tarifas económicamente razonables y que las tarifas se fijaron por debajo del estándar y esto facultaba a las demandantes a recibir compensación bajo derecho local. Además, el tribunal señaló que los aumentos de las tarifas aéreas no se correspondieron con los aumentos de costos de las aerolíneas.

La segunda cuestión a determinar fue si la inversión no era rentable debido a una mala gestión o al hecho de que Argentina no fijó tarifas económicamente razonables. El tribunal concluyó que si bien algunas de las críticas de la demandada con respecto al desempeño de las demandantes parecen ser válidas y que podrían haber afectado a la inversión, en última instancia las bajas tarifas tuvieron un “impacto sustancial” en la rentabilidad de la misma (párrafo 637). Sin embargo, el tribunal concluyó que la conducta de Argentina en torno al establecimiento de las tarifas aéreas y la denegación de aumentarlas entre 2001 y 2008 no constituía una violación del TJE.

En cuanto al alegato de que Argentina violó su obligación de TJE al frustrar las expectativas legítimas de los inversores, el tribunal analizó el lenguaje del tratado guiándose por la Convención de Viena sobre el Derecho

de los Tratados (CVDT). Consideró que “si bien el término expectativas legítimas tampoco consta en el Tratado, la expresión tratamiento justo y equitativo se ha interpretado como una obligación del Estado de no frustrar las expectativas legítimas del inversor” (párrafo 667). Aun así, concluyó que era razonablemente imposible que las demandantes hayan tenido las expectativas legítimas que alegaban dado el estado de la economía argentina y las dificultades financieras que enfrentaban las aerolíneas cuando realizaron la inversión.

En síntesis, la única violación del TJE encontrada por el tribunal concierne la falta de cumplimiento de Argentina de no cumplir con su compromiso, en virtud del acuerdo de compra de julio de 2008, de proceder a la adquisición de las acciones de Interinvest en las Aerolíneas sobre la base del mecanismo consensuado previsto en el acuerdo (párrafo 857).

En su defensa a la demanda de expropiación, Argentina afirmó que, al pagar un valor simbólico de AR\$1 (aproximadamente USD0,06) en compensación por las acciones de Interinvest, considerando que la inversión no era rentable al momento de la expropiación, cumplió con el requisito de compensación adecuada. Sin embargo, según el tribunal, la demandada no brindó una compensación adecuada al negarse a acordar un método de valuación y al proceder a expropiar formalmente la inversión bajo una metodología diferente. El tribunal sostuvo que ocurrió una expropiación ilícita porque Argentina no pagó una compensación adecuada y que la misma no fue ejecutada de conformidad con la ley.

Finalmente, el tribunal desestimó la reconvencción interpuesta por Argentina, concluyendo que la demandada no identificó ningún derecho u obligación sustantiva en la cual basarse ni un fundamento legal en virtud del TBI.

Tribunal rechaza intento de importar cláusula paraguas a través de NMF, pero acepta importación de cláusula de protección y seguridad plenas

Las demandantes también se basaron en la disposición de nación más favorecida (NMF) del TBI para intentar importar cláusulas del TBI entre Argentina y Estados Unidos.

Primero, el tribunal decidió que la cláusula de NMF no se circunscribe a las disposiciones de trato justo y equitativo, tal como alegó Argentina, sino que puede utilizarse con respecto a “todas las materias” regidas por el tratado para incorporar disposiciones más favorables de otros TBI suscritos por Argentina. Luego procedió a considerar la solicitud de las demandantes de importar la cláusula paraguas y las disposiciones de protección y seguridad plenas (PSP) del TBI entre Argentina y Estados Unidos ya que el TBI entre Argentina y España no incluía estas disposiciones.

El tribunal rechazó la incorporación de la cláusula paraguas, considerando que esto implicaría la introducción de un nuevo derecho o estándar que no estaba incluido en el tratado básico mientras que el lenguaje utilizado en la cláusula de NMF se refería específicamente a “todas las materias” regidas por el tratado.

En cuanto a la cláusula de PSP, el tribunal aceptó su importación, remarcando que el Artículo III(1) del TBI entre Argentina y España establece la protección de las inversiones como un asunto regido por el tratado. Aun así, el tribunal arribó a la conclusión de que no hubo una

violación del estándar de protección y seguridad plenas basándose en sus conclusiones sobre el estándar de TJE respecto del marco regulatorio que rige las tarifas aéreas (párrafo 906).

Decisión y costos: Argentina debe pagar más de USD320 millones en compensación

El tribunal decidió por mayoría que Argentina expropió ilícitamente la inversión de las demandantes, violó su obligación de TJE y adoptó medidas injustificadas que interfirieron con los derechos de las demandantes a su inversión. Otorgó una compensación de USD320.760.000 más intereses y ordenó a Argentina el pago de USD3.494.807 por las costas legales de las demandantes y demás gastos razonables en este procedimiento.

Opinión disidente: ¿realmente hubo una inversión protegida?

El árbitro Kamal Hossain remarcó que en el laudo no se resolvieron algunos temas jurisdiccionales, particularmente con respecto a la identidad de las demandantes. En el laudo solamente se explica que las demandantes poseían Air Comet, la cual adquirió Interinvest, la entidad argentina que poseía y controlaba las aerolíneas. Sin embargo, el árbitro disidente señaló que, cuando Air Comet adquirió las acciones de Interinvest, Air Comet era de propiedad de solo dos de las tres demandantes.

Según Hossain, en el laudo el término “demandantes” parece referirse no solo a las tres empresas sino también a Air Comet y a Interinvest. Dado que Air Comet no es formalmente una demandante y que las demandantes no compraron ninguna acción, el árbitro disidente afirmó que los tres inversores demandantes no han demostrado su inversión en las aerolíneas.

Según la opinión de Hossain, la adquisición de las acciones en Air Comet por parte de las tres demandantes españolas no puede ser considerada como una “inversión” protegida bajo el TBI, considerando que Air Comet también constituye una entidad española. Por ende, Hossain concluyó que el tribunal no tenía jurisdicción dado que las demandantes no pudieron probar que eran inversores protegidos bajo el TBI.

Notas: El tribunal arbitral estuvo compuesto por Thomas Buergethal (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional estadounidense), Henri C. Alvarez (nominado por la demandante, ciudadano canadiense) y Kamal Hossain (designado por la demandada, nacional de Bangladesh). El Laudo y la Opinión Disidente del 21 de julio de 2017 están disponibles en inglés y español en <https://www.italaw.com/cases/1648>.

Un tribunal del CIADI no admite jurisdicción ya que inversor abusa de sus derechos al “reactivar” una empresa para acceder a arbitraje

Capital Financial Holdings Luxembourg SA vs. la República de Camerún, Caso del CIADI No. ARB/15/18
Suzu Nikièma

En una decisión del 22 de junio de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) decidió que carecía de jurisdicción para tratar un caso de arbitraje iniciado contra Camerún, aceptando las objeciones a su jurisdicción en relación con la existencia de una inversión y la nacionalidad del inversor. En particular, dictaminó que el inversor no

poseía una oficina en Luxemburgo y que abusó de sus derechos al “dar la impresión de que tenía una sede en Luxemburgo” (párrafo 365).

Antecedentes y demandas

Capital Financial Holdings Luxembourg SA (CFHL), una compañía establecida en Luxemburgo en 2005, 90 por ciento de propiedad de Fotso Group Holding Limited (FGH), una empresa chipriota, que a su vez es de propiedad del ciudadano de Camerún, Yves-Michel Fotso, en un 99,8 por ciento. Entre 2006 y 2008, CHFL adquirió el 46,47 por ciento de las acciones del Banco Comercial de Camerún (CBC) y le otorgó préstamos participativos. CBC es una empresa financiera establecida en Camerún de la cual Yves-Michel Fotso y su padre ya eran accionistas fundadores.

Después de una auditoría de las actividades de CBC en 2006 debido a irregularidades en algunas transacciones, la Comisión Bancaria del África Central (por sus siglas en inglés, COBAC) tomó varias medidas que colocaron a CBC bajo una administración provisional en 2009. Así, el gobierno de Camerún puso en marcha un procedimiento de reestructuración de CBC, y un tribunal de dicho país ordenó la confiscación de las acciones de CFHL en CBC en 2013.

El 15 de abril de 2015, CHFL presentó una solicitud de arbitraje contra Camerún ante el CIADI por la violación del tratado bilateral de inversión (TBI) celebrado entre Bélgica y la Unión Económica de Luxemburgo (BLEU). La empresa consideró que sufrió la expropiación de su inversión en el CBC debido a las medidas tomadas por Camerún y solicitó compensación. Camerún objetó la jurisdicción del tribunal en base al Convenio del CIADI y el TBI, y también invocó un abuso de derechos por parte de CFHL.

Consentimiento de Camerún a arbitraje ante el CIADI (competencia razione voluntatis)

La principal cuestión planteada aquí fue si el procedimiento de llegar a un arreglo amigable seis meses antes de iniciar arbitraje establecido en el TBI era “una condición necesaria para el consentimiento de las Partes” a arbitraje (párrafo 143), y, de ser así, si CHFL había cumplido con esta condición. En ese caso, el TBI preveía un acuerdo directo entre las partes de la controversia, y si esto fallara, por medios diplomáticos entre las partes estatales.

Habiendo determinado que no decidiría sobre la cuestión de si se trataba un asunto de jurisdicción o de admisibilidad, el tribunal concluyó que las partes tenían una obligación con respecto a los medios (párrafo 159). Después de observar que la demandante había tomado las medidas adecuadas dentro de sus capacidades para llegar a un arreglo amigable, concluyó que se cumplían las condiciones para demostrar el consentimiento de Camerún.

La nacionalidad de Luxemburgo del inversor (competencia razione personae)

Luego, el tribunal se refirió a la cuestión de la nacionalidad de CFHL bajo el TBI, el Convenio del CIADI y el derecho de Luxemburgo. Si bien se discutieron varios aspectos, el fallo se enfocó en la definición de “*siège social*”. De hecho, el TBI dispone dos criterios acumulativos para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas: el lugar de su constitución (que Camerún no objetó) y el lugar donde se encuentra la sede.

Después de decidir que era necesario definir el con-

cepto de “*siège social*” conforme al derecho de Luxemburgo (párrafo 211), el tribunal analizó la jurisprudencia de Luxemburgo y las decisiones de arbitraje donde se discuten cuestiones similares, remarcablemente el caso *Tenaris & Talta-Trading vs. Venezuela*. Después de consultar el razonamiento del panel de arbitraje del caso *Tenaris* (párrafo 263), el tribunal finalmente concluyó que “*siège social*” se refería a la “sede real” y esto significaba donde tenía lugar la administración central de la empresa. Luego identificó cuatro elementos para determinar la “*siège social*”: el lugar de las reuniones de asamblea de accionistas, el lugar de las reuniones de directorio, el lugar donde se encuentra la contabilidad de la compañía y el lugar donde se mantienen los libros y registros de la sociedad (párrafo 237). Al interpretar el concepto de “*siège social*” conforme al derecho consuetudinario internacional llegó a la misma conclusión (párrafo 268). A partir de su análisis del Convenio del CIADI, el tribunal determinó que la nacionalidad de CFHL y, en particular, la existencia de una sede central en Luxemburgo debía ser evaluada según la fecha en que las partes consintieron presentar la controversia a arbitraje, es decir el 15 de abril de 2015.

Después de una evaluación detallada de las actividades de CFHL desde el 2005 al 2015, el tribunal concluyó que “no puede admitir que la Demandante tuviera su “*siège social*” real en Luxemburgo al momento en que ocurrieron los hechos” (párrafo 356). Además, la naturaleza artificial de “*siège social*” llevó al tribunal a examinar la existencia de un abuso de derechos, tal como lo invocó Camerún. Sobre este punto, concluyó que “la total ausencia de actividad de la Demandante durante un período tan extenso de tiempo y su repentina ‘reactivación’ después de la notificación de la controversia son indicativos, a este respecto, de una existencia puramente formal en la fecha crucial ... Aunque la Demandante no haya sido especialmente conformada para gozar de la protección del Tratado, seguramente fue ‘reactivada’ para dar la impresión de que poseía una “*siège social*” en Luxemburgo, para cumplir con las condiciones de nacionalidad establecidas en el Tratado. Por consiguiente, la conducta de la Demandante debe ser calificada como abusiva, privándola, así, del beneficio de las disposiciones procesales y sustantivas del Tratado” (párrafos 364 y 365).

Existencia de una inversión protegida (competencia razione materiae)

Camerún también refutó la existencia de una inversión según el significado del Convenio del CIADI y el TBI. El tribunal adoptó tres criterios para llegar a una definición de inversión, es decir, una contribución financiera sustancial, duración y riesgo económico. En este caso, encontró una confusión en los activos en la administración de las empresas CFHL, FGH y CBC, la circularidad de las transacciones entre estas empresas y la falta de evidencia de una contraparte financiera para la compra de las acciones de CBC y los préstamos otorgados por CFHL. Por ende, el tribunal concluyó que la Demandante “no realizó una contribución sustancial por su propia cuenta a CBC ... [y] tampoco incurrió en ningún riesgo en relación con estas transacciones” (párrafo 457). De esta manera, según el tribunal, CFHL no realizó ninguna inversión en Camerún.

Decisión y costos

En resumen, el tribunal declaró que carecía de compe-

tencia para atender el caso. El árbitro designado por la Demandante emitió una opinión disidente refutando el análisis y la conclusión de la mayoría sobre la nacionalidad de CFHL y la existencia de su inversión.

El tribunal, considerando su discreción y la existencia de un abuso de proceso por la Demandante, ordenó que CFHL asumiera los costos del arbitraje de las dos partes de la controversia, cada parte asumiendo sus propios gastos y costas legales.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Pierre Tiercer (Presidente designado por las partes, de nacionalidad suiza), Alexis Moore (nominado por la Demandante, de nacionalidad francesa) y Alain Pellet (designado por la demandante, de nacionalidad francesa). El laudo se encuentra disponible solo en francés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9017.pdf>. La opinión disidente de Alexis Moore se encuentra disponible únicamente en francés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9018.pdf>.

Inversores triunfan sobre España en una demanda por reparación regulatoria para energías limpias
Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. vs. el Reino de España (Caso del CIADI No. ARB/13/36)
Gladwin Issac

En un laudo dictado el 4 de mayo de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) determinó que el nuevo régimen regulatorio de energías renovables, adoptado por España en el comienzo del colapso económico, violó sus obligaciones bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) de otorgar trato justo y equitativo (TJE) a las inversiones extranjeras. En particular, el tribunal sostuvo que España “cruzó la línea” y violó su obligación de TJE al reemplazar su régimen regulatorio por uno completamente nuevo (párrafo 458).

Antecedentes y demandas

Con el objetivo de consagrarse como líder mundial en energías limpias, España otorgó subvenciones, incentivos fiscales, préstamos bonificados y garantías de préstamo para subsidiar nuevas inversiones en energías renovables. Entre 2007 y 2011, el fondo de inversión en capital privado (*private equity*) con sede en Londres, Eiser Infrastructure Limited (Eiser), y su filial con sede en Luxemburgo, Energía Solar Luxembourg S.à.r.l., realizaron las primeras inversiones de alrededor de €126 millones en la construcción y operación de tres plantas de energía termo-solar en España.

Sin embargo, a principios de 2008, España comenzó a reducir los incentivos para atender un gran déficit tarifario ya que los ingresos de los precios subsidiados por el Estado no podían cubrir los costos, llevando a una total eliminación de estos incentivos al sector de la energía solar. Posteriormente, adoptó una nueva metodología para establecer la remuneración en base a la cantidad invertida. Con la aplicación de este nuevo régimen a las inversiones existentes, los ingresos de Eiser cayeron por debajo del valor necesario para cubrir los costes financieros y operativos, o para proporcionar rentabilidad alguna sobre la inversión. El 9 de diciembre de 2013, Eiser y su filial iniciaron un arbitraje contra España reclamando que este país violó varias de sus obligaciones del TCE,

incluyendo los artículos sobre expropiación y TJE.

La objeción intra-UE

España afirmó que el TCE no se aplica a controversias relacionadas con inversiones realizadas dentro de la UE por inversores de otros países de la UE y que, por lo tanto, el tribunal carecía de jurisdicción *ratione personae*. Asimismo, señaló que el Artículo 26 del TCE sobre arbitraje abarca las controversias entre “una Parte Contratante” y “un Inversor de Otra Parte Contratante”, y alegó que tanto España como la Unión Europea son partes del TCE, esto “supone inevitablemente la exclusión de dicho artículo” de las controversias intra-UE. Basándose en el fallo jurisdiccional del caso *RREEF vs. España*, las demandantes sostuvieron que el sentido corriente del Artículo 26 del TCE demuestra claramente que España ha consentido al arbitraje de sus demandas y que las mismas caben dentro del lenguaje claro del tratado, el cual no contiene ninguna excepción para las controversias intra-UE.

El tribunal se basó en el caso *RREEF* y concluyó que si hubiera una excepción implícita para las controversias intra-UE, esto se habría dejado claro en el texto, y “que no establece trampas para los incautos” (párrafo 186). Por lo tanto, concluyó que el sentido corriente de las disposiciones pertinentes del TCE, elaborado de conformidad con las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, apoya la capacidad de las demandantes para presentar sus demandas, y de esta manera, desestimó la objeción.

Demanda por daños de los accionistas

Otra objeción fue que el tribunal carecía de jurisdicción para tratar las demandas de las demandantes por los supuestos daños directamente incurridos por las compañías operadoras en las que tenían participación minoritaria. España argumentó que las demandas de los accionistas por los supuestos daños sufridos por las compañías en las cuales han invertido están prohibidas por el derecho internacional público y por los sistemas nacionales avanzados de derecho mercantil. En respuesta a esto, las demandantes, basándose en las decisiones de los tribunales de inversión en casos tales como *Azurix vs. Argentina*, objetaron que la definición de inversiones bajo el TCE abarque tanto sus derechos de propiedad sobre sus acciones, como sus derechos indirectos sobre los activos de las compañías operadoras españolas. Aceptando el argumento de las demandantes, el tribunal remarcó que haría una valoración del valor de las sociedades en las cuales las demandantes poseían intereses a la hora de evaluar los daños.

Falta de jurisdicción sobre las medidas impositivas

En diciembre de 2012, España adoptó una ley que imponía un impuesto del 7% (IVPEE) sobre el valor total de toda la energía alimentada a la Red Eléctrica Nacional por los productores de energía. España alegó que el IVPEE era una medida impositiva y que bajo el Artículo 21(1) del TCE, el tribunal carecía de jurisdicción para tratar las demandas de TJE supuestamente surgidas a raíz de las medidas impositivas.

El tribunal remarcó que el poder fiscal es un poder soberano fundamental y que el Artículo 21(1) del TCE y las disposiciones correspondientes en muchos otros tratados de inversión, reflejan la determinación de los Estados de que las cuestiones fiscales no se conviertan

en objeto de arbitraje, salvo en circunstancias cuidadosamente limitadas. Por lo tanto, el tribunal concluyó que los daños que, según se alega, resultan del IVPEE no pueden ser tenidos en cuenta en cualquier posible adjudicación de daños.

El tribunal también admitió la objeción de España de que las demandantes no remitieron sus demandas de expropiación relacionadas con la ley IVPEE a la autoridad fiscal competente tal como lo exige el Artículo 21(5)(b)(i) del TCE.

Tribunal concluye que España violó TJE

Teniendo en cuenta consideraciones de economía judicial y basándose en el caso *SGS Société Générale vs. Paraguay*, el tribunal concluyó que la demanda de TJE brindaba el contexto jurídico más apropiado para evaluar la compleja situación fáctica y las múltiples violaciones alegadas.

Sosteniendo que el TJE al amparo del CTE constituye un estándar autónomo que debe interpretarse a la luz del objeto y fin del TCE, las demandantes alegaron que las modificaciones drásticas adoptadas por España frustraron sus expectativas legítimas de la estabilidad del antiguo régimen y de sus características y ventajas prometidas. En respuesta, España sostuvo que las demandantes no podían esperar razonablemente el congelamiento del régimen durante 40 años, y que no llevaron a cabo un “*due diligence* apropiado” por medio del cual podrían haber tenido conocimiento de que el régimen podía ser modificado.

En su análisis, el tribunal reconoció que el estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria *per se*. Sin embargo, aclaró que la pregunta que se plantea aquí es en qué medida la obligación de TJE conforme al TCE, se pueden invocar y dar lugar a un derecho de compensación como resultado del ejercicio del reconocido derecho a regular de un Estado.

Para determinar el alcance del TJE bajo el TCE, el tribunal hizo una distinción entre el presente caso y el de *Charanne BV vs. España*, donde el tribunal rechazó la demanda de los inversores de que otros cambios en el régimen regulatorio de España eran violatorios del TCE. Afirmó que la situación fáctica y jurídica de los dos casos es fundamentalmente distinta, ya que las medidas recusadas en el caso *Charanne* redujeron la rentabilidad de las inversiones solo marginalmente mientras que las medidas tomadas en el presente caso adoptaron “un enfoque regulatorio completamente nuevo” y implementadas de manera tal que se “eliminaron las bases financieras” de las inversiones existentes (párrafo 389).

Luego, el tribunal estuvo de acuerdo con las demandantes en que al interpretar la obligación de TJE en virtud del TCE, los  rterpretes deben tener presente el contexto, objeto y fines acordados de estabilidad legal y transparencia del TCE. Basándose en varias decisiones de tribunales de inversión, remarcablemente la decisión del caso *CMS vs. Argentina*, el tribunal afirmó que la obligación de TJE implica que “los régimenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos régimenes del valor de su inversión” (párrafo 382). El tribunal observó que las demandantes tenían derecho a esperar que España no modificara, de manera drástica y abrupta, el régimen del que dependía su inversión, de una forma que destruyera su valor completamente.

Daños y costos

El tribunal estuvo de acuerdo con la solicitud de las demandantes de utilizar el cálculo del valor presente del flujo de caja descontado (FCD). De esta manera, concedió  128 millones por pérdidas en cuanto al cálculo de las demandantes, otorgando intereses a una tasa de 2,07 por ciento, compuesta mensualmente a partir de la fecha de la violación (junio de 2014). Asimismo, el tribunal otorgó intereses desde la fecha del Laudo hasta la fecha de pago a una tasa de 2,50 por ciento, también compuesta mensualmente.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por John Crook (Presidente designado por la Presidencia del Consejo Administrativo del CIADI, ciudadano de Estados Unidos), Stanimir Alexandrov (nominado por las demandantes, ciudadano búlgaro) y Campbell McLachlan (designado por el demandado, nacional de Nueva Zelanda). El laudo est  disponible en inglés y español en <https://www.italaw.com/cases/5721>.

WNC c. Chequia: tribunal desestima demanda de expropiación y decide que no posee jurisdicción sobre todas las otras demandas

WNC Factoring Limited vs. La República Checa, Caso de la CPA No. 2014-34

Andrej Arpas

El 22 de febrero de 2017, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) desestimó todas las demandas entabladas por WNC Factoring Ltd. (WNC) contra la República Checa (Chequia). El tribunal decidió que carecía de jurisdicción para tratar las demandas en torno a las obligaciones de trato justo y equitativo (TJE) y de nación más favorecida (NMF) bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre el Reino Unido y Chequia. En cuanto a las dem as demandas de expropiación, declaró que Chequia no violó las disposiciones pertinentes. Consecuentemente, ordenó a la empresa británica el pago de las costas legales de Chequia (CZK35.940.599,34) y la parte de los costos del arbitraje correspondientes a dicho país (USD425.500).

Antecedentes

Entre el 2007 y el 2008, WNC logró participar en una licitación pública para adquirir la empresa estatal checa,  koda Export, por aproximadamente CZK210 millones (aproximadamente USD9,5 millones). WNC particip  en la licitación a través de su filial  EX, a.s., posteriormente renombrada como FITE Export, a.s.

WNC reclamó que, después de la adquisición, supo de que  koda Export se encontraba sustancialmente en peor forma de lo que se mostró durante la fase de diligencia debida de la licitación: en sus libros había registrados CZK860 millones menos en comparación con la información proporcionada por la administración anterior (párrafo 3.44).

 koda Export había informado al entonces Ministro de Finanzas checo, Kalousek, que existía el riesgo de serias dificultades económicas. La compa a solicitó garantías estatales para adquirir financiamiento operacional de un banco de exportación, pero el ministro se rehusó. También aplicó para recibir un crédito de entre CZK1 y 1,3 mil millones del banco, y dos semanas más tarde presentó una petición ante el tribunal municipal de Praga para demandar el pago de más de CZK1 mil

millones contra el ministerio de finanzas.

En 2009, la junta de directores de Škoda Export renunció en masa, y la unidad de lavado de dinero de la policía checa congeló las cuentas de la empresa. Pese a que en el verano de 2009 fueron descongeladas, en noviembre de 2009 Škoda Export fue declarada en bancarrota. Dos años después, el tribunal municipal aprobó su venta a otra compañía.

Objeción de dos puntos a la jurisdicción del tribunal para tratar cualquiera de las demandas del inversor

Chequia argumentó que el tribunal no tenía jurisdicción para atender las demandas debido a que la cláusula de arbitraje del TBI había sido sustituida por el Derecho de la Unión Europea (UE); y alternativamente, carecía de jurisdicción con respecto a todas, salvo una de las demandas (expropiación) relativas al TBI (párrafo 5.64).

Derecho de la UE vs. TBIs intra-UE

La objeción jurisdiccional intra-UE en sí misma estaba compuesta por dos elementos. Uno era que desde la firma del TBI, se firmó otro tratado —el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)—, “sobre la misma materia”, según el Art. 59(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT). Chequia alegó que dado que el derecho de la UE establece protecciones para el inversor del mismo tipo que las del tratado, el TFEU sustituyó la cláusula de arbitraje del TBI. Otro elemento derivado de los Arts. 59(1)(b) y 30(3) de la VCLT, donde se estipula que cuando el tratado anterior no queda terminado conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará “únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. De acuerdo con Chequia, el Art. 59 luego cortó de raíz la aplicabilidad del TBI: si la incompatibilidad entre los dos tratados es tan grande como para tornar imposible su aplicación simultánea, el tratado anterior “deber ser considerado como terminado”, dando como resultado la aplicación únicamente del TFEU, y la exclusión del TBI. Esencialmente, Chequia trató de alegar que el derecho de la UE y el TBI eran incompatibles, en oposición a versar sobre “la misma materia” con respecto al primer elemento mencionado. El tribunal rechazó la objeción en torno a ambos elementos.

Pese a reconocer que el derecho de la UE estaba siendo desarrollado, y que el Tribunal Europeo de Justicia “definiría su postura con mayor precisión a su debido tiempo” con respecto a tratados de inversión intra-UE y su compatibilidad con el Derecho de la UE (párrafo 6.311), el tribunal concluyó que las protecciones sustantivas acordadas a los inversores en los tratados de inversión no estaban disponibles bajo el derecho de la UE. Específicamente, se basó en la decisión del tribunal en el caso *Eastern Sugar B.V. c. Chequia*, donde resolvió que los derechos de la UE con respecto a los flujos de capital apenas “coordina [ban] con el derecho a TJE y la prohibición de expropiación” (párrafo 6.301).

Asimismo, el tribunal consideró que si bien la libertad para mover capital dentro y fuera de las jurisdicciones de la UE es una prerrogativa del TFUE, “el trato otorgado a las inversiones mientras operan *in situ*” (párrafo 6.305) bajo los TBIs era absolutamente otro tema. Para el tribunal, si bien WNC estaba remitiéndose al estándar de TJE tanto durante la adquisición de Škoda Export como

al posterior trato del Banco de Exportación checo, a.s. (CEB), únicamente el primero se encontraba protegido por el derecho de la UE: “Aunque el libre movimiento de capital podría complementar el estándar de TJE con respecto a la adquisición, resulta difícil observar cómo podría ser invocado con respecto al trato de FITE o Škoda Export (como empresas constituidas nacionalmente) por un Banco checo” (párrafo 6.305).

La cláusula paraguas, NMF y TJE

Pese a que las objeciones jurisdiccionales presentadas por Chequia en relación con la UE no fueron admitidas, tuvo mejor suerte con su argumento alternativo de que el tribunal tenía jurisdicción únicamente sobre las demandas relativas a la expropiación.

La jurisdicción del tribunal derivada del Art. 8 (solución de controversias) del TBI, donde se delimitan los límites precisos de las obligaciones susceptibles a arbitraje. A su vez, estos tienen que ver, en términos generales, con la compensación, expropiación, repatriación y —notablemente— con una cláusula que concierne la promoción y protección de las inversiones (TBI Art. 2(3)).

El Art. 2(3) del TBI contiene una cláusula paraguas: “Cada Parte Contratante debe, con respecto a las inversiones del inversor de la otra Parte Contratante, observar las disposiciones de estos acuerdos específicos, así como las disposiciones del presente Acuerdo”. WNC invocó esta cláusula intentando que la competencia del tribunal cubra la demanda relativa al TJE en torno a la compra de Škoda Export por su filial, FITE. Alternativamente, intentó establecer la jurisdicción en virtud del Art. 3(1) del TBI (NMF) presentando su demanda de NMF bajo la cláusula paraguas. En ausencia de una vía directa para que el tribunal pueda tratar controversias surgidas a raíz del Art. 3, WNC argumentó que la cláusula paraguas se activa por la existencia del acuerdo específico. Además sostuvo que la cláusula extendía la jurisdicción “a todas las obligaciones sustantivas contenidas en el TBI” (párrafo 6.351).

El tribunal concluyó que la cláusula paraguas dependía de la existencia de un “acuerdo específico” (en este caso, la adquisición de Škoda Export por FITE), y el artículo no podía ser utilizado para extender la jurisdicción más allá del alcance establecido en el Art. 8(1) del TBI. De esta manera, observando que FITE había sido constituida en Chequia y que, por lo tanto, no era un inversor británico, el tribunal determinó que la adquisición no era, *prima facie*, un “acuerdo específico” a los efectos de la cláusula paraguas (párrafo 6.318). Tampoco aceptó el argumento de WNC de que una “interpretación restrictiva” como tal podría provocar resultados evidentemente absurdos si un Estado condicionara la adquisición a su inscripción nacional, eludiendo así sus obligaciones de TBI (párrafo 6.340).

Esta resolución tuvo un efecto dominó de anular las demandas del inversor tanto con respecto al TJE como de NMF como una sucesión lógica. Considerando que ningún artículo puede ser utilizado para extender su jurisdicción bajo el Art. 8(1) del TBI, el tribunal concluyó que, en ausencia de un “acuerdo específico”, no podría plantearse jurisdicción alguna de la cláusula paraguas para llegar a cubrir la demanda de WNC en torno al TJE (párrafos 6.362 y 6.365).

WNC también pretendió utilizar la cláusula de NMF en virtud del Art. 3(1) del TBI para recurrir a una cláusula paraguas más favorable contenida en otros TBIs de los cuales Chequia es parte. Sin embargo, el tribunal consideró que su jurisdicción se derivaba del Art. 8(1) y subrayó que el Art. 3(1) evidentemente no se encontraba presente en el TBI (párrafos 6.349 y 6.358).

Expropiación

La postura básica de WNC consta de tres partes: (i) Chequia coordinó con instituciones financieras ofrecer voluntariamente financiar las exportaciones bajo condiciones que sabía que eran imposibles de cumplir para Škoda Export; (ii) estas instituciones intentaron desviar proyectos de Škoda Export a otro contratista; y (iii) el CEB congeló las cuentas de Škoda Export por razones falsas, después de lo cual Chequia no efectuó el levantamiento de dicho congelamiento a su debido tiempo; y al (no) hacerlo provocó su insolvencia. En otras palabras, que Chequia era directamente responsable del fracaso del emprendimiento. Después de examinar la evidencia disponible, el tribunal determinó que no había pruebas de conspiración y que el congelamiento fue legítimo. Notablemente, el tribunal concluyó que ningún comportamiento de Chequia constituía una expropiación conforme al Art. 5 del TBI.

Notas: El tribunal de la CPA estuvo compuesto por Gavan Griffith (árbitro presidente designado por los co-árbitros, ciudadano australiano), Robert Volterra (nominado por la demandante, ciudadano canadiense) y James Crawford (designado por la demandada, nacional australiano). (Crawford fue posteriormente elegido como Juez de la Corte Internacional de Justicia [CIJ], pero continuó desempeñándose como árbitro en este caso.) El laudo está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8533.pdf>.

Tribunal del CIADI otorga casi USD380 millones en compensación por expropiación ilícita de Ecuador Burlington Resources Inc. vs. la República de Ecuador (Caso del CIADI No. ARB/08/5) Matthew Levine

El arbitraje de 2008 entre la compañía estadounidense de gas y petróleo, Burlington Resources Inc., (Burlington) y Ecuador en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Estados Unidos y Ecuador ha llegado a la etapa de cuantificación de los daños. Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) emitió su Decisión sobre Reconsideración y Laudo el 7 de febrero de 2017.

Antecedentes

Burlington Oriente, una filial de total propiedad de Burlington, celebró Contratos de Producción Compartida (CP) con Ecuador sobre los bloques de petróleo 7 y 21 en la Amazonia. Según los CP, Burlington asumió el riesgo total de la explotación a cambio de una parte del petróleo producido. Dado que los precios internacionales del petróleo aumentaron, Ecuador intentó renegociar los CP, sin éxito alguno.

Consecuentemente, Ecuador impuso un impuesto extraordinario del 99 por ciento sobre las ganancias del petróleo. Cuando Burlington se negó a pagar este impuesto, Ecuador inició un procedimiento para incautar la parte de Burlington en la producción de petróleo bajo

los CPs. Burlington suspendió las operaciones porque la inversión había perdido rentabilidad, y Ecuador tomó posesión de los bloques 7 y 21. Finalmente, Ecuador canceló los CPs.

Burlington inició un arbitraje ante el CIADI en 2008, y el tribunal emitió su **Decisión sobre Jurisdicción** en junio de 2010. En su **Decisión sobre Responsabilidad** de diciembre de 2012 concluyó que, al tomar control de los campos petrolíferos, Ecuador expropió ilegalmente las inversiones de Burlington.

En el transcurso del arbitraje, Ecuador presentó reconveniones por daños al medio ambiente y a la infraestructura de los campos petrolíferos, y las partes celebraron un acuerdo confiriendo al tribunal jurisdicción sobre las reconveniones. En su **Decisión sobre reconveniones, también con fecha del 7 de febrero de 2017**, el tribunal declaró a Burlington responsable y le ordenó a Burlington el pago de compensación a Ecuador por aproximadamente USD41 millones.

El laudo se ocupa de la valuación de la compensación debida a Ecuador y los costos del arbitraje.

Pese a no ser un caso res judicata, las decisiones preliminares al laudo solo podrán ser reconsideradas en circunstancias excepcionales

Como una cuestión preliminar, el tribunal consideró la petición de Ecuador para que reconsidere la decisión sobre responsabilidad. Observó que ni el Convenio ni el Reglamento del CIADI contienen disposiciones que traten la facultad de los tribunales para reconsiderar sus decisiones.

En este contexto, anteriormente los tribunales habían declarado que las decisiones preliminares a un laudo “que resuelven cuestiones controvertidas entre las Partes” tienen efectos *res judicata* y, por ende, no pueden ser reabiertas. Sin embargo, el tribunal del caso *SCB vs. Tanesco* sostuvo recientemente que las decisiones antes del laudo no son *res judicata*, y que “puede haber circunstancias en las que un tribunal deba considerar la posibilidad de reabrir una decisión que ha adoptado” (párrafo 85).

En concordancia con *SCB vs. Tanesco*, el tribunal afirmó que una decisión antes del laudo no tiene efectos *res judicata*. Sin embargo, procuró aclarar que una falta de *res judicata* no significa que tales decisiones puedan ser necesariamente reabiertas. Considerando que un tema una vez resuelto en el transcurso de un arbitraje, en un principio, no debería ser reconsiderado en el mismo procedimiento, el tribunal concluyó que la decisión sobre responsabilidad debía ser reconsiderada únicamente en circunstancias excepcionales y muy limitadas.

En cuanto a la naturaleza de las circunstancias excepcionales, el tribunal recurrió a una prueba en virtud del Artículo 51 aplicado por analogía. Por lo tanto, requirió (i) que se descubra un hecho; (ii) de tal naturaleza que pueda influir decisivamente en una decisión anterior al laudo; (iii) que hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión al tiempo de dictarse la decisión anterior al laudo; (iv) que el desconocimiento de la parte que inste la revisión no se deba a su propia negligencia; y (v) que la solicitud de reconsideración se presente dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del hecho.

En cuanto a los hechos, el tribunal concluyó que no se

cumplieron las condiciones antes mencionadas y denegó la petición de Ecuador.

El estándar de compensación apropiado es la reparación íntegra tal como lo establecen los Artículos de la CDI

El Artículo III(1) del TBI solo describe las condiciones bajo las cuales una expropiación es considerada ilícita. La disposición no establece un estándar de compensación por las expropiaciones que resultan violaciones al TBI. El tribunal sostuvo que el estándar apropiado de compensación es el estándar de reparación íntegra conforme al derecho consuetudinario internacional establecido en el Artículo 31 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (los “Artículos de la CDI”), aplicado por analogía.

A este respecto, el tribunal observó que la Segunda Parte de los Artículos de la CDI, que establece las consecuencias legales de los actos ilícitos internacionales y a la que pertenece el Artículo 31, no resulta aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados *vis-à-vis*. Sin embargo, el tribunal concluyó que es generalmente aceptado que los Artículos de la CDI puedan ser extrapolados al contexto de controversias inversionista-estado.

Compensación por la inversión expropiada de Burlington cuantificada en base a método de FCD

Aplicando el estándar de la CDI, Burlington tenía derecho a una reparación íntegra por las pérdidas resultantes de la expropiación ilícita de su inversión por parte de Ecuador. Sin embargo, el tribunal consideró que solo una de las tres categorías de daños propuestas por Burlington constituía una pérdida compensable.

En síntesis, concluyó que las potenciales demandas contractuales de las subsidiarias de Burlington, que se retiraron del arbitraje del tratado, no eran compensables. Además, la pérdida de oportunidad para extender el Bloque 7 bajo el CP era demasiado especulativa para ser compensable. Por lo tanto, solamente la propia inversión de Burlington hasta el momento de la expropiación, aunque no el valor total del proyecto, era compensable.

Con respecto a la valuación de la inversión de Burlington, las partes consintieron la utilización del método del Flujo de Caja Descontado (FCD), pese a no estar de acuerdo con varias variables y supuestos a ser utilizados. Finalmente, el tribunal ordenó a Ecuador el pago de USD379.802.267 en compensación por la expropiación de la inversión de Burlington.

Un árbitro en desacuerdo con el cálculo bajo el método de FCD

Basándose en el derecho consuetudinario internacional, la mayoría del tribunal determinó que la compensación debida a Burlington debía ser calculada en base a la fecha —31 de agosto de 2016— que es una estimación para emitir el laudo. La árbitro Stern, sin embargo, no estuvo de acuerdo con el análisis resultante ya que en el mismo se utilizó información *ex post* y las ganancias agregadas entre la fecha de la expropiación y la fecha estimada del laudo.

Pese a este desacuerdo, Stern no parece haber emitido una opinión disidente. En cambio, el laudo contiene una referencia a su disenso sobre estas mismas cuestiones en un caso anterior — *Quiborax vs. Bolivia*.

Ecuador debe pagar la mayoría de los costos del arbitraje
Conforme al Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, el tri-

bunal ejerció amplia discreción para asignar los costos del arbitraje. Esto dio pie a un análisis de todas las circunstancias del caso, incluyendo el grado en que una parte contribuyó a los gastos y si la contribución fue razonable y justificada.

El tribunal concluyó que era apropiado que Ecuador asumiera el 65 por ciento de los costos del arbitraje, y que Burlington pagara el 35 por ciento. Cada parte debe pagar sus propias costas legales y gastos del arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente designada por las partes, nacional suiza), Stephen Drymer (nominado por la demandante, nacional canadiense) y Brigitte Stern (nominada por la demandante, ciudadana francesa). La Decisión sobre Reconsideración y Laudo se encuentra disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8209.pdf>.

Ecuador otorgado USD41 millones en demanda de reconversiones contra compañía de petróleo y gas de Estados Unidos, Burlington Resources

Burlington Resources Inc. vs. La República de Ecuador, Caso del CIADI No. ARB/08/5

Matthew Levine

El 7 de febrero de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas Inversiones (CIADI) emitió su decisión sobre las reconversiones presentadas por Ecuador contra la compañía estadounidense de gas y petróleo, Burlington Resources Inc. (Burlington). El tribunal ordenó a Burlington el pago de USD41 millones en compensación a Ecuador por daños al medio ambiente y a la infraestructura.

Antecedentes

Comenzando en 2000, Burlington empezó a adquirir intereses de propiedad en Contratos de Producción Compartida (CP) para la exploración y desarrollo de campos de petróleo en Ecuador. En 2008, Burlington inició un arbitraje ante el CIADI para impugnar las medidas tomadas por Ecuador que afectaron la inversión de esta empresa en los campos de petróleo.

En una Decisión sobre Responsabilidad de diciembre de 2012, el tribunal concluyó que Ecuador expropió ilícitamente las inversiones de Burlington. En su Decisión sobre Reconversiones y Laudo del 7 de febrero de 2017, calculó los daños debidos a Burlington en USD380 millones.

En 2011, durante el procedimiento iniciado por Burlington, Ecuador planteó reconversiones por daños al medio ambiente y a la infraestructura. Según las reconversiones ambientales Burlington era responsable de remediar el suelo, remediar las aguas subterráneas y por el abandono de los pozos. Según la reconversión relativa a la infraestructura, Burlington no mantuvo la infraestructura de la inversión antes de la expropiación. Las reconversiones de Ecuador se elevan a aproximadamente USD2,8 mil millones.

Las partes celebraron un acuerdo en mayo de 2011 confirmando jurisdicción al tribunal para atender las reconversiones. El tribunal emitió su Decisión sobre Reconversiones también el 7 de febrero de 2017.

Tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional son aplicables a las reconversiones ambientales

Como una cuestión preliminar, el tribunal debía decidir los fundamentos jurídicos para aplicar el derecho ecuatoria-

no a la sustancia de las reconvenciones. En particular, las reconvenciones ambientales fueron presentadas bajo el derecho de responsabilidad civil pero la disposición sobre la elección del derecho aplicable en los Contratos de Producción Compartida (CP) entre Burlington y Ecuador no contenía una referencia a la responsabilidad civil.

El tribunal concluyó que la aplicabilidad del derecho civil extra-contractual ecuatoriano no se relaciona con el derecho elegido por las Partes en virtud de la primera parte del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, sino que la legislación de Ecuador era aplicable como derecho local del Estado receptor en virtud de la segunda parte de dicha disposición. Al dar lugar a esta segunda parte, el tribunal observó que el derecho internacional también podía ser aplicable y que, según la jurisprudencia prevalente, quedaba a discrecionalidad del tribunal aplicar el derecho interno o internacional dependiendo de la clase de cuestión que debía resolverse.

Derecho interno establece responsabilidad objetiva por daño ambiental

El tribunal revisó extensamente los avances reglamentarios y judiciales aplicables a las operaciones en campos petroleros de Ecuador. Después de la promulgación de la Constitución del país en 2008, encontró un régimen de responsabilidad objetiva con respecto al daño ambiental, el cual impone sobre el operador la carga de probar la inexistencia de daño ambiental, el operador sólo es responsable por el daño que ocasionare y las demandas en materia ambiental son imprescriptibles. Según el tribunal, la ausencia de un requisito de culpa implica que Burlington no puede evitar la responsabilidad planteando que actuó de manera diligente.

Habiendo concluido que el régimen de responsabilidad objetiva no era aplicable de manera retroactiva, el tribunal debió evaluar las opiniones divergentes de las partes sobre el régimen de responsabilidad por operaciones hidrocarbúricas anteriores a la Constitución de 2008. Burlington argumentó que dada la ausencia de un requisito de culpa, Ecuador debía probar tanto la existencia de daño ambiental como que el daño fue causado por la falta de diligencia del inversor. El tribunal consideró esta postura insostenible, y decidió en favor de los argumentos de Ecuador, que después de una serie de avances judiciales a través de la Corte Suprema ecuatoriana, la responsabilidad objetiva regía el daño ambiental por operadores hidrocarbúricos desde, como mucho, el 2002.

Las partes acordaron que las demandas por el daño causado después de la Constitución de 2008 era imprescriptible. Burlington alegó, sin embargo, que la mayor parte de las demandas de Ecuador se encontraban prescriptas en virtud de que la conducta tuvo lugar después del corte 2002 reconocidas anteriormente y antes de la Constitución del 2008. El tribunal rechazó los argumentos de Burlington de que esto activó el periodo de prescripción de cuatro años bajo el derecho interno. En cambio, concluyó que el periodo de limitación comenzó a contar desde que Ecuador descubrió el daño. De esta manera, el tribunal decidió que la preponderancia de las reconvenciones ambientales se basaba en el daño descubierto después de enero del 2007 y que por lo tanto eran oportunas.

Tribunal emprende análisis del daño ambiental sitio por sitio y costos de remediación

Habiendo dictaminado que la responsabilidad objetiva, ya

sea en virtud de la Constitución del 2008 como del derecho civil ecuatoriano, era aplicable a los campos petrolíferos, el tribunal consideró el daño ambiental alegado.

Para el tribunal, el nivel de daño ambiental no permisible debía ser determinado con respecto a criterios regulatorios nacionales. En base a esto, condujo una evaluación integral del daño y de los costos de remediación en no menos de 40 sitios distribuidos a lo largo de los dos campos petrolíferos explorados por Burlington. Esto incluyó una visita de campo por el tribunal.

De esta manera, concluyó que hubo daño ambiental y una necesidad de reparación en todos los sitios. En su mayoría la valuación fue calculada en menos de USD1 millón. En el caso particular de un sitio con contaminación del suelo y un sitio con piscina de lodo, otorgó como máximo USD5 millones por sitio. También estableció costos de remediación por más de USD5 millones por contaminación de aguas subterráneas en un sitio.

Tribunal admite reconvenciones a la infraestructura por más de USD2,5 millones

De acuerdo con el tribunal, algunas cláusulas de los CP activadas por su cancelación establecían un marco legal completo para evaluar las demandas sobre la infraestructura. Pese a ser consciente de las evidentes limitaciones, evaluó siete categorías de infraestructura: tanques, las líneas de flujo y oleoductos, los generadores eléctricos, las bombas, los equipos y sistemas, los sistemas de seguridad, las piezas de reposición y mantenimiento de carreteras.

Ecuador demandó que el inversor le devolviera tres tanques —de un total de 89 utilizados en los campos petrolíferos— con un deterioro substancial. Para dos de tres de estos tanques, el tribunal ordenó el pago de compensación a Ecuador de poco más de USD1 millón.

El tribunal concluyó que gran parte de dos oleoductos estaban en un estado más allá del desgaste normal. Por lo tanto, otorgó los costos según las sumas identificadas por los peritos de Ecuador —poco menos de USD1,5 millones. El tribunal además otorgó casi USD500.000 por los costos asociados con la falta de mantenimiento periódico por parte de Burlington de algunos motores utilizados en los campos de petróleo.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente designada por las partes, nacional suiza), Stephen Drymer (nominada por la demandante, ciudadano canadiense) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). La Decisión sobre las Reconvenciones de Ecuador está disponible en inglés y español en <https://www.italaw.com/cases/documents/5140>.

Autores

Claudia María Arietti López es una abogada paraguaya y posee un Master en Leyes (LL.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

Florencia Sarmiento es asistente de investigación y profesora en la Universidad Católica Argentina.

Suzu Nikièma es Asesora Legal Internacional del Programa de Inversión del IISD y Coordinadora Regional para África en el marco del Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD.

Gladwin Issac se encuentra en su último año de estudios de Derecho y Trabajo Social en la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India.

Andrej Arpas es analista especializado en políticas de comercio. Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester, Andrej se unió al think-tank con sede en Washington después de trabajar un tiempo en el Ministerio de Trabajo de Eslovaquia.

Matthew Levine es un abogado canadiense y contribuyente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

recursos y eventos

Recursos

La Economía Política en el Régimen de los Tratados de Inversión
Por Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen & Michael Waibel, Publicado por Oxford University Press, julio de 2017

Este libro resume y expone la creciente publicación de literatura sobre legislación y políticas de inversión internacional integrando las diferentes perspectivas del ámbito jurídico, económico y político. Basándose en un análisis sobre los derechos procesales y sustantivos conferidos a los inversores por los tratados de inversión, plantea cuatro preguntas básicas. ¿Cuáles son los costos y beneficios de los tratados de inversión para los inversores, Estados y otros actores interesados? ¿Por qué los países en desarrollo y desarrollados firman estos tratados? ¿Por qué debería permitirse que árbitros privados reconsideren las regulaciones públicas promulgadas por los Estados? ¿Cuál es la relación entre el régimen de tratados de inversión y el complejo régimen general que rige la inversión internacional? Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/the-political-economy-of-the-investment-treaty-regime-9780198719557>

La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del CIADI: Jurisprudencia actual, enfoques alternativos y sugerencias para mejorar

Por María Nicole Cleis, Publicado por Brill | Nijhoff, junio de 2017

La legitimidad del arbitraje entre inversionista y Estado es un tema muy debatido; planteando la independencia e imparcialidad de los árbitros como una de las principales preocupaciones. La autora investiga cómo se garantiza la toma imparcial de decisiones bajo el Convenio del CIADI. Yuxtaponiendo las decisiones de recusación del sistema del CIADI con los correspondientes requisitos de sistemas similares para la solución de controversias, en este libro se alega que el enfoque actual para las propuestas de recusación contra árbitros del CIADI es demasiado exigente, considerando el alto riesgo que suponen las controversias entre inversionista y Estado. El análisis de la autora sobre el status quo se encuentra seguido por sugerencias novedosas para la reforma (incluyendo una propuesta de directrices específicas para el CIADI sobre el conflicto de intereses). Disponible en <http://www.brill.com/products/book/independence-and-impartiality-icsid-arbitrators>

Perspectivas Comunitarias en el Arbitraje entre Inversionistas y Estados

Por Lorenzo Cotula & Mika Schröder, Publicado por el International Institute for Environment and Development (IIED), junio de 2017

Pese a que los procedimientos de arbitraje de inversión enfrentan a los inversores contra un Estado, la disputa subyacente a menudo involucra a comunidades afectadas por el arbitraje, aunque no formen parte del mismo. Los temas que surgen en casos como tales incluyen preocupaciones sobre el goce de los derechos humanos por parte de las comunidades, su exposición al daño ambiental y la capacidad de respuesta de las autoridades públicas a las demandas comunitarias. Este informe evalúa si y cómo los tribunales de inversión toman en consideración las perspectivas, intereses y derechos de las comunidades. Identifica 20 arbitrajes donde alguna forma de acción comunitaria ha sido parte de los hechos del caso y se ha reflejado —aunque sea parcial y superficialmente— en documentos de casos disponibles al público. El análisis destaca la necesidad de repensar los acuerdos de la solución de controversias entre inversionista y Estado. Disponible en <http://pubs.iied.org/12603IIED>

Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2017: La Inversión y la Economía Digital

Por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Publicado por la UNCTAD, junio de 2017

El Informe sobre las Inversiones en el Mundo (WIR) está enfocado en las tendencias de la inversión extranjera directa (IED) y las medidas emergentes para mejorar su contribución al desarrollo. En el Capítulo III, “Avances Recientes de Políticas y Temas Clave” del WIR de 2017, la UNCTAD presenta y analiza los pro y los contra de las 10 opciones de políticas para la fase 2 de la reforma de All (para modernizar la actual colección de tratados de la vieja generación): interpretar conjuntamente las disposiciones de los tratados; modificar las disposiciones de los tratados; reemplazar los tratados obsoletos; consolidar la red de All; gestionar las relaciones entre los tratados coexistentes; hacer referencia a las normas mundiales; actuar multilateralmente; abandonar los viejos tratados no ratificados; rescindir los viejos tratados existentes y retirarse de los tratados multilaterales. Disponible en <http://www.worldinvestmentreport.org/world-investment-report-2017>

Igualdad en Agricultura: Informe de Políticas #5 de Inversión en Agricultura

Por Kathleen Sexsmith, Carin Smaller & William Speller, Publicado por el IISD, mayo de 2017

Dos amplias agendas han surgido en respuesta al llamado mundial a una mayor igualdad de género, un comercio más sostenible y una inversión más responsable en el sector agrícola. La primera, avocada principalmente al sector privado, se encuentra representada por una

amplia gama de estándares voluntarios de sostenibilidad (por sus siglas en inglés, VSS), tales como las etiquetas de comercio justo. La segunda, dirigida a los gobiernos, está compuesta por una gran cantidad de directrices para la inversión responsable en agricultura. Este informe de políticas explora cómo los estándares y directrices mundiales contribuyen a la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, y si se puede hacer algo más a través de estos instrumentos para mejorar la situación de las mujeres en la agricultura. Disponible en <http://www.iisd.org/library/how-improve-gender-equality-agriculture-policy-brief-5-investment-agriculture>

Eventos 2017

26 al 28 de septiembre

FORO PÚBLICO DE LA OMC 2017, “Comercio: Más Allá de los Titulares”, Ginebra, Suiza, https://www.wto.org/spanish/forums_s/public_forum17_s/public_forum17_s.htm

5 al 6 de octubre

COLOQUIO, “Derecho Internacional de las Inversiones & el Derecho sobre Conflictos Armados”, Athens Public International Law Center (AthensPIL) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y Kapodistria de Atenas, Atenas, Grecia, <https://www.eventbrite.com/e/colloquium-on-international-investment-law-the-law-of-armed-conflict-registration-36507239135>

9 al 11 de octubre

CONFERENCIA ANUAL DE ALTO NIVEL DE LA UNCTAD, “Fase 2 de la Reforma de All”, Ginebra, Suiza, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/unctad-annual-high-level-iaa-conference-phase-2-of-iaa-reform>

10 al 13 de octubre

FORO PÚBLICO DE LA SOCIEDAD CIVIL DEL BANCO MUNDIAL, Reuniones Anuales del Grupo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), Washington D.C., Estados Unidos, <http://www.worldbank.org/en/events/2017/10/13/civil-society-policy-forum>

16 a 20 de octubre

REUNIÓN GENERAL ANUAL 2017, “Gestión Minera Artesanal y de Pequeña Escala”, Foro Intergubernamental sobre Minería, Metales y Desarrollo Sostenible, Ginebra, Suiza, <http://igfmining.org/agm-2017>

19 de Octubre

SERIE DE ALMUERZOS SOBRE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN DE UNIGE–IISD, Universidad de Ginebra (UNIGE) & International Institute for Sustainable Development (IISD), Ginebra, Suiza, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>

23 al 27 de octubre

3ra SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, Suiza, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

24 al 25 de octubre

CONFERENCIA REGIONAL “Políticas de Inversión Internacional: El camino a seguir”, UNCTAD, República de Azerbaiyán, Carta Internacional de la Energía, Transnational Economic Law Research Center (Universidad Martin Luther Halle-Wittenberg), Bakú, Azerbaiyán, <http://ipc baku.com>

2 de noviembre

CONFERENCIA INTERNACIONAL “Corrientes Mundiales en el Derecho Internacional de las Inversiones”, Centre for International Law (Universidad Nacional de Singapur), Singapur, <https://cil.nus.edu.sg/siaa-2017-conference-global-currents-in-international-investment-law>

16 al 17 de noviembre

TALLER “Tratados de Inversión Internacional y Gobernanza Nacional”, Centre for International Law (Universidad Nacional de Singapur), Singapur, <https://cil.nus.edu.sg/event/call-for-papers/>

27 de noviembre al 1 de diciembre

34ta SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI, “Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado”, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho de Comercio Internacional, Viena, Austria, http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3/Investor_State.html

27 al 29 de noviembre

FORO 2017 DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, “Mejorando el Acceso a una Reparación Efectiva”, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OHCHR), Ginebra, Suiza, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/2017ForumBHR.aspx>

30 de noviembre

SERIE DE ALMUERZOS SOBRE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN DE UNIGE–IISD, Ginebra, Suiza, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>



Los materiales del IISD, incluso las imágenes, no se pueden volver a publicar sin el permiso expreso y escrito del IISD. Para obtener un permiso, favor de comunicarse con info@iisd.ca e incluir una lista de la información que se desee volver a publicar o un enlace a la misma.

El IISD contribuye al desarrollo sustentable mediante el fomento de recomendaciones políticas sobre comercio e inversiones internacionales, política económica, cambio climático, gestión del capital natural y social, así como del papel fundamental de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre las negociaciones internacionales y difundimos el conocimiento adquirido a través de proyectos colaborativos, lo que se traduce en investigaciones más exhaustivas, el desarrollo de capacidades en países en desarrollo, un diálogo más fluido entre el Norte y el Sur, y una mejor conexión mundial entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los encargados de la formulación de políticas.

La visión del IISD es lograr una mejor calidad de vida para todos de manera sustentable. Su misión es propugnar la innovación con el propósito de que las sociedades tengan un estilo de vida sustentable. En Canadá, el IISD está registrado como organización benéfica, mientras que en Estados Unidos está clasificado como entidad 501(c)(3). Para llevar a cabo sus operaciones, el IISD recibe apoyo fundamental del Gobierno de Canadá, a través del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC, por sus siglas en inglés), el Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca y la provincia de Manitoba. La financiación de los proyectos del Instituto proviene de distintas fuentes públicas dentro y fuera de Canadá, así como de diferentes organismos de las Naciones Unidas, fundaciones y el sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Martin Dietrich Brauch en itn@iisd.org

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: <http://www.iisd.org/itn/subscribe>