



Ampliación de la Misión:

Acuerdos Internacionales sobre Inversiones y la Reestructuración de la Deuda Soberana
Por Kevin P. Gallagher



Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador por Silvia Karina Fiezzoni

Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico por Jane Kelsey

Países Bajos: Una puerta de entrada al '*Treaty Shopping*' para la Protección de las Inversiones por Roeline Knottnerus & Roos van Os

También en este número: Philip Morris c. Australia; Abaclat y Otros c. La República Argentina; Hochtief AG c. La República Argentina; HICEE B.V. c. La República de Eslovaquia; Resumen de las negociaciones sobre transparencia de la CNUDMI

contenido

-
- 3 **Artículos**
Ampliación de la Misión:
Acuerdos Internacionales sobre Inversiones y
la Reestructuración de la Deuda Soberana
Por Kevin P. Gallagher
-
- 6 Centro de Arbitraje de UNASUR: Las
Principales Características de la Propuesta de
Ecuador
Por Silvia Karina Fiezzoni
-
- 8 Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de
Asociación Trans-Pacífico
Por Jane Kelsey
-
- 10 Países Bajos:
Una puerta de entrada al 'Treaty Shopping'
para la Protección de las Inversiones
Por Roeline Knottnerus & Roos van Os
-
- 13 **Noticias en Breve:** Philip Morris presenta
solicitud de arbitraje sobre diferencia
por propiedad intelectual con Australia;
Divisiones siguen retrasando el progreso en
las negociaciones sobre transparencia de la
CNUDMI; Brote de protestas coreanas por
disposiciones de arbitraje entre inversor y
estado en TLC entre EUA y Corea del Sur;
Presuntamente Vattenfall está considerando
recurrir a arbitraje debido al cierre de plantas
nucleares por Alemania; Inversores extranjeros
demandan al gobierno de España por
reducción de tarifas de energía solar
-
- 15 **Laudos y Decisiones:** Abaclat y Otros c.
La República Argentina; Hochtief AG c.
La República Argentina; HICEE B.V. c. La
República de Eslovaquia; Chevron Corporation
y Texaco Petroleum Company c. La República
de Ecuador; Libananco Holdings Co c. la
República de Turquía
-
- 19 **Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly
es publicado por
el Instituto Internacional para el Desarrollo
Sostenible
International Environment House 29,
Chemin de Balexert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

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

Presidente y Consejero Delegado
Franz Tattenbach

Director - Comercio e Inversiones, y el
representante europeo de IISD
Mark Halle

Gerente del Programa de Inversiones para el
Desarrollo Sostenible
Nathalie Bernasconi

Redactor
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español
Fernando Cabrera

Traductora edición en español
Maria Candeli Conforti

Diseño
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

Ampliación de la Misión: Acuerdos Internacionales sobre Inversiones y la Reestructuración de la Deuda Soberana

Por Kevin P. Gallagher

artículo 1

Los miembros de la Eurozona ahora tienen mayor conciencia que la falta de un régimen de reestructuración de la deuda soberana es una de las brechas más evidentes en la arquitectura financiera internacional. Dicho esto, la decisión en este verano de un tribunal del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que otorgó jurisdicción en virtud de un tratado bilateral de inversión (TBI) a la reestructuración de la deuda soberana argentina a raíz de su crisis financiera en 2001, demuestra que puede estar surgiendo un régimen de-facto por cuyo medio los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) pueden ser utilizados para que los inversores disconformes evadan la reestructuración de la deuda. Esto significa una ampliación de la misión (mission creep) de los AII más allá de las metas originales de estos tratados. Extenderse hasta este territorio es demasiado para el mundo de los AII. La reestructuración de la deuda soberana debería dejarse a cargo de los gobiernos nacionales y de las autoridades financieras y monetarias internacionales.

En este breve artículo se discute la manera en que la reestructuración de la deuda soberana es considerada como un fundamento para que los tenedores de bonos privados presenten reclamaciones arbitrales en virtud de los AII; que las salvaguardias contenidas en estos acuerdos son limitadas, particularmente en los AII de EUA, que significa que no está claro qué medidas brindan a los gobiernos un espacio político para reestructurar eficazmente su deuda en tiempos de crisis; y si las reclamaciones contra la reestructuración de la deuda soberana se tornan más generalizadas, esto podría poner bajo amenaza el ya frágil régimen para la recuperación de una crisis financiera. Finalmente, se delinean las opciones técnicas para reformar los tratados a fin de delegar la reestructuración de la deuda a los regímenes apropiados.

Antecedentes: Deuda, MRDS y CACs

Pese a que tiene mala fama en la actual crisis, la deuda es un componente importante del crecimiento y el desarrollo económico. Pero si no se maneja adecuadamente puede tornarse insostenible y forzar a las naciones al incumplimiento o a reestructurar sus préstamos. Al final del siglo, el Fondo Monetario Internacional (FMI) propuso un mecanismo global para resolver los problemas relativos a la deuda, pero éste fue rechazado por el gobierno de EUA y por la comunidad internacional de negocios. En su lugar se encuentran las cláusulas de acción colectiva que no han sido utilizadas mucho y enfrentan un número de obstáculos para ser adecuadas.

Si se manejan apropiadamente, los préstamos públicos pueden ser un ingrediente esencial para el desarrollo económico y lo han sido por siglos. Sin embargo, tal como lo estamos viendo en Europa, incluso cuando las naciones logran mantener en forma su deuda en proporción con el PBI, aun pueden sufrir una caída en espiral en una crisis de deuda—simplemente definida como cuando una nación que no puede (o ya no está dispuesta) a pagar los intereses de su deuda. El contagio de otras crisis o brotes generalizados de falta de confianza por parte de los inversores podría impedir que los acreedores refinancien o aumenten los préstamos. Además, a veces la deuda se encuentra nominada en moneda extranjera, entonces cuando las tasas de interés aumentan o cae el valor de la moneda nacional (por su propia cuenta o con relación a sus países vecinos) el costo del pago de la deuda puede subir vertiginosamente.



Incluso aquellas naciones que tienen un bajo déficit presupuestario pueden verse rápidamente afectadas cuando los gobiernos toman préstamos para realizar operaciones de rescate de bancos frívolos o para estimular la economía durante un período de recesión, pero luego experimentan un lento crecimiento y, posteriormente, una baja recaudación impositiva. Estas tensiones se ven exacerbadas en las naciones en vías de desarrollo que se encuentran excesivamente expuestas a los mercados financieros internacionales. Cualquiera de los factores discutidos anteriormente podría causar la entrada de deudas y bruscos cambios en los flujos de salida que pueden generar una inestabilidad financiera.

Las operaciones coordinadas de rescate han sido parte de la respuesta tradicional para prevenir y mitigar crisis relativas a deudas, pero las mismas han sido muy criticadas debido a su alto costo y a su ineficacia. Europa asignó \$1tn en mayo de 2010, más de \$100bn en julio de 2011, y está planeando asignar otros \$109bn en su paquete de octubre de 2011. Estas operaciones de rescate salen del bolsillo de los contribuyentes y van a los acreedores privados. El historial de la eficacia de estas operaciones, en el mejor de los casos, es limitada y a muchas naciones les lleva años recuperarse, si es que lo logran. Además, las operaciones de rescate pueden alentar el riesgo moral ya que las naciones y los inversores pueden asumir un comportamiento más riesgoso ya que piensan que al final serán rescatados (Eichengreen, 2003).

Cada vez más, la reestructuración de la deuda soberana (RDS) es considerada como una alternativa a las operaciones de rescate. Sin embargo, la comunidad internacional considera el régimen de RDS altamente defectuoso. Cuando un gobierno soberano ya no está dispuesto o no es capaz de pagar sus deudas, ocurre la reestructuración soberana durante lo que llega a ser un cambio formal en los contratos de deudas negociados entre los acreedores y los deudores. Las RDSs a menudo toman la forma de reducir del valor nominal de la deuda, y se realizan “canjes” donde los nuevos bonos con menores tasas de interés y vencimientos a más largo plazo se intercambian por los bonos originales. En general, estos ejercicios conllevan altos descuentos y resultan en una pérdida para los tenedores de bonos. Las pérdidas o descuentos son comúnmente referidos como “recortes”.

A principios de la década del 2000, el FMI propuso un “Mecanismo de Reestructuración de la Deuda Soberana” (MRDS). El MRDS pretende brindar un foro imparcial para la negociación entre los tenedores de bonos y los gobiernos; una cláusula de acuerdo de moratoria donde los tenedores de bonos no pueden retirar su dinero de una nación deudora de forma masiva; un servicio para financiación a corto plazo y para dar prioridad al programa de deuda de la nación deudora; y cláusulas que limitan la capacidad de los tenedores de bonos minoritarios de iniciar juicios contra las naciones deudoras. El MRDS fue rápidamente rechazado por el gobierno de EUA y la comunidad de negocios.

En cambio, EUA propuso normatizar el uso de las cláusulas de acción colectiva (CACs). Las CACs presentan las siguientes características: un componente de representación colectiva bajo la cual los tenedores de bonos pueden reunirse para intercambiar opiniones y discutir el incumplimiento/reestructuración; un componente de reestructuración mayoritaria que permite que una “supermayoría” de 75% de tenedores de bonos comprometan a todos los tenedores dentro de la misma emisión de bonos en cuanto a los términos de la reestructuración; y un componente de cumplimiento mínimo por cuyo medio un mínimo de 25% de los tenedores de bonos deben acordar que puede emprenderse el litigio. Lamentablemente, la mayoría de los bonos en la Eurozona no poseen CACs e incluso si lo tuvieran, una reestructuración no estaría libre de cargos. La International Swaps and Derivatives Association puede descartar una CAC y en cambio pagar un seguro a los tenedores de bonos en su lugar. Las CACs tampoco son aplicables a todas las emisiones de bonos de una nación y, por lo tanto, puede ser difícil llegar a un acuerdo sobre el canje de todo un paquete de deuda que una nación en problemas quisiera realizar. Y podría darse el caso de que las CACs no cubran los AIs.

Hola Argentina: AIs y Reestructuración de la Deuda Soberana

Los lectores de esta publicación saben que un creciente número de los más de 2.000 tratados de comercio e inversión que gobiernan los flujos de inversión internacional cubren “todo tipo de bienes”. Lo que sí puede ser una novedad es que recientemente un panel del CIADI ha considerado que la reestructuración de la deuda de Argentina a raíz de su crisis financiera en 2001 recae bajo la jurisdicción del TBI entre Italia y Argentina. De hecho, la deuda soberana entra dentro de “todo tipo de bienes” y, por ende, un TBI puede dar lugar a que los inversores recuperen el valor total de sus bonos.

Cuando Argentina reestructuró su deuda en 2005, cerca de 180.000 tenedores de bonos argentinos presentaron una reclamación bajo el TBI entre Italia y Argentina por aproximadamente \$4,3 mil millones. Algunos de estos inversores llegaron a un acuerdo en una reestructuración en 2010 y se cree que aun hay aproximadamente 60.000 tenedores italianos que pretenden obtener de Argentina más de \$2 mil millones a través del CIADI. En septiembre de este año, la mayoría de un tribunal privado del Banco Mundial decidió que la reestructuración por parte de Argentina sí recae dentro de la jurisdicción de estos tratados. Por lo tanto, el caso seguirá su curso, pese a la mordaz disidencia de un tercer miembro del tribunal (IAR, 2011). Los tenedores de bonos que pretenden cobrar sus inversiones a través del tratado comercial se encuentran entre los pocos acreedores restantes que no aceptaron el canje inicial.

En la casilla 1 se mencionan los casos donde los AIs pueden lidiar con la reestructuración de la deuda soberana. Y no está claro si el reducido número de medidas de salvaguardia disponibles pueden garantizar que una nación emprenda un ejercicio de deuda sin verse atrapada en un proceso del CIADI.

Casilla 1: AIs y Reestructuración de la Deuda Soberana

Jurisdicción: Si se considera que los AIs cubren “todo tipo de bienes” entonces puede alegarse que la deuda soberana recae bajo la jurisdicción del tratado.

Expropiación: la RDS podría ser vista como una expropiación indirecta porque una reestructuración reduce el valor del bono soberano.

Trato Justo y Equitativo (en inglés, FET): En la medida en que se considera que el FET debería proteger las expectativas legítimas de los inversores, el canje de un bono que no se esperaba durante el período inicial de la inversión podría ser visto como una violación de esta norma.

Trato Nacional: En algunas circunstancias financieras, podría ser pertinente tratar a los tenedores de bonos nacionales de manera diferente a los extranjeros. Sin embargo, esto podría considerarse como una violación de la norma de Trato Nacional.

Las salvaguardias y excepciones contenidas en muchos AIs no son lo suficientemente adecuadas para brindar protección a las naciones para reestructurar su deuda. En la mayoría de los casos, la única salvaguardia posible son disposiciones de “seguridad esencial”. Un conjunto de tratados de los Estados Unidos contienen un anexo donde se discute la reestructuración de la deuda soberana de manera muy limitada.

Es posible que una nación pueda alegar que las acciones emprendidas durante una crisis financiera son medidas necesarias para proteger la ‘seguridad esencial’ de la nación en cuestión. En muchos tratados se observa un texto tal como el del Artículo 18 del Modelo de TBI de Estados Unidos:

... para impedir que una Parte aplique medidas que ésta considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la conservación o la restauración de la paz o la seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses de seguridad esencial (USTR, 2004). [La traducción nos pertenece]

El artículo no menciona la crisis económica per se, pero “todos los tribunales que han considerado el asunto hasta ahora han interpretado las reglas de manera suficientemente amplia como para incluir crisis como tales” (Salacuse, 2010: 345). Sin embargo, los tribunales discrepan enormemente sobre cuan graves pueden ser las dificultades. En Argentina, nuevamente, los tribunales llegaron a conclusiones opuestas, y solo uno de tres tribunales dictaminó que Argentina no sería culpable por las acciones emprendidas para detener su crisis. Un tema clave es determinar si una medida tomada por una nación para detener una crisis puede ser vista como “de criterio propio” o no. En otras palabras, ¿puede una nación anfitriona que toma la mediada juzgar si la medida tomada fue necesaria para proteger su seguridad? El texto citado anteriormente en el Modelo de TBI de 2004, donde dice “que ésta considere,” ahora es interpretado como una medida de criterio propio (debido a “ésta”), pero los TBIs de Argentina con los Estados Unidos y otros países por el momento no incluyen un lenguaje tan preciso a este respecto (Salacuse, 2010).

Algunos de los AIs negociados por Estados Unidos claramente definen los bonos soberanos como inversiones cubiertas por el acuerdo y brindan directivas explícitas para la interacción entre la RDS y ciertos AIs. EUA generalmente se rehúsa a negociar estas directivas, ya que considera

que las CACs son salvaguardias suficientes para la reestructuración de la deuda soberana. Sin embargo, cuando los socios en la negociación lo insisten, a veces EUA se muestra dispuesto a agregar un anexo.

Lo que se encuentra en el TBI entre EUA y Uruguay, y en los TLCs con Centroamérica, Chile, Perú y Colombia es un anexo especial sobre la reestructuración de la deuda soberana. Pese a que el texto específico varía a lo largo de los diferentes tratados que contienen un anexo como tal, habitualmente prohíben la presentación de reclamaciones contra la 'reestructuración de la deuda negociada', a menos que un inversor sostenga que la reestructuración viole la norma de trato nacional (TN) o de nación más favorecida (NMF). Tales tratados generalmente definen la "reestructuración negociada," como una reestructuración donde el 75% de los tenedores de bonos han aceptado un cambio en los términos de pago. Si un inversor efectivamente presenta una reclamación en el caso de una reestructuración que no sea "negociada", el/ella debe respetar un período de 'enfriamiento' que a menudo dura 270 días antes presentar la reclamación. No hay un período de enfriamiento para una reestructuración no negociada o negociada que viole las normas de TN o de NMF.

Estos anexos no son lo más común en los tratados de EUA después del TLCAN (el TLCAN excluye por completo la deuda soberana en la definición de inversión). De hecho, los acuerdos entre EUA y Australia, EUA y Corea del Sur, EUA y Marruecos, EUA y Omán, EUA y Panamá y EUA y Singapur incluyen los bonos y deudas como inversiones cubiertas pero no incluyen anexos con respecto a la reestructuración de la deuda soberana.

El Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y América Central se asemeja mucho más al TLC de Chile. Tal como sucede con los acuerdos anteriormente mencionados, los bonos y otros instrumentos de deuda son considerados como inversiones cubiertas bajo el acuerdo. El Anexo 10-A luego especifica muy claramente que la reestructuración de la deuda soberana está sujeta solo a los Artículos 10.3 (Trato Nacional) y 10.4 (NMF). El período adicional de enfriamiento no parece aplicarse y no se menciona la "reestructuración negociada" como un prerrequisito.

Estos anexos pueden ser considerados como un paso en la dirección correcta dado que las partes de un acuerdo reconocen que la reestructuración es un caso especial, pero sin embargo están lejos de ser lo más adecuado debido a, al menos, cuatro razones. Primero, las CACs no reducen la posibilidad de que los tenedores de bonos presenten reclamaciones contra la reestructuración. Tal como se indicó anteriormente, los fondos buitre (vulture funds) y otros tenedores que no aceptan el canje inicial pueden adquirir una super mayoría dentro de una emisión de bonos y neutralizar la emisión, y una minoría del 25 por ciento aun podría litigar y arbitrar. Segundo, la definición de inversión y cláusulas generales (umbrella clauses) permiten el arbitraje entre inversor y estado bajo las obligaciones de tratado independientemente de si tales obligaciones también se encuentran cubiertas por el derecho interno. Tercero, la mayoría de las reestructuraciones son reestructuraciones de emisiones múltiples y sufren los problemas de agregación mencionados más arriba. Nuevamente, las cláusulas de acción colectiva solo se rigen dentro de una emisión de bonos, no a lo largo de las múltiples emisiones que a menudo son agrupadas en una reestructuración.

En cuarto lugar y de suma importancia, los economistas y las instituciones financieras internacionales en repetidas ocasiones han expresado que, en contradicción con el principio de trato nacional, los tenedores de bonos nacionales y las instituciones financieras a veces necesitan ser tratados de manera diferente durante una crisis. Priorizar

la deuda interna puede ser necesario para reanimar un sistema financiero, proporcionar liquidez y manejar los riesgos durante una recuperación (Gelpern and Setser, 2004, 796).

Reformando la Misión

En este breve artículo se describió cómo algunos AIs contienen disposiciones que pueden impedir que las autoridades financieras y monetarias tengan la capacidad de manejar crisis relativas a deudas. Argentina, por lo tanto, es por ahora el único país sujeto a reclamaciones, pero los numerosos tratados de inversión negociados desde la crisis argentina de 2001 y la fragilidad del sistema financiero mundial lamentablemente indican que pueden surgir casos similares en el futuro.

Los siguientes son tres remedios no exclusivos de políticas que permitirían que los AIs otorguen a las naciones el espacio político necesario para conducir una RDS eficaz en el futuro:

- **Excluir la deuda soberana de los AIs.** La exclusión de la deuda soberana de las inversiones "cubiertas" bajo futuros tratados relegaría el arbitraje de la deuda soberana a los tribunales nacionales y a los organismos financieros internacionales. Algunos AIs, tales como el TLCAN y otros acuerdos ya excluyen la deuda soberana. Según se informa, el nuevo modelo de TBI de Argentina también está moviéndose en esta dirección.

- **Aclarar que mitigar las crisis financieras es un asunto de "seguridad esencial".** Aclarar que las excepciones de Seguridad Esencial cubren las crisis financieras y que la reestructuración de la deuda soberana emprendida por las naciones anfitrionas es 'de criterio propio' y de 'necesidad'.

- **La solución de diferencias de Estado-a-Estado para la RDS e instancias relativas a crisis** puede ser más prudente que el arbitraje entre inversor y estado, dado que los gobiernos necesitan ponderar una cantidad de asuntos en tales circunstancias. Los estados intentan examinar los amplios efectos de las crisis en la economía o el bienestar público mientras que las firmas particulares racionalmente buscan cuidar su propio margen de rentabilidad. El arbitraje entre inversor y estado advierte el costo-beneficio al revés, dando poder a los "perdedores" aun cuando las ganancias para los "ganadores" (el público en general y el futuro de una nación) de una reestructuración ordenada puedan superar por lejos los costos para los perdedores.

Autor

Kevin Gallagher es Profesor Adjunto, Departamento de Relaciones Internacionales, en la Universidad de Boston. Este artículo está basado en un informe más extenso sobre el tema titulado "The New Vulture Culture: Sovereign Debt Restructuring and Trade and Investment Treaties", IDEAS Working Paper no 2-2011.

Referencias

- Eichengreen, Barry (2003). "Restructuring Sovereign Debt," *Journal of Economic Perspectives* vol. 17(4), páginas 75-98.
- Gelpern, Ann and Brad Setser, (2004), "Domestic and External Debt: The Doomed Quest for Equal Treatment," *Georgetown Journal of International Law*, v35, n4, 795-814.
- Investment Arbitration Reporter (IAR), "Argentine sovereign bond arbitration at ICSID" Vol. 4, No. 16, 3 de noviembre, 2011.
- Salacuse J (2010). *The Law of Investment Treaties*. Oxford. Oxford University Press.
- United States Trade Representative (2004), *US-Model BIT*, Washington.

Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador

Por Silvia Karina Fiezzoni

artículo 2



En los últimos cinco años, algunos países latinoamericanos comenzaron un movimiento en contra del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), institución del Banco Mundial dedicada al arbitraje de diferencias entre inversores extranjeros y los países receptores. En los últimos años, estos países han percibido que los procedimientos de arbitraje del CIADI se tornaron conflictivos debido a su falta de transparencia y a que sus laudos no abordan las necesidades de la sociedad. También ha surgido una gran preocupación por la falta de precedentes, lo cual ha generado decisiones incongruentes entre los tribunales sobre cuestiones fundamentales relativas al derecho de inversión internacional. Así, en un esfuerzo por limitar y/o excluir la jurisdicción del CIADI¹, un grupo de países latinoamericanos se encuentran estudiando un proyecto de Ecuador tendiente a crear un centro de arbitraje alternativo bajo la órbita de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

UNASUR, cuyo tratado constitutivo entró en vigor con fecha 11 de marzo de 2011, es la primera organización regional que reúne a los principales países de Sudamérica. Brasil, quien ratificó el tratado de UNASUR en el mes de julio de 2011², es el país que ha logrado atraer el mayor flujo de inversión extranjera directa en la región. Es de destacar que Brasil no es signatario del Convenio del CIADI ni ha ratificado ningún tratado bilateral de inversión. Por lo tanto, la inclusión de Brasil a UNASUR y la voluntad política de todos los países miembros de esta organización para crear un centro de arbitraje en el UNASUR, representa un importante avance para el derecho de arbitraje internacional.

Para comprender el recelo que muestran algunos países latinoamericanos hacia el CIADI, y el impulso para establecer una alternativa regional, es importante considerar que 9 de los 12 países de UNASUR han enfrentado 111 demandas en el CIADI, que representan un 31% del total de casos de este centro.³

En el siguiente artículo se expone brevemente la presente situación de UNASUR y las características más sobresalientes de la propuesta de Ecuador para crear un centro de arbitraje en UNASUR.

La situación actual de UNASUR y la propuesta de crear su centro de arbitraje

Con fecha 23 de mayo de 2008, el tratado constitutivo de UNASUR⁴ fue firmado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. El mismo implicó la conclusión de una importante integración económica en Sudamérica.⁵

En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Fander Falconí, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI.⁶ En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral.⁷ Actualmente el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación⁸.

Las características más importantes de la propuesta de Ecuador

La propuesta ecuatoriana de la creación de un centro arbitral en UNASUR se encuentra contenida en tres documentos: 1. Reglamento de funcionamiento del Centro de Solución de Controversias de UNASUR; 2. Código de Conducta para los miembros de los procesos de manejo de conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR y; 3. Creación del Centro de Asesoría Legal en Materia de Inversiones de UNASUR. En el presente artículo se desarrollará solamente el análisis del primer documento.

De acuerdo con el reglamento propuesto el centro arbitral tiene competencia para resolver diferencias entre estados, y entre inversores y el estado receptor si se encontrara contemplado en disposiciones contractuales o en un instrumento internacional. La jurisdicción del centro excluye las disputas que involucran temas de salud, impuestos y energía, entre otros, a menos que se establezca lo contrario en tratados o en los contratos pertinentes. Además, bajo ninguna circunstancia el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para resolver diferencias que conciernan a la legitimidad de las leyes internas (ni de sus efectos económicos) de los países miembros de UNASUR⁹. Pese a que la jurisdicción del centro de arbitraje propuesto para UNASUR no solo se limita a las diferencias relativas a inversiones, la estipulación mencionada anteriormente reduce considerablemente su ámbito de aplicación. Asimismo, los países miembros pueden requerir, como una precondition para el arbitraje, el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales a nivel local. Esta precondition podría forzar a la parte damnificada a esperar un largo período de tiempo para acceder al arbitraje de UNASUR. Por lo tanto, sería necesario establecer un límite razonable de tiempo para la conclusión de los procedimientos locales, a fin de otorgar mayor certeza y seguridad a las partes.

El mencionado reglamento posee una serie de características interesantes, tales como:

1. Las partes deben esforzarse por resolver cualquier diferencia por medio de consultas (con un máximo de 6 meses de duración desde la fecha de presentación de la solicitud de la consulta, a menos que las partes acuerden continuar con las mismas) y/o por medio de mediación previa al arbitraje (sin un límite de tiempo establecido).
2. El proceso de elegir y recusar árbitros responde a las críticas dirigidas al procedimiento del CIADI en estas áreas. Según las reglas del CIADI, el Presidente del Banco Mundial está a cargo de designar a un árbitro si una parte no lo hace, y a nominar al árbitro presidente si no hay acuerdo entre las mismas. Esta regla ha sido criticada por algunos países latinoamericanos que alegan que esto compromete la imparcialidad de los

procedimientos y podría generar conflictos de intereses. Por el contrario, en los procedimientos de UNASUR, la Dirección General debe designar a los árbitros por sorteo cuando una parte no elija el suyo, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre el árbitro que presidirá el caso. Con respecto a la recusación de los árbitros, el CIADI dispone que el árbitro debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pueda afectar su independencia en el procedimiento. El reglamento propuesto para UNASUR va más allá, e incluye la evaluación de la probabilidad de que un árbitro tenga cierta predisposición o un prejuicio que favorezca a una de las partes.

3. Para evitar decisiones y laudos incongruentes, el tribunal arbitral debe consolidar uno o más procedimientos donde se decida una cuestión de hecho o de derecho sobre la misma medida o decisión. Además, las reglas propuestas establecen un mecanismo de apelación para permitir la revisión de cuestiones de derecho utilizando un sistema de precedentes. Con esto se pretende garantizar una jurisprudencia coherente y congruente, otorgando previsibilidad a los inversores y a los estados, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del CIADI, que carece de un adecuado mecanismo de apelación y no se rige por el sistema de precedentes.

4. En relación con la transparencia, las reglas establecen que todos los procedimientos de arbitraje deben ser hechos públicos (esto incluye documentos, registros, evidencia, audiencias y laudos) excepto aquellos que se relacionan con la defensa y seguridad de los estados y, en casos especiales, los que las partes determinen por acuerdo mutuo. Esta regulación propuesta coincide con las reglas de arbitraje del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

5. Las reglas propuestas especifican que el único fundamento para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo sería cuando, de acuerdo con la constitución o las leyes del estado demandado, el objeto de la diferencia no sea arbitrable o que sea derogatorio de las políticas públicas. Esta regla es similar a la del Convenio de Nueva York de 1958 y a la mayoría de las reglas de arbitraje internacional. Sin embargo, difiere del procedimiento del CIADI, donde los Estados no pueden invocar las políticas públicas para evitar la ejecución de un laudo del mismo (Artículo 53 del Convenio del CIADI). Pese a que esta es una característica típica que distingue el procedimiento del arbitraje del CIADI de otros centros de arbitraje, es preciso notar que esto no significa que los inversores puedan lograr la ejecución del laudo automáticamente bajo este sistema, ya que existe el obstáculo de las reglas de inmunidad. Se desprende del Artículo 55 del Convenio del CIADI que después que un inversor obtiene un laudo en contra de un estado, el inversor debe iniciar un proceso formal de ejecución del mismo que dependerá de la legislación interna del país donde se inicia ese proceso.

6. El centro de arbitraje de UNASUR tendrá diferentes etapas de implementación. Inicialmente estará reservado a los países que son parte de UNASUR. En una segunda etapa, el centro abrirá sus servicios a Centroamérica y en la etapa final estará abierto a todos los países que deseen utilizarlos. Este proceso gradual de implementación facilitará el desarrollo constante del centro.

Es de destacar que la propuesta de Ecuador mejora la transparencia y coherencia de las decisiones al establecer un mecanismo de apelación con un sistema de precedentes y da respuesta a la mayoría de las críticas de los países

latinoamericanos respecto al CIADI. Además, se puede observar la influencia del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, al establecer una etapa de consultas, un tribunal de apelación y en la forma de regular la ejecución de los laudos.

Posibilidades de éxito

Tal como menciona Martín Doe Rodríguez, Asesor de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la creación de este centro arbitral tiene todas las posibilidades de éxito porque hay una voluntad política común de establecerlo por parte de los países miembros de UNASUR.¹⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, garantizar en la práctica la independencia e imparcialidad de los árbitros así como también su alta calificación académica y profesional, será esencial para el éxito del centro propuesto. Además, será importante acotar las limitaciones sobre el alcance de la jurisdicción del centro y establecer un límite razonable de tiempo para agotar las instancias administrativas y judiciales locales.

Autora

Silvia Karina Fiezzoni, Doctorada en Derecho Internacional de la Universidad Marítima de Dalian, República Popular China. Es profesora de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en Argentina y profesora visitante del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) en Ecuador. Este artículo se basa en un artículo más extenso titulado "The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration", publicado en el *Beijing Law Review*, 2011, 2, 134-144.

Notas

1 Marry H. Mourra, Nota Concluyente, En: M. H. Mourra, Ed., *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*, Kluwer Law International BV, 1era Edición, Países Bajos, 2008, pág. 196.

2 El Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil ratificó la creación de UNASUR, 16 de julio de 2011. <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midia-internacional/italia/agencia-ansa/2011/07/16/brasil-ratifico-creacion-de-unasur>

3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Search ICSID Cases", 2011. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

4 UNASUR, Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. <http://www.pptunasur.com/downloads/tratado-constitutivo-UNASUR.pdf>

5 Abogados del CIADI, Unión de las Naciones Suramericanas-UNASUR. <http://www.icsidlawyers.com/UNASURArbitration>

6 Katia F. Gómez, Latin America and ICSID: David versus Goliath?, Escrito de Investigación, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2010, párrafos 40-41. http://aragosaurus.academia.edu/katiafachgomez/Papers/858321/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath

7 El ciudadano.gov.ec., Sistema de Solución de Controversias inicia su proceso, 3 de diciembre de 2011. http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso&catid=1:actualidad&Itemid=42

8 Noticiero Legal, Comisión de UNASUR alista Centro de Arbitraje Regional, 20 de junio de 2011. http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8180:comision-de-unasur-alista-centro-de-arbitraje-regional&catid=35:unasur&Itemid=38

9 Por ejemplo se excluiría la Ley de Emergencia Económica argentina, promulgada en medio de la crisis financiera de Argentina, la cual conllevó a numerosas reclamaciones contra Argentina en el CIADI.

10 Andina, Expertos aseguran que corte de arbitraje desde la UNASUR es viable, 6 de octubre de 2011. <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-expertos-aseguran-corte-arbitraje-desde-unasur-es-viable-880915.aspx>

Progresos sobre la Inversión en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico

Por Jane Kelsey

artículo 3



Los defensores del Acuerdo de Asociación Transpacífico (en inglés, TPPA) lo describen como una “un acuerdo de nueva generación para el siglo 21” que irá mucho más allá que cualquier otro tratado de libre comercio (TLC). Esto señala cambios significativos en el régimen de inversión de los actuales TLCs y los tratados bilaterales de inversión (TBIs).

Cuales serán precisamente estos cambios es un tema de gran especulación. El borrador del texto y los escritos de antecedentes siguen siendo secretos, revirtiendo la tendencia de revelar documentos y textos de trabajo durante las negociaciones de la ronda de Doha de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del Acuerdo Comercial Anti-falsificación, y el Área de Libre Comercio de las Américas. De hecho, los nueve países que participan en este acuerdo han acordado que no se divulgará ningún documento de antecedentes hasta después de cuatro años de que el acuerdo haya entrado en vigor o que las negociaciones hayan colapsado.

En lo que podría considerarse más un acuerdo de inversión que un acuerdo comercial, el capítulo sobre inversiones en sí mismo parece ser razonablemente predecible. A fin de brindar un punto de referencia a un escrito sobre inversión presentado ante el foro de “las partes interesadas” en la ronda de negociación de febrero de 2011 en Santiago, Chile, se elaboró un cuadro compuesto utilizando los capítulos de inversión contenidos en los TLCs existentes entre los países involucrados en las negociaciones del TPPA.

Desde entonces, algunos de los aspectos más originales del acuerdo propuesto se han tornado más claros, gracias, en gran parte, a textos filtrados. Parece que el carácter relativo al “siglo 21” del TPPA se basa en la interacción de reglas y obligaciones sobre inversiones, servicios financieros, transferencias, transparencia, coherencia regulatoria, competencia, empresas estatales, contratación pública, propiedad intelectual, trato de nación más favorecida, disciplinas sectoriales, cadenas de abastecimiento y otros.

Estas negociaciones comenzaron con el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica entre Chile, Singapur, Brunei y Nueva Zelanda en 2006, conocido coloquialmente como el “P4”. Los servicios financieros y las inversiones fueron aplazados durante varios años. El Presidente George W. Bush hizo ingresar a los Estados Unidos a estas conversaciones en 2008, en el comienzo de la crisis financiera mundial. Tres rondas de negociaciones produjeron borradores de textos basados en la plantilla del TLC de EUA.

Las negociaciones del Acuerdo de Asociación Transpacífico nacieron cuando Estados Unidos, y luego Australia, Perú, Vietnam y Malasia anunciaron que “accederían” al P4. Después de algunas demoras, la administración de Obama confirmó la participación de EUA. En realidad, el TPPA es EUA + 8. Esto no es simplemente porque este país domina económicamente un acuerdo que posee un valor comercial limitado siendo un TLC tradicional, dado que hay una amplia red de acuerdos existentes entre las partes, o

porque el Congreso de EUA tiene un poder de veto efectivo sobre los tratados comerciales. El plan de juego subyacente, confirmado en la reunión de APEC en noviembre en Honolulu, es que el TPPA actúe como una rama económica de la estrategia geopolítica de EUA para “America’s Pacific Century”*, junto con una mayor presencia militar en el área de Asia-Pacífico para contrarrestar el avance de China.

Desde marzo de 2010, se han llevado a cabo nueve rondas completas de negociación. La fecha límite original para completar las mismas era noviembre de 2011 en la reunión de líderes de APEC en Honolulu. Pese a que en un comunicado conjunto divulgado por las partes en APEC no se estableció una fecha límite, el objetivo no oficial es un texto legal consensuado cuando los Ministros de Comercio de APEC se reúnan en Rusia a mediados de 2012 y la finalización de los programas para fines de ese año. Japón, Canadá y México, quienes expresaron su deseo de sumarse a las negociaciones, ahora se encuentran en un camino paralelo mientras convencen a todas las partes de que cumplirán con el “gold standard” (estándar de oro) establecido para el acuerdo.

¿Cuáles son las implicancias probables para el derecho de inversión? El borrador del capítulo de inversión está ampliamente terminado. En líneas generales, sigue el modelo de TBI de 2004 de EUA, con algunos puntos significativos entre corchetes.

A esta área han surgido algunos problemas. Aparentemente no hay una flexibilidad especial para los países en vías de desarrollo. La insistencia de que los compromisos sobre acceso al mercado, trato nacional y NMF para los inversores y las inversiones sean elaborados utilizando listas negativas ya está demostrando ser un problema para Malasia y Vietnam. Esto difiere del enfoque de la OMC para el comercio de servicios, por ejemplo, el cual solo libera los sectores que se encuentran listados de manera positiva en un programa de compromisos. Además, estas exclusiones brindan protección contra la expropiación o la presentación de reclamaciones relativas al nivel mínimo de trato o de transparencia, regulaciones internas o disciplinas de competencia. El texto sobre las empresas estatales (en inglés, *State-owned Enterprises*, SOE) impulsado por EUA está diseñado para crear nuevas oportunidades y proteger a las firmas extranjeras, especialmente en los países en desarrollo. Las implicancias relativas al desarrollo serían enormemente significativas si más miembros de bajos ingresos de APEC se unieran y superan en gran medida las obligaciones de inversión que estos países han rechazado en la OMC.

El arreglo de diferencias entre inversor y estado (*Investor-state dispute settlement*, ISDS) también es un tema controvertido. Australia excluyó el ISDS del TLC de 2004 entre Australia y EUA. Su determinación se vio fortalecida después de la reciente movida del gigante tabacalero americano Philip Morris International (PMI) para recusar las leyes de empaquetado simple promulgadas por Australia utilizando el TBI entre Australia y Hong Kong. Australia ahora ha declarado oficialmente que ya no aceptará *ninguna* disposición relativa al arreglo de diferencias entre inversor y estado en sus TLCs. Un acuerdo que excluya a Australia o a los países “desarrollados” sería difícil de vender a otros. El gobierno de izquierda recientemente electo en Perú se encuentra bajo presión para tomar una acción similar después de que el Grupo Renco presentara una causa bajo el TLC entre Perú y EUA relacionada con la falta por la empresa de remediar una planta de fusión de metales altamente contaminante en La Oroya, Perú. El trato diferencial en el ISDS también podría abrir la puerta a demandas por excepcionalidad en otras partes del TPPA, menoscabando las ambiciones del “estándar de oro”. Requerir el agotamiento de los remedios internos, no presente en los actuales TLCs de EUA, podría aliviar algunas preocupaciones, pero no resolvería el problema dado el potencial de *BIT-shopping*** . Un país también podría enfrentar casos paralelos que involucren el arbitraje relativo a inversiones en virtud de TBIs fuera del TPPA y litigios internos bajo el TPPA. Australia, por ejemplo, actualmente está enfrentando una demanda de PMI bajo el TBI entre Australia y Hong Kong y de British American Tobacco en sus tribunales internos.

La controversia en torno al arreglo de diferencias redundante en las disposiciones sobre expropiación y nivel mínimo de trato /trato justo y equitativo. Hay importantes diferencias en los anexos interpretativos sobre expropiación en los TLCs de varias partes. La versión de EUA requiere que las reclamaciones por expropiación sean consideradas caso por caso, y a partir de investigaciones de hechos. El primer factor es el impacto económico de la acción del Estado sobre el inversor, pese a que el impacto adverso no es determinante en sí mismo. Otros factores son el grado en que la acción interfiere con las diferentes expectativas avaladas por la inversión y el carácter de la acción gubernamental. El Acuerdo Comprensivo de Inversión ASEAN y el TLC entre Australia y Nueva Zelanda, del cual seis de nueve países negociadores son parte, es más limitado. Una evaluación de investigación caso por caso debe considerar si la acción infringe un compromiso previo escrito vinculante hecho para el inversor, así como también el objetivo del gobierno y aplicar una prueba de proporcionalidad en relación con el objetivo de bien público.

Ambas versiones presentan un lenguaje que excluye acciones regulatorias no discriminatorias destinadas a cumplir "objetivos legítimos de bien público" del alcance de la expropiación indirecta. La lista indicativa no exhaustiva hace referencia a la salud pública, la seguridad pública y el medio ambiente, no a la inestabilidad financiera o económica. Sin embargo, los TLCs de EUA y varios otros acuerdos firmados por partes del TPPA califican esta presunción de exclusión con expresiones vagas tales como "excepto en circunstancias inusuales".

Los TLCs de las partes también difieren significativamente con respecto al nivel mínimo de trato /trato justo y equitativo y en la relación de la norma con el derecho consuetudinario internacional. Estados Unidos, por ejemplo, vincula el nivel mínimo de trato con el derecho consuetudinario a fin de limitar las amplias interpretaciones (pese a que la norma del derecho internacional también da lugar a interpretaciones arbitrarias expansivas). Se sabe que algunos países han ejercido presión para que se incluyan excepciones más amplias en el TPPA, pero sin filtración de información es imposible saber si EUA está preparado para ajustar los términos de su modelo.

Otro punto de tensión involucra la obligación encontrada en los TLCs de EUA de garantizar transferencias y pagos sin restricción, incluso en emergencias de balances de pago. El resurgimiento de los controles de capital, incluyendo en un número de países de APEC y tolerados por el Fondo Monetario Internacional, muestra el peligro de adoptar una ortodoxia cada vez más débil. Independientemente de si se revisa la controvertida excepción prudente, en general, la misma no se aplica a las transferencias. La obligación general y la falta de excepciones en el balance de pagos han sido planteadas en las negociaciones, pero no se sabe el resultado.

La información que se ha filtrado varias veces es que los inversores extranjeros en las industrias y servicios relativos a la tecnología, así como los tenedores de derechos de propiedad intelectual, obtendrían directamente derechos aplicables si las propuestas de EUA en cuanto a disposiciones más fuertes sobre patentes y derechos de autor tuvieran éxito. Un número de países han retrocedido firmemente a este respecto.

Se espera que el acuerdo permita a los inversores utilizar los términos más ventajosos ya sea del TPPA o de un tratado bilateral entre las partes. Por esta razón el resultado de las cuestiones arriba mencionadas tendrá mayor importancia para los países que todavía no poseen obligaciones de alto alcance con sus socios en la negociación. Por ejemplo, la relevancia del capítulo de inversión del TPPA será particularmente trascendental para Nueva Zelanda y Malasia, que no poseen un tratado de inversión o un TLC con EUA, y para Australia que ha excluido el arreglo de diferencias entre inversor y estado en su TLC con EUA.

¿Qué nuevos derechos y protecciones para los inversores podrían surgir en otras partes del TPPA? Los textos que se han filtrado sobre transparencia y coherencia regulatoria sugieren que habrá medios complementarios para que los intereses comerciales extranjeros demanden input privilegiado sobre las decisiones regulatorias en otros países.

El texto altamente discutido sobre transparencia en las tecnologías relativas al cuidado de la salud que fue filtrado propone mecanismos para que los productores de artículos

farmacéuticos y médicos puedan incidir en los procesos de diseño de políticas internas. Se espera que un capítulo más amplio sobre transparencia requiera la divulgación de criterios y datos, oportunidades para comentario previo por parte de intereses afectados y las respuestas de los reguladores, explicaciones de las decisiones finales y acceso a los procedimientos de revisión o apelación. Es probable que esto otorgue poder sólo a los actores comerciales interesados, sin un acceso equivalente para los grupos de interés público que puedan tener opiniones diferentes.

El capítulo sobre coherencia regulatoria se inspira ampliamente en el trabajo de APEC y la OCDE. Se requerirá a todas las partes que adopten un proceso central, preferiblemente un organismo, para coordinar el desarrollo de "medidas regulatorias cubiertas", hasta ahora no definidas. Una "característica general" es proponer disciplinas en el capítulo de transparencia; otra es promover la "reforma regulatoria sistémica". En pos de buenas prácticas regulatorias se espera que los estados conduzcan Evaluaciones de Impacto Regulatorio cuyo contenido incluya evaluaciones de los beneficios netos y los impactos distributivos y la consideración de alternativas menos pesadas, proporcionando municiones para enfrentar recusaciones basadas en pruebas de "necesidad" y "proporcionalidad" en otros capítulos. Estos procesos deberán interactuar con disciplinas sustantivas, tales como capítulos sectoriales sobre telecomunicaciones, servicios financieros o entrega inmediata, o reglas de procedimiento que rigen las barreras técnicas al comercio, SOEs o la competencia.

El capítulo sobre Coherencia Regulatoria se relaciona con decisiones regulatorias internas y elecciones del Estado, y no a convergencia entre las partes, pese a que las declaraciones de Estados Unidos tienden a mezclar ambas. A nivel del TPPA, las partes aceptan promover la colaboración mutua y con sus respectivos "interesados". Esto será supervisado por un Comité de Coherencia Regulatoria que deberá establecer mecanismos para garantizar oportunidades significativas para que las "personas interesadas" expresen sus opiniones sobre enfoques para intensificar la coherencia regulatoria a través del acuerdo. En realidad, es probable que sólo aquellas entidades que tengan recursos financieros y organizacionales, conocimientos, conexiones y permiso para participar tengan un lugar en la mesa, brindando un vehículo a las principales corporaciones y grupos de incidencia, para ejercer presión para una futura desregulación.

Si se llega a un acuerdo, esta combinación de oportunidades detalladas para hacer contribuciones y recibir información pro-mercado brindaría oportunidades estructuradas para que las grandes corporaciones puedan influir en las decisiones regulatorias a nivel nacional y mecanismos para promover la desregulación a nivel del TPPA. Al llevar las reglas de "transparencia" y "coherencia regulatoria" a nuevos niveles de compromiso internacional es probable que el TPPA fortalezca la capacidad de los inversores para recusar la regulación interna de los Estados, especialmente en base a la expropiación indirecta o la violación de niveles mínimos de trato y de trato justo y equitativo.

Autor

Jane Kelsey es Decano Adjunto (Investigación) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Auckland, Nueva Zelanda.

Para mayor información:

* N. del T.: La traducción literal sería el "Siglo Pacífico de América", pero esto hace referencia a un reciente artículo presentado por Hillary Clinton en la revista Foreign Policy titulado "America's Pacific Century" donde se afirma que el Asia- Pacífico es el nuevo eje de la política exterior norteamericana. (Fuente: Infobae.com)

** N. del T.: La expresión "treaty shopping" tiene su origen en Estados Unidos. Está relacionado con el término "forum shopping" que es usado en el procedimiento civil de ese país. Se produce cuando el imputado busca llevar su caso a una jurisdicción donde espera obtener un resultado más favorable. Podríamos decir que un contribuyente "compra" los beneficios de un tratado que normalmente no le corresponderían. Para este fin, generalmente el contribuyente interpone una sociedad en un país que tiene una ventaja por la firma de un convenio. (fuente: Asociación Argentina de Estudios Fiscales)

Jane Kelsey (ed) *No Ordinary Deal. Unmasking the Trans-Pacific Partnership Free Trade Agreement*, Bridget Williams Books, Wellington NZ, Allen & Unwin, Sydney Australia, 2010

Para consultar varios documentos y análisis referidos anteriormente véase: http://web.me.com/jane_kelsey/Jane/TPPA.html; <http://www.citizen.org/Page.aspx?pid=3129>; y <http://afinet.org.au/cms/trans-pacific-partnership-agreement/trans-pacific-partnership-agreement>

Países Bajos: Una puerta de entrada al 'Treaty Shopping' * para la Protección de las Inversiones

Por Roeline Knottnerus & Roos van Os

artículo 4



Ya es un hecho que muchas empresas transnacionales eligen la jurisdicción de los Países Bajos como su base para las operaciones de comercio e inversión a nivel mundial, al menos en parte debido a su favorable régimen fiscal que facilita estrategias de evasión legal de impuestos corporativos¹. En un nuevo informe del *Centre for Research on Multinational Corporations* (SOMO) titulado *"Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies"*² se destaca el hasta ahora inexplorado papel que juegan las políticas holandesas sobre la protección de las inversiones en las decisiones de establecimiento de las corporaciones multinacionales y se investigan los riesgos asociados con las protecciones de alto alcance que ofrecen los tratados bilaterales de inversión (TBI) holandeses. En el informe se concluye que la mayoría de las empresas que se aprovechan de las generosas protecciones de inversión ofrecidas por los TBIs holandeses son denominadas 'empresas fantasma' (mailbox companies), las cuales no declaran empleados en su nómina de pagos y no tienen una actividad económica real en los Países Bajos.

Convirtiéndose Holandés en la protección de las inversiones

Los Países Bajos tienen una de las más generosas redes de TBIs del mundo. La característica de estos tratados, alrededor de 95 de los cuales actualmente se encuentran en vigencia, es el uso de frases y definiciones legales excesivamente amplias. Los TBIs holandeses ignoran la creciente apreciación de que la protección de alto alcance de las inversiones invitan al *'treaty shopping'*, – es decir, la práctica de encaminar las inversiones a través de países terceros para obtener la protección de los tratados de inversión que los inversores de otra manera no tendrían bajo la jurisdicción de sus propios países. Mientras que otros países han comenzado a revisar y actualizar sus TBIs, los Países Bajos continúan enorgulleciéndose de sus generosas protecciones de las inversiones, las cuales se encuentran expresadas muy vagamente y definidas de manera deficiente. Los Países Bajos incluso abogan fuertemente en la UE para que sus estándares se conviertan en la política común de inversión de la Unión Europea a futuro. El gobierno holandés sostiene que los incentivos de establecimiento ayudan a su clima de negocios y atraen inversores extranjeros que brindan un ímpetu sustancial al crecimiento económico y la creación de empleos en los Países Bajos.

Sin embargo, en el nuevo informe de SOMO se plantea una preocupación por el hecho de que las políticas fiscales corporativas y de inversión han contribuido a atraer aproximadamente 20.000 empresas fantasma. Si bien estas empresas han sido incorporadas principalmente en los Países Bajos para sacar ventaja de las oportunidades de evasión legal de impuestos, muchas también han aprovechado las amplias protecciones de las inversiones ofrecidas por los TBIs holandeses para demandar no sólo a terceros países sino también, en algunas ocasiones, a sus propios países de origen en virtud de las cláusulas sobre el arreglo de diferencias entre inversor y estado. Este uso perverso de la red de TBIs holandeses no es considerado como un problema por el gobierno de este país. De hecho, en un debate parlamentario de 2011 sobre los TBIs y los tratados de libre comercio, el secretario de comercio holandés, el Sr. Henk Bleker, confirmó que las disposiciones de los TBIs holandeses están destinadas a ser aplicadas a todos y cada uno de los inversores registrados en los Países Bajos, incluyendo las empresas fantasma³.

Revisión de casos de arbitraje holandeses

Investigamos los 41 casos de arbitraje de inversión iniciados en virtud de TBIs holandeses. Reflejando la extensa red de TBIs, los 41 casos representan un 10 por ciento de los aproximadamente 400 casos de inversión conocidos en el mundo. En su mayoría los mismos son conducidos a puertas cerradas. La información sobre los fallos en raras ocasiones es hecha pública, e incluso hay casos que nunca salen a la luz⁴.

Nuestra investigación demuestra que la mayoría (29) de los inversores que han iniciado arbitrajes bajo tratados de inversión holandeses son extranjeros (es decir, la casa matriz o la entidad controladora no se encuentra localizada en los Países Bajos), mientras que 25 de esos demandantes son de hecho empresas ficticias que parecen haber establecido un negocio bajo la jurisdicción de los Países Bajos con el único objetivo de aprovecharse de la generosa reducción de impuestos y las protecciones de las inversiones en dicho país. Las definiciones contenidas en los TBIs holandeses establecen requisitos muy limitados para los 'nacionales' y los 'inversores'. Esto genera el establecimiento de 'vehículos con un propósito especial' por terceras partes con el fin expreso de utilizar las protecciones de los TBIs holandeses para demandar a los estados soberanos muy fácilmente. Según la investigación de SOMO, los mecanismos para el arreglo de diferencias de inversor a estado incorporados en los TBIs holandeses ya han generado reclamaciones por más de US\$100 mil millones por parte de corporaciones multinacionales contra gobiernos de países anfitriones por presuntos perjuicios a la rentabilidad de sus inversiones. Los laudos pueden llegar a cientos de millones de dólares y, por ende, tener un impacto serio sobre los presupuestos públicos.

Un Juego de alto riesgo

SOMO remarca que estos agobiantes laudos magnifican la inminente amenaza de que las empresas recusen nueva legislación – incluso cuando estas leyes son claramente promulgadas en pos de fines legítimos de políticas públicas– y se corre el riesgo de llegar a lo que se conoce como el 'enfriamiento regulatorio'. Los países en vías de desarrollo con sus presupuestos más limitados se tornan

particularmente vulnerables, pero, frente al creciente poder de las corporaciones transnacionales, incluso las naciones desarrolladas no pueden considerarse inmunes a esto. De hecho, los países desarrollados, incluyendo a los Países Bajos y a otros estados miembro de la UE, son cada vez más destinos más para la inversión externa de las economías emergentes, tales como India, China y Brasil. Si bien los Países Bajos siguen haciendo alarde de su 'alto nivel de protección de las inversiones' a través de garantías definidas de manera amplia y vaga, no parece haber conciencia de que estas disposiciones también pueden volverse en contra del mismo país. Que los Países Bajos todavía no hayan sido afectados por un caso de arbitraje relativo a una inversión no garantiza que el país no se vea afectado por reclamaciones como tales en el futuro.

Desequilibrio ignorado

Desde la década de 1990, una creciente percepción del desequilibrio del derecho de inversión internacional entre los intereses de las inversiones y los inversores por un lado, y del poder regulatorio de los estados anfitriones y los objetivos de políticas no-económicas (públicas) por el otro, ha provocado el desarrollo de una nueva generación de acuerdos de protección de las inversiones. Estos TBI tienden a abordar una amplia gama de temas que van más allá del ámbito estrictamente económico, para incluir, entre otros, la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y la promoción de los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Estos tratados incluyen definiciones mucho más específicas y precisas, a fin de prevenir prácticas abusivas por medio de las cuales se cubren bienes que no son los pretendidos por las partes involucradas, así como también para establecer procedimientos más transparentes para el arreglo de diferencias de inversor a estado. Este nuevo enfoque cobró gran impulso cuando los principales países de exportación de capitales tales como Estados Unidos y Canadá comenzaron a ser demandados por inversores extranjeros en virtud de sus propios tratados de inversión. Los riesgos asociados con la protección de TBI y reclamaciones relativas a inversiones han llevado a Sudáfrica a revisar todos sus TBIs, mientras que Brasil, el mayor receptor de inversión externa directa de Sudamérica, nunca ha firmado un TBI.

La creciente atención dirigida a los riesgos asociados con los TBIs que salvaguardan la protección de las inversiones pero que no mencionan la responsabilidad de los gobiernos para también proteger el interés público ha sobrepasado ampliamente a los Países Bajos. Este país además rechaza toda responsabilidad por los impactos adversos de las prácticas de *treaty shopping* facilitada por su enfoque amplio en los TBIs.

Pese a que los Países Bajos adoptaron un nuevo Modelo de TBI en 2004, la plantilla no incluye ningún intento por hacer más específica la definición de inversión, pero continúa basándose en un criterio amplio y basado en bienes o activos. El modelo tampoco requiere una presencia sustancial de inversores en el país para obtener la protección de sus inversiones. Se hace muy poca o ninguna mención a las obligaciones de los inversores y la referencia al desarrollo sostenible o a la protección de temas sociales y ambientales está confinada al preámbulo, que no es vinculante. El modelo de TBI holandés, por lo tanto, protege las inversiones independientemente de si

son significativas, duraderas, si contribuyen al desarrollo económico del país o si son realizadas de acuerdo con las leyes del país anfitrión. Conteniendo sólo un conjunto de excepciones, virtualmente todos los TBIs celebrados por los Países Bajos siguen este amplio enfoque.

En la UE, donde el Tratado de Lisboa de 2009 requiere el desarrollo de una política de inversión común europea, los Países Bajos se han mostrado renuentes a cualquier reajuste de los derechos y obligaciones del inversor. A nivel europeo, como miembro activo del denominado grupo de Amigos de la Inversión (*Friends of Investment group*), los Países Bajos han ayudado a hacer aprobar los mandatos para la negociación de los capítulos de inversión por la Comisión Europea en los TLCs de la UE que siguen sosteniendo el 'más alto nivel posible de protección de las inversiones'⁵ – ignorando el deseo del Parlamento Europeo que ha solicitado que los nuevos tratados de inversión de la UE también aborden las obligaciones del inversor, tales como las normas de cumplimiento de derechos humanos y de anti-corrupción.

Tribunales: 'atados a los tratados'

Algunos tribunales arbitrales han expresado gran preocupación por las prácticas de *treaty shopping* y por los riesgos que suponen las reclamaciones de inversión para el espacio de las políticas públicas⁶. Al mismo tiempo, sin embargo, han concedido que mientras los TBIs han sido utilizados de manera moralmente dudosa, también se encuentran obligados por las amplias definiciones que los signatarios han acordado en los TBIs.

En el caso de *Saluka Investment BV c. la República Checa*, el tribunal expresó "cierta empatía con el argumento de que una empresa que no tiene una conexión real con un Estado parte de un TBI, y que en realidad es una mera empresa ficticia controlada por otra empresa que no se encuentra constituida bajo las leyes de ese Estado, no debería estar facultada para invocar las disposiciones de ese tratado". El tribunal mostró su preocupación por que "una posibilidad como tal se preste a abusos del procedimiento arbitral, y a prácticas de '*treaty shopping*' que pueden compartir muchas de las desventajas de la práctica de '*forum shopping*' tan ampliamente criticada"⁷. No obstante, el tribunal mantuvo la opinión de que las disposiciones del tratado deberían guiar su decisión, y que no podría imponer una definición más específica de "inversor" que la acordada por los estados parte en el acuerdo⁸.

En el caso *Mobil c. Venezuela* – la diferencia se centró en la nacionalización de proyectos de petróleo y gas por el Estado de Venezuela – el tribunal remarcó que Mobil reestructuró sus inversiones a través de los Países Bajos con el único propósito de obtener acceso a arbitraje en el CIADI⁹ para recusar las nuevas políticas de energía de Venezuela a través del TBI entre los Países Bajos y Venezuela¹⁰. El tribunal concluyó que este fue "un objetivo perfectamente legítimo en lo que respecta a diferencias futuras"¹¹. Sin embargo, el tribunal se opuso a este enfoque en torno a las diferencias pre-existentes, señalando que "para reestructurar las inversiones sólo a fin de obtener jurisdicción bajo un TBI por tales diferencias constituiría [...] una manipulación abusiva del sistema internacional de protección de la inversiones en virtud del Convenio del CIADI y los TBIs"¹².

Presión para un cambio de políticas

El análisis de los casos de TBI holandeses señala que se requiere una urgente restitución del equilibrio del marco de protección de las inversiones. En base a las conclusiones de nuestra investigación, recomendamos, entre otras cosas, la especificación sustancial de las frases y las definiciones legales de los tratados. Nos gustaría que haya un mayor reconocimiento, no sólo en los Países Bajos, sino también en todos los estados miembro de la UE, de que el arreglo de diferencias entre inversor y estado en base a definiciones amplias en TBIs pueden poner en peligro el espacio para las políticas y la salvaguardia del bien público y el interés público, y que esto constituye un riesgo que ya no sólo se limita a los países en desarrollo, sino cada vez más al mundo desarrollado.

Concretamente, esto requeriría que los Países Bajos restrinjan las definiciones de “inversor” e “inversión” utilizadas en los textos de sus TBIs. La redacción del texto legal que extiende las protecciones a los inversores controlados indirectamente y a formas especulativas de inversión debería ser evitada. En reconocimiento de los problemas asociados con el *treaty shopping*, los TBIs holandeses se beneficiarían de la incorporación de una cláusula de denegación de beneficios, que permita a las partes contratantes denegar la protección bajo el tratado a empresas que son controladas por inversores de una entidad que no es parte del tratado, y que no tiene una actividad comercial sustantiva en el territorio de la parte bajo cuyas leyes la entidad fue constituida.

Mientras tanto, es preciso que los signatarios de los TBIs holandeses sepan que los inversores de todo el mundo pueden demandarlos a través de estos tratados. Aun cuando un estado no ha negociado un tratado de inversión con, por ejemplo, Estados Unidos, un inversor de EUA puede demandarlo estructurando su inversión a través de un país que sí lo ha hecho. Esto también implica que si un estado ha negociado tratados que salvaguardan el espacio político y el interés público por también un tratado holandés, los inversores, al canalizar la inversión por los Países Bajos, pueden demandar al estado bajo ese TBI en lugar de los TBIs celebrados con su ‘verdadero’ estado de origen.

Con nuestro informe esperamos brindar a los diseñadores de políticas de los Países Bajos y la UE nuevas reflexiones sobre por qué es imperativo que revisen sus marcos de protección de las inversiones— no sólo a partir de una responsabilidad moral hacia los países anfitriones que son el destino de su inversión externa, sino también desde una perspectiva de auto-interés. Para los Países Bajos, la ganancia económica a raíz de la presencia de empresas fantasma es muy limitada, y permitir que tales empresas se beneficien de los tratados holandeses podría tensar las relaciones con los estados anfitriones demandados por estas empresas. Además, los países desarrollados tales como los Países Bajos serían muy poco inteligentes si asumieran que nunca tendrán que enfrentar casos de arbitraje que los debiliten financieramente, incluso cuando hasta el momento nunca hayan sido afectados por una reclamación relativa a inversiones. Son vulnerables por las cláusulas que ellos mismos han negociado en momentos diferentes, pero que, en este contexto mundial tan cambiante, los deja expuestos a reclamaciones de inversión por parte de los poderes económicos emergentes

tales como China e India que se están involucrando cada vez más en la inversión externa.

De hecho, a veces la amenaza proviene de lugares más cercanos a casa. Quizás el caso del gigante de energía suizo Vattenfall, que está amenazando con iniciar un juicio por mil millones de euros en el CIADI contra el gobierno alemán sobre su decisión política de abandonar la energía nuclear¹³, abrirá los ojos de los diseñadores de políticas. Mientras tanto, esperamos brindar más armas para ayudar a avivar el acuciante debate de lo que debería convertirse en la norma para la futura política común de inversión de la UE.

Autores:

Roos van Os es investigador del Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO). Roeline Knottnerus es consultora independiente sobre comercio e inversión para organizaciones de la sociedad civil.

Notas

* N. del T.: La expresión “treaty shopping” tiene su origen en Estados Unidos. Está relacionado con el término “forum shopping” que es usado en el procedimiento civil de ese país. Se produce cuando el imputado busca llevar su caso a una jurisdicción donde espera obtener un resultado más favorable. Podríamos decir que un contribuyente “compra” los beneficios de un tratado que normalmente no le corresponderían. Para este fin, generalmente el contribuyente interpone una sociedad en un país que tiene una ventaja por la firma de un convenio. (fuente: Asociación Argentina de Estudios Fiscales)

1 F. Weyzig and M. van Dijk, The Global Problem of Tax Havens: The Case of the Netherlands, SOMO, Enero de 2007. At: http://somo.nl/publications-en/Publication_3464/

2 R. van Os & R. Knottnerus, ‘Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to ‘treaty shopping’ for investment protection by multinational companies’, octubre de 2011. Disponible en: http://somo.nl/publications-en/Publication_3708

3 Verslag van een algemeen overleg. Vastgesteld 24 mei 2011: <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-2150102062.html?zoekcriteria=%3Fzkt%3DEenvoudig%26vrt%3D171&resultIndex=10&sorttype=1&sortorder=4>> Accessed 24 de junio de 2011.

4 A medida que aumentó el número de acuerdos de protección de las inversiones, también lo hizo el número de arbitrajes. De acuerdo con las cifras de UNCTAD, el número de diferencias de inversor a estado creció de 6 casos conocidos en 1995 a 390 a fines de 2010. UNCTAD, Latest Developments in investor-state dispute settlement (2011) IIA Issue Note, No. 1.

5 Véase el texto de los mandatos de negociación. Texto de los Mandatos aprobado por el Consejo de Asuntos Generales para los capítulos de protección de las inversiones en los tratados de libre comercio de la UE con Canadá, India y Singapur, [www. http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html](http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html)

6 Es preciso notar que los tribunales difieren ampliamente en sus opiniones. En base a los fallos de los casos, la percepción es que aunque en ocasiones los tribunales pueden asumir una postura más progresista, en general tienden a tomar interpretaciones más expansivas de las disposiciones de los TBIs.

7 Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic, Laudo Parcial de la CNUDMI, 17 de marzo de 2006, párrafos 240-241

8 Ibid.

9 El CIADI es una institución autónoma internacional establecida bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el CIADI o el Convenio Washington) con más de ciento cuarenta Estados miembro. El CIADI es considerado la principal institución de arbitraje internacional dedicada al arreglo de diferencias entre inversor y Estado.

10 Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V.; Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd.; Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.; Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decisión sobre jurisdicción, 10 de junio de 2010, Caso del CIADI No. ARB/07/27, párrafo 190.

11 Párrafo 204 y también véase M. Skinner, C.A. Miles and S. Luttrell, “Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping” (2010) 3 JWELB 260

12 Párrafo 205

13 ‘Vattenfall vs. Germany - Nuclear Phase-Out Faces Billion-Euro Lawsuit’, Der Spiegel Online, 2 de noviembre de 2011. At: <http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,795466,00.html> (accedido: 23 de noviembre de 2011).

Noticias en Breve

Philip Morris presenta solicitud de arbitraje sobre diferencia por propiedad intelectual con Australia

La tabacalera Philip Morris presentó una solicitud de arbitraje el 21 de noviembre de 2011, reclamando que las regulaciones del gobierno de Australia sobre la identificación de marca de cigarrillos violan el tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia.

El anuncio se lanzó el mismo día que el Parlamento australiano promulgó legislación que prohíbe la identificación de marcas comerciales en los productos de tabaco. Bajo la nueva ley, los paquetes de cigarrillos no deben mostrar logos ni imágenes comerciales, pese a que el nombre comercial del producto puede conservarse. La ley entrará en vigor en diciembre de 2012.

Australia es el primer país del mundo en implementar tan estrictas restricciones en el empaquetado de productos de tabaco, pese a que otros países están considerando promulgar leyes similares.

Philip Morris hizo una advertencia al gobierno australiano en julio de 2011, cuando presentó una notificación de reclamación, poniendo en marcha el correspondiente período de tres meses antes de poder iniciar un procedimiento de arbitraje. En su notificación, que recientemente fue hecha pública bajo una solicitud de acceso a la información, Philip Morris alega que la legislación de empaquetado simple es una expropiación de sus inversiones en Australia.

“La propiedad intelectual juega un papel crucial en distinguir los productos de Philip Morris de sus competidores... Sin la marca, los productos de PML no son fácilmente distinguibles de otros productos; en consecuencia, la competencia se basará primordialmente en el precio”, afirma Philip Morris.

La empresa tabacalera remarca que el TBI entre Hong Kong y Australia “abarca una amplia gama de inversiones”, incluyendo los “derechos relativos a los derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, diseño industrial, secretos comerciales, conocimientos especializados y buena voluntad...”

Philip Morris también reclama que las restricciones sobre el empaquetado de tabaco van en contra del acuerdo sobre propiedad intelectual de la Organización Mundial de Comercio. Sin embargo, al contrario de las protecciones contenidas en el TBI entre Hong Kong y Australia, que permiten a Philip Morris demandar al gobierno de Australia directamente, el derecho de comercio internacional solo permite el arreglo de diferencias entre gobiernos.

En su reclamación, Philip Morris pretende la revocación de la legislación, y afirma que los daños pecuniarios podrían elevarse a miles de millones de dólares.

Notablemente, el gobierno australiano anunció en abril de 2011 que ya no incluirá disposiciones que permitan a los inversores demandar al gobierno a través de arbitraje internacional en sus futuros acuerdos de comercio internacional, una medida política que posiblemente haya sido propulsada por las amenazas de la empresa tabacalera.

El gobierno australiano alega que el juicio iniciado por Philip Morris, y las quejas de las tabacaleras, son una señal de que la legislación sobre empaquetado simple es eficaz. “El empaquetado simple significa que el glamour del hábito de fumar ya no existe y que los cigarrillos ahora se ven expuestos por lo que son: productos que matan y destruyen a miles de familias australianas”, afirmó la Ministra de Salud australiana, Nicola Louise Roxon.

Philip Morris, sin embargo, rebatió que la ley probablemente será ineficaz: “la probable reducción del precio y la relativa conveniencia de productos de tabaco ilícitos implican que la medida puede resultar contraproducente”, señaló la empresa.

Philip Morris también ha iniciado una reclamación de arbitraje contra Uruguay en respuesta a las regulaciones de empaquetado de tabaco de ese país. En su caso contra Uruguay, Philip Morris alega la violación del TBI entre Suiza y Uruguay.

Divisiones siguen retrasando el progreso en las negociaciones sobre transparencia de la CNUDMI

Continúan los esfuerzos para hacer que las reglas de arbitraje desarrolladas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) contribuyan a la transparencia en mayor medida.

El grupo de trabajo a cargo de abordar la transparencia en las reglas se reunió por tercera vez en Viena en octubre de 2011. El grupo consideró varios borradores de las reglas que reflejan las propuestas presentadas durante dos sesiones anteriores, y se concentró en identificar cuál de estas opciones no podrían apoyar los estados miembros de la CNUDMI.

En general, el debate sobre las opciones cubrió dos áreas diferentes, aunque relacionadas entre sí: el tema de la aplicabilidad (cuándo se aplicarán las reglas) y el tema de contenido (qué requerirán las mismas).

Este trabajo tiene sus raíces varios años atrás. En 2008, la Comisión formalmente acordó por consentimiento que “era importante asegurar la transparencia en la solución de controversias entre inversores y un Estado”¹. Luego encargó al grupo de trabajo la tarea de desarrollar un estándar legal en consistencia con la decisión de la Comisión sobre transparencia. El grupo de trabajo, que está compuesto por países miembro y otros observadores estatales y no estatales, comenzó a trabajar oficialmente en su mandato en octubre de 2010 y ha dedicado al tema tres sesiones de una semana. Ayudando a conservar el impulso y enfocándose en los esfuerzos del grupo de trabajo, en junio de 2011 la Comisión “reiteró su compromiso” con respecto a la importancia de garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversor y Estado².

Aplicabilidad de las reglas sobre transparencia

El tema de la aplicabilidad es esencialmente importante para el impacto práctico que tendrán las nuevas reglas (o, tal vez, que no tendrán) en aumentar la transparencia de arbitrajes entre inversor y estado.

Significativamente, algunas delegaciones en esta tercera sesión expresaron su deseo de evitar que las nuevas reglas de la CNUDMI sean aplicadas a diferencias surgidas bajo tratados ya existentes. Dado que hay alrededor de 3.000 tratados de inversión, y que la mayoría de ellos hacen referencia a las reglas de arbitraje de la CNUDMI como una opción, un enfoque como tal tendría el efecto de evitar cualquier cambio real en las antiguas reglas de este centro, restando importancia a las reglas revisadas.

Varias delegaciones, sin embargo, se opusieron a incorporar una disposición en las reglas que limitase su aplicación sólo a futuros tratados. Bajo este enfoque, el tema de si las reglas serían aplicadas a diferencias surgidas en virtud de tratados existentes sería relegado al ámbito de interpretación de los tratados.

Finalmente, el grupo de trabajo no pudo resolver este tema de aplicabilidad a tratados existentes y/o futuros durante la sesión de octubre de 2011.

Otro tema relativo a la aplicabilidad que los delegados continuaron debatiendo fue si, para los futuros tratados de inversión, las partes deberían “optar” explícitamente por las nuevas reglas de transparencia para aplicarlas, o si una referencia general a las reglas de arbitraje de la CNUDMI sería suficiente para suscitar su aplicación. Tal como el tema de aplicabilidad de las reglas a los tratados existentes y futuros, el enfoque adoptado tendrá consecuencias significativas para la relevancia de las reglas y su potencial para aumentar la transparencia en los arbitrajes entre inversor y estado. Sin embargo, las delegaciones no pudieron llegar a un consenso sobre cuál enfoque adoptar.

El contenido de las reglas

En cuanto al tema de contenido, en general pareció haber menos desacuerdo. Muchas delegaciones bogaron por una mayor apertura en torno a varios aspectos del arbitraje entre inversor y estado.

El apoyo se relacionó en particular con la divulgación automática de la existencia de la diferencia (es decir, el hecho de que el arbitraje ha comenzado, la identidad de las partes, el sector económico involucrado y el tratado sobre el cual se basó la reclamación); la publicación de un número de documentos presentados a los tribunales arbitrales; los laudos y decisiones emitidas por los tribunales; y la participación de *amici curiae*.

Un tema principal de contenido que sigue sin resolverse se relaciona con las excepciones a las reglas. Las delegaciones en general apoyaron el principio de que las reglas sobre transparencia no deberían requerir la divulgación de información "confidencial" y "delicada". Sin embargo, las delegaciones todavía no han llegado a un acuerdo sobre cómo definir estos términos, ni han podido determinar si la divulgación de información puede ser restringida por razones adicionales. Pocas delegaciones, por ejemplo, desearían permitir a los tribunales que restrinjan el acceso público a fin de proteger la "integridad del procedimiento".

No obstante, varias delegaciones del grupo de trabajo expresaron su preocupación por que esta excepción de "integridad del proceso" y otras excepciones puedan debilitar o absorber las reglas subyacentes de transparencia.

El alcance de las excepciones probablemente se vinculará con temas de aplicabilidad como asuntos clave en el debate del grupo de trabajo en su próxima reunión, que está programada para febrero de 2012.

Brote de protestas coreanas por disposiciones de arbitraje entre inversor y estado en TLC entre EUA y Corea del Sur

El Tratado de Libre Comercio entre Corea del Sur y Estados Unidos (TLC KORUS), el cual fue ratificado por legisladores coreanos el 22 de noviembre de 2011, ha provocado protestas en Corea del Sur en torno a la disposición de arbitraje entre inversor y estado de este trato.

Habiéndose negociado en 2007, el acuerdo ha sido muy controvertido en Corea del Sur, generando la oposición rotunda de los granjeros que temen la importación de productos agrícolas baratos desde Estados Unidos.

No obstante, recientemente los críticos se han enfocado en una disposición que permite a los inversores de EUA llevar al gobierno de Corea del Sur a arbitraje internacional por la presunta violación de las normas de inversión del TLC (o, vice versa, la presentación de reclamaciones por inversores coreanos contra Estados Unidos).

Estas cláusulas entre inversor y estado son comunes en los tratados bilaterales de inversión, incluyendo aquellos negociados previamente por Corea del Sur. Sin embargo, la disposición ha sido muy criticada por los legisladores de la oposición y grupos de la sociedad civil quienes temen que esto dará a los inversores de EUA un fuerte poder para recusar las políticas sociales y ambientales de Corea del Sur.

Docenas de jueces coreanos también se han expresado en contra de las disposiciones sobre el arreglo de diferencias entre inversor y estado. "Después de revisar los debates sobre el TLC, concluí que el trato probablemente contendrá muchas cláusulas que pondrán en desventaja a Corea e infringirán la soberanía judicial de esta nación", afirmó el Juez Kim Ha-neul del Tribunal de Distrito de Incheon, según informó el diario *Korean Times*.

El Presidente Lee Myung-bak's ofreció a renegociar la disposición de arbitraje entre inversor y estado dentro de los tres meses de entrada en vigor del TLC KORUS. Pero esto no calmó los ánimos de los protestantes, quienes continuaron protestando en los días posteriores a la ratificación del acuerdo.

El tratado fue ratificado después de un voto de sorpresa por el partido Grand National, actualmente en el poder.

El TLC KORUS fue ratificado por Estados Unidos en octubre. Este es el mayor trato de comercio e inversión para EUA desde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y el segundo más importante para Corea del Sur después del TLC firmado con la Unión Europea en 2009.

Presuntamente Vattenfall está considerando recurrir a arbitraje debido al cierre de plantas nucleares por Alemania

La firma de energía sueca, Vattenfall, está considerando presentar una reclamación contra Alemania en virtud del Tratado sobre la

Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT) en respuesta a la decisión de Alemania de abandonar las actividades de energía nuclear, según informó la prensa alemana.

Alemania anunció en mayo de 2011 que eliminará progresivamente sus plantas de energía nuclear para el 2022. En 2011, se cerraron seis plantas y las nueve restantes serán cerradas durante los próximos 10 años.

La decisión surgió a raíz del desastre nuclear en Fukushima Daiichi, Japón, pese a que la energía nuclear siempre ha sido un tema de debate político en Alemania.

Vattenfall señaló que podría perder €700 millones por las inversiones realizadas en las plantas nucleares, que según afirma, se basaron en un entendimiento de que el tiempo de vida de las plantas sería extendido.

Si bien las empresas de energía nuclear alemanas están recusando la decisión a través de foros legales en Alemania, Vattenfall podría intentar acceder a arbitraje internacional a través del ECT – un acuerdo multilateral que rige la inversión en el sector energético. El ECT dispone derechos y garantías para los inversores que son similares a los encontrados en los tratados bilaterales de inversión.

La empresa ya ha hecho uso del ECT para demandar al gobierno de Alemania. En abril de 2009, Vattenfall presentó una reclamación contra este país para recusar las restricciones ambientales impuestas por la Ciudad de Hamburgo a una planta de energía a carbón. Vattenfall solicitó aproximadamente €1,4 mil millones por daños. La diferencia fue resuelta por mutuo acuerdo en marzo de 2011, en el cual Vattenfall parece haber obtenido, entre otras cosas, un permiso modificado para el uso del agua y la liberación de requisitos impuestos anteriormente para construir y operar un enfriador de descarga en la planta nuclear de Moorborg.

Inversores extranjeros demandan al gobierno de España por reducción de tarifas de energía solar

Un grupo de 14 inversores extranjeros han enviado al gobierno español una notificación de arbitraje en respuesta a los recortes en las tarifas de energía solar.

La notificación, remitida el 17 de noviembre, fue entregada antes de que el Partido Socialista de España, el cual promulgó el recortede las tarifas, cayera en las elecciones. La oposición conservadora del partido Popular, liderado por Mariano Rajoy, tomó la mayoría.

Los demandantes reclaman que ellos contaban con leyes de *feed-in-tariff*, las cuales garantizan tasas por encima del mercado para la energía renovable que alimenta la red de suministro de electricidad nacional, cuando hicieron sus inversiones. Sin embargo, las tarifas fueron reducidas en 2010, sobre la base de que eran demasiado onerosas. Bajo la nueva legislación, los productores de electricidad generada con energía solar pueden vender una cierta cantidad de electricidad a una tasa más alta, después de lo cual debe ser vendida a tasas del mercado.

"España indujo a nuestros clientes a invertir miles de millones de euros en el sector de PV y, una vez que recibió los beneficios de esa inversión, simplemente renunció su parte del acuerdo", expresó un abogado para los inversores.

La reclamación se realizó en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT). Este es el segundo caso divulgado públicamente relativo al ECT contra un gobierno occidental europeo. Tal como se mencionó anteriormente, en 2009, la empresa de servicios Vattenfall presentó una demanda contra el gobierno de Alemania, después de que frenara la construcción de una planta de energía por cuestiones ambientales. Los gobiernos de la ex Unión Soviética y Europa de Este han recibido la mayor parte de las reclamaciones de inversores en virtud del ECT.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones, 16 de junio - 3 de julio de 2008, párrafo 314.

2 Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Sesión cuarenta y cuatro, 27 de junio - 8 de julio de 2011, párrafo 200.

Laudos y Decisiones

Aguda crítica de árbitro por decisión mayoritaria en reclamación de tenedores de bonos italianos contra Argentina *Abaclat y Otros (Caso anteriormente conocido como Giovanna a Beccara y Otros) c. La República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/07/5* **Damon Vis-Dunbar**

El Profesor Georges Abi-Saab ha expresado su aguda opinión disidente contra una decisión que otorga jurisdicción a un caso del CIADI que involucra a decenas de miles de italianos que alegan tener títulos vinculados con los bonos soberanos argentinos.

En su opinión del 28 de octubre de 2011, el Profesor Abi-Saab recusa la decisión del Profesor Pierre Tercier y el Profesor Albert Jan van den Berg de aceptar los bonos del gobierno argentino como una inversión protegida bajo el TBI entre Argentina e Italia y el Convenio del CIADI. También expresó que un tribunal del CIADI no puede aceptar jurisdicción sobre demandas masivas, sin el consentimiento del estado parte.

Si bien enmarcó su disentimiento en torno a estos dos puntos principales de controversia, el Profesor Saab encuentra muchos otros defectos en la decisión de la mayoría.

“Una de las razones básicas de mi disconformidad con este laudo excesivamente extenso, es su estilo de ir con vueltas sobre temas principales y sumergirlos en un océano de nimiedades y detalles elaborados, en lugar de afrontarlos directamente”, escribió el Profesor Abi-Saab.

¿Los bonos soberanos califican como una ‘inversión’?

Una cuestión clave para el tribunal en este caso fue determinar si los instrumentos de bonos soberanos calificaban como una inversión bajo el Convenio del CIADI. El tema se complica por el hecho de que este Convenio no brinda una definición de inversión propia, lo cual lleva a algunos tribunales, incluyendo a la mayoría en este caso, a basarse en las definiciones dispuestas en los TBIs.

El Profesor Abi-Saab defiende la exclusión de los bonos soberanos como una inversión protegida. Según su opinión, la falta de una definición explícita de inversión en el Convenio del CIADI no significa que el término esté abierto a cualquier definición que los estados provean en sus tratados.

En base a esto, el Profesor Abi-Saab considera los tipos de inversión contemplados por el Convenio del CIADI, y concluye que la inversión es aquella que “contribuye al desarrollo económico del país anfitrión, es decir, a la expansión de su capacidad productiva...”

El Profesor Abi-Saab prosigue señalando que la inversión externa directa es “el tipo ideal” de inversión a los fines del CIADI”. Si bien no expresó que todas las inversiones de cartera financiera se encuentran fuera de la protección del CIADI, también señaló que no necesariamente se encuentran cubiertas.

Particularmente problemático en el caso de los títulos de bonos soberanos en esta diferencia, de acuerdo con el Profesor Abi-Saab, es la falta de un vínculo territorial con Argentina. El Profesor Abi-Saab señala que los títulos fueron vendidos en mercados financieros fuera de Argentina, nominados en monedas extranjeras, canalizados a través de intermediarios de otros países y sujetos a las leyes fuera de Argentina. Al no estar basados en el territorio argentino, el Profesor Abi-Saab asegura que los títulos no pueden ser considerados como una inversión protegida bajo el TBI entre Argentina e Italia o el Convenio del CIADI.

En conclusión, el Profesor Abi-Saab alega que el presente caso es “el primero en presentarse ante un tribunal del CIADI donde la presunta inversión es totalmente independiente y descolgada, sin anclaje, aunque, quizás remoto, en un

proyecto económico, empresa o actividad subyacente en el Estado anfitrión. Ninguno de los argumentos lógicos expuestos en el laudo de la mayoría para paliar esta ausencia, tiene sentido”. [La traducción nos pertenece]

Reclamaciones colectivas masivas

En su defensa, Argentina argumentó que las reclamaciones masivas son incompatibles con el sistema de arbitraje del CIADI. Sin embargo, la mayoría desconfió la importancia de la distinción de estas diferencias por tener miles de demandantes. “Asumiendo que el tribunal posee jurisdicción sobre las reclamaciones de varios demandantes individuales, es difícil concebir por qué y cómo el Tribunal podría perder jurisdicción cuando el número de Demandantes sobrepasa un cierto límite”, expresó la mayoría.

El Profesor Abi-Saab rechaza esta opinión. Según él, hay diferencias fundamentales entre una acción bilateral y una demanda de clase (o un procedimiento representativo), y aquellas diferencias apelan a un consentimiento especial por los estados parte del tratado.

Para apoyar su postura, el Profesor Abi-Saab remarca que la mayoría de los procedimientos representativos no fueron introducidos en jurisdicciones internas o internacionales en el momento en que se redactó el Convenio del CIADI. También señala que casi todas las demandas masivas adjudicadas a nivel internacional se han basado en el consentimiento especial de las partes, y con reglas de procedimiento diseñadas para adaptarse a estos procedimientos.

Esto, según expresa el Profesor Abi-Saab, se encuentra “en total contradicción con las conclusiones del laudo de la mayoría en el presente caso”.

El Profesor Abi-Saab también se opuso a la opinión de la mayoría en cuanto al hecho de que las reglas del CIADI podrían atender reclamaciones masivas sin una “modificación” de las mismas, y que esto podría lograrse por medio de una “adaptación” de las reglas y “llenando los vacíos”.

Esta es una distinción “extraordinaria” y “desconcertante”, según el Profesor Abi-Saab. Y rebate diciendo que “ninguna forma de sofismo, juego de palabras o jerga moderna puede conciliar el hecho de que las adaptaciones propuestas ‘diverjan de los procedimientos usuales del CIADI ...’ y por lo tanto, esto recae más allá de la jurisdicción del tribunal.

Se requiere litigio a nivel interno

El Profesor Abi-Saab también critica la decisión mayoritaria de permitir a los demandantes omitir un requisito contenido en el TBI entre Argentina e Italia de que las partes contendientes primero intenten resolver sus diferencias a través de la consulta y los tribunales del país anfitrión durante 18 meses, antes de recurrir a arbitraje.

La mayoría había fallado que sería “injusto” denegar la reclamación en base a la no presentación de la diferencia ante tribunales argentinos. Esto se dio porque la mayoría piensa que Argentina “no estaba en una buena posición para abordar adecuadamente la presente diferencia dentro del marco de su sistema legal interno”.

En respuesta, el Profesor Abi-Saab apunta al Artículo 26 del Convenio del CIADI, que establece que “Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

Como el requisito de agotamiento de las vías locales es una “condición a su consentimiento”, también es una limitación a la jurisdicción. Así, el incumplimiento del período de 18 meses de litigio debería haber resultado en la denegación del caso por falta de jurisdicción, sostiene el Profesor Abi-Saab.

Recientes progresos

El Profesor Abi-Saab renunció al tribunal poco después de emitir su opinión disidente, lo que significa que Argentina deberá nominar a un nuevo árbitro. No obstante, antes de su disidencia, el procedimiento fue suspendido después de que Argentina procediera a descalificar a Tercier y a van den Berg argumentando que ellos “no son confiables para ejercer un juicio independiente”.

Notas

La opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab se encuentra disponible en: http://italaw.com/documents/Abaclat_Dissenting_Opinion.pdf

La decisión de la mayoría sobre jurisdicción y admisibilidad está disponible en: <http://italaw.com/documents/AbaclatDecisiononJurisdiction.pdf>

Un resumen de la decisión sobre jurisdicción y admisibilidad está disponible en ITN en: <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/awards-and-decisions-5/>

La mayoría hace una interpretación amplia de la disposición de NMF en TBI entre Alemania y Argentina

Hochtief AG c. La República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/07/31
Damon Vis-Dunbar

En una decisión dividida, dos miembros de un tribunal del CIADI han permitido a una firma alemana evitar el requerimiento de litigar en los tribunales argentinos y proceder directamente a arbitraje internacional.

La decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011 pone en relieve la división de larga data entre los árbitros sobre el uso de la disposición de Nación Más Favorecida (NMF); en particular, para determinar si comprende asuntos relacionados con la jurisdicción, incluyendo permitir el acceso de los demandantes a disposiciones más liberales para el arreglo de diferencias en virtud de TBIs de terceras partes.

El demandante, Hochtief, presentó su reclamación ante el CIADI en 2007, en conexión con una diferencia sobre la construcción y operación de una autopista de peaje.

El TBI entre Alemania y Argentina establece que las diferencias pueden ser presentadas a arbitraje después de un período de 18 meses en los tribunales nacionales – o si las partes contendientes acuerdan ir directamente a arbitraje.

La mayoría mostró cierto escepticismo sobre la utilidad de la cláusula sobre litigio interno, remarcando que las partes posteriormente serían libres de llevar su demanda a arbitraje.

“Obligar a las partes a pasar 18 meses en litigio, mientras que una u otra (o ambas) podrían haber decidido por adelantado rechazar cualquier decisión que surja de los tribunales, parece inútil”, expresó la mayoría.

Sin embargo, los dos árbitros pasaron por alto la cuestión de si, inútil o no, el litigio interno es un requisito obligatorio al proceder a considerar si el demandante estaba facultado para valerse de una disposición menos restrictiva para el arreglo de diferencias en el TBI entre Argentina y Chile, por medio de la cláusula de NMF en el TBI entre Alemania y Argentina.

La cláusula de NMF en este TBI se refiere a “actividades relacionadas con inversiones”, que según concluyeron Vaughan Lowe (presidente del tribunal) y Charles N. Brower (nominado por el demandante), “sin duda” incluye el arreglo de diferencias.

Esta decisión va en contra del fallo jurisdiccional en el caso *Wintershall c. Argentina*, donde el tribunal enfrentó el mismo tema con respecto al TBI entre Alemania y Argentina. En la decisión del caso *Wintershall*, el tribunal declinó jurisdicción basándose en la afirmación de que cumplir con las condiciones de la cláusula de arreglo de diferencias es una “parte inherente” al consentimiento a arbitraje de Argentina.

La mayoría en la decisión del caso *Hochtief* remarcó, sin embargo, que el demandante tenía que elegir la disposición de arreglo de diferencias del TBI entre Argentina y Chile en su totalidad, en lugar de escoger a su discreción entre los elementos de las cláusulas de arreglo de diferencias de los distintos tratados. Si bien esto no tiene una conexión con la decisión de la mayoría de aceptar la jurisdicción, el la remarca se vincula con una crítica recientemente planteada por la Profesora Brigitte Stern en su opinión disidente en el laudo del caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina*. La Profesora Stern advirtió sobre el error de permitir que los demandantes accedan a partes de otros tratados que favorezcan su causa, mientras se descartan aspectos menos favorables – lo cual, en efecto, crea ‘super’ tratados que son más favorables para los inversores que cualquier otra tratado individual.

Disidencia de Christopher Thomas

Christopher Thomas, el árbitro nominado por Argentina, recusó un número de opiniones de la mayoría. Si bien la mayoría calificó el requisito de litigio interno durante 18 meses como “sin sentido”, el Sr. Thomas salió en su defensa. Alegó que presentar la diferencia ante tribunales locales “puede contribuir a un arreglo de la diferencia, o al menos, a delimitar los asuntos de la misma”.

El Sr. Thomas también se opuso, de distintas maneras, a la decisión de permitir que la disposición de NMF del TBI entre Alemania y Argentina fuera extendida para cubrir disposiciones de arreglo de diferencias de otros TBIs. En su opinión, esta disposición establece pasos obligatorios que respaldan el consentimiento a arbitraje de Argentina.

El Sr. Thomas también subrayó que la cláusula de NMF en cuestión no se refiere a “todos los asuntos sujetos a este Acuerdo”, algo que, en otros casos, los tribunales han utilizado para justificar la inclusión de procedimientos de arreglo de diferencias. Además, el Sr. Thomas piensa que los autores del tratado tenían en mente ‘actividades’ directamente relacionadas con el manejo y operación de la inversión (por ejemplo, el tratado brinda ejemplos de la adquisición de materias primas y la venta de productos).

Poniendo el debate sobre el propósito de la cláusula de NMF en perspectiva, el Sr. Thomas remarca que no fue hasta la decisión sobre jurisdicción del 2000 en el caso *Maffezini c. España* que la cláusula de NMF fue extendida al arreglo de diferencias. Así, el Sr. Thomas explicó que “es completamente plausible que las Partes Contratantes no excluyan específicamente las condiciones para ganar acceso al arreglo de diferencias bajo (la disposición de NMF) porque no les sucedió que esta cláusula fuera utilizada para modificar la estipulaciones (del arreglo de diferencias). Antes de *Maffezini*, esta no solo fue una visión razonable y legítima, sino también ortodoxa”. [La traducción nos pertenece]

Notas

La decisión sobre jurisdicción se encuentra disponible en: http://italaw.com/documents/Hochtief_v_Argentina_Jurisdiction_24Oct2011_En.pdf

La Opinión disidente de Christopher Thomas está disponible en: http://italaw.com/documents/Hochtief_v_Argentina_JurisdictionDissent_24Oct2011_En.pdf

Jurisdicción declinada por propiedad indirecta de acciones en compañías de seguro médico eslovacas

HICEE B.V. c. La República de Eslovaquia, CNUDMI
Damon Vis-Dunbar

La mayoría de un tribunal de la CNUDMI ha declinado jurisdicción en una reclamación presentada por un inversor constituido en Holanda después de dictaminar que una disposición ambigua del TBI entre Holanda y Checoslovaquia excluía inversiones canalizadas a través de subsidiarias locales en el país anfitrión.

El laudo parcial del 23 de mayo de 2011 fue hecho público después de una solicitud de acceso a la información del servicio de noticias Investment Arbitration Reporter al gobierno eslovaco.

La reclamación, donde el demandante pretendía cobrar más de mil millones de dólares en compensación, surge en respuesta a cambios en las leyes eslovacas que afectan la rentabilidad de un negocio de seguro médico. El demandante holandés, HICEE, adquirió una sociedad de cartera, Dovera Holding, que tenía acciones en varias compañías de seguro médico.

Como un asunto preliminar, las partes acordaron enfocarse en una disposición del TBI que establece que el término inversión “debe comprender todo tipo de bienes ya sea directamente o a través de un inversor de un tercer estado...” La interpretación del tribunal de esta disposición determinaría si las acciones de HICEE en las compañías eslovacas se encontraban cubiertas por el TBI.

Según la opinión de Eslovaquia, la disposición implica que el TBI no cubre inversiones ‘indirectas’ realizadas a través de subsidiarias locales, tal como fue el caso de la inversión de HICEE.

Por el contrario, el demandante sostuvo que la disposición implicaba que la inversión podría ser hecha ya sea a través de una compañía holandesa o a través de una subsidiaria de un tercer país, pero en cualquier caso no excluiría las inversiones que luego serían canalizadas a través de una subsidiaria eslovaca.

Pese a las objeciones del demandante, la mayoría, compuesta por Sir Franklin Berman y el Juez Peter Tomka, se remitió a las notas supuestamente remitidas por el Ministro de Finanzas holandés a su parlamento durante el proceso de ratificación del tratado. Las mismas parecen respaldar la postura de Eslovaquia y explican que:

“Normalmente, los acuerdos de protección de las inversiones también cubren inversiones en el país anfitrión (estructura ‘subsidiaria’ – ‘sub-subsidiaria’). Checoslovaquia desea excluir a la ‘sub-subsidiaria’ del alcance del Acuerdo, porque de hecho esta es una compañía creada por una entidad legal checoslovaca, y Checoslovaquia no desea otorgar, en particular, derechos de transferencia a una compañía como tal”. [La traducción nos pertenece]

La mayoría consideró esta nota como “material suplementario válido que el Tribunal puede, y en las circunstancias, debe tomar al considerar la cuestión que tiene ante sí”. Dado que se brindó evidencia en apoyo a la interpretación de la disposición en cuestión, la mayoría declinó su jurisdicción en el caso.

Opinión disidente del Juez Bower

En una opinión disidente, Charles N. Bower, nominado por el demandante, compartió la opinión del mismo de que la disposición describía dos direcciones por las cuales podría canalizarse la inversión – directamente desde el país anfitrión, o desde una subsidiaria en un tercer país– en lugar de una restricción sobre las inversiones estructuradas a través de subsidiarias en el país anfitrión. De hecho, encontró que la interpretación de la mayoría, basada en las notas de Holanda, es “al menos, incongruente”.

Según la opinión del Juez Bower, no era innecesario recurrir a la nota de Holanda como guía interpretativa, dado que la disposición era muy clara. Por esta razón, sostuvo que la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, a la cual recurrió el tribunal para determinar si y cómo utilizar las notas del Ministro de Holanda, no apoyaría la utilización de material suplementario para brindar una guía interpretativa.

Además, encontró que la nota de Holanda era problemática de otras maneras. Cuestionó su confiabilidad, por ejemplo, remarcando que las notas fueron encontradas en un archivo del gobierno en Praga, no en La Haya, y que los funcionarios holandeses no cooperaron con la solicitud de documentación.

También rechazó la noción de que la nota señalaba un acuerdo, o “coincidencia de opiniones” tal como lo expresó la mayoría, entre Holanda y Eslovaquia, dado el interés propio de Eslovaquia de apoyar la información de la nota a fin de defenderse en el arbitraje.

Recusación del Juez Tomka rechazada

Después de la decisión de la mayoría de declinar jurisdicción, el demandante presentó una recusación en contra del Juez Tomka, el árbitro nominado por Eslovaquia. Alegó que el Juez Tomka enfrentó un conflicto de intereses, sobre la base de que estaba buscando su re-nominación a la Corte Internacional de Justicia y requería la aprobación de Eslovaquia.

El Presidente del Instituto de Arbitraje de Estocolmo rechazó la recusación, aunque sin brindar sus razones.

Costos

En cuanto a la cuestión de los costos, la mayoría ordenó que el demandante debería hacerse cargo del 60 de los costos del arbitraje, y el demandado del 40 por ciento. Ambas partes son responsables de sus propias costas legales. La mayoría remarcó que las partes fueron cooperativas durante el procedimiento, concisas en sus argumentos legales y cada una planteó temas difíciles y novedosos.

Notas

El laudo parcial y la opinión disidente se encuentran disponible en: <http://italaw.com/documents/HICEEv.SlovakRepublicPartialAwardandDissentingOpinion.pdf>

Se reduce cifra total por daños en arbitraje entre Chevron y Ecuador *Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) c. La República de Ecuador*, CNIDMI, Caso PCA No. 34877 **Wyoma Jha**

En un laudo final con fecha del 31 de agosto de 2011, un tribunal de la CNUDMI otorgó a Chevron y Texaco aproximadamente US\$96 millones en una diferencia con Ecuador.

El fallo es posterior a un laudo parcial dictado en marzo de 2010, que declaró a Ecuador en violación del TBI entre EUA y Ecuador por no brindar a los demandantes “medios eficaces para hacer valer sus reclamaciones y respetar sus derechos” en los tribunales de Ecuador.

La reclamación se relaciona con siete juicios iniciados por Texaco Petroleum a principio de 1990s contra Ecuador por violar los contratos de exploración de petróleo celebrados entre 1973 y 1977. Chevron, que compró Texaco en 2001, inició el arbitraje contra Ecuador en mayo de 2006 alegando que este país infringió su obligación de brindar trato justo y equitativo y la obligación bajo el Artículo II(7) del TBI de establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos correspondientes.

En su laudo parcial, el tribunal remarcó que el Artículo II(7) brinda una “prueba distintiva y potencialmente menos demandante” que el “alto umbral” que debe alcanzarse para establecer la denegación de justicia bajo el derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, de acuerdo con el tribunal, la demora de los tribunales ecuatorianos para resolver los juicios de Texaco, que estuvieron pendientes de resolución por casi 13 años hasta el comienzo del arbitraje, excedió el umbral establecido bajo el Artículo II (7) del TBI.

El tribunal sostuvo que los demandantes estaban facultados para recibir casi US\$698 millones por daños, lo cual estaba sujeto a cambios por tasas e intereses pre-laudo.

Cálculo por daños totales

La principal consideración del tribunal en el laudo final se centró en la tasa fiscal a ser aplicada a la suma de US\$698 millones en daños.

El tribunal aceptó las conclusiones de expertos en derecho fiscal ecuatoriano, designados por las partes, que establecieron una tasa fiscal de 87,31% sobre la suma principal y un 25% de la tasa impositiva de ganancias sobre los intereses. Estos cálculos redujeron arcadamente el laudo final a US\$96 millones.

En cuanto a los costos del arbitraje, el tribunal expresó una preferencia por el principio que “los gastos siguen el evento”, aparte de la circunstancias excepcionales. Sin embargo, el tribunal concluyó que, dado que ninguna de las partes obtuvo un éxito claro, ambas deberán asumir sus propios costos y la mitad de las costas del tribunal.

Progresos recientes

Ecuador está tratando de dejar de lado los laudos sobre jurisdicción, responsabilidad y daños en los Países Bajos, el sitio legal del arbitraje, en base a que el tribunal hizo una “interpretación errónea” del Artículo II (7) del TBI entre EUA y Ecuador.

En una acción separada, el 28 de junio de 2011 Ecuador inició un arbitraje de estado a estado contra Estados Unidos. Ecuador había solicitado al gobierno de EUA que apoyase su interpretación del Artículo II(7) del TBI; sin embargo, EUA no respondió. El arbitraje entre Ecuador y EUA, mediante el cual Ecuador busca un fallo sobre la interpretación del Artículo II (7), será conducido bajo las reglas procesales de la CNUDMI.

Notas

El tribunal del caso Chevron Corporation (EUA) y Texaco Petroleum Company (EUA) c. La República de Ecuador estuvo compuesto por Prof. Karl-Heinz Böckstiegel (presidente), Honorable Charles N. Brower (nominado por el demandante) y Prof. Albert Jan van den Berg (nominado por el demandado).

El laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/ChevronEcuadorFinalAward.pdf>

Para consultar un informe previo de ITN sobre el Laudo Parcial del 30 de marzo de 2010, referirse a “*Tribunal finds Ecuador in breach of BIT for its judiciary's slow handling of Texaco lawsuits*”, por Fernando Cabrera Diaz, abril de 2010 disponible aquí: <http://www.iisd.org/itn/2010/04/07/tribunal-finds-ecuador-in-breach-of-bit-for-its-judiciary-s-slow-handling-of-texaco-lawsuits/>

Turquía vence a una reclamación por US\$ 10,1 mil millones, ya que tribunal no encontró una “inversión” en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía *Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía*, Caso del CIADI No.ARB/06/8 (ECT).
Vyoma Jha

Un tribunal de tres miembros del CIADI ha rechazado su jurisdicción en una diferencia vinculada con la familia Uzan. Los Uzan son una familia muy adinerada de Turquía que se ha visto envuelta en múltiples controversias legales en todo el mundo, algunas se relacionan con acusaciones de fraude. La familia también está relacionada con varios casos de tratado iniciados contra Turquía, todos los cuales han sido rechazados en base a razones jurisdiccionales*.

Antecedentes de la presente diferencia

Este arbitraje gira en torno a una reclamación por US\$10,1 mil millones iniciada por Libananco Holdings Co. Ltd., una empresa chipriota, contra Turquía por la presunta violación del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT). El demandante alega que tenía acciones en dos empresas de servicios turcas, CukurovaElektrikAnonimSirketi (CEAS) y KepezElektrik Turk AnonimSirketi (Kepez), que pertenecían a miembros de la familia Uzan, antes de la incidencia de la presunta expropiación.

La diferencia involucra la toma de los bienes de CEAS y Kepez donde Libananco alega tener acciones, y la cancelación de los acuerdos de concesión entre CEAS y Kepez, y el gobierno de Turquía el 12 de junio de 2003.

El demandante presentó una solicitud de arbitraje contra Turquía el 23 de febrero de 2006, casi tres años después del presunto incidente de expropiación.

No hay “inversión” de Libananco

El demandante primero alegó que Libananco adquirió acciones en CEAZ y Kepez a través de 32 acuerdos de transferencia entre octubre de 2002 y mayo de 2003. Posteriormente, no obstante, Libananco cambió la historia y reclamó que las acciones en las dos compañías habían sido transferidas antes de la presunta expropiación a través de tres actos de teslim, es decir, la transferencia legal de posesión bajo el derecho turco.

El tribunal procedió a rechazar el argumento de Libananco de que solo se le había requerido que presentase evidencia prima facie de propiedad del certificado de acciones en la etapa jurisdiccional. En respuesta, Libananco ofreció varias versiones de la manera en que había recibido las acciones de los miembros de la familia Uzan, pero éstas no convencieron al tribunal.

Consecuentemente, el tribunal sostuvo que Libananco no poseía una “inversión” y que no era un “inversor” dentro del marco del Convenio del CIADI o del ECT.

El tribunal ordenó al demandante que pagara a Turquía US\$ 602.500 en reembolso del anticipo de Turquía sobre los costos del arbitraje, así como US\$ 15.000.000 por las costas legales y gastos en efectivo.

En una nota relacionada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por sus siglas en inglés, ECHR) recientemente ha rechazado las reclamaciones presentadas por 47 accionistas minoritarios de CEAS y Kepez quienes alegaron la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por las acciones de Turquía de terminar la concesión y suspender la cotización de las acciones. El ECHR remarcó que Turquía había cumplido con el derecho interno al suspender las cotizaciones y que los accionistas tenían vías internas para recusar las acciones de este país. Por lo tanto, el ECHR desestimó las reclamaciones como “infundadas” e “inadmisibles”.

Notas

El tribunal fue compuesto por Michael Hwang (Presidente), Henri Alvarez (nominado por el demandante) y Sir Frank Berman (nominado por el demandado).

El laudo está disponible en: <http://italaw.com/documents/LibanancoAward.pdf>

* Varios tribunales han adoptado una visión similar de otras reclamaciones contra Turquía que involucran a los miembros de la familia Uzan. Por ejemplo: Europe Cement Investment & Trade S.A. c. La República de Turquía, Caso del CIADI No.ARB(AF)/07/2. Véase informe anterior de ITN: “Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration”, por Damon Vis-Dunbar, septiembre de 2009, disponible aquí: <http://www.iisd.org/itn/2009/08/31/tribunal-dismisses-claim-by-europe-cement-against-turkey-claimant-ordered-to-bear-cost-of-the-arbitration/>

Cementownia “NowaHuta” S.A. c. La República de Turquía, caso del CIADI No.ARB(AF)/06/2. Véase informe anterior de ITN: “Cementownia claim against Turkey found to be “manifestly ill-founded””, por Elizabeth Whitsitt, noviembre de 2009, disponible aquí: <http://www.iisd.org/itn/2009/11/01/cementownia-claim-against-turkey-found-to-be-manifestly-ill-founded/>

Mr. Saba Fakes c. La República de Turquía, Caso del CIADI No.ARB/07/20. Véase informe anterior de ITN “Claim against Turkey deemed “frivolous””, por Damon Vis-Dunbar, septiembre de 2010, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2010/09/23/awards-and-decisions/>

Traducido al español por María Candela Conforti.

Recursos y Eventos

Recursos

Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and Answers

International Institute for Sustainable Development, Diciembre de 2011

Este manual brinda una introducción accesible a los tratados de inversión y su relevancia para el desarrollo sostenible. También proporciona un breve recuento de los tratados de inversión, antes de avocarse al debate sobre el contenido de estos tratados y sus implicancias. El manual expone comentarios sobre el trato justo y equitativo, expropiación, trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño, libre transferencia de capital, cláusulas generales y arreglo de diferencias. Concluye con un debate sobre la manera de abordar los problemas relacionados con los tratados de inversión. Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1534>

Improving International Investment Agreements

Routledge Research in International Economic Law, En curso: Marzo de 2012

En este libro se discuten algunas de las críticas dirigidas al derecho internacional de inversión y ofrece soluciones potenciales. El mismo fue elaborado por un grupo de estudiantes y profesionales de Canadá y Europa. Adopta un enfoque multidisciplinario, realizando un análisis desde una perspectiva legal, política y económica. La primera parte del libro detalla la evolución de la formulación de los tratados de inversión y brinda una evaluación desde una perspectiva de política económica y desde la economía. Las otras tres partes se encuentran organizadas en torno a los conceptos de eficiencia, legitimidad y sostenibilidad. Cada colaborador analiza uno o más temas sobre la negociación de tratados, la sustancia o el arreglo de diferencias, con el objetivo final de mejorar la formulación de los tratados con respecto a estos temas. Más Información se encuentra disponible en: <http://www.routledge.com/books/details/9780415671972/>

Non-Precluded Measures in Indian International Investment Agreements and India's Regulatory Power as a Host Nation

Prabhash Ranjan, Asian Journal of International Law, 30 de noviembre, 2011

Este artículo brinda el primer análisis detallado sobre las disposiciones de medidas no preventivas (Non-Precluded Measures, NPM) en los tratados de inversión de India desde la perspectiva del poder regulatorio de este país como nación anfitriona. Analiza de manera crítica las disposiciones de NPM en cincuenta y siete tratados de inversión indios mediante el estudio de las diferencias en su formulación y alega que la actual formulación de disposiciones NPM en los tratados de inversión de India es inadecuada para el ejercicio de su poder regulatorio para satisfacer sus necesidades de políticas. Por lo tanto, en vista de los crecientes pros y contras del arbitraje de tratados de inversión, el artículo concluye que las disposiciones de NPM en los tratados de inversión indios deberían ser reformuladas de manera que se equilibre la protección de las inversiones con el poder regulatorio de India para alcanzar objetivos de políticas que no se relacionan con las inversiones. Disponible en: <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8444515&fulltextType=RA&fileId=S2044251311000129>

Mining for Profits in International Tribunals

Institute for Policy Studies, Noviembre de 2011

Este informe expone una visión crítica del arbitraje entre inversor y estado y describe las tendencias recientes en las diferencias relativas a los sectores de petróleo, minería y gas. El informe encontró que, en el tribunal más utilizado para estos fines, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), 43 de 137 casos entre inversor y estado pendientes de resolución están relacionados con el petróleo, la minería y el gas. Por el contrario, hace un año solo había 32 casos como tales y 10 años atrás solo 3. El informe también concluye que los gobiernos latinoamericanos reciben gran parte de las reclamaciones. Los gobiernos latinoamericanos representan aproximadamente el 10 por ciento de los 157 gobiernos que son miembro del CIADI, sin embargo son el blanco de 68 (50 por ciento) de todos los casos del CIADI y 25 (casi dos tercios) de los 43 casos que involucran a las industrias extractivas. Disponible en: http://www.ipsdc.org/files/3936/Mining_for_Profits_November_2011_FINAL-2.pdf

Eventos 2012

Enero 19

FREEZING THOSE COSTS: A SWEDISH-ROMANIAN DIALOGUE ON CONTROLLING ARBITRATION COSTS, EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (SCC) Y SALC ADVOKATBYRA, Bucarest, Rumania, <http://www.sccinstitute.se/?id=42012>

30 de Enero – 3 de Febrero

GRUPO DE TRABAJO II DE LA CNUDMI, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN, PREPARACIÓN DE UNA NORMA JURÍDICA SOBRE LA TRANSPARENCIA EXIGIBLE EN LOS ARBITRAJES EN TABLADOS ENTRE INVERSOR Y ESTADO EN EL MARCO DE UN TRATADO DE INVERSIÓN, Viena, Austria, http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html

Marzo 28-31

REUNIÓN ANUAL Nº 106 DE ASIL– CONFRONTING COMPLEXITY, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, Washington, D.C., Estados Unidos, <http://www.asil.org/annual-meeting.cfm>

Abril 21-26

TRECEAVA SESIÓN DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD XIII), Doha, Qatar, <http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intltemID=1942&lang=1&m=21643>

Junio 10-13

21 CONSEJO INTERNACIONAL DEL CONGRESO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION CONGRESS, ICCA), Singapur, <http://www.iccasingapore2012.org/site/>



Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
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 sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales, la política económica, el cambio climático y la energía, la medición y la evaluación y la administración de los recursos naturales así como el papel facilitador de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre negociaciones internacionales y diseminamos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo, mejores lazos entre el norte y el sur y mejores conexiones globales entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los responsables de la creación de políticas.

La visión del IISD consiste en un mejor nivel de vida para todos y de manera sostenible. Su misión es fomentar la innovación de modo que las sociedades puedan vivir sosteniblemente. El IISD está inscripto como una organización sin fines de lucro en Canadá y cuenta con el estatus 501 (c)(3) en los Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo operativo del gobierno de Canadá, a través del Organismo Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA), del Centro de Investigación sobre el Desarrollo Internacional (IDRC), del Ministerio de Medio Ambiente de Canadá y del gobierno provincial de Manitoba. El instituto recibe financiación para sus proyectos de varios gobiernos dentro y fuera de Canadá, de agencias de las Naciones Unidas, de fundaciones y del sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Damon Vis-Dunbar en itn@iisd.org

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

International Institute for Sustainable Development
International Environment House 2
9, Chemin de Balaxert,
5th Floor, 1219, Chatelaine,
Geneva, Switzerland

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