



Criterios de Revisión en el Arbitraje de Inversión: ¿Cuál es el papel para la deferencia?

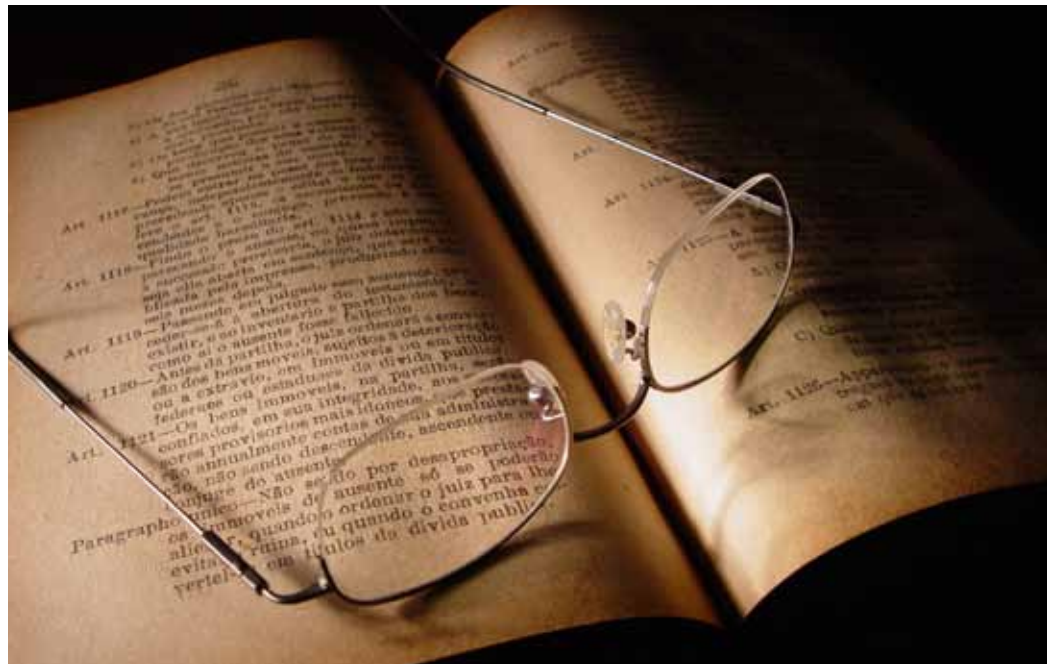
Artículos por Andres von Staden and Rahim Moloo



7



10



12

Consentimiento a Arbitraje a través de Legislación Nacional de Inversiones por Makane Moïse Mbengue

Derecho de las Inversiones y Servicios Públicos: ¿Choque de Intereses o Convivencia Pacífica? por Markus Krajewski

Análisis del borrador preliminar de la Comisión Europea sobre la solución de controversias en los acuerdos de la UE

por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

Tendencias en Reclamaciones de Inversores sobre las Tarifas Reguladas para la Energía Renovable por Vyoma Jha

También en este número: Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. la República Eslovaca Republic; Italia c. Cuba; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay; Chevron & TexPet c. Ecuador; Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía

contenido

- 3 **Artículos**
Deferencia o No Deferencia, esa es la Cuestión:
Legitimidad y Criterios de Revisión en el Arbitraje entre Inversor y Estado
por Andreas von Staden
- 5 La Fuente para Determinar los Criterios de Revisión en el Derecho Internacional de las Inversiones
por Rahim Molloo
- 7 Consentimiento a Arbitraje a través de Legislación Nacional de Inversiones
por Makane Moïse Mbengue
- 10 Derecho de las Inversiones y Servicios Públicos:
¿Choque de Intereses o Convivencia Pacífica?
por Markus Krajewski
- 12 Análisis del borrador preliminar de la Comisión Europea sobre la solución de controversias en los acuerdos de la UE
por Nathalie Bernasconi-Osterwalder
- 14 Tendencias en Reclamaciones de Inversores sobre las Tarifas Reguladas para la Energía Renovable
por Vyoma Jha
- 16 **Noticias en Breve:** Australia rechaza arreglo de diferencias entre inversor y estado en TPPA; Gobiernos apelan a una interpretación limitada del Trato Justo y Equitativo bajo el TLC entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos; Empresa farmacéutica canadiense lanza nuevo caso del TLCAN contra los Estados Unidos; Estudio jurídico alemán considera caso por reestructuración de deuda soberana; El 2011 llegó a su pico en casos del CIADI;
- 18 **Laudos y Decisiones:** Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. la República Eslovaca Republic; Italia c. Cuba; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay; Chevron & TexPet c. Ecuador; Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía

- 23 **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

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

Deferencia o No Deferencia, esa es la Cuestión: Legitimidad y Criterios de Revisión en el Arbitraje entre Inversor y Estado por Andreas von Staden

artículo 1



EL criterio de revisión apropiado a ser aplicado en el arbitraje entre inversor y estado—así como también en otros contextos de arreglo de diferencias—sigue siendo un tema de debate recurrente¹. La razón es sencilla: En muchos casos, el resultado de los procedimientos arbitrales está vinculado, *inter alia*, con la intensidad con la cual un tribunal examina la conducta del estado anfitrión en torno a las inversiones sobre cuales se allegan violaciones de una o más obligaciones en virtud de disposiciones de tratado aplicables, un criterio de revisión más estricto tiende a beneficiar al inversor y un criterio más indulgente o permisivo beneficia al estado demandado. El tema del criterio de revisión se ha convertido en el más sobresaliente en virtud de lo que se conoce alternativamente como “recusación de derecho público”² o la “búsqueda de un espacio de políticas”³, es decir, la preocupación por que el arbitraje entre inversor y estado se esté entrometiendo cada vez más en la capacidad de los estados para ejercer plenamente, y como considere necesario, sus funciones regulatorias más legítimas, y que estos arbitrajes se estén asemejando más bien a litigios de derecho público, en lugar de tratarse de arbitrajes comerciales fundados en el derecho privado⁴.

En otros lados, he alegado conjuntamente con William Burke-White⁵ y por mi parte⁶, que los criterios de revisión debidamente diseñados pueden aumentar la legitimidad del arbitraje entre inversor y estado (incluyendo una genuina legitimidad *democrática*), especialmente cuando se trata de diferencias de derecho público, y por lo tanto, pueden mitigar algunos elementos de la frecuentemente alegada “crisis de legitimidad”⁷ del, y “contragolpe”⁸ al, arbitraje de inversión. En cualquier caso, es necesario que los arbitrajes entre inversor y estado, tal como otros arreglos relativos a la gobernanza, finalmente sean considerados como legítimos por ambas partes de las diferencias para garantizar su supervivencia institucional y mantener el cumplimiento, no solamente desde una posición de ventaja normativa abstracta. En el presente artículo, retomo argumentos clave a favor de un criterio de revisión deferente en las circunstancias apropiadas como un enfoque para mejorar la legitimidad normativa de los arbitrajes de inversión así como también su legitimidad empírica.

La Función relativa a la Legitimidad de los Criterios de Revisión

Los criterios de revisión son instrumentos casi enteramente⁹ creados judicialmente que permiten a la corte o tribunal de revisión ajustar el alcance, profundidad e intensidad con la cual revisará los actos de otro actor (generalmente gubernamental), en base a consideraciones de propiedad normativa, pericia técnica, proximidad político-cultural, o una mezcla de todo esto. En otras palabras, la articulación de criterios de revisión — independientemente de su definición concreta—refleja el reconocimiento de la existencia de varios sitios de toma de decisiones legales y políticas, cada uno de los cuales pueden entablar un reclamo de autoridad legítima para interpretar y aplicar la norma legal en cuestión. En ausencia de otros sitios de autoridad legítima concurrente (sea cual fuere el reclamo específico de legitimidad), el concepto de los criterios de revisión no debería responder a ningún propósito significativo, y sería necesario justificar un criterio en particular, ya sea para realizar un examen estricto o una revisión de buena fe¹⁰, precisamente porque define la relación entre los diferentes sitios legítimos de toma de decisiones legales o políticas desde la posición ventajosa del tribunal de revisión.

Es esta función la que conecta la cuestión de criterios de revisión con la preocupación por el correcto “equilibrio entre las necesidades regulatorias de los estados, y los intereses privados de los inversores”¹¹. Al definir razonablemente criterios deferentes de revisión que otorguen a los estados demandados la suficiente libertad de elección en pos de las políticas de interés público que crean necesarias, los tribunales de arbitrajes entre inversor y estado pueden reconocer y proteger los intereses regulatorios legítimos de los estados sin abdicar a su función de supervisión judicial, ni a la protección de los intereses de los inversores, ya que los parámetros de un criterio de revisión determinado y la evaluación de si la acción estatal cumple con los requisitos específicos y/o generales bajo una disposición determinada (por ej., no abuso de derechos, no discriminación arbitraria, etc.) continúan estando sujetos al control judicial.

Lo que a de ser considerado un criterio de revisión “razonablemente deferente” no puede ser definido en lo abstracto, sino que es preciso que emerja (y evolucione) con el tiempo en las repetidas interacciones entre los tribunales y sus usuarios, tal como ha sucedido en otros contextos judiciales. Ejemplos de cambios en las políticas y enfoques judiciales como resultado de tales interacciones se encuentran disponibles en abundancia, *inter alia*, en el historial jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por sus siglas en inglés, CJEU) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por sus siglas en inglés, ECtHR). El carácter *ad hoc* y descentralizado del arbitraje entre inversor y estado puede dificultar estos procesos, pero no es una barrera absoluta para la evolución de un enfoque compartido y armonioso.

Motivando la Deferencia: Texto & Interpretación

Reconocer, en principio, la propiedad de los criterios de revisión deferentes no implica la necesidad, y mucho menos la aplicabilidad, de un criterio general que pueda aplicarse a todos los casos por igual, a ser incorporado a un tratado como un todo¹². Lo que se requiere, sin embargo, es que los tribunales examinen cuidadosamente las disposiciones invocadas en una diferencia determinada e investiguen si éstas incluyen términos o conceptos sustantivos que apunten al papel legítimo de la acción regulatoria del estado demandado y la expectativa justificada de este último para que sus decisiones sean respetadas y confirmadas, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos mínimos. En otras palabras, es preciso que los criterios de revisión emerjan de manera endógena de la interpretación de textos legales concretos, y no que sean impuestos externamente. Por el mismo motivo, dependiendo de las especificidades del texto y del área que se desea regular, el criterio de revisión elegido puede variar de una deferencia sustancial a ninguna deferencia en lo absoluto. Un enfoque variable como tal ha sido perseguido durante mucho tiempo por la el ECtHR en el contexto de su doctrina del margen de apreciación que proporciona diferentes grados de deferencia dependiendo de los derechos y las disposiciones legales en cuestión¹³. Pese a que no faltan las críticas, pienso que el reconocimiento del margen de apreciación por parte de los estados demandados ha contribuido, no detractado, a la legitimidad general del ECtHR.

De hecho, criterios deferentes de revisión también están siendo aplicados en los arbitrajes de inversión, aunque de manera incongruente. Por ejemplo, está bastante claro en el contexto de las disposiciones que establecen los requisitos para la expropiación permisible que la identificación de un “fin público”¹⁴ pertinente para el cual se emprendería dicha expropiación merece un trato deferente, teniendo en cuenta el hecho de que no corresponde al tribunal reemplazar la evaluación del estado en cuanto a cuales fines públicos pretende perseguir con la del tribunal. Salvo que el propósito establecido claramente no sea una mera pretensión¹⁵, los tribunales generalmente lo aceptan, así como generalmente consideran el ejercicio de la buena fe de los poderes policiales de un estado como medidas no expropiatorias¹⁶. Similarmente, resulta difícil argumentar que las decisiones de un estado bajo una disposición de medida no excluyente con respecto a qué medidas son necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad o del orden público no debieran recibir al menos cierta deferencia; sin embargo, algunos tribunales, aunque no todos, han actuado de manera contraria, en parte debido a una dudosa combinación del derecho los tratados y el derecho consuetudinario¹⁷. (De hecho, para aclarar la expectativa de deferencia, EUA ha vuelto a redactar la cláusula en cuestión en dos modelos recientes de TBI para tornarla explícitamente auto-evaluable)¹⁸. Por otro lado, cuando se trata de cuestiones para determinar si ha habido discriminación injustificada bajo las cláusulas de trato nacional o de nación más favorecida, generalmente hay mucho menos motivos de deferencia porque la evaluación de tal discriminación habitualmente permite un análisis “objetivo” y está menos sujeta a desacuerdos justificables basados en distintas preferencias, valores o conocimientos especializados.

Conclusión

Los tribunales de arbitrajes entre inversor y estado forman parte de un arreglo más amplio de múltiples niveles de gobernanza que regula los flujos de inversión incluyendo diferentes sedes institucionales de legítima autoridad legal y política. Criterios de revisión cuidadosamente diseñados y justificados permiten a los tribunales arbitrales reconocer este acoplamiento y la legitimidad de la interpretación y aplicación de las disposiciones de tratado de inversión por los estados demandados en línea con la persecución de sus objetivos regulatorios. Aun cuando un tribunal llegara a la conclusión de que, en un contexto legal determinado, las decisiones del estado demandado no merecen ninguna deferencia; al justificar esta postura mientras apunta a otros contextos donde correspondería una mayor deferencia contribuiría no solo a legitimidad normativa, sino también a la legitimidad empírica del sistema de arbitraje entre inversor y estado.

Autor

Andreas von Staden es Profesor Adjunto de la International Organization de la Universidad de St. Gallen donde enseña, inter alia, Derecho Internacional Público y Derecho Europeo, y conduce investigaciones sobre las varias maneras de interacción entre el derecho y la política en la gobernanza global. Su información de contacto es: andreas.vonstaden@unisg.ch.

Notas

- ¹ Véase Caroline Henckels, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor State Arbitration*, 15 J. INT'L ECON. L. 223 (2012); Rahim Moloo & Justin Jacinto, *Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law*, in [2011-2012] Y.B. INT'L INV. L. & POL'Y (Karl Sauvant ed., en curso 2012), documento de trabajo disponible en el sitio web de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2036243>.
- ² Stephan W. Schill, *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, 52 VA. J. INT'L L. 57, 67 (2011).
- ³ Suzanne A. Spears, *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, 13 J. INT'L ECON. L. 1037 (2010).
- ⁴ Acerca de la tensión público-privada, véase Alex Mills, *Antinomies of Public and Private at the Foundation of International Investment Law and Arbitration*, 14 J. INT'L ECON. L. 469 (2011).
- ⁵ William Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, 35 YALE J. INT'L L. 283 (2010).
- ⁶ Andreas von Staden, *The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*, 10 INT'L J. CONST. L. (en curso 2012).
- ⁷ Véase Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. REV. 1521 (2005).
- ⁸ Véase *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions And Reality* (Michael Waibel, AshaKaushal, Kyo-Hwa Liz Chung & Claire Balchin eds., 2010).
- ⁹ La excepción más prominente dentro del derecho internacional es el Artículo 17.6 del Acuerdo Anti-Dumping de la OMC cuyos criterios de revisión explícitos se encuentran, no obstante, redactados parcialmente y de manera contraproducente; véase Steven P. Croley & John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, 90 AM. J. INT'L L. 193, 200-201 (1996).
- ¹⁰ Acerca del espectro de posibles criterios de revisión, véase Burke-White & von Staden, nota 5 *supra*, en 302-322.
- ¹¹ Mills, nota 4 *supra*, en 488.
- ¹² Véase Moloo & Jacinto, note 1 *supra*, en 3.
- ¹³ Véase, por ej., Burke-White & von Staden, nota 5 *supra*, 304-310; Susan Marks, *The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'*, 66 BRIT. Y.B. INT'L L. 209, 219 (1995).
- ¹⁴ Véase, por ej., *2012 United States Model Bilateral Investment Treaty* [Modelo de TBI de EUA], Art. 6 (1) lit. a, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>
- ¹⁵ Véase, por ej., *ADC Affiliate Ltd. & ADC & ADMC Management Ltd. v. Republic of Hungary*, Caso del CIADI No.ARB/03/16, Laudo del 2 de Octubre, 2006, párrafos 429-433.
- ¹⁶ Véase August Reinisch, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT 346, 363 & 371 (Christian Tietje ed., 2009); Christoph Schreuer, *Investment Disputes*, in ENCYCL. PUBL. INT'L L. para. 9 (Rüdiger Wolfrum ed., 2008 [edición en línea]).
- ¹⁷ Véase Burke-White & von Staden, nota 5 *supra*, 323-328; Andreas von Staden, *Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Enron, and Sempra Annulment Decisions*, 20 CZECH Y.B. INT'L L. 207 (2011).
- ¹⁸ Véase *2012 US Model BIT*, nota 14 *supra*, Art. 18 y *2004 US Model BIT*, Art. 18, disponibles en <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

La Fuente para Determinar los Criterios de Revisión en el Derecho Internacional de las Inversiones

por Rahim Mooloo

artículo 2

Después de varios casos donde se está evaluando si la regulación estatal en pos del interés público da lugar a entablar una reclamación en virtud de un tratado de inversión, los comentaristas han comenzado a plantear cuestiones sobre el criterio de revisión que debería aplicarse para considerar este tipo de reclamaciones. Ahora que existe una mayor claridad en torno a la interpretación de las normas comunes más sustantivas de los tratados de inversión, la cuestión determinativa parece estar tomando una nueva forma. Específicamente, los abogados están reformulando la pregunta más pertinente sobre la regulación en pos del interés público en términos de la deferencia que ha de ser otorgada a los estados para adoptar medidas como tales. Basándose en la nomenclatura utilizada en las investigaciones municipales de naturaleza similar, la pregunta a menudo se encuentra enmarcada como: ¿cuál es el criterio de revisión aplicable? Tal como hemos señalado en otros artículos, la frase “criterio de revisión” se refiere al criterio mediante el cual una entidad adjudicadora evalúa la validez de una acción legislativa, ejecutiva o administrativa”.¹

Al parecer, una cuestión importante en cuanto al umbral para determinar el criterio de revisión más adecuado es identificar la fuente de la cual proviene dicho criterio. Estudios recientes sugieren una variedad de enfoques para llevar a cabo esta determinación, con un enfoque particular en considerar la naturaleza de Derecho público de los asuntos abordados². Estudios más generales sostienen que nos estamos dirigiendo hacia un “margen general en la doctrina de apreciación del Derecho internacional”³. Sendos enfoques sugieren que los tribunales deben imponer un criterio de revisión más indulgente para evaluar la conducta estatal, especialmente en el contexto de la regulación nacional promulgada en pos del interés público. El tribunal del caso *S.D. Myers v. Canada* adoptó este enfoque, señalando que para determinar si hubo una violación del tratado de inversión, “dicha determinación debe efectuarse a la luz de un alto margen de deferencia que el Derecho internacional acuerda generalmente a la potestad de las autoridades domésticas de regular los asuntos dentro de sus propios límites territoriales”⁴. Otros enfoques sugieren que el criterio de revisión aplicable puede inferirse a partir del tratado de inversión en sí mismo. Por ejemplo, el tribunal del caso *Glamis Gold v. the United States* concluyó que “el criterio de deferencia se encuentra presente en el mismo criterio, en lugar de ser un aditivo de dicho criterio”.⁵

En el contexto de los tratados internacionales de inversión, en general, el Derecho aplicable es el Derecho internacional⁶. En particular, la *lex specialis* es el tratado de inversión. El vacío puede llenarse mediante una referencia a los antecedentes generales del Derecho internacional, incluyendo otros tratados o convenios internacionales que de otra manera podrían ser aplicables a la relación entre las partes, el Derecho consuetudinario o los principios generales de derecho⁷. Deberían considerarse las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.⁸

“ Los casos y comentarios donde que citan la existencia de un principio de Derecho internacional por medio del cual los estados generalmente tienen deferencia para regular los asuntos dentro de sus propios límites territoriales a menudo no articulan de donde surge esta obligación legal. ”

El punto de partida para establecer el criterio para evaluar la validez de la regulación gubernamental en pos del interés público es el tratado aplicable en sí mismo. Como tal, debemos comenzar por preguntarnos qué dicen las normas sustantivas del tratado de inversión sobre el criterio de revisión. Algunas normas de tratado son formuladas de una forma tal para articular tanto el nivel de protección como el criterio de revisión; es decir, tanto el trato que se garantiza a los inversores, como los criterios para juzgar la conducta estatal. Por ejemplo, el requisito de trato justo y equitativo garantiza un cierto nivel de trato a los inversores, pero al interpretar lo que significa “justo” y “equitativo” el tribunal establece el criterio mediante el cual se revisa la medida gubernamental. Sin entrar en detalle sobre la definición de la norma, una tarea que hemos emprendido en otras publicaciones⁹, el tribunal se basa fundamentalmente en una evaluación sobre la importancia de los intereses de las políticas del Estado en la aplicación de la norma: preguntando, por ejemplo, si resulta justo y equitativo adoptar una regulación ambiental que tenga un respaldo científico impreciso¹⁰. Esta pregunta requiere inevitablemente que el tribunal establezca el grado de deferencia que debe otorgarse al estado al realizar estas determinaciones. En otras palabras, el criterio de revisión apropiado sigue la interpretación del nivel de protección sustantivo en sí mismo.¹¹

Esto no quiere decir que otras fuentes pertinentes del Derecho internacional no puedan ayudar a determinar el criterio de revisión apropiado, sino que, en una primera instancia, el tratado bilateral de inversión es en sí mismo una fuente importante para realizar esta tarea. Tal como han sugerido otros autores, los principios generales del Derecho internacional pueden servir de guía a los tribunales a este respecto¹²; sin embargo, debe tenerse sumo cuidado para garantizar que los principios que sirven de base estén comúnmente aceptados por “todos o casi todos los estados”¹³. Similarmente, el Derecho

consuetudinario internacional también puede ser una fuente para ayudar a los tribunales a evaluar el criterio de revisión apropiado. Por ejemplo, para evaluar este criterio, puede resultar adecuado aplicar el principio relativo a que generalmente se permite a los estados regular en áreas que no se encuentran específicamente proscriptas por el Derecho internacional.¹⁴

“ Los tribunales deberían respetar la disciplina de preguntar lo que acordaron las partes del tratado con respecto al criterio por medio del cual serán juzgadas sus acciones. ”

Los casos y comentarios que citan la existencia de un principio de Derecho internacional por medio del cual los estados generalmente tienen deferencia para regular los asuntos dentro de sus propios límites territoriales a menudo no articulan de donde surge esta obligación legal. Esto plantea una gran preocupación ya que sugiere que los tribunales son libres de adoptar el criterio de revisión que crean conveniente, lo cual introduciría una actitud tendenciosa indeseable al proceso de toma de decisiones, y menoscabaría los objetivos de certeza y coherencia en la decisión de reclamaciones relativas a inversiones. Además, en el contexto de los casos presentados bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), una omisión absoluta en la aplicación del Derecho aplicable puede someter a anulación cualquier laudo resultante.¹⁵

En este breve artículo se alega que la cuestión del criterio de revisión aplicable debe ser resuelta con referencia al Derecho aplicable acordado por las partes. La determinación de este criterio es demasiado importante y decisiva para estar sujeta a enfoques elegidos por árbitros, aunque se trate de decisiones bien informadas, sobre una base *ad hoc*. Los tribunales deberían respetar la disciplina de preguntar lo que acordaron las partes del tratado con respecto al criterio por medio del cual serán juzgadas sus acciones. Solamente adoptando un enfoque como tal puede alcanzarse la legitimidad inherente al imperio de la ley.

Autor

Rahim Moloo es Director Jurídico de la Universidad de Asia Central, una organización dedicada a los tratados internacionales; e Investigador Adjunto Senior de Vale Columbia Center for Sustainable International Investment, de la Facultad de Derecho de Columbia Center y de Earth Institute. El autor desea agradecer a Justin Jacinto por sus valiosos comentarios. Todas las opiniones y errores aquí contenidos pertenecen exclusivamente al autor.

Notas

¹ Rahim Moloo & Justin Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law', en Karl P. Sauvant (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012* (2012) (en curso).

² Véase, *por ej.*, William W. Burke-White and Andreas von Staden, 'Private litigation in a public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations', 35 *Yale Journal of International Law* 283, 285-86 (2010); William Burke-White & Andreas von Staden, 'The need for public law standards of review in investor-state arbitration', en Stephan Schill, ed., *International Investment Law and Comparative Public Law* 689-720 (New York: Oxford University Press, 2010); Stephan W. Schill, 'Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review through Comparative Public Law', Society of International Economic Law Working Paper No. 2012/33; Caroline Henckels, 'Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration', 15 *Journal of International Economic Law* 223, 255 (2012).

³ Yuval Shany, 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?' 16 *European Journal of International Law* 907 (2005). Véase también Burke-White & von Staden, 'Private litigation in a public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations', nota 3 *supra*.

⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, TLAN/CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre, 2000) en 263; véase también, *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. the Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo, 2006), en 305; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Caso del CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (14 de enero, 2010) en 505; *Gemplus S.A., SLP S.A. and Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. the United Mexican States and Talsud S.A. v. the United Mexican States*, Casos del CIADI Nos. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo (16 de junio, 2010) en la sección IV, pág. 14.

⁵ *Glamis Gold v. the United States of America*, TLAN/CNUDMI, Laudo (8 de junio, 2009) at 617.

⁶ Muchos tratados de inversión requieren expresamente la aplicación del Derecho internacional. Véase, *por ej.*, Tratado sobre la Carta de la Energía, (1994) 2080 U.N.T.S. 95, Artículo 26(6), <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf> accedido el 22 de febrero de 2012; Modelo de TBI de EUA 2012 (2012), Artículo 30 <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20or%20ACIEP%20Meeting.pdf>> accedido el 22 de mayo de 2012. Cuando la diferencia es presentada ante la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI requiere que los tribunales decidan la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, (1965), Artículo 42(1), 575 U.N.T.S. 159.

⁷ Estatuto de la CIJ, Artículo 38(1)(a)-(c). *Jus cogens* también rige independientemente de los términos del tratado, y puede anular las obligaciones de tratado de las partes. Véase generalmente Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 510-12 (7th ed. 2008). En el contexto de los tratados de inversión, se ha aplicado el *jus cogens* en la Decisión sobre la Anulación de *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, Caso del CIADI No. ARB/03/25 (23 de diciembre, 2010), párrafos 197-208.

⁸ Estatuto de la CIJ, Artículo 38(1)(d).

⁹ Véase generalmente Rahim Moloo & Justin Jacinto, "Health and Environmental Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties", 29 *Berkeley Journal of International Law* 1, 37-56 (Otoño 2010) (discutiendo la responsabilidad bajo la norma de trato justo y equitativo para la regulación ambiental y sanitaria).

¹⁰ *Id.*

¹¹ En otras publicaciones hemos realizado un análisis más detallado de los criterios de revisión aplicables en relación con las medidas de expropiación indirecta, trato justo y equitativo, no discriminación y no exclusión. Véase Moloo & Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law' nota 1 *supra*.

¹² Schill, nota 3 *supra* en 16-17, 20-21.

¹³ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 25 (1953).

¹⁴ Moloo & Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law' nota 1 *supra*, Parte B.1, en referencia a: *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Opinión Consultiva 84 (22 de julio, 2010); *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua contra los Estados Unidos de América*, Fallo (27 de junio, 1986), Informes de la CIJ 258 (1986); *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Caso del CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (14 de enero, 2010), párrafo 505.

¹⁵ Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(b) ("Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: . . . (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades."); CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Caso del CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité Ad Hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (25 de septiembre, 2007) párrafo 49 ("Una omisión absoluta en la aplicación del derecho a que está obligado el Tribunal conforme al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI también puede constituir una extralimitación manifiesta de sus facultades...").

Consentimiento a Arbitraje a través de Legislación Nacional de Inversiones

por Makane Moïse Mbengue

artículo 3



Los códigos nacionales de inversiones¹ pueden actuar como potenciales fuentes del derecho internacional de las inversiones. En otras palabras, los estados pueden hacer compromisos unilaterales dentro del marco de la legislación nacional de inversiones y, como consecuencia, puede considerarse que han “creado obligación[es] internacionales”². Los destinatarios de estas leyes son los inversores extranjeros, así como el estado que es en sí mismo el ‘autor’ de la legislación de inversiones³.

Que los estados se comprometan a través de tratados bilaterales o multilaterales de inversión o a través de contratos con inversores extranjeros es bastante común. Que los estados se sometan a obligaciones *vinculantes* relativas a las inversiones *a través de* legislación nacional de inversiones es más raro, pero refleja una creciente tendencia en los países en desarrollo.

Los códigos nacionales de inversiones abarcan, *inter alia*, reglas sustantivas de trato de las inversiones (trato justo y equitativo, trato nacional y de nación más favorecida, protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias, protección contra la nacionalización y la expropiación, y el derecho a la libre transferencia de capitales), así como también comprenden disposiciones que definen la noción de inversión y de inversor. Sin embargo, de todas las disposiciones contenidas en los códigos nacionales de inversiones, aquellas que abordan la resolución de controversias entre un estado anfitrión y un inversor extranjero parecen ser las más conflictivas. Esto es particularmente así en torno a las disposiciones que involucran el arbitraje de inversor a estado.

El arbitraje entre inversor y estado está sujeto al consentimiento de las partes, que tradicionalmente emana de un acuerdo preexistente. Este acuerdo a menudo toma la forma de un tratado entre un estado anfitrión y el estado de la nacionalidad del inversor extranjero. También puede tener la forma de un contrato entre el estado anfitrión y un inversor extranjero. Por el contrario, cuando es otorgado a través de leyes de inversiones extranjeras, el consentimiento a arbitraje relativo a inversiones no involucra un acuerdo entre

dos estados o entre un estado y un inversor extranjero. En cambio, el consentimiento a arbitraje proviene de una *iniciativa unilateral* del estado anfitrión en sus ley(es) nacionales de inversiones⁴. Por ejemplo, un estado puede dar su consentimiento “por medio de un compromiso *unilateral* [...] establecido en su legislación”⁵ y “*ofrece*[...] someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias producidas con motivo de cualquier inversión o de algún tipo de ellas”⁶.

En este sentido, la ‘oferta a arbitrar’ expresada bajo los códigos nacionales de inversiones es más amplia que la oferta realizada en virtud de TBIs o de contratos de inversión. El consentimiento a arbitraje a través de TBIs es una oferta limitada a los inversores extranjeros cuyos estados de nacionalidad han celebrado un TBI con el estado anfitrión contra el cual pretenden iniciar un procedimiento de arbitraje. En este sentido, el consentimiento a arbitraje a través de un contrato de inversión es una oferta estrictamente limitada a los inversores extranjeros que son parte de dichos contratos. Por el contrario, el consentimiento a arbitraje a través de leyes nacionales de inversiones constituye una oferta realizada a la comunidad de inversores extranjeros *como un todo* sin la posibilidad real de individualizar el alcance de la oferta. Esta es una característica particular de las leyes de inversiones extranjeras, que debería ser tenida en cuenta por los estados cuando deciden redactar tales piezas de legislación.

En la práctica, los códigos nacionales de inversiones emplean un lenguaje diferencial y estipulan diferentes niveles de participación cuando se trata del consentimiento a arbitraje. Así, pueden distinguirse cuatro modelos principales.

¿Consentir o no consentir el arbitraje? Los cuatro modelos que surgen de la legislación nacional de inversiones

El primer modelo puede ser calificado como el ‘modelo de no arbitraje’ o ‘modelo de participación en arbitraje *opt-in*’ ya que se refiere a aquellas leyes nacionales de inversiones que no abarcan ninguna disposición de solución de controversias, y por lo tanto, no mencionan el arbitraje de inversión internacional⁷. En ocasiones, los códigos nacionales de inversiones de este tipo meramente disponen la solución de controversias ante los tribunales nacionales del estado anfitrión.

El Segundo modelo puede ser caracterizado como un ‘modelo de participación en arbitraje *opt-out*’. La legislación nacional de inversiones regida por un modelo como tal requiere que la solución de controversias relativas a la inversión extranjera se realice ante tribunales nacionales. Solamente cuando un tratado de inversión (por ej., un TBI) o un contrato de inversión permite explícitamente recurrir a un arbitraje de inversión internacional, este último sustituye la solución

de controversias ante tribunales nacionales. Este tipo de legislación nacional de inversiones no incorpora, formalmente hablando, una oferta permanente de consentimiento a arbitraje. El arbitraje de inversión solo es previsto como un mecanismo derogatorio. Un buen ejemplo del 'modelo de participación en arbitraje *opt-out*' se encuentra en la ley de inversiones extranjeras de Mongolia (en inglés, *Mongolian Foreign Investment Law*).⁸

El tercer modelo puede ser designado como un 'modelo de arbitraje opcional'. La legislación de inversiones extranjeras que incluye un modelo como tal no abarca un consentimiento estricto a arbitraje. Simplemente *recomienda o autoriza*, entre otras posibilidades, recurrir a arbitraje internacional a fin de resolver controversias relativas a la inversión internacional. El lenguaje habitual tiende a señalar que una controversia de inversión "puede ser resuelta" a través de arbitraje o "mediante acuerdo mutuo entre las partes". Un ejemplo importante del 'modelo de arbitraje opcional' puede observarse en el código de inversiones de Seychelles (en inglés, *Investment Code of Seychelles*).⁹

El 'modelo de arbitraje opcional' no debe ser confundido con las cláusulas comunes de elección de foros. Las últimas generalmente brindan a los inversores extranjeros la posibilidad de elegir entre el arbitraje de inversión o la solución de controversias por medio de tribunales nacionales. La elección realizada por el inversor extranjero luego es impuesta al estado anfitrión. Por el contrario, las leyes nacionales de inversiones basadas en el 'modelo de arbitraje opcional' requieren un acuerdo previo (es decir, una cláusula de arbitraje preexistente en un contrato de inversión) o un acuerdo subsecuente (es decir, lo que comúnmente se denomina un *compromis*) entre el estado anfitrión y el inversor extranjero. En ausencia de un acuerdo como tal, no puede determinarse el consentimiento a arbitraje. La única opción restante para el inversor extranjero sería la de presentar la controversia ante los tribunales nacionales del estado anfitrión. Por consiguiente, el 'modelo de arbitraje opcional' permite a los estados anfitriones ejercer un margen de discreción al decidir si presentarse o no a arbitraje internacional. Debido a estas características, el 'modelo de arbitraje opcional' constituye una suerte de válvula de seguridad para aquellos estados que no desean hacer ofertas unilaterales permanentes a arbitraje mientras también conservan la opción de someterse a arbitraje bajo determinadas circunstancias.

El cuarto modelo puede referirse como el 'modelo de arbitraje obligatorio o compulsivo'. A diferencia de los códigos nacionales de inversiones regidos por los tres modelos antes mencionados, algunas leyes nacionales de inversiones incluyen una oferta unilateral a arbitraje bien definida. La semántica generalmente utilizada para expresar una oferta permanente a arbitraje es: "por la presente el estado anfitrión consiente" o "el consentimiento del estado anfitrión se encuentra constituido por este artículo". Los mejores ejemplos de esta tendencia se encuentran en la ley de inversiones extranjeras de Albania (en inglés, *Albanian Foreign Investment*) así como también en varios códigos de

inversiones promulgados por los Estados africanos¹⁰. Además, el 'modelo de arbitraje obligatorio' abarca aquellos códigos nacionales de inversiones que—pese no contener declaraciones explícitas de consentimiento por parte del estado anfitrión—están redactados como para otorgar a los inversores extranjeros un derecho inequívoco para presentar una controversia a arbitraje. Los más notables son los ejemplos de la ley de inversiones extranjeras de Georgia y la ley de inversiones extranjeras de El Salvador.

De los cuatro modelos identificados, el 'modelo de arbitraje obligatorio' parece ser el más directo y al mismo tiempo el más riesgoso para los estados. De hecho, permite a los inversores extranjeros que inicien directamente procedimientos de arbitraje de inversión contra el estado anfitrión sin requerir un consentimiento adicional *ad hoc*. El consentimiento a arbitraje a través de las leyes de inversiones extranjeras, por lo tanto, es propenso a generar efectos legales a nivel internacional. Como consecuencia, un estado anfitrión que se rige por el 'modelo de arbitraje obligatorio' se encuentra imposibilitado de exigir que solo sus tribunales nacionales tengan competencia para interpretar el alcance y contenido del consentimiento a arbitraje contenido en el código nacional de inversiones. Una vez que se ha formulado una oferta de arbitraje en el derecho interno, el estado anfitrión renuncia a su poder de interpretar su propia legislación. Es el tribunal arbitral internacional quien decide sobre la interpretación adecuada que se dará a un presunto consentimiento a arbitraje aun cuando éste se encuentre contenido en la legislación nacional¹¹.

Esta fundamentación también puede aplicarse a ofertas ambiguas para arbitrar bajo la legislación nacional de inversiones. En el caso de formulaciones poco claras e imprecisas de consentimiento a disposiciones relativas a arbitraje¹², los inversores extranjeros aun pueden iniciar procedimientos de arbitraje en contra de los estados anfitriones. Incluso, todavía existe una 'zona gris' en el consentimiento a arbitraje que puede ser explotada para someter a un estado a arbitraje. Está dentro del poder de un tribunal arbitral internacional decidir, por medio de su interpretación, si esta 'zona gris' constituye una oferta unilateral a arbitrar o no. Esto es remarcable. Independientemente de si un estado no ha consentido *claramente* a arbitrar bajo su código de inversiones, sigue estando sujeto a la jurisdicción de un tribunal arbitral quien tendrá la última palabra sobre el significado de la ley nacional de inversiones.

Por lo tanto, es aconsejable para los estados que no deseen entrar en el dominio del arbitraje simplemente evitar toda referencia al arbitraje internacional al momento de redactar o modificar las leyes de inversiones extranjeras. Es preferible que los estados, en particular los países en desarrollo, se circunscriban al 'modelo de no participación en arbitraje' o al 'modelo de arbitraje opcional' para evitar cualquier efecto legal no deseado.

La 'zona gris' del consentimiento a arbitraje: Interpretando leyes de inversiones nacionales

En la práctica arbitral más reciente, ha surgido gran

polémica en relación con las disposiciones oscuras relativas al consentimiento a arbitraje bajo las leyes nacionales de inversiones¹³. El ejemplo más destacado es el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 de Venezuela.¹⁴

Algunos académicos creen firmemente que el Artículo 22 de la Ley venezolana es una expresión de consentimiento a arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁵. Sin embargo, el tribunal arbitral del caso *CEMEX c. Venezuela* llegó a una conclusión diferente¹⁶, señalando que no puede deducirse una oferta unilateral a arbitraje de la ley de inversiones venezolana¹⁷. No es de la incumbencia del presente artículo discutir si el tribunal arbitral estaba o no en lo correcto en la interpretación realizada. No obstante, resulta importante abordar brevemente la forma más adecuada de interpretar los códigos nacionales de inversiones.

A fin de determinar el efecto de una oferta ambigua de arbitraje, la interpretación debería respetar, hasta cierto punto, la metodología básica de interpretación de los tratados. Esta metodología consiste en dar prioridad al *significado literal de los términos* (lo estrictamente expresado en la oferta unilateral)¹⁸, en su *contexto* (códigos de inversiones extranjeras como instrumentos de protección y promoción de las inversiones extranjeras) y conforme a su *objeto y propósito* (es decir, brindar a los inversores extranjeros garantías y salvaguardias legales). Cuando resulte pertinente, debe prevalecer el criterio de intención del estado anfitrión (qué pretende el estado al incorporar *algún tipo de* cláusula de arbitraje en su legislación).

Las leyes de inversiones nacionales “no son similares a una aparente promesa improvisada de un diplomático o a una declaración política de algún líder”¹⁹. En cambio, crean relaciones legales entre los estados anfitriones y los inversores extranjeros. Cuando un estado realiza una oferta, denominada unilateral, ofrece arbitrar según su código de inversiones extranjeras, la buena fe debe ser el principio rector en cuanto a la determinación de la naturaleza vinculante de dichas ofertas²⁰. La ambigüedad en la formulación de compromisos unilaterales dentro del marco de la legislación de inversiones extranjeras no debe beneficiar ni al estado ni al inversor.

En conclusión, los estados son libres de redactar leyes de inversiones de acuerdo con sus propios intereses y normas. Lo que es seguro es que el consentimiento a arbitraje a través de códigos nacionales de inversiones no es necesario. La atracción de inversión extranjera en el mundo en desarrollo no depende de la incorporación de ofertas unilaterales a arbitrar en el derecho interno. Esto es un mito. Por ejemplo, generalmente se considera que Mauricio proporciona un ambiente seguro para las inversiones sin la incorporación de ninguna cláusula de solución de controversias en su código nacional de inversiones²¹. Si un estado soberano considera que es apropiado incorporar el consentimiento unilateral a arbitraje en su legislación, debería hacerlo de la manera menos ambigua posible. El consentimiento a arbitraje no es una condición sine qua non sino que la previsibilidad legal lo es.

Autor

Makane Moïse Mbengue es Profesor Adjunto, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y Profesor Invitado de Sciences Po Paris (Facultad de Derecho).

Notas

- 1 En el contexto de la presente contribución, la legislación nacional de inversiones será referida indistintamente como ‘leyes de inversiones extranjeras’ o como ‘códigos nacionales de inversiones’.
- 2 *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso del CIADI ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio, 2010, párrafo 85. A menos que se indique lo contrario, todos los laudos se encuentran disponibles en el siguiente sitio web: www.italaw.com.
- 3 Véase, por ej., la ley de inversiones extranjeras de 1998 de Myanmar (1998 *Foreign Investment Law of Myanmar*).
- 4 Véase *Tradex Hellas (Greece) v. Republic of Albania*, Caso del CIADI No. ARB/94/2, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de diciembre de 1996, (1999) 14 *ICSID Rev. – Foreign Inv. LJ*, párrafo 186–187.
- 5 *IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador*, Caso del CIADI No. ARB/02/10, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de diciembre de 2003, párrafo 24.
- 6 *Ibid.* Véase también, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Caso del CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrafo 45.
- 7 Este es el caso, por ej., de la ley de inversiones extranjeras de 1998 de Myanmar (compuesta por la declaración sobre la ley de inversiones extranjeras de Myanmar y la unión de Myanmar sobre la ley de inversiones extranjeras (en inglés, “*Statement on Foreign Investment Law on Myanmar*” y “*Union of Myanmar Foreign Investment Law*”), disponible en: <http://missions.itu.int/~myanmar/it&invest01.html>. Véase también, la ley de promoción de las inversiones de 2000 de Mauricio (en inglés, *2000 Investment Promotion Act of Mauritius*) (modificada en 2009).
- 8 El Artículo 25 de la ley de inversiones extranjeras de Mongolia establece que: “las controversias surgidas entre inversores extranjeros e inversores de Mongolia así como también entre inversores extranjeros y personas legales o naturales de Mongolia en torno a asuntos relativos a la inversión extranjera y las operaciones de la entidad comercial de inversión extranjera deben ser resueltas ante los Tribunales de Mongolia a menos que se disponga lo contrario en tratados internacionales de los cuales Mongolia es parte o por un contrato entre las partes.” Cita extraída de *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and CAUC Holding Company LTD. v. The Government of Mongolia and MONATOM Co., LTD, ibid.*, párrafo 67. [La traducción nos pertenece].
- 9 Véase el Artículo 13.2 de la ley del código de inversiones de Seychelles de 2005 que establece que: “las controversias que no pueden ser resueltas por las partes *pueden ser resueltas*: a) por medio de un procedimiento de arbitraje ya sea local o internacionales basado en un acuerdo previo entre las partes; o b) por medio de un procedimiento legal conforme a la ley de Seychelles”. [La traducción nos pertenece].
- 10 “La interpretación de Consentimiento al arbitraje del CIADI contenidas en la legislación nacional de inversiones”, 27 *Arbitration International* 2 (2011), p. 156.
- 11 Véase D. Caron, “*The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts Under International Law*”, en M. H. Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, pág. 655.
- 12 Véase V. J. Tejera Pérez, “*Do Municipal Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study*”, en I. A. Laird, T. J. Weiler (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, LLC, Huntington, 2008, pág. 89.
- 13 Véase, por ej., *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso del CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010. Véase también, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso del CIADI ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio, 2010. Véase también, *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso del CIADI No. ARB/08/3, Laudo, 2 de agosto de 2011.
- 14 El Artículo 22 dispone lo siguiente: “Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGIMIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.”
- 15 V. J. Tejera Pérez, *op. cit.*, pág. 101: “pese a presentar una redacción complicada, el Artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana contiene en sí mismo una oferta a arbitrar ante el CIADI por parte de la República Bolivariana de Venezuela para resolver sus controversias con todos los inversores extranjeros”. [La traducción nos pertenece].
- 16 Los tribunales arbitrales de los casos *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (*op. cit.*) y *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (*op. cit.*) llegaron a la misma conclusión con una fundamentación similar.
- 17 El tribunal arbitral consideró que: “Si hubiera sido la intención de Venezuela prestar su consentimiento por anticipado al arbitraje del CIADI en general, hubiera sido fácil para los redactores del artículo 22 expresar esa intención claramente empleando alguna de esas fórmulas bien conocidas”. (*CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, op. cit.*, párrafo 137) y “El Tribunal llega así a la conclusión de que no se ha establecido dicha intención. [...] partiendo del texto oscuro y ambiguo del artículo 22 no puede llegar a la conclusión de que Venezuela, al aprobar la Ley de Inversiones de 1999, otorgó unilateralmente consentimiento al arbitraje del CIADI para todas las controversias abarcadas por el Convenio del CIADI de manera general.” (*ibid.*, párrafo 138).
- 18 Véase *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ibid.*, párrafo 90.
- 19 D. Caron, *op. cit.*, pág. 674. [La traducción nos pertenece].
- 20 Véase *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, Caso del CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, párrafo 115.
- 21 Véase el sitio web de la agencia nacional de promoción de las inversiones de Mauricio en el cual se señala que: “De acuerdo a la última encuesta del Banco Mundial *Doing Business*, Mauricio es el n° 1 en África y el n° 23 mundialmente en términos de la facilidad de hacer negocios. El instituto canadiense *Fraser* también calificó a Mauricio como el 1er en África y el 9no mundialmente en su tabla sobre libertad económica”, disponible en: <http://www.investmauritius.com/Mauritius.aspx>. [La traducción nos pertenece].

Derecho de las Inversiones y Servicios Públicos:

¿Choque de Intereses o Convivencia Pacífica?

por Markus Krajewski

artículo 4



[E]l Tribunal debe equilibrar las expectativas legítimas y razonables de los Demandantes con [...] [el] derecho a regular la provisión de un servicio público vital¹.

En esta cita de un tribunal de arbitraje de inversión se destaca la relación entre el derecho internacional de las inversiones y la regulación de los servicios públicos. En este ensayo se ilustran áreas de controversia entre los requisitos del derecho internacional de las inversiones y la regulación de los servicios públicos.

Regulación de servicios públicos e intereses comerciales internacionales

Los servicios públicos son provistos y regulados en base a un interés público no comercial y a la necesidad del abastecimiento de tales servicios de una manera que el mercado no puede lograr. Las obligaciones relativas a los servicios públicos están destinadas a garantizar una cierta calidad del servicio, el acceso general (universal) y precios accesibles. Esto abarca juicios de valor que pueden variar de país en país y a lo largo del tiempo. La regulación de los servicios públicos debería desarrollarse en un proceso democrático y estar articulada por organismos públicos democráticamente responsables. Estos servicios son un elemento clave del estado moderno en cuanto al bienestar social que se encuentra sujeto a procesos continuos de adaptación y reforma. Esto implica la revisión y la reevaluación de los modelos existentes para la provisión de servicios públicos. En este contexto, es preciso remarcar que los modelos que se basan exclusivamente en soluciones de mercado están siendo cada vez más recusados. Por lo tanto, resulta necesario conservar la autonomía regulatoria y crear un espacio para debatir y reflexionar sobre la reforma de la regulación de los servicios públicos.

A primera vista, esta regulación parece no colisionar con el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, una actividad que en un país es percibida como la provisión de un servicio por un monopolio público sobre una base no comercial, en otro país puede ser una actividad comercial pretendida por empresas privadas. Por ejemplo, los servicios postales tradicionales, tales como la entrega de correspondencia, se encuentran sujetos a un monopolio estatal en Canadá, mientras que en Europa estos servicios son provistos en mercados liberalizados. Esto hace que la inclusión de los servicios postales sea un tema de controversia en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés) que actualmente se encuentra bajo negociación.

Además, en el proceso de transformación de los servicios públicos a través de la liberalización y la privatización,

a menudo los países experimentan con el uso de varios instrumentos y también es posible que en algún momento suspendan o cambien las políticas de liberalización o comercialización. Esto puede entrar en conflicto con los intereses de las empresas privadas que son activas en el campo en cuestión. Por ejemplo, después de que varios países latinoamericanos emprendieran políticas de privatización de los servicios de agua y saneamiento a fines de la década de 1980 y a principios de 1990, los cambios en las preferencias políticas y la crisis financiera generaron un cambio de rumbo en las políticas de la década del 2000, lo cual provocó una serie de diferencias relativas a la inversión.

El impacto de los acuerdos internacionales sobre inversiones en los servicios públicos

Alcance de los tratados de inversión

Los tratados de inversión internacional, tales como los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y los capítulos de inversión contenidos en los acuerdos comerciales regionales, generalmente definen su alcance en base a una lista ilustrativa y exhaustiva de diferentes formas de bienes. A diferencia de los acuerdos de comercio (tales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio) los tratados de inversión no excluyen las actividades gubernamentales de su alcance de aplicación. El impacto del derecho de las inversiones en la regulación de los servicios públicos, por consiguiente, no se filtra a través de limitaciones en el alcance de aplicación de los acuerdos de inversión. Además, muchos tratados de inversión incluyen "concesiones" en sus listas de bienes. El retiro de las concesiones, o la alteración de los términos de las mismas con respecto a la provisión de servicios públicos, tales como gas, agua o electricidad, han sido sometidos a procedimientos de arreglo de diferencias entre inversor y estado.

Protección contra la expropiación

Los tratados de inversión brindan protección contra la expropiación directa e indirecta. En el contexto de los servicios públicos, la expropiación regulatoria (toma regulatoria) es de particular interés. El término denota medidas regulatorias que generalmente sirven al interés público pero que también privan al inversor del valor comercial de la inversión. Los tribunales arbitrales se han esforzado por separar regulaciones legítimas para fines de políticas públicas que no generan indemnización, y medidas regulatorias que tienen efectos perjudiciales para el inversor de manera injustificada que requerirían indemnización. A menudo, los tribunales hacen referencia al grado o la magnitud de la interferencia con respecto a los derechos del inversor. Por ejemplo, el tribunal del caso *Azurix* señaló "para el Tribunal, la cuestión no es tanto si la medida de que se trata es legítima y sirve a un fin público, sino si se trata de una medida que, siendo legítima y sirviendo a un fin público, debería dar lugar a una reclamación de indemnización"². Por lo tanto, las medidas tomadas con fines regulatorios de servicios públicos pueden llegar a ser expropiaciones indirectas o regulatorias si afectan adversamente los bienes del inversor de manera tal que lo priven del valor de su inversión.

Niveles de trato

Aparte de la protección contra la expropiación, los tratados de inversión generalmente requieren un trato justo y equitativo del inversor. El trato justo y equitativo a menudo es definido con respecto a las expectativas legítimas del inversor, que, por ejemplo, pueden verse alteradas por un cambio repentino o fundamental en la legislación que rige la inversión respectiva. Además, esta norma se relaciona con la estabilidad, predictibilidad y coherencia del ambiente legal y comercial.

En este contexto, a menudo se hace referencia al objeto y propósito de los tratados de inversión para crear condiciones favorables para las inversiones. Los tribunales han concluido que garantizar un clima de inversión estable y predecible es uno de los principales propósitos de estos acuerdos.

La norma de trato justo y equitativo ha sido el núcleo de un número de diferencias relativas a inversión en torno a la distribución de agua, tal como el caso *Suez c. Argentina*. Aquí, la opinión del tribunal fue que, pese a las circunstancias extraordinarias de la crisis financiera y económica argentina, las autoridades provinciales eran confinadas a ejercer su capacidad regulatoria de acuerdo con los términos y condiciones del marco regulatorio acordado³. Esto demuestra que puede surgir una tensión entre los requisitos de esta norma y la regulación gubernamental de los servicios públicos si la norma de trato justo y equitativo inhibe los ajustes y cambios necesarios en el marco legal que el inversor no esperaba, o que son considerados irrazonables o injustificados por los tribunales de inversión.

Otro elemento típico de los tratados de inversión que es relevante para la regulación de los servicios públicos son las "cláusulas generales"⁴. Generalmente, estas cláusulas requieren que el estado anfitrión cumpla con "cualquier otra obligación" que haya asumido con respecto a las inversiones protegidas bajo el respectivo tratado. Un tema importante concerniente a la cláusula general es si cubre las obligaciones asumidas bajo contratos entre inversor y estado, tales como los contratos de concesión. Si este fuera el caso, un inversor no solo podría recusar la violación directa de los principios fundamentales de los acuerdos internacionales sobre inversiones, sino también la violación de contratos de inversión en un procedimiento de arreglo de diferencias entre inversor y estado. El alcance de la cláusula general es de especial interés en el contexto de la regulación de los servicios públicos, porque las inversiones en infraestructura (redes de servicios, redes de suministro de electricidad nacional, etc.) habitualmente son proyectos a gran escala que requieren contratos elaborados y detallados (generalmente de concesión) entre el estado y el inversor. A menudo estos contratos contienen un marco regulatorio específico al proyecto y abarcan aspectos comerciales, así como elementos de poder público (contratos administrativos). En vista de la complejidad de estos contratos y los varios campos legales que abordan, resulta de gran importancia cómo se adjudicarán las reclamaciones que surjan de los mismos.

Áreas de controversia

La imposición de obligaciones en los acuerdos internacionales sobre inversiones puede generar conflictos con las políticas y actividades gubernamentales destinadas a la regulación de los servicios públicos, en particular si los gobiernos utilizan medidas e instrumentos ad hoc en casos particulares que afectan la operación de una inversión existente. Si las regulaciones se encuentran vigentes antes de realizada la inversión, y si las regulaciones son aplicadas de manera transparente y no discriminatoria, el potencial de conflicto entre los acuerdos de inversión y la regulación de los servicios públicos parece ser menos agudo. Sin embargo, la regulación de los servicios públicos responde a las cambiantes necesidades de una sociedad, a cambios en las políticas públicas o a problemas impredecibles que ocurren durante la duración de un proyecto de inversión. En estos casos, el marco regulatorio acordado y conocido por el inversor antes de realizar la inversión puede ser inadecuado para tratar estos cambios y eventos impredecibles. El derecho internacional de las inversiones coloca un gran peso sobre los gobiernos si los mismos intervienen con instrumentos que no son previstos por el inversor o que surgen de manera inesperada. Tal como se

ha observado en los casos de privatización de los servicios de agua, el tema del control de precios y calidad a menudo es un asunto central de estas diferencias. La regulación de precios y calidad, sin embargo, se encuentra entre las áreas más importantes de la regulación de los servicios públicos ya que determina las condiciones del acceso de los ciudadanos a estos servicios.

¿Potencial para lograr la armonía?

¿Los tratados de inversión también pueden apoyar la provisión de servicios públicos? Dado que la provisión de servicios públicos en muchos países no recibe suficientes fondos, la falta de financiamiento e inversión podría ser compensada a través de la atracción de capital extranjero. Consecuentemente, la inversión externa directa en los servicios públicos podría contribuir a la provisión de servicios de alta calidad. De hecho, en todas las diferencias relativas a servicios de agua, inicialmente el inversor fue invitado a invertir en el país asumiendo que la inversión tendría un impacto positivo en el abastecimiento y distribución de agua potable. Por lo tanto, podría argumentarse que los acuerdos de inversión pueden tener un impacto positivo en la provisión de servicios públicos si contribuyen a atraer la inversión externa a aquellos sectores. Sin embargo, no está claro si los acuerdos de inversión están vinculados positivamente con la atracción de inversión externa directa⁴. Consecuentemente, la cuestión de si los acuerdos de inversión pueden tener un impacto positivo en la provisión de servicios públicos depende de las circunstancias de cada caso en particular.

Conclusión

El impacto del derecho de las inversiones en la regulación de los servicios públicos es especialmente relevante en el contexto de las decisiones tomadas en situaciones específicas, a menudo en reacción a cambios imprevistos en las políticas públicas, el desempeño del inversor o las condiciones económicas y financieras generales del país. Mientras que los tribunales de inversión generalmente parecen aceptar la necesidad de regular los servicios públicos, son menos tolerantes a cambios en reacción a situaciones excepcionales y acontecimientos imprevistos. Sin embargo, la reacción a tales cambios es un elemento fundamental de la regulación de los servicios públicos que también puede estar basada en consideraciones de toma de decisiones democrática dentro de una sociedad determinada. El enfoque de muchos tribunales de inversión con respecto a casos que involucran servicios públicos, por lo tanto, necesita ser modificado si se pretende lograr un equilibrio entre los derechos del inversor y los requisitos de la regulación de los servicios públicos.

Autor

Markus Krajewski es profesor de derecho público e internacional en la Universidad de Erlangen-Nürnberg (Alemania). Este ensayo está basado en un capítulo que será publicado en Bungenberg / Griebel / Hobe / Reinisch (eds), *International Investment Law, a ser publicado*.

Notas

¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. la República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrafo 216. [La traducción de la cita nos pertenece]

² *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Caso del CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párrafo 310.

³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, Caso del CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrafo 227. [La traducción de la cita nos pertenece]

⁴ N. del T.: En inglés *umbrella clauses*.

⁴ Véase UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries* (UNCTAD, 2009), pag. 33.

Análisis del borrador preliminar de la Comisión Europea sobre la solución de controversias en los acuerdos de la UE

por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

artículo 5



Con el Tratado de Lisboa de la Unión Europea, vigente desde diciembre de 2009, la inversión externa directa recae bajo la exclusiva competencia de la Unión Europea (UE). Desde entonces, las tres instituciones europeas—la Comisión Europea, el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo—han participado en un acalorado debate sobre un nuevo marco legal y posturas de negociación para la negociación de tratados de inversión de la UE. Como parte de este proceso, en mayo de 2012 la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea emitió un primer borrador sobre la resolución de controversias entre inversores y Estados en los tratados de inversión de la UE.

El presente artículo pretende brindar una descripción general y una evaluación sobre algunos de los cambios propuestos, antes de examinar en mayor profundidad tres asuntos de interés específico: el enfoque propuesto por la Comisión en relación con la transparencia en la solución de controversias entre inversores y Estados, la constitución de tribunales, y la implementación y ejecución de los laudos o sentencias.

Descripción general

El borrador preliminar de la Comisión toma la forma de una 'sección' o capítulo de un tratado de libre comercio (TLC) y pretende ser la base de las negociaciones de la UE con Canadá, India y Singapur. El borrador, que no es público, fue revisado a principios de junio para reflejar los comentarios proporcionados por los Estados miembro de la UE.

Con su propuesta, la Comisión dio una clara señal de que desea incluir disposiciones sobre la resolución de controversias entre inversores y Estados en las negociaciones con sus actuales socios (Canadá, India, Singapur) y muy probablemente también con sus futuros socios. El texto indica, asimismo, que la Comisión está tratando de lidiar con algunos de los temas de interés relativos al sistema que se han cristalizado durante la última década. Los estados miembro, sin embargo, parecen estar divididos en cuanto a la necesidad de que el sistema evolucione. Si bien el tono de algunos comentarios en general fue positivo, otros miembros, tales como Alemania, parecen oponerse categóricamente a cualquier modernización o mejora propuesta por la Comisión. Esta oposición es difícil de entender ya que abordar los temas de interés relativos al sistema de resolución de controversias resultará beneficioso tanto para los Estados como para los inversores. El único sector que se vería afectado negativamente por las mejoras en el sistema sería la industria legal, que atañe a abogados y árbitros de carácter privado, quienes podrían tener importantes intereses financieros en que se mantenga el *status quo*. Al mismo tiempo, generalmente hablando, si el sistema no fuera reparado, incluso

esta industria debería preocuparse por la posible repercusión que esto tendría en el arbitraje entre inversores y Estados.

El sistema de arbitraje entre inversores y Estados propuesto por la Comisión se basa en el actual reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por lo tanto, la Comisión no pretende establecer un sistema completamente nuevo y autónomo. Sin embargo, el borrador de la Comisión aborda algunos de los problemas que han surgido en virtud de este reglamento en el contexto del arbitraje de los tratados de inversión, y complementa los vacíos y temas de preocupación que surgen del mecanismo complementario. El borrador incluye una serie de disposiciones destinadas a aclarar o innovar en la práctica actual a través de la determinación del alcance de la resolución de controversias, así como de nuevas reglas detalladas sobre mediación, la exclusión de las 'acciones de clase', cláusulas bifurcadas para evitar demandas múltiples sobre el mismo asunto, un marco especial para la constitución de los tribunales, las condiciones para la designación de los miembros de los tribunales, la asignación y establecimiento de los costos, la consolidación de reclamaciones y la creación de un Comité para la Solución de Controversias entre Inversores y Estados a cargo de la implementación e interpretación de asuntos de interés y de examinar la posibilidad de crear un mecanismo de apelación.

Muchas de estas innovaciones están yendo en la dirección correcta, pese a que es posible que algunas requieran mayor detalle para poder ir más lejos. Al mismo tiempo, el borrador también contiene algunos aspectos preocupantes en relación con la ejecución de los laudos y el uso de medidas en represalia. Finalmente, el borrador aborda temas específicos a la UE, estableciendo un marco para determinar quién será el demandado cuando un inversor extranjero presente una reclamación en contra de una medida tomada por la UE o por uno de sus Estados miembro. Este aspecto se encuentra complementado por otra propuesta de la Comisión para crear un marco destinado a gestionar la responsabilidad financiera en el caso de la presentación de demandas de arbitraje por inversores en contra de la UE o de un Estado miembro de la UE en virtud de los capítulos o tratados de inversión negociados por la Unión; este marco fue hecho público en junio.

Transparencia en la solución de controversias entre inversores y Estados

A partir de una marcada tendencia, la Comisión está incorporando fuertes disposiciones de transparencia que pretenden garantizar el acceso a documentos y audiencias del sistema de resolución de controversias. Esto se basa en avances en el CIADI y la CNUDMI donde un grupo de trabajo actualmente está discutiendo sobre reglas de transparencia que sean más sólidas, y sobre la práctica actual de países tales como los Estados Unidos y Canadá, que están incorporando reglas de transparencia en sus tratados de inversión. El borrador incluye un anexo donde se exige que, sujeto a excepciones de información protegida, una amplia gama de documentos sean hechos públicos, desde notificaciones de intención y demás presentaciones de partes contendientes y no contendientes y de terceras partes, así como de los informes de expertos y declaraciones de testigos, y de las órdenes, decisiones y laudos emitidos por los tribunales. La Comisión ha designado a la Secretaría General del CIADI como depositaria de los documentos de arbitraje tanto de casos del CIADI como de otros fueros. Es de esperarse que la Secretaría del CIADI pueda y se encargue de esta tarea. El borrador no especifica la manera en que la información será hecha pública. En sus comentarios sobre el borrador, Alemania ha expresado

su preferencia por que la transparencia sea equilibrada con el “derecho de los inversores y de los Estados para mantener en secreto los litigios” y afirmó que “los inversores de la UE esperan que su situación especial se vea reflejada en la redacción de las reglas de transparencia”. Aparte de una falta de sincronización con las tendencias recientes, podría argumentarse que el enfoque de Alemania iría en contra del derecho de los ciudadanos al acceso a la información y socavaría aún más la legitimidad del arbitraje entre inversor y Estado. En su borrador, la Comisión está abordando precisamente este problema de gobernanza y legitimidad al exigir la transparencia en la resolución de controversias, y, como tal, resulta esencial que estas reglas estén incluidas en todos los acuerdos futuros de la UE.

Constitución de tribunales

En cuanto a la constitución de los tribunales, la Comisión adopta un enfoque donde las partes contendientes nominan a un árbitro, y el presidente es designado por acuerdo mutuo. La Comisión pretende complementar este enfoque tradicional mediante la creación de un listado de “al menos 15 individuos” para actuar como árbitros en las diferencias relativas a inversiones que atañen a la UE o a los Estados miembro de la UE bajo el tratado de la Unión Europea. Se especifica que cada Parte del tratado debe proponer a al menos cinco individuos para que actúen como árbitros y que también seleccionen a al menos cinco individuos “que no sean ciudadanos de ninguna de las Partes para actuar como presidentes de los tribunales”. [La traducción nos pertenece]

La elaboración de un listado como parte del enfoque específico a los tratados es una gran mejora, ya que brinda a las partes un indicio sobre quién interpretará y ejecutará el tratado, considerando que la Secretaría General del CIADI designará los árbitros incluidos en dicho listado en caso de que las partes contendientes no hayan nominado ningún árbitro o no hayan llegado a un acuerdo sobre el presidente del tribunal. Sin embargo, la Comisión podría haber ido más allá alejándose de la asignación de árbitros por las partes en favor de un sistema de nominación a través de una autoridad designada o de alguna clase de sistema de sorteo, siguiendo la línea del sistema utilizado en el Organismo de Apelación de la OMC. Esto podría haber establecido una nueva etapa para alcanzar un sistema institucionalizado de panelistas permanentes en el futuro.

El borrador efectivamente establece un número de requisitos para garantizar la independencia y evitar el conflicto de intereses de los árbitros, incluyendo que los individuos: (i) tengan conocimientos específicos sobre derecho internacional, en particular, sobre derecho internacional público y el derecho internacional de las inversiones; (ii) sean independientes, que actúen en su capacidad individual y no sigan instrucciones de ninguna organización o gobierno con respecto a los asuntos relativos a la controversia, o que no estén afiliados al gobierno de ninguna de las Partes o de ninguna parte contendiente y (iii) cumplan con un código de conducta, el cual se encuentra contenido en el anexo del borrador. El código está basado en las Directrices sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*, que contiene lenguaje inequívoco donde se requiere que los árbitros sean imparciales, independientes y libres de todo conflicto de intereses. El código también hace más estrictas y aclara las reglas para evitar los conflictos de intereses de los árbitros en la CNUDMI, el CIADI y otros procesos, y establece una norma común por la “aparición de una actitud tendenciosa o impropia”. Un ejemplo importante de conflicto surge cuando los árbitros actúan como defensa en otros arbitrajes de inversión al mismo tiempo. Un creciente número de árbitros han declarado

que ya no actuarán como abogados defensores en casos de arbitraje de inversión debido al conflicto de intereses que esto crea. Por motivos de claridad, hubiera sido útil que la Comisión ordenara expresamente que los árbitros no puedan actuar concurrentemente como defensores en otros arbitrajes de inversión.

Ejecución de laudos

El borrador contiene un número de elementos conflictivos en torno a la ejecución de los laudos. Por ejemplo, dispone que “[c]ada Parte debe aplicar las obligaciones pecuniarias impuestas por ese laudo dentro del territorio tal como si se tratara de una sentencia final dictada por un tribunal de esa Parte”. Este artículo tiene como consecuencia la emisión de laudos ejecutables al igual que cualquier sentencia final emitida por un tribunal del Estado Parte donde el laudo ha de ser ejecutado, un enfoque aceptado por el Convenio del CIADI. Pero este Convenio brinda a las partes contendientes la posibilidad de recurrir a un proceso de anulación. El proceso de anulación de la CIADI, pese a ser fuertemente criticado por un número de razones, permite a las partes perseguir la corrección de los laudos en determinadas instancias. Siempre que el tratado de la UE no disponga un proceso de revisión, el reconocimiento y ejecución de un laudo que no sea del CIADI debe estar sujeto al marco que establece la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que fue firmada por 146 estados. Bajo la Convención de Nueva York, una sentencia o laudo arbitral emitida en cualquier otro estado generalmente puede ser libremente ejecutada en cualquier otro estado contratante pero no obstante se encuentra sujeta ciertos argumentos limitados, tales como, asuntos de procedimiento (incluyendo aquellos en torno a la composición del tribunal), o si el laudo contiene asuntos que van más allá del alcance del arbitraje, o si la ejecución fuera contraria a las políticas públicas.

También en relación con la ejecución de los laudos o sentencias, el borrador dispone que cuando una Parte no haya cumplido con un laudo final, la otra Parte puede suspender sus obligaciones bajo el TLC, proporcionalmente al no cumplimiento, hasta que se cumpla la ejecución del laudo. No está claro cómo se relaciona esto con el sistema de comercio internacional y esto podría generar una amplia gama de complicaciones. Además, se estaría yendo en contra de la razón fundamental del sistema de arbitraje entre inversores y Estado, que es que las diferencias relativas a inversiones no deberían convertirse en diferencias diplomáticas o de Estado a Estado, sino que deberían ser de competencia exclusiva del inversor para resolver su diferencia con el estado anfitrión.

Conclusión

El borrador de la Comisión sobre la solución de controversias entre inversores y Estados incorpora algunos elementos importantes para mejorar este mecanismo, que tiene tiempo que debe ser mejorado. Notablemente, aumenta la transparencia en el proceso y mejora los requisitos de independencia para los árbitros. Si bien la comisión podría haber sido más valiente e innovar en algunas áreas, el borrador efectivamente brinda las bases institucionales para una mayor mejora en un futuro cercano. La tarea clave ahora es llegar a un consenso entre los Estados miembro y el Parlamento Europeo sobre la necesidad de un cambio a este respecto.

Autor

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada senior en derecho internacional y encabeza el Programa de Inversiones del International Institute on Sustainable Development (IISD).

Tendencias en Reclamaciones de Inversores sobre las Tarifas Reguladas para la Energía Renovable

por Vyoma Jha

artículo 6

Dado que los gobiernos se están volcando cada vez más a las energías renovables para mitigar el cambio climático, las políticas internas relacionadas con el clima bajo la forma de medidas de sostenimiento de los precios, tales como las tarifas reguladas (*Feed-in Tariffs*, por sus siglas en inglés FITs) han jugado un papel importante para estimular la tan necesitada inversión—pública y privada, interna y externa—en el sector.

Las tarifas reguladas se caracterizan por precios garantizados para la compra de electricidad (más altos que las tasas de mercado), un acceso garantizado a la red de suministro eléctrico y un contrato a largo plazo¹. Otra característica de muchas políticas FIT son requisitos de 'contenido local' o 'contenido nacional', que hacen obligatorio que el inversor utilice cierto porcentaje de materiales de proveedores locales a fin de ser elegibles para recibir los beneficios de la política. Por ejemplo, en Canadá, el programa FIT de la Provincia de Ontario requiere que el 'Nivel Mínimo de Contenido Nacional Requerido' se encuentre dentro del 25-50% en los proyectos eólicos de más de 10 kW y un 50-60% para los proyectos de energía solar de más de 10 kW.²

Tal como seguramente saben los lectores de esta publicación, las FITs para energías renovables se han visto involucradas en una serie de reclamaciones presentadas por inversores extranjeros en virtud de tratados de inversión. En este breve artículo se destacan dos maneras en que las inversiones de energía renovable aparecen en las controversias relativas a la inversión.

FITs y requisitos de desempeño

El primer tipo de controversias se relaciona con los requisitos de desempeño de contenido nacional que se imponen al inversor.

En julio de 2011, Mesa Power Group LLC, una empresa con sede en Texas, remitió a Canadá una Notificación de Intención de Presentar una Solicitud de Arbitraje bajo el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en conexión con el programa FIT de Ontario. El inversor reclama que el programa infringe varias obligaciones contenidas en el TLCAN: Artículo 1102 y 1103, por otorgar un trato menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a los inversionistas de un país que no sea Parte del TLCAN; el Artículo 1105, por no brindar un nivel mínimo de trato; y el Artículo 1106, por imponer requisitos prohibidos de "compra local".³

Las medidas de Canadá en relación con los requisitos de contenido nacional del programa FIT de Ontario también están siendo sometidas a dos controversias en curso en la OMC iniciadas por Japón y la Unión Europea, la cuales están siendo atendidas de manera conjunta⁴. Una de las reclamaciones planteadas es que estas medidas son incongruentes con el Artículo 2.1 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (Acuerdo TRIMs), el cual restringe la libertad de los estados para imponer requisitos de desempeño en cuanto al contenido nacional⁵. Pese a que el Acuerdo TRIMs prohíbe las medidas de inversión relativas al comercio con requisitos de desempeño de contenido nacional, este acuerdo incluye dos excepciones pertinentes a la protección del medio ambiente: los párrafos (b) y (g) del Artículo XX del GATT de 1994 podrían utilizarse como fundamento para justificar una medida que no sea congruente con el Acuerdo TRIMs.⁶

Los requisitos de contenido nacional dentro de un programa FIT para energías renovables son particularmente vulnerables a la recusación de un inversor si los tratados de inversión del país en cuestión contienen una prohibición expresa sobre los requisitos de desempeño, que son particularmente comunes en los tratados firmados por Canadá, Estados Unidos y Japón⁷. En tales casos, habrá claras incongruencias entre las políticas relativas al cambio climático y los tratados de inversión.

A pesar de que las controversias de inversión relativas a los requisitos de desempeño son poco comunes hasta el momento, el hecho de que Canadá haya perdido recientemente en una diferencia presentada por dos empresas petroleras de EUA por la violación de la disposición de requisitos de desempeño⁸ presente en el TLCAN pone en relieve la preocupación sobre su prohibición—especialmente cuando estos requisitos se encuentran diseñados para alcanzar objetivos ambientales y sociales. Para evitar sorpresas, será preciso que los gobiernos se aseguren de limitar mejor el alcance de las prohibiciones a través de una redacción cautelosa y excepciones pertinentes.

Estabilidad vs. Flexibilidad

El segundo tema más comúnmente planteado en el contexto de la inversión en la energía renovable se relaciona con el retiro o modificación de las FITs. España, Italia y la República Checa se encuentran entre los países que, según se sabe, están enfrentando reclamaciones recusando a este tipo de medidas.

La reclamación entablada contra España, por ejemplo, fue presentada por un grupo de 14 inversores por el recorte retroactivo en las tarifas de energía solar. Los inversores reclaman que se basaron en las leyes FIT para realizar la inversión y que los recortes subsecuentes en las tarifas por el gobierno violan el Tratado sobre la Carta de la Energía (por sus siglas en inglés, ECT), un acuerdo multilateral que brinda protecciones para los inversores en el sector energético similares a las encontradas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)⁹.

Italia también se encuentra involucrada en una controversia con inversores extranjeros por sus esfuerzos para recortar las FITs en el sector de la energía solar que está creciendo mucho en este país. Inicialmente las medidas fueron tomadas para inducir la inversión en la producción de energía solar, el generoso sistemas de subvenciones ha demostrado ser muy pesado financieramente en tiempos de austeridad económica. Nuevamente, los inversores reclaman que los recortes en las FITs son una violación a la anterior promesa del gobierno de sostener los precios a largo plazo¹⁰. Sin embargo, aún no está claro si los inversores están reclamando la violación del ECT, o uno de los tantos TBIs firmados por Italia.

La República Checa, donde los inversores también se han visto atraídos por generosas políticas FIT para la energía solar, debió pagar la factura por el boom de la energía solar. A fin de frenar los costos, en diciembre de 2010, el gobierno aplicó un nuevo "impuesto solar" retroactivo de 26 por ciento sobre todos los productores de energía solar. Otras medidas tomadas por el gobierno a este respecto fueron: dar por terminada la moratoria fiscal para los operadores de las plantas de energía solar, cambios en las políticas FIT y un aumento del 500% en las tarifas sobre el uso de la tierra. Ahora, la República Checa está siendo

amenazada con una serie de controversias legales y posibles reclamaciones de arbitraje por parte de los inversores extranjeros en el sector de energía solar en ese país¹¹.

Si bien los argumentos legales planteados por los inversores aun no fueron publicados, es muy probable que cualquier medida que interfiera con el monto o duración del sostenimiento de los precios sea recusada como una violación de la norma de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET). Algunos tribunales han interpretado la norma FET como una protección de las “expectativas legítimas” de los inversores, que se encuentran basadas en los principios relativos a que el estado garantice un “ambiente comercial estable”¹² y un “marco transparente y previsible para la planeación del negocio y la inversión”¹³.

Sin embargo, los tribunales han adoptado diferentes enfoques para determinar lo que constituye las “expectativas legítimas” de un inversor, haciendo imposible poder predecir cómo un tribunal en particular fallará en un caso determinado. Algunos tribunales han colocado un gran peso sobre los estados anfitriones o contratantes al no permitirles evitar obligaciones sobre la base de que el cumplimiento puede ser difícil o costoso¹⁴, mientras que otros reconocen que los marcos legales y económicos pueden evolucionar. Tal como subrayó el tribunal del caso Saluka, “ningún inversor puede esperar razonablemente que las circunstancias prevalecientes al momento de la inversión permanezcan totalmente sin cambio”¹⁵. Sin embargo, los tribunales no aprueban las acciones gubernamentales que contradigan compromisos explícitos. Por lo tanto, si un país se rehúsa a pagar o reduce el monto o duración de las tarifas reguladas prometidas, corre el riesgo de frustrar las expectativas legítimas del inversor.¹⁶

Otra recusación similar podría ser que el retiro del sostenimiento de los precios o recortes en el monto de las FIT sean considerados como una expropiación indirecta. Los tribunales que se basan en la denominada “doctrina de efectos únicos”, tal como el del caso *Metalclad*¹⁷ y muchos otros posteriores, podrían considerar una medida como tal como una expropiación indirecta si la misma diera como resultado una disminución significativa del valor económico de la inversión. Sin embargo, se ha argumentado que las FITs meramente facultan a los operadores de una instalación de energía renovable a estar sujetos a precios fijos y que dicha instalación no sea comercializada independientemente de la transacción de energía eléctrica principal. Viendo esto, dado que las FITs no pueden estar sometidas a una explotación económica independiente y que los inversores probablemente no perderán el control de sus instalaciones, cualquier interferencia con estos programas no puede ser considerada una expropiación.¹⁸

Lecciones aprendidas

Las políticas FIT son una herramienta importante para promover la inversión en las energías renovables. Sin embargo, diferentes aspectos de estas políticas ahora están siendo sometidos a controversias relativas a inversiones presentadas en virtud de TBI o el ECT. Estos casos indican que los gobiernos deben ser conscientes sobre los compromisos que asumen en sus tratados de inversión y sobre el diseño de las políticas FIT para las energías renovables. Si el gobierno concluye que sus compromisos bajo estos tratados restringen su capacidad para establecer e implementar objetivos legítimos de índole ambiental u otra, es posible que el mismo deba repensar sus reglas de inversión, tales como aquellas relativas a la prohibición de requisitos de desempeño, para garantizar que pueda tomar las medidas que juzgue necesarias para contribuir a la mitigación del cambio climático.

Los gobiernos también deben ser conscientes de que asumir compromisos a largo plazo con respecto a las tarifas u otros beneficios para estimular la inversión en el campo de las energías renovables puede llevarlos a ser sometidos a un costoso arbitraje internacional, tal como puede observarse en las reclamaciones presentadas contra países europeos que están escasos en dinero. Los gobiernos deberían ser cautelosos desde un comienzo al establecer sus flexibilidades, para eliminar el riesgo de que sus decisiones políticas legítimas generen batallas legales, mientras al mismo tiempo brinden garantías adecuadas a los inversores. Además, los incentivos no deberían ser demasiado altos o difíciles de soportar para la tesorería de un país.

Autor

Wyoma Jha es abogada internacional del Council on Energy, Environment and Water (CEEW), un grupo independiente de expertos en investigación de políticas de Nueva Delhi. wyoma.jha[at]ceew.in. El autor desea agradecer a Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Aaron Cosbey y a Damon Vis-Dunbar por sus valiosos comentarios. Las opiniones aquí expresadas pertenecen exclusivamente al autor.

Notas

1 Véase, Wilke, Marie (2011). *Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review*, Programa de Comercio y Medio Ambiente del ICTSD; *Trade and Sustainable Energy Series, Issue Paper No. 4*, Ginebra

2 *Feed-In Tariff Program Rules*, Versión 1.5.1, 15 de julio, 2011 disponible en: <http://fit.powerauthority.on.ca/>

3 “*More legal woes for Canada’s Feed-in Tariff program for renewable energy*”, Noticias sobre Tratados de Inversión, 7 de octubre, 2011, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/news-in-brief-5/>. Véase también, Notificación de Intención para presentar una reclamación a arbitraje bajo el Capítulo 11 del TLCAN con fecha del 6 de julio de 2011. Disponible en: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Mesa_Power_Group_NOI.pdf

4 *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector (DS412)* y *Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (DS426)*, disponible en: <http://www.wto.org>

5 El Artículo 2.1 del Acuerdo TRIMs establece que: Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994, ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994. En el Anexo del presente Acuerdo figura una lista ilustrativa de las MIC que son incompatibles con la obligación de trato nacional, prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, prevista en el párrafo 1 del artículo XI del mismo GATT de 1994.

6 El Artículo 3 del Acuerdo TRIMs establece que: Todas las excepciones amparadas en el GATT de 1994 serán de aplicación, según proceda, a las disposiciones del presente Acuerdo.

7 Por ejemplo, el Artículo 1106 del TLCAN prohíbe expresamente a una parte del TLCAN imponer o hacer cumplir cualquier requisito o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa para alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional.

8 *Mobil Investments Canada Inc and Murphy Oil Corporation v. Canada* (Caso del CIADI No ARB(AF)/07/4), Véase, “*Canada loses NAFTA claim; provincial R&D obligations imposed on US oil companies held to constitute prohibited performance requirements*”, por Jarrod Hepburn, *IAReporter*, 1 de junio, 2012 disponible en: <http://www.iareporter.com/articles/20120601>

9 “*Foreign investors sue government of Spain over hikes to solar energy tariffs*”, Noticias sobre Tratados de Inversión, 12 de enero, 2012, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/news-in-brief-6/>

10 “*Italy put on notice of treaty claim arising out of economic austerity*”, por Luke Eric Peterson, *IAReporter*, Vol. 5, No. 8, 30 de abril, 2012

11 Dorda, Jaroslav (2010, October). *Solar bonanza turns into a nightmare for investors in the Czech Republic*, disponible en: http://www.pv-tech.org/guest_blog/guest_blog_iv_solar_bonanza_turns_into_a_nightmare_for_investors_in_the_cze

12 Véase, *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Caso de LCIA No. UN3467 (2004) en párrafo 183; También, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Parcial con fecha del 17 de marzo de 2006 párrafo 303.

13 Véase, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Caso del CIADI No. Arb/AF/97/1, (2000) párrafo 99

14 *GAMI Investments GAMI Investments, Inc v. United Mexican States*, CNUDMI (TLCAN) Laudo Final con fecha del 15 de noviembre de 2004 párrafo 94

15 Véase, *Saluka*, Nota 12 *Supra*, párrafo 305

16 Boute, Anatole (2011). *Combating Climate Change through Investment Arbitration Changes*. *Fordham International Law Journal*, Vol. 35. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1867663>

17 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Caso del CIADI No. Arb/AF/97/1 (2000)

18 Boute, nota 16 *Supra*

Noticias en Breve

Vattenfall lanza nueva reclamación contra Alemania

La firma estatal suiza Vattenfall ha lanzado una segunda reclamación contra Alemania.

La reclamación surge a partir de la decisión de Alemania en mayo de 2011 de eliminar progresivamente sus plantas de energía nuclear; 8 plantas ya han sido cerradas y las 9 restantes serán clausuradas a lo largo de la próxima década.

Si bien Alemania ha debatido durante mucho tiempo sobre su uso de energía nuclear, la oposición se hizo más fuerte a raíz del desastre nuclear de Fukushima Daiichi en Japón en marzo de 2011.

Los medios de comunicación alemanes han especulado que Vattenfall solicitará entre 700 – 1.000 millones de Euros por daños debido al incumplimiento del Tratado de la Carta de la Energía (TCE), un acuerdo multilateral que rige el comercio y la inversión en el sector de la energía. La empresa reclama que invirtió en dos plantas de energía nuclear entendiendo que el tiempo de duración de las mismas sería extendido.

El caso de Vattenfall fue registrado en el CIADI el 31 de mayo de 2012.

Este es el segundo caso presentado por Vattenfall contra el gobierno alemán en virtud del TCE. En abril de 2009, Vattenfall petitionó 1,4 mil millones de Euros por daños relacionados con las restricciones ambientales impuestas por la Ciudad de Hamburgo a una planta operada con carbón. Esa diferencia fue resuelta en marzo de 2011 cuando Vattenfall fue otorgada un permiso modificado para el uso de agua y liberada de los requisitos anteriormente impuestos a la planta de Moorburg.

Estados Unidos mejora su modelo de tratados bilaterales de inversión

Estados Unidos lanzó su último modelo de tratados bilaterales de inversión en abril de 2012, varios años después de que la administración de Obama comenzara a revisar el mismo. El nuevo modelo no presenta diferencias sustanciales con respecto al anterior modelo de 2004.

La revisión del modelo de TBI fue informada por un comité de asesores no gubernamentales del gobierno de EUA sobre asuntos de política económica internacional—los miembros de este comité discreparon ampliamente en sus recomendaciones. Muchas de estas recomendaciones no han sido consideradas por la administración de Obama.

De hecho, las principales protecciones sustantivas—trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación—no han sido alteradas. EUA tampoco ha cambiado las disposiciones relativas al arreglo de diferencias.

El nuevo modelo amplía levemente las obligaciones ambientales, estableciendo que los gobiernos tienen el deber de hacer cumplir las leyes ambientales locales. Sin embargo, esta obligación no es aplicable en la solución de diferencias entre estado y estado, tal como ha sido el caso de los TLCs recientes de EUA.

En el modelo también se aclara que los estados no son responsables por la violación del tratado a raíz de acciones relacionadas con el medio ambiente que reflejen “un ejercicio razonable de una discreción como tal, o como resultado de una decisión bona fide en torno a la asignación de recursos”.

El modelo establece una obligación para que estados apliquen leyes laborales locales, aunque de manera menos extensiva, en comparación con lo que EUA ha hecho en sus TLCs más recientes. De manera similar a las obligaciones ambientales, no se puede hacer cumplir estas obligaciones laborales vía resolución de diferencias entre estado y estado o entre trabajadores y estados. En cambio, el tratado permite la consulta entre estado y estado.

La American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL–CIO) afirmó que se encuentra “profundamente decepcionada” por la ausencia de un fuerte mecanismo de aplicación, señalando que las nuevas disposiciones eran “poco más que compromisos por escrito, sin ningún recurso en el caso de que un problema no pueda ser resuelto a través de la consulta”.

Algunos cambios han sido elogiados por empresarios estadounidenses. Esto incluye una disposición que requiere que los estados permitan a las personas de otros estados parte del tratado participar en el desarrollo de normas técnicas. Esa disposición se encuentra respaldada por el arreglo de diferencias entre estado y estado, pero no por el arreglo entre inversor y estado.

Los tratados de inversión de EUA son remarcables por sus restricciones sobre los requisitos de desempeño, y ahora éstos incluyen límites sobre los estados que prefieren la “tecnología” local; un cambio que ha sido muy bienvenido por las empresas de EUA. El USTR (representante comercial de EUA) ha explicado que desea impedir que los estados “requieran la compra, uso u otorgamiento de preferencias en cuanto a la tecnología desarrollada a nivel nacional a fin de brindar una ventaja a los propios inversores, inversiones o tecnología de una de las Partes”.

Notablemente, si bien algunos asesores no gubernamentales del modelo de TBI pidieron crear un espacio de políticas más explícito para que los gobiernos puedan responder a las crisis financieras, la administración de Obama ha decidido no hacer cambios sustanciales a este respecto.

El lanzamiento del nuevo modelo ha desencadenado un llamado por parte de los intereses empresariales de EUA para que el gobierno de este país persiga la celebración de nuevos tratados de inversión con China, India y Rusia como primeros en la lista. La negociación de tratados de inversión de EUA ha sido más lenta en los últimos años, a medida que la revisión del modelo de tratado se encontraba en proceso.

El modelo de tratados de inversión de EUA de 2012 se encuentra disponible en: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

Abogados se unen contra arbitraje entre inversor y estado en TPPA

Cien destacados juristas han apelado a que se excluya el arbitraje entre inversor y estado del Acuerdo de Asociación Transpacífico (por sus siglas en inglés, TPPA).

En una carta publicada en mayo de 2012, los abogados compartieron la opinión de que los tipos de protecciones de inversores contenidas en los TBIs, incluyendo el arbitraje entre inversor y estado, no deberían ser parte del TPPA.

“Basamos esta conclusión en una preocupación por la manera en que la expansión de este régimen amenaza con menoscabar los sistemas jurídicos en nuestros países y fundamentalmente alteran el equilibrio de poder entre los inversores, los estados y otras partes afectadas de manera que se socava la solución justa de controversias legales”, señalaron los letrados.

Estos abogados provienen de países que están involucrados en las negociaciones del TPPA, quienes incluyen a Jagdish Bhagwati, un economista comercial de la Universidad de Columbia; a Bruce Fein, ex delegado adjunto del procurador general y asesor general de la Comisión Federal de Comunicaciones y a Margaret Wilson, ex vocera de la Cámara de Representantes de Nueva Zelanda.

Los abogados expresaron su preocupación por que los TBIs extiendan la protección a una variedad de “inversiones cubiertas” (es decir, instrumentos financieros especulativos, permisos gubernamentales y propiedad intelectual) más allá de la intención original de proteger la propiedad real contra la expropiación por parte del gobierno. También mostraron su inquietud debido a que los tribunales interpreten los tratados de inversión de una forma excesivamente expansiva, de manera que se coloquen los intereses de los inversores por encima de los derechos de los estados a regular y gobernar.

La carta apunta a los arbitrajes lanzados recientemente por la empresa tabacalera Philip Morris contra Australia y Ecuador, en torno a las estrictas regulaciones adoptadas por ambos países para la comercialización de cigarrillos.

El arbitraje entre inversor y estado surgió como un punto urticante en las negociaciones del TPPA. En una movida que también complicará las negociaciones, Australia afirmó que no aceptará el arbitraje entre inversor y estado en el acuerdo (de hecho, su política, según anunció el año pasado, es la de rechazar este tipo de arbitrajes en todos sus TLCs). Esto ha generado gran preocupación del lobby corporativo de EUA, el cual valora protecciones de inversión fuertes en el acuerdo.

La carta se encuentra disponible en: <http://tpplegal.files.wordpress.com/2012/05/juristsletter8may2012.pdf>

ONU adopta Directrices sobre Tratos Agrarios a largo plazo

Los miembros del Comité de Naciones Unidas de Seguridad Alimentaria Mundial han adoptado directrices voluntarias que abordan la preocupación por las inversiones a largo plazo en las tierras agrícolas de los

países en desarrollo, a menudo referidas por los críticos como “toma de tierras”.

Las “Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional” fueron develadas en mayo por el Comité de la ONU de Seguridad Alimentaria Mundial, después de varios años de negociaciones.

El propósito de estas directrices voluntarias es “servir como referencia y proporcionar orientación para mejorar la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques con el objetivo primordial de lograr la seguridad alimentaria para todos y apoyar la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional”.

En los últimos años se ha observado un incremento en la compra extranjera de tierras agrícolas, particularmente en África y Asia. La tendencia ha avivado la preocupación por que estos tratos puedan marginar a comunidades rurales, mientras que los mismos no contribuyen demasiado a la economía en general.

Los principales países destinatarios de estas inversiones han sido Sudán, Mozambique, Liberia y Etiopía – los cuales poseen marcos regulatorios y de gobernanza muy débiles.

Las directrices cubren el reconocimiento legal y la asignación de derechos y obligaciones de tenencia, la transferencia de derechos de tenencia, tal como sucede en las inversiones y la administración de tenencia.

Las directrices también urgen la disponibilidad de alternativas a las grandes inversiones en tierras. “Los modelos de inversión que no resulten en la transferencia a gran escala de derechos de tenencia a inversores existen, y estos modelos alternativos deberían ser fomentados”.

Si bien las directrices no son obligatorias para los estados, las mismas han sido muy elogiadas por el amplio apoyo recibido. El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, José Graziano da Silva, ponderó las directrices como las “primeras directrices mundiales para la tenencia de tierras. Ahora tenemos una visión compartida”.

Mirando de cerca los desafíos para implementar las directrices, el Embajador Yaya Olaniran, Representante Permanente de Nigeria ante la FAO y Presidente de CFS señaló que “estos cambios no ocurrirán de un día para el otro. Pero también sabemos que, como resultado de las extensivas consultas realizadas por la FAO y el proceso de negociación liderado por CFS, las directrices han recibido mucha aceptación y apoyo”.

Las directrices se encuentran disponibles en: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/nr/land_tenure/pdf/VG_Final_May_2012.pdf

Laudos y Decisiones

Se desestima reclamación contra Eslovaquia, ya que tribunal rechaza un caso por considerarlo 'deficiente'

Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c. la República Eslovaca

Damon Vis-Dunbar

Un tribunal ha desestimado una reclamación presentada por dos inversores holandeses contra la República Eslovaca por no encontrar pruebas de que una "mafia financiera" haya actuado en connivencia con el gobierno eslovaco para llevar a la quiebra la inversión del demandante.

La diferencia se centró en un procedimiento de quiebra que involucra a BCT, una empresa privada adquirida por los demandantes que producía hilo. Los demandantes alegan que el gobierno adoptó un enfoque benevolente ante la deuda impositiva de la empresa, antes de dejar injustamente de ser indulgente hacia la misma cuando la forzó a entrar en un procedimiento de quiebra. Los demandantes también aludieron a una "mafia financiera" que tenía la intención de apoderarse de los bienes inmuebles de BCT, y que presuntamente indujo a las autoridades y los tribunales eslovacos a actuar incorrectamente.

Sin embargo, el tribunal no encontró pruebas para sustanciar estos reclamos.

Caso presentado de manera deficiente

El tribunal expresó su frustración ante la presentación del caso de los demandantes en varios puntos del laudo. "Las presentaciones de los Demandantes no exhibieron argumentaciones fácticas de manera clara, coherente y sistemática", remarcó el tribunal.

De hecho, el tribunal tuvo que hacer un esfuerzo para entender los argumentos legales de la reclamación. Por ejemplo, los demandantes hicieron una referencia vaga a la expropiación, mientras que también se percibió la falta de una articulación clara del concepto. "La referencia aleatoria a lo largo de los alegatos de términos fuertes con un significado bien definido a nivel legal, tales como 'expropiación' o 'expropiación furtiva', no transforma estos términos en sí mismos en un alegato que sirva de fundamento a la violación de un tratado", exhortó el tribunal.

Reclamación carece de pruebas

Los demandantes alegaron la violación de la disposición de trato justo y equitativo contenida en el tratado en cuestión. Si bien no se extendieron sobre el contenido de la norma, Eslovaquia identificó dos aspectos a ser considerados: las expectativas legítimas de los inversores y la denegación de justicia.

Con respecto a lo primero, el tribunal remarcó que esto se encuentra vinculado con la estabilidad. Citando el caso *Tecmed c. México*, por ejemplo, subrayó que la norma fue interpretada para "brindar a las inversiones internacionales un trato que no afecte las expectativas básicas que el inversor tuvo en cuenta al momento de hacer la inversión".

Sin embargo, el tribunal también coincidió con el laudo de un caso más reciente *El Paso Energy c. Argentina*, donde se subraya el límite hasta el cual un inversor puede esperar estabilidad. Ese tribunal reconoció que "la vida económica y legal por naturaleza es revolucionaria", y por eso consideró si los cambios introducidos a un marco legal "fueran irrazonables o contrarios a un compromiso específico".

Refiriéndose a los hechos del caso, el tribunal no vio la manera en que Eslovaquia frustró las expectativas legítimas

del inversor. En su interpretación, la indulgencia de este país con respecto a la deuda impositiva de BCT se basó en las repetidas promesas de los inversores de modernizar la empresa; mientras que en realidad, las condiciones de BCT siguieron deteriorándose. Así, los demandantes no podrían esperar "que las autoridades mantuvieran invariablemente la misma actitud indulgente".

Con respecto a la denegación de justicia, el tribunal subrayó que esto requiere una falla en todo el sistema legal para hacer justicia— no solo los errores de un tribunal. En todo caso, el tribunal no encontró ninguna prueba convincente de irregularidades procesales o demoras irrazonables en el procedimiento de quiebra.

La alusión a la corrupción por los demandantes tampoco convenció al tribunal, dada la falta de evidencia concreta.

Demandantes deben contribuir con los costos de Eslovaquia

Las partes contendientes invirtieron diferentes cantidades de dinero en el caso: las costas legales de los demandantes llegaron a 1,46 millones de Euros, mientras que los de Eslovaquia llegaron a aproximadamente 12,5 millones de Euros. Al considerar la asignación de los costos, teniendo en cuenta las sumas correspondientes, el tribunal remarcó: "Cada uno hizo su elección y debe asumir las consecuencias. El tribunal no considera que uno deba pagar necesariamente por la elección del otro".

Sin embargo, el tribunal también remarcó que la deficiente presentación del caso por los demandantes dificultó el procedimiento.

Analizando estas consideraciones, el tribunal decidió que los demandantes deberían contribuir con 2 millones de Euros a los costos de Eslovaquia, lo cual se encuentra dentro de lo que los demandantes pagaron por su propio caso. También se ordenó a los demandantes que pagaran los costos del arbitraje, que llegaron a aproximadamente 800.000 Euros.

El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kauffman-Kohler (Presidente), Vojtech Trapl (nominado por el demandado) y Mikhail Wladimiroff (designado por los demandantes).

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

Decisiones publicadas en rara diferencia de Estado a Estado entre Italia c. Cuba *Italy v Cuba, tribunal ad hoc Larisa Babi*

En 2003 Italia inició un raro caso de arbitraje de Estado a Estado en virtud del TBI entre Italia y Cuba firmado en 1993. Este país adoptó las demandas de diez y seis inversores italianos que operaban en varios sectores, desde la producción de aluminio hasta de salsa para pastas.

Italia alegó que a través de las acciones de diferentes entidades, tales como el Banco Central de Cuba y la Cámara de Comercio cubana, Cuba discriminó a los inversores italianos, incluyendo la denegación de un trato justo y equitativo, trato nacional, y protección y seguridad plena. Italia solicitó la indemnización simbólica de un Euro por la violación de la carta y el espíritu del TBI. Cuba, a su vez, solicitó una disculpa pública por el daño moral causado por la iniciación del procedimiento de arbitraje.

En decisiones publicadas (un laudo interino de 2005 y un laudo final de 2008), el tribunal aceptó la jurisdicción para atender la reclamación, pero la mayoría procedió a desestimar la demanda en base a los méritos.

Objeciones preliminares de Cuba

Cuba planteó varias objeciones preliminares. Primero, afirmó que Italia no estaba autorizada para iniciar un procedimiento debido a la protección diplomática otorgada bajo el artículo 10 del TBI. Según esta disposición, Italia sólo podría iniciar una diferencia en su propio nombre en torno a la interpretación de la aplicación del tratado.

Segundo, Cuba sostuvo que ninguna de las demandas adoptadas por Italia podría ser considerada como relativa a las inversiones. Cuba argumentó que, dado que la definición contenida en el TBI refería a las inversiones hechas en conformidad con las leyes locales, no podría decirse que existe un concepto único de inversión. Más bien, la definición de inversión contenida en el TBI debe estar subordinada a la noción de inversión contenida en el derecho local.

Tercero, Cuba alegó que las demandas de Italia no eran admisibles ya que los demandantes no habían agotado los remedios locales.

Finalmente, Cuba afirmó que el tribunal sólo debería decidir sobre las demandas de Italia en torno a dos de los diez y seis inversores, ya que las restantes fueron planteadas después de la iniciación del procedimiento arbitral.

Análisis del Tribunal

El tribunal rechazó la objeción preliminar de Cuba sobre la posición legal de Italia. Reconoció que el TBI faculta al inversor para iniciar una diferencia contra el Estado anfitrión, pero ese hecho en sí mismo, no prohíbe que el Estado anfitrión otorgue protección diplomática en un arbitraje bajo el mismo tratado. El derecho de un inversor a protección diplomática existe siempre y cuando no presente una reclamación a arbitraje en su propio nombre. Por lo tanto, Italia estaba en posición para iniciar un arbitraje, considerando que se habían cumplido las condiciones para la aplicación del TBI y para recurrir a protección diplomática.

El tribunal también rechazó el argumento de Cuba en cuanto a la definición de inversión. Afirmó que el objeto y propósito del TBI se vería frustrado si la noción de inversión podía variar junto con las leyes del Estado contratante. La mayoría también consideró que el requisito de cumplimiento con las leyes locales no involucraba la noción, sino la legalidad de realizar la inversión. El tribunal observó escritos académicos y jurisprudencia internacional y concluyó que hay tres elementos que caracterizan una inversión: contribución, duración y riesgo. La decisión final sobre si la diferencia abarcaba inversiones protegidas fue diferida a la etapa de consideración de los méritos.

Al tratar la objeción de Cuba en cuanto al agotamiento de los remedios locales, el tribunal hizo una distinción entre las reclamaciones presentadas por Italia en su propio nombre y las reclamaciones entabladas en nombre de sus inversores. Concluyó que el agotamiento de los remedios locales sólo rige en el último caso, siempre y cuando los remedios sean eficaces y estén a disposición del inversor. La decisión sobre estos puntos fue diferida a la etapa de consideración de los méritos.

Al abordar la admisibilidad de las reclamaciones presentadas por Italia después del comienzo del arbitraje, el tribunal subrayó la importancia de evitar decisiones potencialmente conflictivas. La mayoría, entonces, consideró que dado que las reclamaciones fueron presentadas al comienzo del procedimiento, su evaluación no tendría un impacto negativo en el mismo.

Mayoría desestima reclamación sobre los méritos

En la etapa de consideración de los méritos, Italia retiró diez demandas y procedió en nombre de seis empresas.

Caribe and Figurella Project s.r.l.

Caribe and Figurella Project celebró un contrato con un hotel cubano para la creación de un centro de belleza. Dos años después, las autoridades cubanas revocaron la licencia para operar el centro luego de descubrir que el mismo estaba proporcionando servicios de tatuaje no autorizados. Cuando la licencia fue restablecida, el hotel cubano no notificó a *Caribe and Figurella Project* y desmanteló el área ocupada por la empresa italiana. Italia reclamó que Cuba violó su obligación de fomentar las inversiones italianas, que las discriminó y que no les otorgó un trato justo y equitativo.

El tribunal afirmó que el contrato de *Caribe and Figurella Project* constituía una inversión de acuerdo con el criterio de contribución, duración y riesgo establecido en el laudo sobre jurisdicción.

El tribunal consideró la revocación de la licencia por parte de las autoridades cubanas como "brutal" pero no ilegal, ya que al momento en que se otorgó el permiso, el anexo del contrato que se refería a los servicios de tatuaje no estaba firmado. Además, el hecho de que la licencia fuera reestablecida 20 días después mitigó la brutalidad de su retiro. Por lo tanto, el tribunal concluyó que las autoridades cubanas no cometieron ningún acto contrario a la ley a nivel internacional.

Aplicando una prueba estructural y funcional, el tribunal decidió que la conducta del hotel no podía atribuirse a Cuba. La función no gubernamental del hotel fue determinante para excluir la responsabilidad de Cuba en la conducta del mismo. Como consecuencia, todas las acciones que llevaron a desmantelar los equipos italianos fueron consideradas como faltas contractuales, en lugar de violaciones del tratado.

Finmed s.r.l.

Finmed Ltd. es una corporación irlandesa de propiedad de dos empresas italianas. En 1996, formó una empresa mixta con Cubanacan, una entidad estatal, para la creación de un complejo turístico. Italia alegó que Cubanacan impidió el reemplazo de Finmed Ltd. por la compañía italiana Finmed s.r.l. en la empresa mixta y, como consecuencia, que Cuba violó su obligación de fomentar las inversiones italianas, que fueron discriminadas, y no les otorgó un trato justo y equitativo.

El tribunal reconoció que la situación en torno Finmed Ltd. era confusa. La sustitución por Finmed s.r.l. fue aprobada por la asamblea de la empresa mixta pero nunca recibió la autorización gubernamental necesaria. Los documentos requeridos no fueron emitidos debido a una disputa de propiedad entre los representantes de Finmed Ltd., lo cual tornaba imposible determinar quién tenía autoridad para decidir sobre la sustitución. Como resultado, la actividad de la empresa mixta fue bloqueada por 8 meses. Finalmente, Cubanacan decidió reconocer a un representante de Finmed Ltd. como un accionista minoritario, pese a serias dudas sobre la validez de los documentos presentados por todas las partes.

El tribunal reconoció que los actos de Cubanacan podían atribuirse a Cuba porque la entidad pertenecía al Ministerio de Turismo. Consideró que su decisión fue "apresurada", pero justificada por el deseo de poner fin a la parálisis de 8 meses que estaba sufriendo la empresa mixta. Ante la duda, Cubanacan optó por preservar el *status quo*, procediendo a considerar a Finmed Ltd. como la propietaria de la inversión. El

tribunal declaró responsable a Finmed s.r.l. por su incapacidad para tomar el control de la inversión, en lugar de reconocer actos u omisiones por parte de Cubanacan y Cuba.

Icemm srl y Menarini Società Farmaceutica

El tribunal rechazó las reclamaciones de Italia en cuanto a *Icemm s.r.l. and Menarini Società Farmaceutica*, sobre la base de que su actividad no constituía una inversión bajo el tratado. En ambos casos, el tribunal encontró que el contrato de ventas a largo plazo que las empresas italianas habían firmado con sus socios cubanos no satisfacía los criterios requeridos de contribución, duración y riesgo.

Cristal Vetro SA y Pastas y Salsas Que Chevere

La mayoría del tribunal consideró que dos de las empresas defendidas por Italia carecían de un vínculo de nacionalidad válido con ese país. *Cristal Vetro SA, y Pastas y Salsas Que Chevere* fueron constituidas en Panamá y Costa Rica respectivamente, pero los capitales y la propiedad eran italianos. El tribunal observó el texto del TBI, el cual se refería a empresas e individuos de un Estado Contratante. Dedujo que el tratado cubría inversiones ya sea realizadas por un individuo, o por una corporación de un Estado signatario, y que no podría ser extendido a corporaciones de un tercer país solamente porque los capitales fueran cubanos o italianos. Los principios de protección diplomática prevalecientes al momento de la firma del tratado confirmaban esta conclusión.

La disidencia

El árbitro nominado por Italia, el Profesor Tanzi, no estuvo de acuerdo con la mayoría del tribunal en cuanto a la apreciación de los hechos en la diferencia.

Con respecto a las demandas de Italia en nombre de *Caribe and Figurella Project*, el Profesor Tanzi consideró que no era posible que las autoridades cubanas no supieran sobre los servicios de tatuaje ofrecidos por el centro de belleza. Pruebas tales como listas de precios incluyendo servicios de tatuaje y autorizaciones para la importación de equipos de tatuaje apoyaban esta conclusión. Además, dado que los servicios de tatuaje constituían solo una parte de las actividades del centro, el árbitro consideró la revocación de la licencia como desproporcionada e injusta.

El Profesor Tanzi también disintió con la conclusión del tribunal en cuanto al tema de la atribución de la conducta del hotel a Cuba. Criticó el "enfoque funcional" adoptado por la mayoría y en cambio se enfocó en el control ejercido por las autoridades cubanas sobre el hotel. Concluyó que las acciones del hotel deberían haber sido atribuidas a Cuba, independientemente de la naturaleza comercial de su actividad.

En cuanto a los reclamos de Finmed s.r.l., el Profesor Tanzi destacó que la mayoría reconoció la validez de los documentos sobre los cuales Cubanacan basó sus decisiones. En su opinión, el tribunal debería haber reconocido la negligencia, e incluso la complicidad de Cubanacan en la disputa por la propiedad de la empresa. Además, el Profesor Tanzi subrayó que, para atribuir a Cuba las acciones de Cubanacan, el tribunal aplicó una prueba estructural en lugar de una funcional, a diferencia de lo que hizo en el caso de *Caribe and Figurella Project*.

El Profesor Tanzi tampoco estuvo de acuerdo con el fallo de la mayoría sobre la ausencia de un vínculo de nacionalidad en la reclamación de *Cristal Vetro y Pastas y Salsas Que Chevere*. Se enfocó en la amplia redacción del TBI, donde no se indica la realización de una prueba para la determinación de una nacionalidad corporativa. Alegó que, pese a que el

derecho consuetudinario internacional hace referencia al lugar de constitución como una norma relevante, también dispone varias excepciones. Una de las cuales se encuentra contenida en el artículo 9 del borrador de los artículos ILC sobre protección diplomática. El Profesor Tanzi consideró que las demandas de Italia cumplían con dicha excepción, ya que involucraban a dos empresas que carecían de una conexión efectiva entre su propiedad y el lugar de constitución.

El tribunal estuvo compuesto por el Sr. Yves Derains (presidente), el Profesor Attila Tanzi (nominado por Italia) y el Dr. Narciso Cobo Roura (nominado por Cuba, en sustitución de la Dra. Olga Miranda Bravo).

Todas las decisiones se encuentran disponibles en francés. El laudo interino se encuentra disponible aquí: http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_InterimAward_15Mar2005.pdf

El laudo final se encuentra disponible aquí: http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008.pdf

La opinión disidente está disponible en: http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008_Dissent.pdf

Paraguay declarado en violación de tratado con Suiza por falta de pago de facturas SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay, Caso del CIADI No. ARB/07/29 **Damon Vis-Dunbar**

El gobierno de Paraguay deberá pagar US\$ 39 millones más intereses por daños luego de un fallo de febrero de 2012 a favor de un demandante suizo. Desde entonces, Paraguay ha solicitado la anulación del laudo.

La demandante, *SGS Société Générale de Surveillance S.A* (SGS), presentó su reclamación bajo el TBI entre Suiza y Paraguay en 2007 por facturas impagas. SGS fue contratada por Paraguay para inspeccionar las importaciones a fin de garantizar el cobro correcto de los impuestos de aduana en el país. Muchas de las facturas no fueron pagadas, dado que los funcionarios dentro del gobierno cuestionaron la legalidad del contrato con SGS.

La empresa alegó que al no pagar sus facturas, Paraguay violó el Artículo 11 del tratado (una denominada cláusula general o paraguas), que establece que "[c]ada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante". La demandante también alegó la violación de las disposiciones del tratado sobre medidas discriminatorias y la norma de trato justo y equitativo.

La defensa de Paraguay

Paraguay no objetó el hecho de que las facturas no habían sido pagadas. Sin embargo, presentó tres argumentos en su defensa: 1) que el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales fue "asumid[o] por Paraguay (en su caso) como un agente normal del mercado y no conllevaban ningún abuso de sus poderes soberanos"; 2) la cláusula de elección de foro prevista en el Contrato impide la exigencia de responsabilidad bajo el TBI porque el contrato requiere que diferencias sean presentadas a tribunales locales; 3) la propia Demandante incumplió el Contrato, liberando tal incumplimiento a la Demandada de sus obligaciones contractuales.

La cláusula general está clara

En su primera línea de defensa, Paraguay alegó que la demandante "debe fundamentar que Paraguay abusó del

poder de su gobierno”, para que esto constituya una violación del TBI. Según la opinión de Paraguay, la falta de pago de las facturas “son de la clase de actuaciones que pueden y a menudo se dan en transacciones comerciales privadas y, sin más, no pueden ser caracterizadas como supuestos ‘abusos de poder gubernamental’”.

El tribunal abordó argumentos similares durante la fase jurisdiccional del procedimiento, cuando decidió no aceptar los argumentos de Paraguay con respecto a la “acción soberana”. Al reafirmar esta decisión, el tribunal apuntó a que la interpretación simple del lenguaje utilizado en la cláusula general del TBI– para “garantizar la observancia de los compromisos” – debe incluir la obligación de observar sus compromisos contractuales.

Tribunales nacionales vs. Arbitraje

El tribunal también encontró fallas en la afirmación de que la diferencia primero deba ser resuelta ante tribunales nacionales (según la cláusula de selección del foro en el contrato) antes de declararse el incumplimiento de un compromiso contractual. Según la opinión del tribunal, Paraguay tenía dos compromisos diferentes: uno de cumplir las obligaciones de pago, y otro de no frustrar el intento de la Demandante de someter la diferencia a los tribunales nacionales.

Tal como explicó el tribunal, el “argumento de la Demandada, a primera vista, carece de toda coherencia lógica. El Paraguay argumenta que “la ‘obligación’ que asumió Paraguay fue la de pagar a SGS o resolver las diferencias relativas al pago ante los tribunales nacionales”. Esto no es correcto. No es posible que el Paraguay tuviera la opción de pagar sus facturas o someter la diferencia ante los tribunales nacionales”.

El tribunal también señaló que la cláusula de selección del foro presente en el contrato no niega su compromiso a arbitraje internacional bajo el TBI. “El mecanismo del arbitraje en virtud del TBI formaba parte del marco jurídico aplicable y, de hecho, pasó a ser parte irrevocable del acuerdo”, escribió el tribunal.

Finalmente, el mismo concluyó que los argumentos de Paraguay de que SGS había violado el contrato no satisfacían la carga de la prueba.

Habiendo determinado que Paraguay infringió el Artículo 11, no consideró necesario abordar los reclamos sobre medidas discriminatorias y sobre trato justo y equitativo.

El tribunal estuvo compuesto por Stanimir A. Alexandrov (presidente), Donald Francis Donovan (nominado por el demandante) y Pablo García Mexía (nominado por el demandado).

El laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/AWARD.pdf> en inglés; y en: <http://italaw.com/documents/LAUDO.pdf> en español.

Conocido árbitro opina sobre denegación de justicia en el caso Chevron vs. Ecuador *Chevron & TexPet c. Ecuador (Caso de PCA No. 2009-23)* **Damon Vis-Dunbar**

Un conocido abogado de inversión ha dado su opinión sobre la reclamación de Chevron en torno a que los tribunales ecuatorianos cometieron un acto de denegación de justicia cuando ordenaron a la empresa petrolera norteamericana que pagara miles de millones de dólares por daños punitivos.

Chevron solicitó a Jan Paulsson, uno de los árbitros de inversión más prolíficos, que diera su opinión experta al tribunal que atiende la demanda entre Chevron y Ecuador

bajo el TBI entre EUA y Ecuador. El caso es parte de una serie de batallas legales de larga data que involucran a Chevron, Ecuador y residentes de la Amazonia sobre el daño ambiental en el Lago Agrio presuntamente causado por Texaco Petroleum (TexPet), que Chevron adquirió en 2001.

Chevron pretende que el tribunal emita un fallo que lo libere de una sentencia de miles de millones emitida por los tribunales ecuatorianos a favor de los ciudadanos de Ecuador. La petrolera afirma que el poder judicial de Ecuador fue presionado por la oficina ejecutiva, lo cual generó numerosos errores procesales.

¿Denegación de justicia?

Chevron reclama que Ecuador ha cometido una denegación de justicia bajo el derecho consuetudinario internacional y violó el Artículo II(7) del TBI entre EUA y Ecuador, el cual establece que “Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.”

El argumento de Chevron es novedoso en el hecho de que los reclamos sobre “hacer valer los derechos” generalmente provienen de inversores que han entablado demandas ante tribunales nacionales. En este punto, Chevron alega que no ha podido hacer valer sus derechos como parte demandada. De acuerdo con Paulsson, sin embargo, ese no es un problema: “Un inversor debe ser igualmente capaz de ‘hacer valer derechos’ en defensa de una reclamación entablada en su contra ante un tribunal nacional”.

Agotamiento de remedios locales– inútil

Paulsson concluyó que la conducta de los tribunales de Ecuador alegada por Chevron, si se asume como verdadera, confirmaría una demanda de denegación de justicia. Pero remarcó que una demanda de denegación de justicia también requiere que el demandante “agote los remedios locales” – es decir, que pruebe el sistema legal como un todo.

En este caso, Chevron cuenta con otros canales para defenderse en el sistema legal ecuatoriano– y, de hecho, sigue utilizándolos. Al mismo tiempo, no obstante, el fallo contra Chevron es aplicable, lo cual permite a los demandantes del procedimiento de Lago Agrio que soliciten su aplicación en Ecuador o en el extranjero.

Dejando de lado la cuestión de aplicación, Paulsson alega que un demandante no necesita agotar remedios locales “que no establezcan ninguna responsabilidad razonable de remedio efectivo sobre el litigante extranjero”.

“La forma más amplia de inutilidad surge cuando un tribunal internacional se convence de que los tribunales nacionales carecen notoriamente de independencia, de manera tal que, aun cuando teóricamente haya remedios disponibles que teóricamente podrían satisfacer la demanda, la falta de independencia del poder judicial en el litigio interno pertinente torna inútil la búsqueda de estos remedios ...”, explica Paulsson.

Notablemente, Paulsson indica que, asumiendo que el trato que recibió Chevron por los tribunales ecuatorianos fuera cierto, sería inútil esperar que esos canales alternativos brinden justicia. “El poder ejecutivo ha tenido un interés activo en este procedimiento en un contexto institucional donde no hay ninguna posibilidad significativa de que el poder judicial evalúe el asunto independientemente de los deseos expresados por el ejecutivo”, indicó Paulsson.

¿Qué remedio?

Esta conclusión llevó a Paulsson a discutir la manera en que el tribunal puede remediar la reclamación de Chevron.

Una respuesta es una declaración que establezca que el fallo de Ecuador es ilegal bajo el derecho internacional. “Una declaración es el mecanismo más obvio para registrar esta nulidad y para comunicarla ante cualquier tribunal, de cualquier lado, que atienda una solicitud de reconocimiento y aplicación de la sentencia de Lago Agrio”, señala Paulsson.

Paulsson afirma que el tribunal también puede ordenar a Ecuador que anule los daños punitivos establecidos por el mismo. Reconoce que la división de poderes entre el poder judicial, el ejecutivo y el legislativo del gobierno puede representar un desafío a este respecto, pero alega que el estado como un todo seguiría estando obligado a cumplir con el fallo del tribunal.

Reconoce que los tribunales internacionales se han rehusado a ordenar a los estados la revocación de marcos regulatorios cuando son declarados en violación del derecho internacional—prefiriendo en cambio ordenar la indemnización. Pero Paulsson alega que “no cabe la preocupación cuando lo que es ilegal no es el marco regulatorio generalmente aplicable, sino un único fallo defectuoso...”

La Opinión Experta de Jan Paulsson en el Caso Chevron & TexPet v. Ecuador, Caso de PCA No. 2009-23 se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/JPaulssonOpinion.PDF>

Comité confirma suspensión de ejecución de laudo en diferencia de Libananco con Turquía Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Caso del CIADI No. ARB/06/8 **Damon Vis-Dunbar**

Libananco Holdings fue otorgado una suspensión temporal de pago de un laudo de \$15 millones de dólares en favor de Turquía, mientras que un comité ad-hoc del CIADI considera su solicitud de anulación del mismo.

Libananco, una empresa constituida en Chipre, perdió una reclamación de US\$10 mil millones iniciada contra Turquía por la presunta violación del Tratado sobre la Carta de la Energía. Además, el tribunal ordenó a Libananco que pagara US\$ 602.500 por el reembolso de un adelanto de los costos de arbitraje de Turquía, así como también US\$ 15.000.000 por costas legales y gastos en efectivo.

En diciembre de 2011, Libananco presentó una solicitud de anulación del laudo, que también contenía una solicitud de suspensión de la ejecución del laudo.

Intercambio de alegatos

En su solicitud, Libananco acusa a Turquía de espiar su alegato e interceptar información privilegiada, entorpeciendo así el arbitraje. Libananco también alega que sería prematuro rechazar la suspensión de la ejecución del laudo, antes de que el comité tenga la posibilidad de escuchar los hechos que respaldan su solicitud de anulación. Libananco subraya que el laudo continuará acumulando intereses, y por ende, Turquía no saldría perdiendo si el laudo no fuese anulado.

Por su parte, Turquía reclama que Libananco es sólo una “pantalla”, detrás de la cual se encuentran los Uzans, una adinerada familia turca. “Los Uzans son fugitivos de la justicia que han acumulado una enorme riqueza por medios ilegales, en particular, cometiendo un fraude masivo en el sector de las

telecomunicaciones... y el sector bancario...” dijo Turquía. Este país acusa a los Uzans de utilizar el litigio como una forma de hostigamiento.

Turquía también señala que el laudo no ordena el pago de un interés compuesto, descartando así la afirmación de Libananco de que una demora en el pago no dañaría al país.

Tribunal equilibra intereses

En su decisión del 7 de mayo de 2012, el comité reconoció que cada parte enfrentaba una potencial carga dependiendo de la decisión que se tome. Libananco, por ejemplo, temía no recuperar el laudo, si este fuera anulado. Turquía, por su parte, expresó que no podía confiarse en los partidistas de Libananco para ejecutar el laudo.

Sin embargo, en cuanto al equilibrio, el comité encontró que el interés de Libananco por suspender la ejecución era más importante que el de Turquía. También indicó que el procedimiento de anulación del laudo estaba programado para proceder rápidamente, y de esta manera, una suspensión de la ejecución del mismo no duraría mucho.

Al llegar a esta conclusión, el comité rechazó el argumento de Turquía contra la suspensión por el presunto “carácter vejatorio” de Libananco, al no encontrar un fundamento para probar que la solicitud de anulación fuera “abusiva”.

También remarcó el deseo de Turquía de llevar a un “cierre” la diferencia, pero explicó que “la ejecución del Laudo no llevaría este procedimiento a un cierre”.

Denegación de medidas provisionales

Citando el presunto espionaje de Turquía, Libananco también solicitó medidas provisionales “para preservar los derechos de los [Solicitantes], incluyendo el derecho a un proceso debido de derecho, el derecho a una audiencia justa, el derecho a la confidencialidad y el privilegio legal, y por último, el derecho a preparar y presentar su caso sin interferencia del espionaje ilícito por el demandado”.

Turquía objetó que el Convenio del CIADI no otorga al Comité el poder de proporcionar medidas provisionales, más allá de ordenar la suspensión de la ejecución del laudo.

En una decisión separada, el comité puso en duda si tenía competencia para otorgar medidas provisionales, pero pasó por alto el tema porque primero consideró la necesidad de la solicitud de Libananco. El comité determinó que no encontró un fundamento para otorgar medidas provisionales, dado que carecía de pruebas para determinar que Turquía haya, o fuera, a espiar a los solicitantes.

Los miembros del Comité son Hans Danelius, Andres Rigo Sureda (Presidente) y Eduardo Silva Romero.

La decisión sobre la Solicitud de una suspensión permanente de ejecución del Laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/LibanancoAnnulmentStay.pdf>

La Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales se encuentra disponible en: <http://italaw.com/documents/LibanancoAnnulmentProvisionalMeasures.pdf>

Para obtener un resumen del anterior laudo jurisdiccional, véase “*Turkey defeats US\$ 10.1 billion claim, as tribunal finds no ‘investment’ under the Energy Charter Treaty*”, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/awards-and-decisions-6/>

Recursos y Eventos

Recursos

UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)

UNCTAD, Junio de 2012

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés, UNCTAD) ha establecido una serie de principios para el diseño de políticas de inversión, directivas para las políticas de inversión nacionales y una guía (bajo la forma de opciones) para el diseño y negociación de AII- titulada "Investment Policy Framework for Sustainable Development" (IPFSD). El informe está dividido en capítulos sobre la "Nueva Generación" de políticas de inversión; principios para el diseño de políticas de inversión; directivas para las políticas de inversión nacionales y opciones de políticas relativas a los elementos de los AII. De acuerdo con la UNCTAD, el IPFSD ha sido diseñado como un "documento vivo". En una versión en línea se ha creado una plataforma interactiva abierta que permitirá a los actores involucrados intercambiar opiniones y experiencias a fin de estimular la evaluación crítica de las directivas y mejorarlas de manera permanente. UNCTAD expresa que el IPFSD "puede servir como referencia para los diseñadores de políticas en la formulación de políticas nacionales de inversión y en la negociación de acuerdos de inversión o en la revisión de acuerdos ya existentes". También está destinado a apoyar la capacitación y facilitar la unificación de la cooperación internacional sobre temas de inversión. El informe se encuentra disponible para descargar en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf Para acceder a la versión en línea, elementos interactivos del IPFSD, dirijase a: <http://ipfsd.unctad.org/Default.aspx?ReturnUrl=%2f>

Background to the New Dispute Vattenfall v. Germany (II) (Antecedentes de la diferencia nueva entre Vattenfall y Alemania II)

International Institute for Sustainable Development, Junio de 2012

En este escrito de políticas se examina una diferencia reciente entre la empresa suiza de energía Vattenfall y el gobierno de Alemania. En mayo de 2012, Vattenfall presentó una solicitud de arbitraje contra Alemania ante el CIADI, en respuesta a la decisión de Alemania de eliminar progresivamente la energía nuclear en el país. Vattenfall se basa en sus derechos bajo el Tratado sobre la Carta de Energía, un acuerdo internacional sobre el comercio y la inversión en el sector de la energía que otorga a los inversores extranjeros derechos y protecciones similares a aquellos encontrados en los tratados bilaterales de inversión, incluyendo el acceso a arbitraje entre inversor y estado. Se espera que Vattenfall reclame más de €700 millones en indemnización debido al cierre de sus plantas nucleares de Krümmel y Brunsbüttel. Este escrito de políticas brinda antecedentes sobre el conflicto, incluyendo el primer arbitraje de 2009-2011 entre Vattenfall y Alemania, y los elementos fundamentales del derecho internacional de las inversiones que probablemente Vattenfall hará entrar en juego. También ofrece una comparación con la situación legal a nivel nacional, observando la revisión pendiente de la constitucionalidad de la eliminación de energía nuclear. Finalmente, los autores recomiendan elementos de la relación entre el derecho internacional de las inversiones (incluyendo el arbitraje) y el diseño de políticas públicas. Disponible para descargar en: http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf

Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization (Enfrentando a la epidemia de tabaquismo en una nueva era de la liberalización de comercio y de inversiones)

Organización Mundial de la Salud, Junio de 2012

Este escrito pretende ampliar y actualizar el documento de 2001 "Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization", donde se sugiere que la liberalización del comercio y la inversión externa directa en el sector tabacalero podrían estimular la demanda de productos de tabaco, y también se identificó que el riesgo de que reglas en los acuerdos comerciales que rigen las barreras no arancelarias al comercio (tales como las medidas regulatorias) podrían limitar la autonomía de los Estados para implementar medidas eficaces de control sobre el tabaco. En este escrito se brinda una actualización de los vínculos entre el comercio y la liberalización de las inversiones y el control del tabaco y se presentan dos maneras en que la industria tabacalera ha pretendido explotar las reglas de comercio e inversión. Además, en este documento se examinan los desafíos que los acuerdos comerciales y de inversión suponen para el control del tabaco a nivel interno y se exponen los desafíos que enfrentan los gobiernos para coordinar sus políticas de salud pública con sus políticas de comercio e inversión. Disponible para descargar en:

http://www.who.int/tobacco/publications/industry/trade/confronting_tob_epidemic/en/index.html

Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011 (Anuario de Derecho Internacional y Política de Inversiones)

Oxford University Press, Diciembre de 2011

Los fondos de inversión están mostrando un creciente interés por las tierras cultivables y la agricultura. Se están comprando tierras y conduciendo agro negocios en los países en desarrollo con la expectativa de obtener altas ganancias a largo plazo vinculadas con la suba del precio de la tierra, el crecimiento demográfico y el aumento de la demanda de alimentos. Si bien los medios han informado extensamente sobre la intervención de estos fondos en la carrera por la compra de tierras a nivel mundial, la mecánica sigue sin ser entendida ampliamente por el público en general. En este resumen de políticas se tratan las siguientes preguntas: ¿Cuál es el interés y qué lo está generando? ¿Quiénes son los jugadores y a qué procesos se someten sus decisiones de inversión? ¿Cuáles son los impactos en los países receptores? ¿Y qué acciones pueden tomarse para promover inversiones que apoyen de manera genuina a la población local? El escrito se encuentra disponible en: <http://pubs.iied.org/17121IIED.html?c=agric/food>

Eventos 2012

Julio 18-19

SECOND WORKSHOP ON CONTRACT NEGOTIATION SUPPORT FOR DEVELOPING HOST COUNTRIES,

Columbia University, Nueva York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/second-workshop-contract-negotiation-support-developing-host-countries>

Septiembre 3-7

OIL, GAS AND MINERALS: INTERNATIONAL ARBITRATION AND ADVOCACY SKILLS, CENTRE FOR ENERGY, PETROLEUM AND MINERAL LAW AND POLICY,

Londres, Londres, https://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=146&deptid=3&catid=5

Septiembre 13-14

SWEDISH ARBITRATION DAYS, THE SWEDISH ARBITRATION ASSOCIATION,

Estocolmo, <http://swedisharbitration.se/the-swedish-arbitration-days/>

Septiembre 24-28

NATURAL RESOURCE MEDIATION, CENTRE FOR ENERGY, PETROLEUM AND MINERAL LAW AND POLICY,

Londres, http://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=155&deptid=3&catid=5

Octubre 10-12

MULTI-YEAR EXPERT MEETING ON INTERNATIONAL COOPERATION: SOUTH-SOUTH COOPERATION AND REGIONAL INTEGRATION (CUARTA SESIÓN),

UNCTAD, Ginebra <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=51>

20 Octubre – 7 Noviembre

REGIONAL COURSE ON KEY ISSUES ON THE INTERNATIONAL ECONOMIC AGENDA FOR WESTERN ASIA, UNCTAD, Sultanato de Omán, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=77>

Noviembre 2-4

NINTH ANNUAL SEMINAR ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: HOW TO HANDLE A BIT ARBITRATION, American University, Facultad de Derecho de Washington, Washington, <http://www.wcl.american.edu/arbitration/seminar.cfm>

Noviembre 14-15

SEVENTH COLUMBIA INTERNATIONAL INVESTMENT, Columbia University, Nueva York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/seventh-columbia-international-investment-conference>



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