



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

NÚMERO 1. TOMO 9. ABRIL 2018



Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?

Laurens Ankersmit



**Retiro de Consentimiento al Arbitraje
entre Inversionista y Estado y
Terminación de Tratados de Inversión**

Lise Johnson, Jesse Coleman y Brooke Güven



**Entrevista con Luis Guillermo Vélez
- Director General de la Agencia
Nacional de Defensa Jurídica del
Estado de Colombia**





Contenido

ARTÍCULO 1 <i>Achmea</i> : ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?.....	3
ARTÍCULO 2 Retiro de Consentimiento al Arbitraje entre Inversionista y Estado y Terminación de Tratados de Inversión.....	7
ARTÍCULO 3 Entrevista con Luis Guillermo Vélez - Director-General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia.....	12
NOTICIAS EN BREVE	14
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se reúne en Nueva York para continuar el debate de la reforma de la ISDS	14
Acuerdo para crear el Área de Libre Comercio Continental de África (AfCFTA) firmado en Ruanda.....	14
Consejo de la Unión Europea adopta directrices de negociación: la Comisión de la UE negociará un convenio para establecer un tribunal multilateral de inversiones.....	14
Firma del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP).....	14
RCEP debatirá sobre las inversiones en julio; se espera finalización del acuerdo en 2018	15
LAUDOS Y DECISIONES	16
Tribunal del CIADI concluye que Letonia violó el TJE bajo el TBI entre Letonia y Lituania	16
Tribunal del CIADI no admite jurisdicción: Timor Oriental nunca consintió a arbitraje en el CIADI	18
Tribunal del CIADI desestima caso de expropiación contra Venezuela por razones jurisdiccionales	19
Demanda de energía solar iniciada por inversor alemán contra República Checa es desestimada	21
Venezuela responsable por expropiación de planta de fertilizantes	23
RECURSOS Y EVENTOS	25

INVESTMENT TREATY NEWS

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Redactora, edición en francés
Suzy Nikièma

Design (PDF)
PortoDG

Redactora, edición en español
Marina Ruete



ARTÍCULO 1

Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?

Laurens Ankersmit



1. Introducción

En el Caso C-284/16 *Achmea*, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) declaró una cláusula de arbitraje de un acuerdo internacional de inversión (AII) celebrado por los Estados miembros de la Unión Europea (UE) incompatible con el derecho de la UE¹. Este fallo sin precedentes probablemente tenga profundas consecuencias en las cláusulas de arbitraje de inversión de los actuales y futuros tratados y capítulos de inversión celebrados por los Estados miembros de la UE o por la misma Unión. En este artículo, discuto el fallo desde un punto de vista del derecho constitucional de la UE y posteriormente analizo las posibles consecuencias del mismo.

La clave para entender el fallo de *Achmea* es la estructura judicial única de la Unión Europea y cómo se puede ver afectada por la ISDS. Bajo los Tratados de la UE, los tribunales de los Estados miembros y el TJE colaboran y entran en un diálogo para resolver las controversias que de alguna manera involucran al derecho de la UE. A través del procedimiento de remisión prejudicial establecidos en el Artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados miembros de la UE fundamentalmente preguntan al TJE sobre cómo opera el derecho europeo y posteriormente se requiere que los mismos respeten las respuestas dadas por el Tribunal. El TJE otorga suma importancia a este diálogo (se refiere al mecanismo

como la “piedra angular” del sistema judicial de la Unión y el Tribunal de Justicia y los tribunales de los Estados miembros como sus “guardianes”²) y — bajo ninguna circunstancia— permitirá que la facultad de los tribunales de los Estados miembros para realizar remisiones prejudiciales se vea afectada.

El sistema de remisiones prejudiciales es vital porque garantiza que el derecho de la UE funcione eficaz y uniformemente en toda la Unión y preserve las características esenciales del ordenamiento jurídico de la UE. Estas características esenciales son que el derecho de la UE se basa en una fuente de derecho independiente —los Tratados de la UE— que opera completamente independiente del derecho internacional y interno de los Estados miembros (es “autónoma”) y posee “primacía” sobre estas fuentes³. Para que el TJE pueda garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, resulta crucial preservar la facultad de los tribunales de los Estados miembros de la UE para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales. Dado que los tribunales de ISDS esencialmente eximen las controversias de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros de la UE, y por ende, del sistema judicial de la Unión, el fallo del caso *Achmea* no fue una sorpresa para los concedores del derecho de la UE⁴.

² Dictamen 2/13 Adhesión al CEDH EU:C:2014:2454, párrafo 176, extraído de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES>; Dictamen 1/09 Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes [2011] ecr i-1137, párrafo 66, extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62009CV0001>.

³ Caso 284/16 República Eslovaca v Achmea, nota 1 *supra*, párrafos 32–38.

⁴ Véase lista de entradas de blog: Schepel, H. (23 de marzo, 2018). From conflicts-rules to field preemption: Achmea and the relationship between EU law and international investment law and arbitration. *European Law Blog*. Extraído de <http://europeanlawblog.eu/2018/03/23/from-conflicts-rules-to-field-preemption-achmea-and-the-relationship-between-eu-law-and-international-investment-law-and-arbitration>;

Niemelä, P. (18 de marzo, 2018). *Achmea* – A perspective from international (investment) law. *European Law Blog*. Extraído de <http://europeanlawblog.eu/2018/03/15/achmea-a-perspective-from-international-investment-law/>; Thym, V.D. (9 de marzo, 2018). The CJEU ruling in Achmea: Death sentence for autonomous investment protection tribunals. *EU Law Analysis*. Extraído de <http://eulawanalysis.blogspot.be/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>; Hindelang, S. (9 de marzo, 2018). The limited immediate effects of CJEU’s Achmea Judgement. *Verfassungsblog*. Extraído de <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/>; Szilágyi, S.G. (2018, March 7). The CJEU Strikes Again in Achmea. Is this the end of investor-State arbitration under intra-EU BITs? *International Economic Law and Policy Blog*. Extraído de <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/guest-post-the-cjeu-strikes-again-in-achmea-is-this-the-end-of-investor-state-arbitration-under-intr.html>; Requejo, M. (2018, March 8). A European law reading of Achmea. *Conflict of Laws.net*. Extraído de <http://conflictoflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/>

¹ Caso 284/16 República Eslovaca v Achmea EU:C:2018:158, extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>.



2. El caso *Achmea*

El caso *Achmea* principalmente trata sobre una cuestión prejudicial del Tribunal Federal de Justicia Alemán en cuanto a si el derecho de la UE excluye la aplicación de una cláusula de arbitraje en un AII entre Estados miembros de la UE. Eslovaquia había impugnado ante los tribunales alemanes la jurisdicción de un tribunal de inversión constituido bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre los Países Bajos y Eslovaquia. Un inversor holandés (*Achmea*) recurrió a dicho tribunal de inversión por una revocación parcial de una decisión del gobierno eslovaco de 2004 que privatizó el mercado de los seguros de salud. En 2007, Eslovaquia prohibió la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de salud privado. El tribunal de inversión consideró esto como una violación del TBI y otorgó a *Achmea* un laudo por daños de EUR 22,1 millones.

Sin embargo, también existe una dimensión del derecho de la UE en la controversia entre *Achmea* y Eslovaquia ya que los compromisos establecidos en la Unión pueden valerse de las libertades fundamentales del mercado interno de la UE, incluyendo la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. Estos derechos se encuentran garantizados por los tribunales de los Estados miembros de la UE. Asimismo, la Comisión Europea, como “garante de los Tratados de la UE”, está facultada para presentar un procedimiento por incumplimiento de los Estados miembros de la UE en cuanto a dichas libertades. Sin embargo, la Comisión no se pronunció sobre este procedimiento en contra de Eslovaquia siguiendo un fallo del Tribunal Constitucional de Eslovaquia y la posterior enmienda jurídica que una vez más permitió la distribución de beneficios. De la misma manera, *Achmea* podría haber solicitado daños contra Eslovaquia ante los tribunales eslovacos por su responsabilidad no contractual de incumplir con el derecho de la UE. En cambio, presentó una demanda ante un tribunal de inversión bajo el TBI, probablemente esperando un resultado más favorable. Esto no sorprende, ya que el régimen del derecho de inversiones tiende a considerar menos los intereses estatales que el poder judicial de la UE⁵.

El fallo del TJE fue tan directo como constitucional, abordando tres características clave de la cláusula de arbitraje contenida en el TBI que la tornaban incompatible con el sistema judicial de la Unión Europea y la autonomía del derecho de la UE.

Después de referirse a las características esenciales de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE (párrafos 32–38), el tribunal afirmó que las controversias que puede conocer un tribunal arbitral “pueden tener relación con la interpretación o la aplicación del derecho de la UE” (párrafo 39). Para el TJE, el mero hecho de que un tribunal pudiera “tener en cuenta el derecho vigente de la parte contratante afectada y otros tratados pertinentes entre las partes contratantes” resultaba suficiente para llegar a dicha conclusión (párrafos 40–42).

"*Achmea* podría haber solicitado daños contra Eslovaquia ante los tribunales eslovacos por su responsabilidad no contractual de incumplir con el derecho de la UE. En cambio, presentó una demanda ante un tribunal de inversión bajo el TBI, probablemente esperando un resultado más favorable."

Habiendo establecido el punto importante de que los tribunales de inversión podrían potencialmente interpretar el derecho de la UE, el TJE prosiguió a determinar si dichos tribunales eran parte del sistema judicial de la Unión. Si este era el caso, estos tribunales estarían sujetos al Artículo 267 del TFEU y, por lo tanto, la plena eficacia del derecho de la UE podría ser preservada, porque, entre otras razones, aquellos tribunales podrían pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales. Sobre este punto en particular, el Abogado General Wathelet había argumentado que los tribunales de inversión establecidos bajo los AIIs entre los Estados miembros de la UE podrían ser considerados como una corte o tribunal “común a dos Estados miembros de la [UE]” similar al tribunal de *Benelux*⁶. En otras palabras, el argumento era que los tribunales de inversión no eran una alternativa independiente internacionalmente al poder judicial interno, sino parte del mismo. El TJE, sin embargo, simplemente concluyó que “el tribunal arbitral no constituye un elemento del sistema judicial de los Países Bajos o de Eslovaquia”. Remarcó que “es precisamente la naturaleza excepcional de la jurisdicción de este tribunal arbitral comparado con la de los órganos judiciales de esos dos Estados miembros [de la UE] lo que constituye una de las principales razones de ser” de la cláusula de arbitraje en cuestión (párrafo 45).

⁵ Véase Niemelä, nota 4 *supra*.

⁶ Caso C-284/16 *Achmea*, nota 1 *supra*, párrafos 84–131.



Dado que el tribunal de inversión podría interpretar o aplicar el derecho de la UE, pero que no era parte del sistema judicial de la Unión, la tercera y última consideración que debía hacer el TJE era si el laudo emitido por un tribunal arbitral estaba sujeto a la revisión de un tribunal de un Estado miembro de la UE. Para el TJE esto era necesario para garantizar “que las cuestiones relativas al derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial” (párrafo 50). En otras palabras, para el TJE era fundamental que el sistema judicial de la Unión siguiera en pleno control de la posible interpretación y aplicación del derecho de la UE.

Sobre esto, el Tribunal arrojó dos conclusiones importantes. Primero, remarcó la libertad del tribunal de inversión para elegir su foro y consecuentemente el derecho aplicable en cuanto a la revisión de los laudos. Segundo, subrayó que la revisión judicial de los laudos es muy limitada bajo el derecho alemán. Según el TJE, pese a que esto puede ser aceptable en el contexto del arbitraje comercial, el arbitraje de inversión es fundamentalmente diferente. El arbitraje de inversión “resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros [UE] se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales, y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que [el derecho de la UE] les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el derecho de la UE, los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese derecho” (párrafo 55).

Estas tres características clave del arbitraje de inversión (la posibilidad de interpretar el derecho de la UE, sin ser parte del sistema judicial de la UE y los medios limitados de revisión de los laudos) llevaron al TJE a concluir que los Estados miembros de la UE “han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro [UE] que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos en una manera que garantice la plena eficacia del derecho de la UE, a pesar de que pudieran tratarse de la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión” (párrafo 56). El TJE agregó que la cláusula de arbitraje “puede poner en peligro no solo el principio de confianza mutua entre los Estados miembros [UE] sino la preservación de la naturaleza particular del derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación legal” (párrafo 58).

3. Comentario y análisis

El fallo del caso *Achmea* requiere algunos comentarios sobre el enfoque del TJE hacia los tribunales de inversión y sobre

las consecuencias del fallo en la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) en Europa.

Primero, el fallo no solo confirma la fuerte adhesión del TJE a la preservación de las facultades de los tribunales nacionales de la UE, sino que también muestra cómo el TJE ve a los tribunales de inversión. No los considera parte del sistema judicial interno de la UE, ni como un complemento del sistema judicial interno a nivel internacional. En cambio, considera a los tribunales de inversión como rivales y amenazas al sistema judicial de la Unión. Esto también torna a la ISDS diferente de los mecanismos entre Estados bajo el derecho internacional. Para el TJE, a través de las cláusulas de arbitraje, los Estados miembros de la UE sustraen las controversias de la competencia de sus propios tribunales y, por ende, del sistema de vías de recurso judicial que el derecho de la UE requiere establecer en aquellos ámbitos cubiertos por el derecho de la UE.

"No los considera parte del sistema judicial interno de la UE, ni como un complemento del sistema judicial interno a nivel internacional. En cambio, considera a los tribunales de inversión como rivales y amenazas al sistema judicial de la Unión."

El TJE no está muy interesado en el conflicto presente entre el derecho de la UE y el derecho internacional de las inversiones. Le preocupa que una controversia que *posiblemente* podría involucrar cuestiones de derecho de la UE sea sustraída de los tribunales de la UE. Para el TJE, esto es problemático, porque bajo el Artículo 19 del TFUE se requiere que los Estados miembros de la UE garanticen que sus propios tribunales sean capaces de brindar recurso judicial en los ámbitos cubiertos por el derecho de la UE. Se trata de una doctrina que posiblemente tenga alto alcance basada en prevenir que cualquier controversia que pueda ser resuelta por el sistema judicial de la Unión recaiga en manos de tribunales de inversión, en lugar de evitar un conflicto directo presente entre el derecho de la UE y el derecho de las inversiones⁷.

¿De cuan alto alcance son las consecuencias del fallo *Achmea* en el arbitraje de inversiones? Sin duda, los TBIs intra-UE se verán afectados (actualmente hay alrededor

⁷ Schepel (2018), nota 4 *supra*.



de 200 de estos TBIs). Si bien el TJE no puede invalidar el TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia, el derecho de la UE exige que los tribunales nacionales dejen de lado y excluyan la aplicación de legislación nacional e internacional que no sea compatible⁸. Esto prácticamente significa que la ejecución de laudos emitidos por este tipo de tribunales ante los tribunales de los Estados miembros de la UE se ha tornado jurídicamente imposible.

Además, estos laudos pueden ser recusados ante los tribunales de la UE. Este también es el caso de los laudos dictados por tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), ya que el derecho de la UE traba toda obligación de derecho internacional que sea incompatible entre los Estados miembros de la UE⁹. Asimismo, la Comisión puede reiniciar su procedimiento de incumplimiento contra Estados miembros de la UE por no terminar sus TBIs intra-UE¹⁰. Bajo los Tratados de la UE, la Comisión puede entablar una demanda en contra de los Estados miembros de la UE por violar el derecho de la UE ante tribunales de la Unión. Finalmente, esto puede resultar en sanciones financieras para los Estados miembros. Por último, solicitantes particulares, tales como organizaciones no gubernamentales, pueden impugnar la validez de estos TBIs intra-UE ante los tribunales de los Estados miembros de la UE.

La cuestión de los futuros TBIs extra-UE —aquellos celebrados entre Estados miembros de la UE y Estados que no son miembros— es aún más compleja. El eje principal del razonamiento del TJE deja claro que las cláusulas de arbitraje contenidas en tales acuerdos no están inmunes a ser impugnadas. De hecho, los tribunales bajo tales tratados bien pueden potencialmente sustraer controversias que traten cuestiones de derecho de la UE o recurso judicial de la UE de los tribunales de sus Estados miembros. Como resultado, puede exigirse a los Estados miembros de la UE que terminen estos acuerdos, y la ejecución de los laudos ante los tribunales de los Estados miembro puede ser puesta en duda. Aun así, deberemos esperar una decisión definitiva del TJE sobre este asunto en el futuro. En todo caso, los Estados miembros de la

UE aún pueden desempeñar sus obligaciones bajo los TBIs celebrados antes de su membresía a la UE bajo las condiciones establecidas bajo el Artículo 351 del TFUE. Este artículo permite a los Estados miembros honrar sus compromisos internacionales con terceros Estados asumidos antes de convertirse en miembros de la UE. Sin embargo, el texto del artículo sugiere que esto sólo se trata de obligaciones de los Estados miembros hacia terceros Estados, no particulares¹¹. Además, impone obligaciones sobre los Estados miembros de la UE de que adopten todas las medidas apropiadas para eliminar incompatibilidades, incluyendo la denuncia de acuerdos internacionales¹². Asimismo, las obligaciones asumidas bajo el Convenio del CIADI y la ejecución de laudos del CIADI pueden resultar en planteamientos jurídicos similares.

Por último, *Achmea* arroja nubes negras sobre el futuro de los AIIs que contengan alguna forma de ISDS negociados por la Unión Europea en sí misma. La Comisión ha tomado algunas precauciones en acuerdos recientemente negociados como el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) con Canadá¹³. Si estas precauciones son suficientes quedará claro cuando el TJE emita su Dictamen 1/17 sobre el AECG¹⁴. Ya en su Dictamen 2/15, el TJE concluyó que un mecanismo de ISDS similar al contenido en el AECG en el tratado de libre comercio (TLC) entre la UE y Singapur eliminó las controversias de la competencia de los Estados miembros de la UE¹⁵. Y estas controversias pueden muy bien, al menos potencialmente, recaer dentro de las áreas cubiertas por el derecho de la UE.

Autor

Laurens Ankersmit es abogado de ClientEarth, una organización de derecho ambiental sin fines de lucro con sede en Londres, Bruselas y Varsovia. Traducido al español por María Candela Conforti.

⁸ Caso 106/77 Simmenthal II EU:C:1978:49, párrafo 17, extraído de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=ES>; Caso 121/85 Conegate Limited v. HM Customs & Excise, EU:C:1986:114, párrafo 26, extraído de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61985CJ0121&from=ES>.

⁹ El Artículo 351 del TFUE no puede ser invocado en el contexto intra-UE. Véase Caso C-301/08 Bogiatzi v. Deutscher Luftpool and Others [2009] ECR I-10185, párrafos 16-20, extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62008CC0301>.

¹⁰ Este procedimiento ya había sido iniciado, pero fue temporalmente suspendido debido al entonces pendiente fallo del caso *Achmea*. Véase http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_es.htm?locale=EN bajo 6.

¹¹ Caso 812/79 Abogado General v. Burgoa [1980] ECR 2787, extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CJ0812&from=ES>.

¹² Véase por ejemplo, Caso C-249/06 Comisión v Suecia EU:C:2009:119, extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0249>.

¹³ El Artículo 8.31 contiene varias disposiciones tendientes a garantizar que los tribunales de inversión bajo el AECG no interpreten el derecho de la UE. Para una evaluación detallada de estas salvaguardias, véase Ankersmit, L. (2016). The compatibility of investment arbitration in EU trade agreements with the EU judicial system. *Journal for European Environmental and Planning Law*, 13(1), 46-63.

¹⁴ Este Dictamen fue solicitado por Bélgica después de la crisis por la firma del AECG en octubre de 2016. Para más información de antecedentes, véase Ankersmit, L. (2016, diciembre). Belgium requests an opinion on Investment Court System in CETA. *elmi Review*, 2, 54-58.

¹⁵ Dictamen 2/15 TLC entre la UE y Singapur U:C:2017:376, párrafo 292, extraído de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62015CV0002\(01](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62015CV0002(01)



ARTÍCULO 2

Retiro de Consentimiento al Arbitraje entre Inversionista y Estado y Terminación de Tratados de Inversión

Lise Johnson, Jesse Coleman y Brooke Güven



1. ISDS y su realidad actual

Cada vez resulta más difícil justificar la solución de controversias entre inversionista y Estados (ISDS). Incluso los gobiernos que han sido sus más fuertes propulsores —tales como los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos— ahora están cambiando de rumbo. Los gobiernos y otros actores involucrados han planteado una amplia gama de asuntos importantes en relación con la ISDS, los cuales incluyen:

- La falta de concordancia y coherencia en la interpretación del derecho
- Su naturaleza asimétrica, implicancias para incentivos de los litigantes y adjudicadores y el consecuente impacto en el desarrollo del derecho
- La falta de (mecanismos para garantizar la) independencia e imparcialidad de adjudicadores e instituciones arbitrales
- La limitada capacidad de aquellos interesados y afectados por las controversias para participar de manera significativa en las mismas
- Los limitados medios para impugnar laudos por errores de hecho o de derecho, o por la inconsistencia con las políticas públicas
- Las limitadas vías para la supervisión pública y control de acuerdos de solución.

Además, la ISDS, al momento de ser asociada con

los estándares sustantivos que pretende proteger, se encuentra cada vez más cuestionada como una herramienta eficaz, ya que no existe evidencia empírica de ningún beneficio resultante de la misma. Un escrito importante recientemente publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) encontró evidencia inconcluyente para determinar si los acuerdos internacionales de inversión (AIIs) generan un aumento de inversión extranjera directa (IED), mucho menos para identificar si toda la IED impulsada por AIIs resulta positiva para los países receptores y los de origen. La evidencia tampoco es concluyente sobre si los AIIs contribuyen a la despolitización de las controversias o al mejoramiento de las instituciones nacionales¹.

Los Estados y otros actores involucrados también son más conscientes de la necesidad de formular políticas a medida para alentar cierto tipo de inversión, que maximice su capacidad para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODSs), lo cual también puede implicar un desaliento de aquellas inversiones que dañen el medio ambiente, las estructuras sociales, a los individuos o la economía de un país receptor.

Los AIIs y la ISDS constituyen poderosos instrumentos para la protección de las inversiones, pero no tratan a la inversión extranjera, ni mucho menos la IED, con tanta anuencia o propósito. Protegen a todos los inversores e inversiones cubiertas, independientemente de las motivaciones de los mismos, incluyendo si tal protección es pertinente a una decisión de inversión o a la contribución (o falta de) contribución a los ODSs. Por lo tanto, en términos de herramientas de gobernanza, la ISDS y los AIIs de antigua generación, ambos resultan ineficaces, ya que ofrecen beneficios superfluos pero

¹ Pohl, J. (2018). *Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión. Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles*. Documentos de Trabajo sobre Inversión Internacional de la OCDE, 2018/01. París: OECD Publishing, París. Extraído de https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion_3d753f20-es; Johnson et al. (2018). *Costs and benefits of investment treaties: Practical considerations for states*. Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI); Bonnitcha, J. (2017). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. International Institute for Sustainable Development (IISD). Extraído de <http://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>.



costosos y desacertados, dado que también tienen la capacidad de menoscavar las políticas que garantizan la inversión extranjera sostenible. Son, en síntesis, inadecuados para las realidades modernas.

2. Obstáculos para una reforma oportuna y significativa

La mayor concientización y el descontento con los estándares sustantivos de los AIIs y la ISDS ha generado un llamado a encarar una nueva dirección en la formulación de políticas de inversión internacional. Actualmente, se están emprendiendo procesos de reforma a nivel nacional, bilateral y multilateral, y existen algunas iniciativas prometedoras, incluyendo la de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin embargo, no queda claro si estos esfuerzos abordarán eficazmente los orígenes de dicho descontento y, si lo hicieran, cuánto tiempo llevará.

"En términos de herramientas de gobernanza, la ISDS y los AIIs de antigua generación, ambos resultan ineficaces, ya que ofrecen beneficios superfluos pero costosos y desacertados, dado que también tienen la capacidad de menoscavar las políticas que garantizan la inversión extranjera sostenible. Son, en síntesis, inadecuados para las realidades modernas."

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha catalogado las diferentes maneras de atender los problemas relacionados con los AIIs de antigua generación, a través de la interpretación, modificación, reemplazo, consolidación y terminación de tratados². Cada una de estas opciones posee ventajas y desventajas en términos de viabilidad y eficacia³. Un importante obstáculo para dicha reforma es la naturaleza y cantidad de acuerdos. Son miles, y con frecuencia son

Estados individuales lo que son parte de los acuerdos bilaterales. Modificar o interpretarlos tratado por tratado lleva mucho tiempo y a menudo no es eficaz para llegar a un acuerdo con las contrapartes de los tratados.

Una vía posible para abordar estos temas es adoptar un nuevo instrumento pluri- o multilateral para reformar múltiples tratados de una sola vez. De hecho, esta fue una idea presentada en la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, elaborada dentro de la CNUDMI. Pese a que la Convención de Mauricio presenta una estrategia promisoriosa, también revela desafíos. Hasta el 1 de marzo de 2018, ocho años después de que la CNUDMI lanzara la reforma sobre la transparencia, la Convención tenía tres partes⁴. Esta cronología e iniciativas sobre el tema relativamente limitado de la transparencia indica que un cambio más amplio e integral de los AIIs y la ISDS podría llevar años, si no décadas, para concretarse.

Algunos Estados están emprendiendo la reforma a través de la creación de tribunales bilaterales o mediante la creación de un tribunal multilateral de inversión (posiblemente a través del proceso de la CNUDMI). Sin embargo, no queda claro si un instrumento multilateral será finalmente acordado en la CNUDMI o en otro foro, y de ser así, si abordará significativamente los problemas identificados, o si generará consecuencias no deseadas por una mayor institucionalización de normas sustantivas problemáticas. Además, podrían pasar décadas hasta que se establezca el tribunal y que el mismo sea capaz de recibir demandas.

Si bien es alentador que algunos Estados estén participando seriamente en diálogos para la reforma, los procesos actuales de reforma y las resultantes medidas de políticas lucen sustancialmente inciertas y podrían llevar gran cantidad de tiempo. En el interin, los Estados seguirán asumiendo riesgos injustificados asociados con el defectuoso sistema de ISDS.

² Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (Junio, 2017). Phase 2 of IIA reform: Modernizing the existing stock of old-generation treaties. *IIA Issues Note, 2*. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf.

³ Véase "rapporteurs report back" documentos elaborados para las sesiones de debate en la Conferencia Anual de Alto Nivel de la UNCTAD: Fase 2 de la Reforma de AIIA (9-11 de octubre, 2017), disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-iaa-conference-phase-2-of-iaa-reform>.

⁴ Véase UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=en (hasta el 1 de marzo, 2018). La Convención de Mauricio entró en vigencia en octubre de 2017.

⁵ Porterfield, M. C. (2014, 14 de agosto). Aron Broches y el Retiro de Ofertas Unilaterales de Consentimiento a Arbitraje entre Inversionista y Estado. *Investment Treaty News*, 5(3). Extraído de http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_es.pdf (donde se discuten los fundamentos jurídicos e implicancias del retiro de consentimiento); Howse, R. (2017, 9 de marzo). A short cut to pulling out of investor-state arbitration under treaties: Just say no. *International Economic Law and Policy Blog*. Extraído de <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/a-short-cut-to-pulling-out-of-investor-state-arbitration-under-treaties-just-say-no.html>



Habiendo considerado estos temas, sugerimos que los gobiernos pensando en la reforma exploren dos acciones a corto plazo para abordar las preocupaciones ya reconocidas con el estatus quo en que se encuentra el sistema de ISDS, paralelamente con su trabajo a largo plazo en la CNUDMI o donde se esté trabajando en nuevos modelos y enfoques. Dos opciones pragmáticas a corto plazo son: (1) retirar el consentimiento a la ISDS y (2) terminar los tratados de inversión⁵. A continuación consideramos las ventajas y desventajas de estas opciones, enfocándonos en su viabilidad jurídica y práctica.

3. Retirar el consentimiento al arbitraje entre Inversionista y Estado

Retirar el consentimiento a este tipo de arbitraje puede resultar una acción controvertida, pero ayudaría a abordar la preocupación de los Estados con respecto a los actuales tratados, permitiendo al mismo tiempo concentrarse en el desarrollo de un nuevo enfoque. Podría poner un límite a interpretaciones problemáticas realizadas por tribunales de ISDS a las normas sustantivas desactualizadas contenidas en los AIIs de antigua generación. Al mismo tiempo, señalaría un compromiso estatal con el marco internacional, ya que los Estados continuarían vinculados por las obligaciones asumidas en los tratados existentes. Sin embargo, aquellas obligaciones únicamente estarán sujetas a la solución de controversias entre Estados, y por ende, es menos probable que resulten en interpretaciones no deseadas, incoherentes e impredecibles de disposiciones controvertidas. Esta opción también permitiría a los Estados dejar en claro que la decisión de seguir este camino no va en contra de la inversión extranjera ni del derecho internacional, sino contra la ISDS, y que simplemente está siendo tomada para abordar de manera responsable y oportuna un problema que es ahora bien reconocido.

Los Estados pueden retirar su consentimiento de manera uni-, bi-, pluri- o multilateral. Un instrumento redactado conjuntamente que luego puede ser firmado por los Estados individualmente podría ayudarlos a reducir mensajes y reacciones negativas. La eficacia de esta opción no es segura, ya que es probable que los inversores impugnen la legalidad de la medida, y los árbitros posiblemente fallen a su favor. Aun así, retirar el consentimiento puede alcanzar un equilibrio útil entre el cambio y la estabilidad, que continuaría brindando protecciones en los tratados y solución de controversias, pero tratando el tema de la ISDS mientras la reforma está en curso.

4. Terminación de los tratados de inversión

Una segunda opción disponible es la terminación de los AIIs. Mientras la terminación de tratados de inversión se discute que ha sido controvertida, la terminación de los tratados en términos generales no es poco común. Un estudio de 2005, por ejemplo, concluyó que⁶

1.546 ejemplos de denuncia y retiro de 5.416 acuerdos multilaterales registrados en las Naciones Unidas entre 1945 y 2004. [...] En base a estos datos, el estudio concluyó que “las denuncias y retiros son un componente regular en la práctica moderna de tratados —actos que son poco frecuentes pero difícilmente sean eventos aislados o atípicos que la sabiduría convencional sugiere.”

Esta opción pretende eliminar las obligaciones de los tratados de inversión con respecto a los tratados que son considerados desactualizados. Para los Estados que piensan que los costos de sus tratados son mayores que sus beneficios (escasamente demostrados), la terminación de los AIIs existentes hace buen sentido de políticas. También otorgaría a los Estados receptores certeza en cuanto a su posible exposición a demandas o responsabilidad y podría

"Sugerimos que los gobiernos pensando en la reforma exploren dos acciones a corto plazo para abordar las preocupaciones ya reconocidas con el estatus quo en que se encuentra el sistema de ISDS, paralelamente con su trabajo a largo plazo en la CNUDMI o donde se esté trabajando en nuevos modelos y enfoques. Dos opciones pragmáticas a corto plazo son: (1) retirar el consentimiento a la ISDS y (2) terminar los tratados de inversión."

⁶ Helfer, L. R. (2013). Terminating treaties. En Hollis, D. (Ed.) *The Oxford guide to treaties* (pp. 634–640). Oxford University Press (citando a L. R. Helfer. (2005). *Exiting treaties. Virginia Law Review*, 91(1579), 1602-05; notas al pie eliminadas).



establecer un nuevo comienzo sobre el cual los Estados receptores y de origen podrían desarrollar e implementar políticas que tomen en cuenta la evidencia de atraer y administrar las inversiones conforme a los ODSs.

Cualquier Estado, tal como lo han hecho algunos, puede notificar unilateralmente su intención de terminar todos o algunos de sus tratados. Los Estados también pueden realizar esto a través de acuerdos bi-, pluri- o multilaterales. Un enfoque multilateral de listas de inclusión (*opt-in approach*) puede reducir la presión sobre los gobiernos que desean terminar, permitiéndoles comunicar más claramente que sus acciones no están dirigidas en contra de los inversores extranjeros sino en contra de la ISDS y de los AII de antigua generación, y que esto se realiza de conformidad y en continuo respeto del derecho internacional.

Cuando la terminación se torna efectiva, las obligaciones de los tratados para los inversores cesan de existir, pese a que los Estados conservan sus obligaciones bajo el derecho consuetudinario internacional y otros instrumentos jurídicos. Notablemente, el enfoque de terminación puede ver obstaculizada su eficacia debido a las cláusulas de supervivencia. A menos que sean modificadas y eliminadas del tratado o antes de su terminación, estas disposiciones pueden resultar en que el tratado siga en vigencia —y someter a los Estados a la ISDS— por 10, 15 o 20 años o más después de la recisión.

5. Impugnaciones comunes al retiro unilateral de consentimiento y terminación unilateral

Una impugnación en ambas situaciones —retiro de consentimiento y terminación— se relaciona con la reacción de las contrapartes de un tratado. Una contraparte podría argumentar que tal retiro de consentimiento a la ISDS violaría las obligaciones del Estado bajo el tratado o podría oponerse a la recisión temprana del tratado o a la reducción o eliminación de la cláusula de supervivencia de un tratado. Sin embargo, dado que muchos Estados han reconocido públicamente los problemas fundamentales y sistémicos de la ISDS, parecería poco honesto seguir exigiendo a la contraparte de un tratado que enfrente demandas a través de un mecanismo que ya es ampliamente considerado como defectuoso. Como prueba de los esfuerzos de buena fe de un Estado en cuanto a la reforma, los Estados podrían renunciar a la objeción de retiro de consentimiento de sus contrapartes, acordar sobre sus solicitudes para terminar los AII o acordar permitir el retiro de consentimiento junto con terminaciones unilaterales.

A fin de facilitar el retiro de consentimiento o terminación, podría elaborarse un instrumento de listas de inclusión en el cual los Estados signatarios indiquen que están tomando una o las dos medidas, mientras articulan la justificación que motiva estas acciones. En dicho instrumento, un Estado podría:⁷

- En el caso de retirar el consentimiento, especificar los tratados con respecto a los cuales desea hacerlo.
- En el caso de la terminación, especificar los tratados que pretender terminar de acuerdo con sus respectivos términos y los tratados que desea terminar con efecto inmediato.
- En ambos casos, indicar su intención de no impugnar esfuerzos similares de sus contrapartes para retirar su consentimiento o terminar y, con respecto a la terminación, su intención de renunciar a cualquier período de notificación y otras condiciones.
- Establecer ciertas afirmaciones, incluyendo compromisos a: (1) en el caso del retiro de consentimiento, continuar respetando sus compromisos sustantivos tal como fue acordado por las partes del tratado, y (2) en el caso de la terminación, seguir brindando a los inversores y las inversiones el trato exigido por el derecho consuetudinario internacional u otros instrumentos jurídicos pertinentes.

En este sentido, un Estado podría aclarar que el retiro de consentimiento o terminación no va en contra de la cooperación o el derecho internacional, sino que se trata de una medida necesaria para establecer dicha cooperación de manera más moderna y productiva.

Por lo tanto, pese a que tanto el retiro como la terminación pueden ser realizados unilateralmente, una acción coordinada aumentaría la eficacia y aclararía el significado jurídico y político de tales medidas. Para concretar los esfuerzos coordinados, sería importante identificar un foro para la creación de un instrumento conjunto que los Estados podrían firmar para cumplir con uno o estos dos objetivos. Una opción sería celebrar sesiones de grupo de trabajo, que podrían llevarse cabo junto con la CNUDMI, la UNCTAD u otras reuniones de las Naciones Unidas.

⁷ Véase Helfer, L. R. (2013), nota 6 *supra*.



6. Conclusión

La reforma de la ISDS se encuentra encaminada en varios foros, mientras que los países están lidiando con miles de tratados de inversión que están desactualizados, y tratando de alinear sus políticas de inversión con el desarrollo sostenible. Sin embargo, incluso aquellos procesos que están en curso pueden no generar cambios significativos durante décadas. Por lo tanto, a corto plazo, resulta imprescindible que los Estados exploren opciones tales como el retiro de consentimiento a la ISDS y la terminación de tratados a fin de manejar responsablemente los riesgos y abordar los problemas generados por los tratados existentes.

"A fin de facilitar el retiro de consentimiento o terminación, podría elaborarse un instrumento de listas de inclusión en el cual los Estados signatarios indiquen que están tomando una o las dos medidas, mientras articulan la justificación que motiva estas acciones."

Tales medidas reflejarían un esfuerzo consiente de gobernar eficaz y equitativamente, y dirigirse hacia un régimen económico internacional donde los tratados y sus mecanismos de controversias alcancen los propósitos deseados, generen decisiones legítimas y no menoscaben la cooperación internacional y el desarrollo sostenible.

Autores

Lise Johnson es Directora del programa de Derecho y Políticas de Inversión, del Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). **Jesse Coleman** y **Brooke Güven** son Investigadores Jurídicos del CCSI. Este artículo está basado en un documento de debate más extenso, disponible en <http://ccsi.columbia.edu/2018/04/24/clearing-the-path-withdrawal-of-consent-and-termination-as-next-steps-for-reforming-international-investment-law/>.



ARTÍCULO 3

Entrevista con Luis Guillermo Vélez - Director-General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia



El International Institute for Sustainable Development (IISD), Kenya Investment Authority (KenInvest) y South Centre celebraron el 11mo Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo en Nairobi, Kenia, del 7 al 9 de febrero de 2018. El evento convocó a 141 participantes, incluyendo a delegados de 65 gobiernos de países en vías de desarrollo y a 11 organizaciones regionales e internacionales. Los debates se enfocaron en las tendencias y desafíos de la formulación de tratados de inversión y la reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) desde una perspectiva de desarrollo sostenible.

*Durante el evento, el IISD entrevistó a delegados de países en desarrollo sobre sus experiencias en las negociaciones y controversias de inversión, sus expectativas del proceso de la reforma de inversiones y sus opiniones sobre el valor del Foro. ITN publica en esta edición la entrevista con **Luis Guillermo Vélez Cabrera**, Director-General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia (ANDJE). Entre otras funciones, la ANDJE coordina la defensa jurídica de Colombia en controversias de inversión internacional y apoya al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia (MinCIT) en la negociación de tratados de inversión.*

IISD: ¿Su país ha sufrido consecuencias negativas a raíz de los tratados o acuerdos de inversión? ¿Ha enfrentado alguna controversia? ¿Ha experimentado un enfriamiento regulatorio?

De hecho, hasta cierto punto, las tres. Actualmente

estamos enfrentando al menos siete arbitrajes principalmente a causa de tratados bilaterales de inversión (TBIs), algunos de los cuales firmamos muchos años atrás.

Colombia ha sido muy respetuosa y ha dado la bienvenida a la inversión extranjera. Para Colombia, la inversión es muy importante. Pero es importante que el Estado haga su trabajo, o sea, regular y gobernar. Cuando el gobierno respeta el estado de derecho, parece terriblemente injusto enfrentar una controversia debido a que el gobierno está cumpliendo su mandato. Un régimen de inversión que permite que esto pase debe ser revisado.

"Cuando el gobierno respeta el estado de derecho, parece terriblemente injusto enfrentar una controversia debido a que el gobierno está cumpliendo su mandato. Un régimen de inversión que permite que esto pase debe ser revisado. "

Colombia nunca, de ninguna manera, ha actuado contrariamente a sus regulaciones internas, ni infringido el derecho internacional o sus obligaciones internacionales ni ha actuado en contra de un inversor. Aún así, enfrentamos lo que creemos son controversias injustas, que vamos a defender, pero que de muchas formas no deberían estar ahí.

IISD: ¿Qué cambio le gustaría ver en la manera en que los tratados y el régimen de inversión son negociados y cómo se resuelven las controversias?

El problema debería ser abordado de diferentes ángulos —sustantivo y procesal.

Debemos prestar más atención a la redacción de las obligaciones sustantivas de los Estados en los TBIs. Los Estados deberían ser muy cautelosos y consientes sobre qué exactamente se están obligando a cumplir ellos



mismos. Los países no siempre son conscientes de los detalles e implicancias de lo que han firmado. El Foro en Nairobi ha sido muy útil para identificar diferentes formas de redactar mejor un TBI, si un país decide que ese es el camino que desea tomar.

El otro problema es la solución de controversias. Los aspectos sustanciales y procesales por supuesto están vinculados y deberían ser abordados simultáneamente, pero son diferentes. La ISDS realmente representa los dientes de un TBI. Y debido a esos dientes los TBIs muerden y dañan. Hay mucho por hacer con respecto a la ISDS, que actualmente están en una profunda crisis. El trabajo multilateral se está llevando a cabo en la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para reformar varios aspectos de la ISDS. También se está trabajando en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Estos esfuerzos de reforma indican que sin duda se necesita una reforma urgente en varios aspectos.

"ISDS realmente representa los dientes de un TBI. Y debido a esos dientes los TBIs muerden y dañan. Hay mucho por hacer con respecto a la ISDS, que actualmente están en una profunda crisis."

Por ejemplo, el sistema carece de reglas claras para resolver el conflicto de intereses. El tema del *"double-hatting"* —donde los abogados de firmas jurídicas multinacionales actúan como abogados de partes demandantes, de demandadas y también como árbitros— no puede ser aceptado. Segundo, está el tema de los árbitros que adjudican controversias sin basarse en los tratados ni en el derecho internacional público. Hay evidencia de que los árbitros, que principalmente vienen del arbitraje comercial, no siempre tienen conocimientos de derecho internacional público. A menudo toman este trabajo sin considerar las realidades de un Estado, sus objetivos y mandato, abordando las controversias de inversión como si fueran típicas disputas comerciales entre dos empresas, que claramente no es el caso. Tercero, esta es la principal fuente de incongruencia en las decisiones tomadas por los tribunales y la resultante falta de predictibilidad del sistema. Estos son al menos tres aspectos que deben ser abordados en la ISDS urgentemente.

IISD: ¿Cómo les ha ayudado el Foro Anual a prepararse para lidiar y evitar consecuencias negativas?

El Foro es muy, muy importante. Es un lugar donde los negociadores pueden intercambiar experiencias e ideas, aprender de los errores de algunos, del éxito de otros. Claramente marca el camino de la relación futura con los inversores y también para revisar las políticas de algunos países en el pasado que los han dejado en situaciones desafortunadas.

"Este Foro hace posible un debate sincero entre los participantes que provienen con antecedentes similares y poseen intereses compartidos."

Muchos otros foros convocan a un gran número de inversores y países exportadores de capital, cuyos intereses no son los mismos que los de los países en vías de desarrollo. Este Foro hace posible un debate sincero entre los participantes que provienen con antecedentes similares y poseen intereses compartidos.

IISD: ¿Cómo puede ayudar el IISD a llevar a cabo esta reforma?

Ahora que la reforma ya está demandada y se está pensando seriamente cómo llevarla a cabo, el IISD puede jugar un papel fundamental como fuente de ideas e información y también como un punto de reunión de muchas naciones que están viviendo las mismas situaciones y necesitan cierto tipo de orientación.



NOTICIAS EN BREVE

Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se reúne en Nueva York para continuar el debate de la reforma de la ISDS

La 35ta sesión del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tendrá lugar del 23 al 27 de abril de 2018, en Nueva York para continuar el debate sobre la posible reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS). Para más información consulte el sitio web del grupo de trabajo. El grupo de trabajo se reunirá nuevamente en Viena a fines de 2018.

Acuerdo para crear el Área de Libre Comercio Continental de África (AfCFTA) firmado en Ruanda

El 21 de marzo de 2018, 44 de los 55 Estados miembros de la Unión Africana se reunieron en Kigali, Ruanda, y firmaron el AfCFTA con la idea de crear un mercado único en el continente. Una vez que el acuerdo sea ratificado por todos sus signatarios, el bloque comercial que será creado abarcaría a 1,2 mil millones de personas y más de USD 2 trillones de PBI combinado.

Los países acordaron remover las tarifas en el 90 por ciento de los productos y liberalizar los servicios. El libre movimiento de personas y una moneda única podrían ser los desarrollos futuros. La firma del acuerdo concluyó la primera etapa de negociaciones; los países se enfocarán en las disposiciones de inversión del AfCFTA en la segunda etapa.

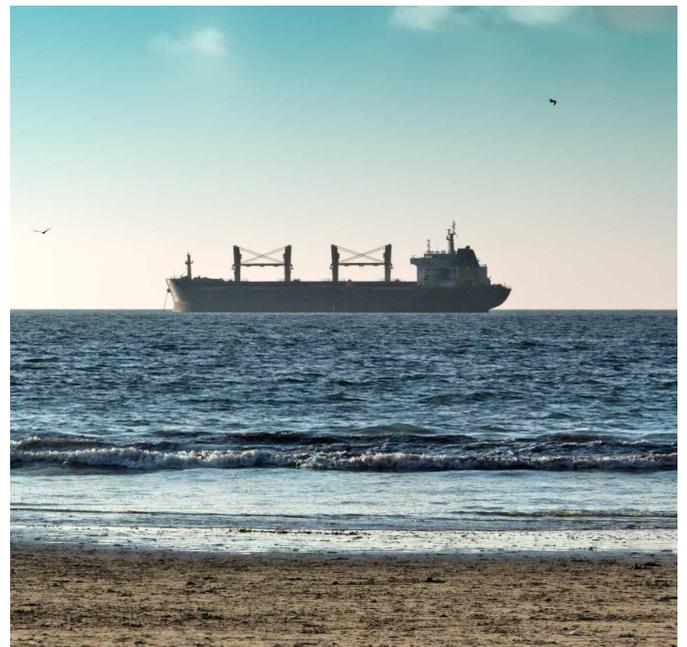
Entre los países que no firmaron el acuerdo, Nigeria y Sudáfrica señalaron la necesidad de más consultas con los actores interesados nacionales.

Consejo de la Unión Europea adopta directrices de negociación: la Comisión de la UE negociará un convenio para establecer un tribunal multilateral de inversiones

El 20 de mayo de 2018, el Consejo de la Unión Europea adoptó las directrices de negociación autorizando a la Comisión Europea a negociar un convenio para establecer un tribunal multilateral de inversiones para la solución de controversias en materia

de inversiones. En base a este mandato, la Comisión pretende entablar las negociaciones en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El tribunal multilateral de inversiones (TMI) concebido por la Unión Europea sería una institución permanente internacional para adjudicar controversias bajo los tratados de inversión actuales y futuros. Incluiría un mecanismo de apelación y disposiciones sobre transparencia procesal así como la imparcialidad e independencia de los adjudicadores. El TMI eventualmente sustituiría a los Sistemas de Tribunales de Inversión (STI) bilaterales incluidos en los acuerdos de la UE.



Firma del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP)

El 8 de marzo de 2018, se firmó el CPTPP en Santiago, Chile. El tratado de libre comercio involucra a 11 países de la región del Pacífico: Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El texto legalmente autenticado fue lanzado el 21 de febrero de 2018, por Nueva Zelanda, el depositario del tratado. México también ha publicado la versión en español.

En la ceremonia de firma, también se firmaron acuerdos



paralelos para excluir la ISDS obligatoria entre Nueva Zelanda y cinco países: Australia, Brunéi Darussalam, Malasia, Perú y Vietnam.

Además, Canadá, Chile y Nueva Zelanda firmaron dos declaraciones conjuntas: una sobre **Promoción del Comercio Progresista e Inclusivo**, refrendando el compromiso de los países a los objetivos de desarrollo sostenible y cambio climático, y otra sobre **ISDS**, reafirmando el derecho de las partes a regular y su intención de promover la transparencia en los procedimientos de solución de controversias.

El Presidente de EE.UU. Donald Trump declaró el 13 de abril de 2017, que reconsideraría unirse al CPTPP si fuera “sustancialmente mejor” que el trato negociado por su predecesor, Barack Obama. Trump había retirado a los Estados Unidos del “horrible” TPP-12 en enero de 2017. Recientemente solicitó a sus asesores que consideren la posibilidad de unirse al CPTPP.

El ministro de comercio de Japón, Taro Aso, dijo que celebraría esta posibilidad, pero que tendría que verificar los hechos cuidadosamente. Agregó que Trump “es una persona de temperamento cambiante, que podría cambiar de opinión al día siguiente”. El ministro de comercio de Nueva Zelanda David Parker se mostró abierto a la posibilidad pero subrayó que no estaba claro “cuán real era”.

RCEP debatirá sobre las inversiones en julio; se espera finalización del acuerdo en 2018

El 3 de marzo de 2018, los ministros de 16 países participantes de la Asociación Económica Integral Regional (por sus siglas en inglés, RCEP) asistieron a la 4ta Reunión Ministerial Intersectorial del RCEP en Singapur. Destacando el progreso logrado desde la 21era ronda de negociaciones realizada del 2 al 9 de febrero de 2018, en Yogyakarta, Indonesia, reafirmaron su intención de celebrar el acuerdo en 2018.

La inversión se encuentra entre los temas a ser discutidos en la 5ta Reunión Ministerial Intersectorial del RCEP, programada para realizarse en Tokio, Japón, el 1 de julio de 2018.



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del CIADI concluye que Letonia violó el TJE bajo el TBI entre Letonia y Lituania

UAB E Enerģija vs. República de Letonia, Caso del CIADI No. ARB/12/33

Gladwin Issac

En un procedimiento iniciado por UAB E Enerģija (UAB), una empresa de energía con sede en Lituania, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) afirmó que la conducta de Letonia violó el estándar de trato justo y equitativo (TJE) del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Letonia y Lituania. En particular, el tribunal sostuvo que la conducta de Letonia hacia la empresa parecía “fundada en un perjuicio o preferencia más que en una razón o hecho”, esto resultaba igualmente arbitrario bajo el significado del TBI (párrafo 887).

Antecedentes y demandas

UAB celebró un contrato de arrendamiento por 30 años con AS Rēzeknes Siltumtīkli (el regulador), una empresa de total propiedad de la Municipalidad de Rēzekne (la municipalidad), para operar un sistema de calefacción de distrito para la Ciudad de Rēzeknes, Letonia. UAB estableció una entidad separada, Latgales Enerģija (LE), para invertir en este proyecto.

En septiembre de 2007, el regulador demandó a LE ante el Tribunal Regional de Latgales procurando el pago de determinadas sumas y obtuvo el embargo de los fondos. En un mes, la municipalidad declaró una crisis energética y designó a Rēzeknes Enerģija (RE) para proveer energía termal a la ciudad. Después de las elecciones locales, los políticos recién electos objetaron la privatización del servicio y rescindieron el contrato en 2008, confiscando todos los bienes de la empresa y las inversiones sin compensación.

Después de cuatro años de negociaciones fallidas, UAB inició un arbitraje reclamando que Letonia había violado sus obligaciones de TBI, particularmente el TJE y la protección y seguridad plenas bajo el Artículo 3(1) del TBI.

Objeciones preliminares de Letonia a la jurisdicción

Letonia presentó varias objeciones a la jurisdicción del tribunal. Primero, argumentó que los documentos internos de UAB que autorizaban la solicitud de arbitraje

no cumplían con las condiciones precedentes, es decir, recurrir a una mediación antes del arbitraje, y obtener la aprobación del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD) como accionista. Segundo, afirmó que no había una controversia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Letonia alegó que la prolongada demora en la presentación de la solicitud de arbitraje de UAB, 42 meses después el período autorizado en el TBI, demuestra la mala fe de UAB y provocó que Letonia entendiera que los reclamos no seguirían más allá de las negociaciones.

El tribunal desestimó estas objeciones, señalando que el contenido de los documentos internos de UAB no era suficiente para demostrar que la aprobación del BERD era una condición precedente al arbitraje. Además, concluyó que el trato de Letonia a la inversión de UAB calificaba como “una diferencia jurídica surgida de la inversión” conforme al Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

Solicitud de cancelación o suspensión del proceso por Letonia

Basándose en el caso *Impregilo v. Argentina*, Letonia expuso que el arbitraje debía ser suspendido o cancelado al estar pendiente la sentencia final del procedimiento judicial en los tribunales de Letonia. El tribunal no aceptó esta afirmación ya que las partes del procedimiento en Letonia (regulador y LE) y las partes del procedimiento de arbitraje (UAB y Letonia) no eran las mismas. Asimismo, pese a que el procedimiento en los tribunales se relacionaba con la solicitud de suspensión bajo el contrato de arrendamiento, no versaba sobre los estándares de protección del TBI. El tribunal explicó que una superposición entre las demandas del contrato y del tratado no era suficiente para garantizar la suspensión de un procedimiento. Por ende, concluyó que no había una razón convincente para ordenar la suspensión del proceso de arbitraje o su cancelación.

Violación del estándar TJE bajo el Artículo 3(1) del TBI

UAB argumentó que la demora de la municipalidad para adoptar un plan de desarrollo para el suministro de calefacción constituyó una violación del estándar TJE. Afirmó que la inexistencia de un plan como tal provocó que el regulador denegara las solicitudes de LE de una



nueva tarifa en 2006 y 2007. Además, UAB expuso que la conducta de la municipalidad exhibía mala fe y que la crisis energética fue utilizada para forzar a LE a renunciar a parte o todo el sistema de calefacción.

El tribunal rechazó este argumento, señalando que, si bien el deber de la municipalidad de actuar durante la crisis energética no podía ser negado, debía considerar si la crisis fue declarada en buena fe y si la municipalidad había cumplido con el Artículo 3(1) del TBI. Al decidir sobre esta cuestión, el tribunal tomó nota de la reunión del Comité de Energía del 9 de octubre de 2007, donde LE fue instada a brindar calefacción dentro de las 24 horas, aun cuando la municipalidad sabía que su cuenta bancaria había sido embargada en los procedimientos iniciados por el regulador. El tribunal destacó que la municipalidad, solo una semana antes de declarar la crisis energética, había constituido RE y conferido un capital de LVL 4 millones (aproximadamente USD 7 millones) y la había designado como “la persona a cargo” de la prestación de servicios de calefacción a Rēzekne. Por lo tanto, el tribunal declaró la conducta de la municipalidad en violación con el Artículo 3(1) del TBI.

Revocación de licencias no constituye expropiación

Con respecto a la expropiación, UAB alegó que la municipalidad actuó de mala fe, conspirando con el regulador y RE para generar una crisis energética. UAB afirmó que el regulador y la municipalidad sancionaron a LE por un año revocando las licencias de UAB, recuperando a la fuerza sus bienes y finalmente rescindiendo su contrato a largo plazo. Según el tribunal, sin embargo, el regulador estaba facultado para revocar las licencias debido a la falta de pago del gas natural provisto a LE. Afirmó que la decisión del regulador de revocar la licencia no constituía una violación del Artículo 4(1) del TBI sobre expropiación.

“Permisos necesarios” otorgados de acuerdo con las leyes y regulaciones nacionales únicamente

UAB invocó la cláusula de trato de nación más favorecida (NMF) contenida en el Artículo 3(2) del TBI para alegar que Letonia violó las obligaciones bajo los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI entre Letonia y Rumania. Conforme a estas obligaciones, cuando el Estado receptor ha admitido una inversión en su territorio de conformidad con sus leyes, debe “otorgarle los permisos necesarios relacionados con dicha inversión” (párrafo 1104). UAB afirmó que la municipalidad no había emitido el plan de desarrollo para el suministro de calefacción requerido y, consecuentemente, el regulador no autorizó a LE a cobrar las tarifas revisadas de calefacción.

El tribunal optó por no tratar la cuestión de cómo los beneficios procesales podrían ser importados a través de una cláusula de NMF. Aun así, afirmó que era dudoso si la obligación del Estado receptor de otorgar trato de NMF “sujeta a sus leyes y acuerdos internacionales” podría ser utilizada para importar estándares contenidos en otros tratados, dado que podría limitarse al tratado de facto bajo el derecho nacional. Además, el tribunal no estaba seguro de si el concepto de “permisos necesarios” “relacionados con la inversión” incluiría el suministro de calefacción y el plan de desarrollo para la Ciudad de Rēzekne. Asimismo, tampoco tenía certeza si las decisiones del regulador aprobando la nueva tarifa propuesta por LE recaían dentro de la categoría de permisos contemplados en las disposiciones referidas por UAB. En todo caso, el tribunal concluyó que ningún permiso necesario debía ser otorgado por el Estado receptor “siempre que esto se encuentre en concordancia con su legislación nacional” (párrafo 1109).

Daños y costos

El tribunal otorgó a UAB la suma de EUR 1.585.000 más intereses pre- y post-laudo, compuesto anualmente por las pérdidas sufridas como consecuencia de la violación del Artículo 3(1) del TBI por parte de Letonia. La mayoría ordenó a Letonia el pago del 50 por ciento de los costos incurridos por UAB. El árbitro Reinisch disintió en este punto, consideró que como las demandas no eran frívolas y que no fueron realizadas en buena fe, cada parte debía asumir sus propios gastos.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Paolo Michelle Patocchi (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional suizo), Samuel Wordsworth (nominado por UAB, nacional británico) y August Reinisch (designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional austriaco). El laudo del 22 de diciembre de 2017 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9481.pdf> y la opinión disidente de August Reinisch en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9482.pdf>.

Gladwin Issac está en el último año de la carrera de Derecho y Trabajo Social en la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India.



Tribunal del CIADI no admite jurisdicción: Timor Oriental nunca consintió a arbitraje en el CIADI

Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC vs. República Democrática de Timor Oriental, Caso del CIADI No. ARB/15/2

Trishna Menon

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) denegó su jurisdicción sobre un caso iniciado por Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC (Lighthouse) contra la República Democrática de Timor Oriental. El laudo final fue emitido el 22 de diciembre de 2017.

Antecedentes y demandas

La controversia se originó en un Contrato de Suministro de Combustible (CSC) que comprende tres acuerdos interrelacionados celebrados en octubre y noviembre de 2010. Los acuerdos se refieren a los Términos y Condiciones Estándar Aplicados a la Venta de Productos de Lighthouse (Términos Estándar) y a los Términos & Condiciones Generales de Suministro de Energía de Lighthouse (Términos Generales), la pertinencia y efecto de los cuales se encuentra en disputa entre las partes.

Las objeciones de jurisdicción presentadas por Timor Oriental fueron tres: (1) no había consentido al arbitraje en el CIADI, (2) no hubo “inversión” a los efectos del Convenio del CIADI o de la Ley de Inversión Extranjera (LIE) de Timor Oriental, y (3) las demandantes no eran un “inversor extranjero” y no poseían un Acuerdo de Inversión Especial (AIE) a los fines de la LIE. Por lo tanto, el tribunal se avocó en determinar si Timor Oriental había consentido a someterse a la jurisdicción del CIADI para arbitrar la controversia a través del CSC, los Términos Estándar y la LIE.

Consentimiento en el CSC

Lighthouse afirmó que los Términos Estándar fueron incorporados por referencia a los tres acuerdos que conforman el CSC. También se basó en la versión denominada versión de diciembre de los Términos Generales, que dispone que, si las partes no pueden resolver una controversia de manera amigable, acuerdan someterla al ICSID. Timor Oriental, sin embargo, se basó en las versiones de septiembre y octubre de los Términos Generales, que establecen que el litigio interno sería el método para resolver las controversias y no mencionan al CIADI.

El tribunal remarcó que las referencias a los Términos

Estándar eran vagas y no expresaban una intención de incorporar este documento al CSC. Una de las referencias, por ejemplo, también mencionaba información sobre las necesidades de generación de energía de Timor Oriental, las cuales era improbable que se incorporasen como términos contractuales. Uno de los tres acuerdos mencionaba un documento que, a su vez, hacía referencia a los Términos Estándar, y las demandantes argumentaron que esta “doble incorporación” servía para insertar los Términos Estándar dentro del CSC —pero el tribunal no estuvo de acuerdo. Tampoco se mostró satisfecho con el argumento de que los Términos Estándar hayan incluso sido proporcionados a Timor Oriental al momento de firmar el primer acuerdo que conforma el CSC.

El tribunal también concluyó, a partir de un análisis de los Términos Generales, que no había una intención común de presentarse a la jurisdicción del CIADI. Afirmó que, en cambio, la intención era resolver las controversias a través del litigio en los tribunales nacionales. De esta manera, el tribunal observó la conducta de Lighthouse desde el 25 de octubre de 2011, tiempo en el cual Lighthouse había alegado que los Términos Estándar habían sido incorporados al CSC. Ese día, la defensa de Lighthouse había enviado a Timor Oriental un documento titulado “Consentimiento a Arbitraje bajo el Convenio Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, solicitando que Timor Oriental lo ejecutase. La defensa de Lighthouse no mencionó que una cláusula de arbitraje en el CIADI ya estaba supuestamente presente en los acuerdos contractuales de las partes. En base a esto, estaba claro para el tribunal que Lighthouse aún no consideraba que Timor Oriental hubiera consentido este tipo de arbitraje.

Consentimiento al arbitraje en el CIADI a través de la LIF

Una “inversión extranjera” bajo la LIE de Timor es “una inversión realizada por un ‘inversor extranjero’ que debe ser cualquier inversión directa realizada con recursos financieros, o sujeta a una evaluación pecuniaria, originada en el exterior por cuenta y riesgo de un inversor extranjero” (párrafo 311). Un “inversor extranjero” es definido como “toda persona extranjera individual o colectiva o no residente nacional de Timor, que posea un certificado de inversor extranjero” (párrafo 312).

Según Timor Oriental, Lighthouse no podía basarse en la oferta de arbitraje en el CIADI contenida en el Artículo 23 de la LIE porque Lighthouse no poseía



un certificado de inversor extranjero —tal como la misma Lighthouse admitió— y por consiguiente no calificaba como un “inversor extranjero”. Asimismo, de acuerdo con Timor Oriental, el CSC no constituía un “acuerdo de inversión especial”, dado que el Artículo 18(2) de la LIE requiere que los AIEs “sean autorizados por resolución del Consejo de Ministros, claramente especificando las condiciones que justifican el acuerdo, junto con el sistema especial aplicable al mismo” (párrafo 316).

El tribunal remarcó que Lighthouse no pudo ofrecer evidencia de una resolución del Consejo de Ministros estableciendo que el CSC era un AIE, y por lo tanto estuvo de acuerdo con Timor Oriental.

Inversión en el ámbito del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI

La tercera objeción jurisdiccional de Timor Oriental fue que la controversia no surgió directamente de una inversión, tal como lo requiere el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Alegó que el significado de “inversión” bajo el Convenio del CIADI es objetivo y excluye a las transacciones comerciales ordinarias. De acuerdo con Timor Oriental, la transacción en cuestión no era una inversión sino un intercambio de productos y servicios a cambio de un pago. Por razones de economía procesal, el tribunal decidió no resolver esta cuestión, dado que ya se había establecido que Timor Oriental no consistió el arbitraje en el CIADI y el resultado de esta cuestión no hacía diferencia en la decisión del tribunal.

Decisión y costos

El tribunal dictaminó que carecía de competencia para atender la controversia, desestimando toda solicitud de remediación y ordenando a Lighthouse el pago de todos los costos del arbitraje, ordenando a pagar USD 273.434,26 a Timor Oriental y otros USD 1.300.000 por las costas legales y gastos incurridos por Timor Oriental.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente, designada conjuntamente por los demás árbitros, nacional suiza), Stephen Jagusch (nominado por las demandantes, nacional de Nueva Zelanda) y Campbell McLachlan (nominado por la demandada, ciudadana de Nueva Zelanda). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/6377>.

Trishna Menon se encuentra en el último año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Gujarat, India.

Tribunal del CIADI desestima caso de expropiación contra Venezuela por razones jurisdiccionales

Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela, Caso del CIADI No. ARB/12/21

Bettina Müller

El 13 de noviembre de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) declinó ejercer su jurisdicción en un caso de USD 1,4 mil millones iniciado en 2012 por dos empresas fabricantes de vidrio en Venezuela de propiedad estadounidense, Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. (Favianca) y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. (OIdV), expropiadas en 2010 por el ex presidente venezolano Hugo Chávez Frías.

Antecedentes y demandas

Alegando un daño ambiental y años de explotación de trabajadores venezolanos, el 26 de octubre de 2010, el ex presidente venezolano Hugo Chávez Frías expropió las dos plantas más grandes de producción y distribución de envases de vidrio en Venezuela, Favianca y OIdV, ambas de propiedad de la multinacional estadounidense Owens-Illinois. Según el decreto presidencial, la expropiación era necesaria para el “fortalecimiento de la capacidad industrial del sector público en la fabricación de envases de vidrio para el pueblo venezolano” (párrafo 139). En 2011, Favianca y OIdV fueron fusionadas para convertirse en la empresa estatal Venezolana del Vidrio, C.A. (Venvidrio).

En 2012, después de un intento fallido para acordar el monto que Venezuela debería pagar en compensación por las dos plantas, se iniciaron dos casos paralelos en contra del Estado. El primero en marzo por OI European Group B.V. (OIEG) (Caso del CIADI No. ARB/11/25) y el segundo en julio por Favianca y OIdV (Caso del CIADI No. ARB/12/21). En ambos casos, las demandantes alegaron la expropiación ilegal y otras violaciones del tratado de inversión. Dado que la accionista mayoritaria de ambas plantas era una empresa holandesa, las demandantes invocaron el tratado bilateral de inversión entre Venezuela y los Países Bajos (TBI).

El primer caso fue resuelto en 2015 cuando el tribunal decidió de forma unánime en favor del inversor y ordenó a Venezuela el pago de USD 372,4 millones más intereses, de los USD 929,5 millones que OIEG había reclamado originalmente. Un [resumen del laudo](#) fue publicado en ITN en mayo de 2015. El procedimiento de anulación lanzado posteriormente por Venezuela aún



se encuentra pendiente de resolución. En el segundo caso, resumido a continuación, el tribunal del CIADI desestimó todas las demandas de Favianca y OIdV por razones jurisdiccionales.

Antes de proceder a los detalles de la decisión del tribunal, es importante destacar que Venezuela denunció formalmente el Convenio del CIADI el 24 de enero de 2012. Según el Artículo 71 de dicho Convenio, la denuncia produce efecto seis meses después de recibida la notificación oficial. Favianca y OIdV entablaron su demanda el 20 de julio de 2012, alegando que aun recaía bajo la jurisdicción del CIADI, interpretación que Venezuela objetó. Asimismo, Venezuela había terminado unilateralmente el TBI con los Países Bajos en 2008, pero la cláusula de suspensión establece 15 años más de aplicabilidad a las inversiones realizadas antes de la fecha de denuncia.

La jurisdicción del CIADI depende del consentimiento perfeccionado

Considerando la decisión de Venezuela de retirarse del CIADI, el debate clave en este caso es si el centro aún tiene jurisdicción o no sobre el caso. El tribunal creyó pertinente interpretar el Artículo 9 del TBI en cuestión, en el cual se elige al CIADI como el foro para resolver las controversias entre el inversionista y el Estado bajo el tratado, así como los Artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI. El Artículo 71 establece los términos de denuncia del Convenio, y el Artículo 72 dispone que la denuncia “no afectará a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado...nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.”

Con respecto al Artículo 9 del TBI, Favianca y OIdV argumentaron que la denuncia de Venezuela al Convenio del CIADI no era pertinente, dado que el país dio su consentimiento “incondicional” a la jurisdicción del CIADI en virtud de los Artículos 9(1) y (4), el cual, gracias a la cláusula de suspensión del TBI, sería aplicable hasta el 2023 para todas las inversiones realizadas antes de la fecha de rescisión del TBI.

Los árbitros rechazaron este argumento, sosteniendo que el arbitraje ante el CIADI solo está disponible si se satisfacen las condiciones de acceso a dicho arbitraje tanto en el tratado de inversión como en el Convenio del CIADI (párrafo 261). El tribunal concluyó que “solo cuando se perfecciona el consentimiento a la jurisdicción del Centro de modo que se crean derechos y obligaciones en virtud del Convenio CIADI, que tales

derechos y obligaciones subsisten tras la recepción de una notificación de denuncia por un Estado Contratante conforme al Artículo 71” (párrafo 282). Aclaró que la denuncia al Convenio del CIADI no afectaba los procedimientos ya en curso o los acuerdos de arbitraje ya existentes en el CIADI.

Por otro lado, el tribunal consideró que, al analizar los Artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI, debía reconciliar dos objetivos diferentes: “El primero consiste en facilitar una salida ordenada del Estado Contratante del Convenio CIADI en caso de denuncia. El segundo es proteger las expectativas legítimas de quienes contaban con el consentimiento del Estado Contratante con respecto al arbitraje CIADI” (párrafo 289). En este caso, favoreció a Venezuela. Explicando su decisión, el tribunal alegó que el Artículo 72 del Convenio del CIADI no podría ser extendido a otros acuerdos de arbitraje más que los existentes. De otro modo, el Estado denunciante podría ser demandado en un número ilimitado e impredecible de arbitrajes en el futuro mientras su consentimiento unilateral siguiera vinculándolo a tratados de inversión. Esto también dejaría sin efecto el Artículo 71.

Por lo tanto, el tribunal concluyó que únicamente habría tenido jurisdicción sobre la controversia si Venezuela hubiera celebrado un acuerdo con los inversores de presentar las diferencias a arbitraje ante el CIADI antes de la notificación de denuncia. Dado que este no fue el caso, y que Venezuela se había retirado del Convenio del CIADI antes de que Favianca y OIdV presentaran su caso, el consentimiento perfeccionado no fue dado, y el tribunal, consecuentemente, no poseía jurisdicción sobre la controversia.

Costos

El tribunal ordenó a cada parte el pago de sus propias costas legales y gastos, y determinó que Favianca y OIdV debían asumir todos los costos del arbitraje, que alcanzaban más de USD 915.000.

Anulación pendiente

El 9 de marzo de 2018, Favianca y OIdV iniciaron un procedimiento de anulación, impugnando la decisión del tribunal fundamentando que “excedió sus poderes...y malinterpretó y aplicó el TBI y el Convenio del CIADI de manera errada” (párrafo 37 de la solicitud de anulación). Asimismo, de acuerdo con las demandantes, el laudo de Favianca “brindará un incentivo a los Estados sinvergüenzas para violar sus obligaciones bajo los tratados, seguros de saber que pueden evadir su responsabilidad con respecto a los inversores ...



simplemente presentando una notificación de denuncia al Convenio del CIADI” (párrafo 88). [La traducción al español de estas citas nos pertenece]

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Hi-Taek Shin (árbitro presidente, designado por el Consejo Administrativo del CIADI después de considerar las observaciones de las partes), L. Yves Fortier (nominado por las demandantes, nacional canadiense) y Zachary Douglas (designado por la demandada, ciudadano australiano). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9383.pdf>. La solicitud de anulación se encuentra disponible en <https://pacer-documents.s3.amazonaws.com/36/180659/04516475124.pdf>.

Bettina Müller es miembro del Equipo de Comercio e Inversión del Transnational Institute.

Demanda de energía solar iniciada por inversor alemán contra República Checa es desestimada

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen y JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG vs. la República Checa, Caso de la CPA No. 2014-03

Mintewab Abebe

En una controversia que involucra al sector checo de energía solar, la mayoría de un tribunal arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) desestimó todas las demandas entabladas bajo el tratado bilateral de inversión entre Checoslovaquia y Alemania (TBI) en un laudo con fecha del 11 de octubre de 2017.

Antecedentes y demandas

Las demandas fueron entabladas por tres miembros de la familia Wirtgen (Wirtgen) y su empresa JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG (JSW Solar). En 2009 y 2010 los demandantes invirtieron en tres plantas solares en la República Checa. En un esfuerzo por alentar la producción de electricidad de fuentes renovables de energía, la República Checa promulgó un Programa de Apoyo de dos partes brindando incentivos de una tarifa de alimentación garantizada (feed-in tariff, FIT), originalmente por 15 y posteriormente 20 años, e incentivos fiscales, incluyendo exenciones fiscales a las ganancias a largo plazo y reducción de los plazos de amortización. Según Wirtgen y JSW Solar, realizaron las inversiones confiando en las garantías e incentivos explícitos del Programa de Apoyo.

En 2009 y 2010, la República Checa modificó el Programa

de Apoyo, a raíz de una caída drástica en el costo de los paneles solares que llevó a beneficios inesperados para los productores de energía solar y un boom solar. Según este país, los beneficios excedieron la tasa de rendimiento originalmente contemplada en el Programa de Apoyo. Las modificaciones consistieron en un aumento impositivo del 26 por ciento, el retiro de la tasa de exención fiscal y la extensión del plazo de amortización.

Los miembros del parlamento checo solicitaron la derogación del impuesto solar ante el Tribunal Constitucional checo, que concluyó que, pese a estas medidas, una planta que cumple con los parámetros técnicos alcanzaría una amortización simple de los gastos de capital. Los demandantes luego iniciaron un arbitraje internacional, reclamando que el marco pertinente contenía un compromiso de estabilización y que las modificaciones dieron origen a la violación de expectativas legítimas, garantizadas bajo la cláusula de trato justo y equitativo (TJE), la cláusula de protección y seguridad plenas (PSP) y la cláusula paraguas del TBI.

Dos objeciones jurisdiccionales contra JSW Solar rechazadas por el tribunal

La República Checa objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que la demandante JSW Solar no es un inversor según lo dispuesto en el TBI ya que no es una “persona jurídica” y por ende carece de personería jurídica bajo el derecho alemán. A su vez, las demandantes argumentaron que la “persona jurídica” debe ser interpretada de manera autónoma, sin recurrir al derecho nacional.

El tribunal concluyó que el término “persona jurídica” posee un significado autónomo porque las partes contratantes del TBI no hicieron referencia al derecho nacional al momento de definirla. Además, el tribunal concluyó que una entidad que puede invertir, celebrar contratos, adquirir propiedades, demandar y ser demandada en su propio nombre califica como una persona jurídica aun cuando carezca de personería jurídica bajo el derecho nacional.

La Comisión Europea (CE) planteó otra punta de objeción. Presentó un escrito amicus curiae argumentando que “la celebración del Tratado sobre la Adhesión de la República Checa a la UE implicaba la rescisión del TBI conforme al Artículo 59 de la Convención [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados]” (párrafo 241). El tribunal rechazó este argumento. Concluyó que los TBIs intra-UE seguían siendo válidos, principalmente porque el Tratado de Lisboa y el TBI no poseen el mismo objeto. Por ejemplo, el derecho de la UE no incluye un mecanismo de



solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) o una garantía de TJE. El tribunal explicó que la CE tampoco pudo demostrar que la competencia de la Unión Europea sobre la inversión extranjera directa cubra el mismo objeto que el TBI (párrafo 265).

Mayoría sostiene que no hay compromisos específicos con los demandantes, por ende no hay violación del TJE

Wirtgen y JSW Solar alegaron que, al derogar los incentivos fiscales e introducir un impuesto solar, la República Checa violó dos elementos del Artículo 2(1) del TBI, que requieren a los Estados que protejan las expectativas legítimas de los inversores y no causen un daño deliberado.

De acuerdo con los demandantes, el impuesto solar redujo eficazmente el FIT por el monto del impuesto, en violación de sus expectativas legítimas. También alegaron que la República Checa se había comprometido a mantener intactos los incentivos fiscales durante la vida de las plantas. La República Checa refutó que no se hicieron compromisos específicos y que el FIT se mantuvo intacto a pesar del impuesto solar.

La mayoría sostuvo que las obligaciones de TJE son violadas cuando se infringen las expectativas objetivamente razonables del inversor al momento de realizar la inversión. Sin embargo, remarcó que, al no haber un compromiso de estabilización, los inversores “no pueden tener la expectativa legítima de que el Estado receptor no cambie las leyes” (párrafo 408). Afirmar si habían expectativas legítimas de estabilidad del inversor requiere la consideración de la forma, contenido y claridad de la supuesta promesa.

Después de evaluar el contexto y las circunstancias pertinentes, la mayoría concluyó que no había una garantía aparte de un nivel de precios de FIT absoluto en lo abstracto, establecido independientemente de las garantías de amortización de los gastos de capital y de la rentabilidad anual de la inversión. En cambio, la República Checa brindó un nivel de ingresos a través de un sistema FIT para los productores de energía solar que cumplía con parámetros técnicos y económicos específicos. También concluyó que, incluso después de que se adoptaran las medidas, los demandantes siguieron percibiendo el nivel de rentabilidad que garantizaba la amortización de los gastos e capital y una rentabilidad de la inversión durante un período de 15 (luego 20) años. Ya que las garantías dadas por la República Checa seguían siendo cumplidas, la mayoría sostuvo que no puede haber una violación de expectativas legítimas. También revisó otros documentos en los cuales los demandantes

argumentaron basarse y concluyó que, al contrario de las acusaciones de los demandantes, no había una rentabilidad fija garantizada.

En cuanto a la revocación de las exenciones fiscales y la extensión de los plazos de amortización, la mayoría concluyó que la República Checa no había ofrecido garantías de que la exención sería concedida durante toda la vida de las plantas ni prometió que los paneles solares serían amortizados durante un período determinado. Además, la mayoría dictaminó que la República Checa no ofreció garantías de que los incentivos no serían modificados.

La mayoría rechazó la acusación de que la República Checa causó un daño deliberado al atraer inversores en base a las garantías y revocándolas una vez que las inversiones fueron realizadas. No encontró evidencia para determinar que el Programa de Apoyo hubiera sido diseñado para promover la inversión “extranjera”. Además, concluyó que las medidas no eran inapropiadas o injustificadas, sino que fueron adoptadas en pos de objetivos legítimos para proteger a los checos de costos de electricidad irrazonablemente altos. Las medidas también fueron formuladas para limitar los efectos únicamente a los inversores que se beneficiaron del boom solar, concluyó el tribunal.

No hay violación del estándar de protección y seguridad plenas ni de la cláusula paraguas

La mayoría sostuvo que la República Checa en primer lugar, no brindó el tipo de garantías alegadas por los demandantes, y por lo tanto, no incumplió su obligación de brindar seguridad legal. Similarmente, la demanda por violación de la cláusula paraguas también fracasó porque no pudieron probar que la República Checa tenía la obligación de garantizar una FIT fija o la mantención de los incentivos fiscales.

Decisión y costos

Habiendo desestimado todas las demandas, la mayoría ordenó a cada parte el pago de sus propias costas legales y dividió los costos del arbitraje en partes iguales.

Arbitro Gary Born disiente

Gary Born, árbitro designado por los demandantes, se pronunció en total desacuerdo con la decisión de la mayoría del tribunal. Según él, la República Checa brindó una garantía estatutaria lisa, llana e inequívoca de otorgar una FIT fija para toda la duración de la inversión y los demandantes confiaron en dicha garantía. Sostuvo que la interpretación de la mayoría esencialmente sobrescribe las leyes checas que son claras, menoscabando el estado de



derecho y la capacidad de la República Checa de brindar garantías legislativas significativas.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (arbitro presidente designada por las partes ante la propuesta de los co-árbitros, nacional suiza), Gary Born (nominado por los demandantes, nacional estadounidense) y Peter Tomka (designado por la demandada, nacional eslovaco). El laudo está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf> y la opinión disidente en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

Mintewab Abebe es abogada etíope y posee un LL.M. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

Venezuela responsable por expropiación de planta de fertilizantes

Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl vs. La República Bolivariana de Venezuela, Caso del CIADI No. ARB/11/19

Claudia Arietti

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) declaró culpable a Venezuela por expropiación ilícita en un caso relacionado con una planta de fertilizantes, otorgando más de USD 324 millones por daños más intereses.

Antecedentes y demandas

En 1997, la empresa suiza Koch Minerals Sàrl (KOMSA), la empresa estatal venezolana Petroquímica de Venezuela S.A. (Pequiven) y otras dos empresas celebraron una serie de contratos para el desarrollo, construcción y operación de dos plantas de amoníaco y dos de urea en José, Venezuela.

El 8 de abril de 1998, se ejecutó un acuerdo conjunto de inversión constituyendo una serie de empresas venezolanas (FertiNitro) para implementar el proyecto. El mismo día, se celebró un convenio de compra garantizada (Offtake Agreement en inglés) de 20 años (el OA, por sus siglas en inglés). Según el OA, KOMSA y Pequiven acordaron comprar una cantidad garantizada de amoníaco y urea producida por FertiNitro a un precio fijo con descuento para su utilización y reventa en los mercados locales o para la exportación. Posteriormente, KOMSA asignó los derechos y obligaciones bajo el OA a Koch Oil Marketing S.A., que a su vez asignó a Koch Nitrogen International Sàrl (KNI). KOMSA y KNI son empresas asociadas dentro del grupo Koch.

Desde el 2005 en adelante, Venezuela impuso una serie de impuestos nuevos y aumentos impositivos a FertiNitro. En 2007, el presidente venezolano Hugo Chávez emitió un decreto mediante el cual se exigía a los fabricantes, proveedores y exportadores de fertilizantes nitrogenados que provean urea y amoníaco prioritariamente al mercado nacional, a un precio máximo establecido por regulación.

El 10 de octubre de 2010, el presidente Chávez anunció la expropiación de FertiNitro en la TV, y al día siguiente publicó un Decreto de Expropiación. Un día después, el Ministerio de Energía y Petróleo venezolano visitó las plantas y dictaminó que Venezuela ya tenía el control de las mismas.

KOMSA y KNI iniciaron un arbitraje contra Venezuela en junio de 2011 en virtud del tratado bilateral de inversión entre Venezuela y Suiza (TBI) y del Convenio del CIADI. Reclamaron que Venezuela violó los Artículos 4 (Trato Justo y Equitativo [TJE], Trato Nacional, Protección y Seguridad Plenas [PSP], Trato Discriminatorio), 6 (Expropiación) y 11 (Cláusula Paraguas) del TBI.

El 28 de febrero de 2012, por referencia expresa al Decreto de Expropiación, Venezuela ya no estaba permitida vender urea y amoníaco a KNI, y FertiNitro rescindió unilateralmente el OA.

Tribunal confirma jurisdicción sobre las demandas de KNI

Venezuela impugnó la jurisdicción del tribunal sobre las demandas de KNI en relación con el OA, argumentando que el interés de KNI en el OA no constituía una inversión bajo el TBI y el Convenio del CIADI. Asimismo, en su decisión, el tribunal procedió a realizar una prueba dual, en virtud de ambos instrumentos.

De esta manera concluyó que el TBI define la inversión como que incluye todo tipo de activos y que las acciones o participación y desempeño contractual son descriptos como activos bajo el TBI.

Al analizar la definición de inversión en el Convenio del CIADI, el tribunal se refirió al caso *CSOB v. Eslovaquia* para determinar que una inversión no debe ser dividida en diferentes partes para establecer que una parte, por sí sola, no califica como una inversión. Además, el tribunal señaló que el OA no debe ser considerado como una transacción separada, sin relación con el proyecto; en cambio, debe ser considerada como una parte integral y esencial de la inversión en general. Por lo tanto, el tribunal concluyó que toda la transacción era parte de una única inversión integrada según el significado del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.



En base a lo antedicho, el tribunal concluyó que el interés de KNI en el OA constituía una inversión en virtud tanto del TBI como del Convenio del CIADI.

Venezuela expropió ilegalmente las inversiones de KOMSA y KNI

KOMSA y KNI alegaron que el Decreto de Expropiación y las declaraciones del Ministerio constituían una expropiación indirecta ilícita. A su vez, Venezuela argumentó que el Decreto de Expropiación ordenó la adquisición obligatoria de los activos de FertiNitro conforme a las leyes locales venezolanas y en cumplimiento del Artículo 6 (Expropiación) del TBI y que la rescisión del OA era una decisión comercial, que no podía ser calificada como una expropiación en virtud del TBI.

Para analizar la demanda de expropiación, el tribunal se refirió a la prueba cuádruple establecida en el Artículo 6 del TBI. Según esta prueba, la expropiación está prohibida a menos que se satisfagan las siguientes condiciones: (i) la medida debe ser tomada en pos del interés público, (ii) de manera no discriminatoria, (iii) bajo debido proceso legal, y (iv) siempre y cuando las disposiciones sean ejecutadas por una compensación eficaz y adecuada.

Según la opinión del tribunal, KOMSA y KNI no pudieron probar que (i) las medidas fueron tomadas en pos del interés público, y (ii) que fueran discriminatorias. El tribunal no coincidió con las demandantes en que Venezuela debía notificar con antelación la emisión del Decreto de Expropiación, y concluyó que (iii) la expropiación fue llevada a cabo de acuerdo con un debido proceso legal.

En cuanto a la (iv) compensación, el tribunal subrayó que KOMSA no recibió ninguna compensación de Venezuela, incluso después de siete años del Decreto de Expropiación. Además, el tribunal sostuvo que Venezuela expropió ilegalmente los intereses de KOMSA en FertiNitro el 11 de octubre de 2010. Consideró que la expropiación fue *indirecta* porque no hubo una transferencia formal de las acciones de FertiNitro bajo las leyes locales sino hasta julio de 2011, pero que tuvo un efecto de expropiación directa el 11 de octubre de 2010.

El tribunal llevó a cabo otro análisis sobre el interés de KNI como sucesora de KOMSA en el OA. La mayoría del tribunal consideró que la inversión de KOMSA y el OA conformaban un paquete unificado, que la inversión de KOMSA no habría tenido lugar sin el OA y que la inversión de KNI no podía ser dividida y aislada. Asimismo, la mayoría decidió que Venezuela también expropió ilegal e indirectamente el interés de KNI en el OA el 11 de octubre de 2010, en violación del Artículo 6 del TBI.

Se desestiman otras demandas

KOMSA también entabló demandas por pérdidas derivadas del aumento impositivo y de nuevos impuestos, la falta de pago o el pago retrasado de créditos fiscales, los efectos de las medidas adoptadas en 2007 en torno a la provisión prioritaria a los mercados nacionales y a la interferencia con el negocio de FertiNitro. Sin embargo, el tribunal desestimó todas las demandas no relacionadas con la expropiación porque no había evidencia suficiente para probar que KOMSA, como accionista minoritaria de FertiNitro (25 por ciento), haya sufrido una pérdida suficientemente cuantificable en dinero por ninguna de las acusaciones antes mencionadas, y que toda pérdida sufrida por FertiNitro fue transpasada a través de KOMSA.

Compensación e intereses

El tribunal ordenó a Venezuela el pago a KOMSA por daños de USD 140,25 millones. Por mayoría, también le ordenó el pago de USD 184,8 millones a KNI. Ambas sumas fueron calculadas al 10 de octubre de 2010. Además, el tribunal ordenó a Venezuela el pago de intereses pre-laudo (desde el 11 de octubre de 2010 hasta la fecha del laudo) y de intereses post-laudo (desde la fecha de emisión del laudo hasta el pago), en ambos casos calculados a una tasa de interés LIBOR por 6 meses en USD más el 2 por ciento, compuesto en los 6 meses restantes.

Opinión disidente

El árbitro Zachary Douglas disintió con la conclusión del tribunal de que Venezuela expropió el interés de KNI en el OA. Según su opinión, el Decreto de Expropiación sólo podría producir efectos en el sistema jurídico venezolano y no podría privar a KNI de sus derechos intangibles de propiedad bajo la legislación de Nueva York, la ley que rige el OA. Señaló que los derechos de KNI bajo el OA continuaban siendo válidos y vinculantes incluso después del Decreto de Expropiación y que KNI podría ejercerlos invocando la cláusula de arbitraje del AE.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por V.V. Veeder (presidente, designado por las partes, nacional británico), Marc Lalonde (nominado por las demandantes, ciudadano canadiense) y Zachary Douglas (designado por la demandada, nacional australiano, reemplazando a Florentino Feliciano, nacional filipino). El laudo del 19 de octubre de 2017 está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9397.pdf>.

Claudia Arietti es abogada paraguaya y posee un LL.M de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Legalización, Diplomacia y Desarrollo: ¿Los tratados de inversión despolitizan las controversias de inversión?

Por Geoffrey Gertz, Srividya Jandhyala y Lauge N. Skovgaard Poulsen, Publicado por Elsevier en *World Development*, volumen 107, julio de 2018, p. 238–252

Los arquitectos del régimen de tratados de inversión, así como muchos defensores actuales, han sugerido que los tratados de inversión también permiten que los países en desarrollo despolitizen las controversias entre inversionistas y Estados, resguardando a las controversias comerciales de consideraciones políticas y diplomáticas más amplias con los países desarrollados. Este escrito somete este argumento, generalmente aceptado y promovido, a una investigación empírica, utilizando una base de datos de acciones diplomáticas de los Estados Unidos en 219 controversias de inversión a lo largo de 73 países y observando estudios de caso de cables diplomáticos del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Los autores no encontraron evidencia que pruebe la hipótesis de despolitización. Sus conclusiones brindan una perspectiva crítica sobre la comprensión del régimen de tratados de inversión y sus efectos en los países en vías de desarrollo. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X18300688>

Temas Contemporáneos y Emergentes sobre el Derecho y la Valuación de Daños en el Arbitraje de Inversión Internacional

Por Christina L. Beharry (Ed.), Publicado por Brill | Nijhoff, abril de 2018

Dados los intereses financieros involucrados en el arbitraje de inversión, la compensación es una preocupación clave tanto para los inversores extranjeros como para los Estados. Los montos adjudicados cada vez más elevados y la creciente complejidad de las demandas urgen un análisis renovado de los conceptos jurídicos y la valuación de daños. Este libro explora los temas que predominan en una nueva generación de laudos de inversión y la interconexión de los daños con

otras áreas del derecho internacional de las inversiones. Los profesionales, expertos y académicos brindan una profunda comprensión de los principios jurídicos y de valuación que a menudo son la fuente de un intenso debate en los casos de inversión internacional. Disponible en <https://brill.com/view/title/35978>

Trato Justo y Equitativo: Su interacción con el nivel mínimo de trato y su estatus consuetudinario

Por Patrick Dumberry, Publicado por Brill | Nijhoff, marzo de 2018

El estándar de trato justo y equitativo (TJE) se ha convertido en una de las disposiciones más controvertidas de los tratados bilaterales de inversión (TBIs). Este libro examina la interacción entre el nivel mínimo de trato (NMT) y el estándar TJE y la pregunta sobre por qué los Estados comenzaron a hacer referencia al NMT en sus TBIs. También aborda la cuestión de si el TJE debería ser considerado como un estándar autónomo bajo los TBIs. Refutando la controvertida proposición de que el estándar TJE ahora debería ser considerado como una regla del derecho consuetudinario internacional, el autor muestra que la práctica estatal de incluir cláusulas TJE en sus TBIs no es uniforme ni lo suficientemente coherente, y que los Estados también carecen de la necesaria *opinio juris*. Disponible en <https://brill.com/abstract/title/37944>

Actos Judiciales y Arbitraje de Tratados de Inversión

Por Berk Demirkol, Publicado por Cambridge University Press, febrero de 2018

Cada vez más, los actos judiciales de los Estados están siendo objeto de demandas de inversión internacional. Este libro se enfoca en las particularidades que distinguen a estas demandas. El autor aborda cuestiones relacionadas con la sustancia, jurisdicción, admisibilidad y vías de recurso en casos donde la responsabilidad estatal surge de un acto judicial ilícito. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/judicial-acts-and-investment-treaty-arbitration>



Sociedad Civil en el Arbitraje de Tratados de Inversión: Estatus y posibilidades

Por Farouk El-Hosseny, Publicado por Brill | Nijhoff, enero de 2018

Este libro brinda una descripción general de la evolución de la participación de la sociedad civil como *amicus curiae* ante los tribunales de inversión, una evolución que cabe dentro de un movimiento más amplio hacia la transparencia en el arbitraje de los tratados de inversión. Al observar los roles procesales disponibles para la sociedad civil ante otras jurisdicciones, el autor cuestiona si el rol de *amicus* podría ser expandido. El-Hosseny finalmente muestra que el tema de la participación de la sociedad civil en el arbitraje de tratados de inversión trasciende el ámbito procesal: también trata la apertura de los tribunales arbitrajes frente al interés público, la protección ambiental y asuntos de derechos humanos. Disponible en <https://brill.com/abstract/title/35089>

Costos y Beneficios para la Sociedad de los Acuerdos Internacionales de Inversión: Análisis crítico de ciertos aspectos y los datos empíricos disponibles

Por Joachim Pohl, Publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), enero de 2018

Esta publicación repasa los supuestos costos y beneficios de los acuerdos internacionales de inversión (AIIs). Se pone sobre la mesa una extensa variedad de temas que diversos actores han propuesto para valorar los costos y beneficios de los AIIs para la sociedad. Este documento analiza y organiza el material disponible generado por estas fuentes para identificar y clasificar los distintos y numerosos temas, resume los datos empíricos disponibles y las conclusiones de estas fuentes sobre determinados aspectos, y evalúa las fortalezas y debilidades de los enfoques. En particular, se enfoca en el componente de la protección de los inversores de los AIIs. El inventario muestra que para probar cualquier afirmación de los impactos negativos y positivos de los AIIs, se han generado pocos datos claros hasta la fecha. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/costos-y-beneficios-para-la-sociedad-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion_3d753f20-es

Arbitrando la Conducta de los Inversores Internacionales

Por José Daniel Amado, Jackson Shaw Kern y Martin Doe Rodríguez, Publicado por Cambridge University Press, enero de 2018

El arbitraje de inversión, el cual surgió modestamente y maduró estableciendo su presencia en el derecho internacional, se ha alejado de la visión recíproca de sus fundadores. Este libro sirve como una guía comprensiva para aquellos que desean reformar el derecho internacional de las inversiones desde adentro, en busca de regresar a la reciprocidad en el acceso que se encuentra en la esencia del arbitraje. Se brinda una serie de herramientas detalladas para mejorar el acceso de los Estados receptores y sus nacionales a mecanismos formales de solución en las controversias de inversión internacional. Concluye ofreciendo modelos de textos para alcanzar una mayor reciprocidad y acceso a la justicia en la solución de controversias surgidas de las inversiones internacionales. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/arbitrating-conduct-international-investors>

Leyes de Inversión de los Países ASEAN: Una revisión comparativa

Por Jonathan Bonnitcha, Publicado por International Institute for Sustainable Development (IISD), enero de 2018

Este informe compara las leyes de inversión de los 10 Estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), enfocándose en cuestiones básicas relativas a la función de las leyes de inversión de cada país. Si bien no todos los países ASEAN poseen una ley de inversión, algunos cuentan con múltiples leyes de este tipo, cada una con diferentes funciones. Estas leyes conforman solo una pequeña parte del régimen jurídico y regulatorio que rige las inversiones. Es imposible evaluar una ley de inversión de un país sin considerar cómo cabe dentro del marco más amplio a nivel jurídico y regulatorio que rige las inversiones. Disponible en <https://www.iisd.org/library/investment-laws-asean-countries-comparative-review>



Contratos de Infraestructura Sostenible: Garantizando co-beneficios económicos, sociales y ambientales de los proyectos de inversión en infraestructura

Por Martin Dietrich Brauch, Publicado por International Institute for Sustainable Development (IISD), diciembre de 2017

Para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (ODSs) y los objetivos del Acuerdo de París sobre Cambio Climático, la infraestructura que ha de ser mejorada y desarrollada debe ser sostenible —debe ser específicamente diseñada para mitigar los riesgos económicos, sociales y ambientales, y generar co-beneficios económicos, sociales y ambientales. Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) son una forma que los gobiernos pueden adoptar para estructurar los proyectos de infraestructura. Vinculando la experiencia del IISD en la contratación pública con la financiación e inversión en infraestructura, este informe define la infraestructura sostenible, describe sus características y co-beneficios, y explica por qué y cómo los gobiernos deben y pueden incorporar la sostenibilidad a los contratos de infraestructura. Disponible en <https://www.iisd.org/library/contracts-sustainable-infrastructure-ensuring-economic-social-and-environmental-co-benefits>

La ISDS en números: Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe

Por Cecilia Olivet, Bettina Müller y Luciana Ghiotto, Publicado por Transnational Institute (TNI), diciembre de 2017

Los países de América Latina y el Caribe (ALC) se encuentran entre los más afectados por el sistema de arbitraje de inversión a nivel mundial, al ser el blanco del 28,6 por ciento de todas las controversias inversor-Estado conocidas a escala global. La Argentina, Venezuela, México, Ecuador, Bolivia y Perú, en concreto, representan el 77,3 por ciento de todas las demandas iniciadas en contra de países de ALC. Los inversores han ganado el 70 por ciento de las mismas. Como consecuencia, los países de ALC ya han sido condenados a pagar a compañías extranjeras US\$ 20,6 mil millones, una suma que podría cubrir el presupuesto de salud y educación de Bolivia durante cuatro años enteros. Disponible en <https://www.tni.org/es/publicacion/isds-en-numeros>

Tratados y Arbitraje de Inversión Internacional a lo largo de Asia

Por Julien Chaisse y Luke Nottage (Eds.), Publicado por Brill | Nijhoff, diciembre de 2017

Este libro evalúa si y cómo la región asiática se ha convertido o podría convertirse en un actor importante en el dictado de reglas de derecho internacional de las inversiones y la solución de controversias. Los editores presentan las tendencias y regulaciones de la inversión extranjera directa (IED), los tratados de inversión y el arbitraje a lo largo de Asia. Los autores exponen estudios de país de los 10 Estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) así como una descripción general de los tratados ASEAN. En los dos primeros capítulos presentan estudios econométricos del impacto de los tratados en los flujos de IED, mientras que los dos últimos capítulos ofrecen otras perspectivas normativas y a futuro. Disponible en <https://brill.com/view/title/36129>





EVENTOS 2018

2 de mayo

FORO: SOLUCIÓN DE CONROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS (ISDS) Y EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS (IE), organizado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y otros, en ADGM Authorities Building, Abu Dhabi, Emiratos Árabes Unidos, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ISDS%20and%20the%20Development%20of%20IS%20Mediation%20-%20Invitation%20and%20Programme%20-%202020May%202018.pdf>

3 y 4 de mayo

1era CONFERENCIA CONJUNTA ITA-ALARB SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL: ARBITRAJE SOBRE CONFLICTOS DE RECURSOS NATURALES, organizado por Institute for Transnational Arbitration (ITA) y Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB), en el Hotel Ritz-Carlton, en Santiago, Chile, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ita-alarb-sp.pdf>

7 al 10 de mayo

CAPACITACIÓN DE MEDIADORES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS, organizado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en el Centro de Conferencias del Banco Mundial, en París, Francia, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Events.aspx?CID=172>

11 de mayo

TRIGÉSIMA CONFERENCIA PÚBLICA DE ITF: CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES, organizado por Investment Treaty Forum (ITF), en British Academy, en Londres, Reino Unido, <https://www.biicl.org/event/1299>

CONFERENCIA: TEMAS CLAVE DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL: DEFENSA, CALCULO DE DAÑOS, SOLUCIÓN Y CIBERSEGURIDAD, organizado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), Secretaría de la Carta de la Energía (SCE) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en el Centro de Conferencias del Banco Mundial, en París, Francia, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ECTConferenceProgramMay2018.pdf>

10 y 11 de mayo

CONFERENCIA DE 2018 SOBRE ARBITRAJE DE INVERSIÓN & TRANSACCIONES TRANS-PACÍFICAS, organizado por la Sección de Derecho Internacional de American Bar Association (ABA), en Maxwell Chambers, Singapur, <https://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/296454598/Preliminary%20Brochure%20Singapore.pdf>

CONFERENCIA: DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LA PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES NO TRANSMISIBLES, organizado por Law & NCD Unit, Facultad de Derecho y Justicia Social, Universidad de Liverpool, en el campus de la Universidad de Liverpool London, en Londres, Reino Unido, <https://www.liverpool.ac.uk/law-and-social-justice/events/international-investment-law-and-ncd-prevention>

26 de mayo

9no FORO DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN: VALUACIÓN DE DAÑOS EN CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS CAMBIANTES: LECCIONES APRENDIDAS EN LATINOAMÉRICA – ¿PERTINENTES PARA EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EUROPA?, organizado por la Cámara Internacional de Comercio (CIC) Austria, en la Universidad de Viena, en Viena, Austria, [https://www.icc-austria.org/fxddata/iccws/download/seminar/Ninth-Investment-Arbitration-Forum-invitation-brochure--\(1\).pdf](https://www.icc-austria.org/fxddata/iccws/download/seminar/Ninth-Investment-Arbitration-Forum-invitation-brochure--(1).pdf)

1 de junio

CONFERENCIA: EL FUTURO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EUROPA, organizado por la Asociación de Arbitraje Internacional (AAI), en Conference Hall of Press Club Brussels Europe, en Bruselas, Bélgica, <http://arbitration-adr.org/documents/?i=470>

4 al 15 de junio

FORMACIÓN EJECUTIVA SOBRE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DESARROLLO SOSTENIBLE, organizado por Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), en la Universidad de Columbia, en Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/06/04/executive-training-program-on-extractive-industries-and-sustainable-development-3>

19 al 29 de junio

FORMACIÓN EJECUTIVA SOBRE INVERSIONES SOSTENIBLES EN AGRICULTURA, organizado por Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), en la Universidad de Columbia, en Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/06/19/executive-training-program-on-sustainable-investments-in-agriculture-3>



© 2018 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Martin Dietrich Brauch a itn@iisd.org

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development