



El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?

Fabio Morosini y Michelle Rattón Sanchez Badin



Inversiones en Tierras Cultivables y Derechos al Agua en África: Los Regímenes Jurídicos Convergen sobre la Tierra y el Agua

Makane Moïse Mbengue y Susanna Waltman

Nuevas Ideas para Empoderar a los Trabajadores de Estados Unidos y Europa en el TTIP

Susan Ariel Aaronson

También en esta edición: Se reúne Grupo de Trabajo para elaborar instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos; Parlamento Europeo apoya el TTIP pero rechaza actual modelo de ISDS; Comisión Europea solicita a Estados Miembros que pongan fin a sus TBIs intra-UE; China firma TLCs con Corea del Sur y Australia; PNGSDP v. Papúa Nueva Guinea; Poštová Banka e Istrokapital v. Grecia; Venoklim v. Venezuela; Mamidoil v. Albania; Khan y CAUC v. Mongolia

contenido

- 3 Artículos**
El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?
Fabio Morosini y Michelle Ratton Sanchez Badin
- 6 Inversiones en Tierras Cultivables y Derechos al Agua en África: Los Regímenes Jurídicos Convergen sobre la Tierra y el Agua**
Makane Moïse Mbengue y Susanna Waltman
- 9 Nuevas Ideas para Empoderar a los Trabajadores de Estados Unidos y Europa en el TTIP**
Susan Ariel Aaronson
- 12 Noticias en Breve**
Instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos: Grupo de Trabajo celebra su primera sesión; Parlamento Europeo apoya el TTIP, pero rechaza el actual modelo de ISDS; Bolivia promulga Ley de Conciliación y Arbitraje que incluye régimen para las controversias entre inversionista y Estado; Comisión Europea solicita a Estados Miembros que pongan fin a TBIs intra-UE; China firma TLCs con Corea del Sur y Australia, conduce nueva ronda de negociaciones de TBI con Estados Unidos
- 13 Laudos y Decisiones**
Tribunal del CIADI desestima unánimemente reclamación de expropiación por falta de consentimiento por escrito de Papúa Nueva Guinea a arbitraje
Marquita Davis
- 14 Bonos del gobierno no cubiertos pese a amplia definición de “inversión” en TBI entre Eslovaquia y Grecia; tribunal desestima reclamación contra Grecia**
Martin Dietrich Brauch
- 16 Analizando la Ley de Inversiones de Venezuela, mayoría concluye que Venoklim no era una inversionista extranjera y desestima el caso iniciado contra Venezuela; árbitro nominado por la demandante disiente**
Martin Dietrich Brauch
- 18 Mayoría de tribunal del CIADI no encuentra violación de trato justo y equitativo por parte de Albania en controversia petrolera**
Matthew Levine
- 20 Tribunal declara culpable a Mongolia por expropiación ilegal y otorga más de US\$80 millones en daños**
Joe Zhang
- 23 Recursos y Eventos**

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

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Director de Comunicación
Damon Vis-Dunbar

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactor, edición en español
Javier Echaide

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Diseño
PortoDG | www.portodg.com.br

El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?

artículo 1

Fabio Morosini y Michelle Rattón Sanchez Badin



Desde que Brasil firmó el primer Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI) en marzo de 2015, se han publicado varias traducciones del documento al inglés y diferentes análisis sobre sus aspectos más innovadores¹. La pregunta subyacente es: ¿hasta qué punto el ACFI de Brasil es innovador en la regulación de las inversiones extranjeras?

Las alternativas al actual sistema económico internacional liberal y las reglas que le dan marco han sido muy inusuales durante los últimos 40 años. Los ACFIs pueden ser considerados como una respuesta pragmática al sistema, basada en las necesidades internas y la posición geo-económica de Brasil. El modelo de ACFI fue diseñado tomando en cuenta las especificidades económicas de un país en vías de desarrollo tal como Brasil: receptor histórico de inversiones y exportador tardío de capital, cuya actual combinación favorece la triangulación de las inversiones extranjeras en el exterior. En este contexto, los ACFIs han aportado, sin duda alguna, nuevos elementos a la escena de la inversión a nivel internacional.

Otros académicos así como los encargados de formular políticas públicas han profundizado en descripciones acabadas de los detalles y novedades de los ACFIs². En este artículo, vamos más allá, contextualizando los catalizadores de estos acuerdos y relacionando sus nuevos elementos con las cláusulas y el lenguaje jurídico utilizado en el modelo brasilero del ACFI. También presentamos nuestra comprensión de los ACFIs brasileños producto de la fertilización cruzada de las narraciones: los movimientos de oposición contra las relaciones económicas desiguales que se cristalizan en los tratados bilaterales de inversión (TBIs) tradicionales, la búsqueda de alternativas a la reingeniería tan debatida del actual régimen de inversión y un intento por crear un modelo de acuerdo de inversión brasilero que sea sensible a las limitaciones constitucionales nacionales y que responda a las aspiraciones de este país en su carácter de economía emergente.

Estos temas son abordados en dos secciones, luego sigue una breve conclusión. En la primera sección se detalla el

contexto histórico y presente del modelo, y en la segunda se describen los principales esfuerzos empleados por Brasil para elaborar un acuerdo que contenga cláusulas que sean simétricas en su forma y contenido.

1. El historial de los ACFIs brasileños: motivaciones nacionales e internacionales

Desde marzo hasta junio de 2015, Brasil firmó cuatro ACFIs, con Mozambique, Angola, México y Malauí³. Pese a que se trata de una economía emergente que tradicionalmente ha sido uno de los principales destinos de la inversión externa directa (IED), históricamente Brasil ha jugado una carta regulatoria diferente en un mundo dominado por una red de TBIs.

En la década de 1990, Brasil firmó TBIs con 14 países. Sin embargo, la fuerte oposición política del Congreso y el Poder Judicial, en combinación con un Poder Ejecutivo dudoso, impidieron a este país la ratificación de cualquiera de los acuerdos propuestos⁴. De esta manera, Brasil se hizo conocido como una de las pocas economías importantes que no ha firmado TBIs o que no posee un modelo de acuerdo de inversión. Después de esta falla del Poder Legislativo, algunos organismos del Poder Ejecutivo, liderados por el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC), mantuvieron este tema vigente en su agenda, tratando formatos alternativos para la regulación de las inversiones a nivel internacional. Tales esfuerzos consideraron, en primer lugar, las relaciones exteriores con los países del MERCOSUR y otros países sudamericanos, y posteriormente pasó a ser una política más amplia que abarca al Sur global: África, Asia y Latinoamérica.

Pero no fue hasta el año 2012 que la Cámara brasilera de Comercio Exterior (CAMEX) emitió el mandato formal al Grupo Técnico de Estudios Estratégicos sobre Comercio Exterior (GTEX) para que trabajara —entre otros temas— en la redacción de un nuevo acuerdo de inversión que fuera sensible a las necesidades y preocupaciones brasileras en el escenario económico internacional. En el contexto de las relaciones entre Brasil y África, el GTEX recomendó la creación de una nueva clase de acuerdo de inversión, bajo la dirección de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del MDIC. Esto dio un nuevo impulso al continuo pero lento proceso que comenzó con la negociación de TBIs durante la década de 1990. El mandato del GTEX marcó el cenit del proceso, y el resultado de la capacidad técnica de los funcionarios del MDIC en un momento político favorable de Brasil —las personas correctas en el momento indicado—.

En ese punto, las firmas brasileñas casi habían duplicado sus inversiones en el exterior en un período de cinco años, para alcanzar el record de US\$355 mil millones. En ese momento, cuando los políticos nacionales comenzaron a reunirse con intereses privados del sector industrial: la firmas estaban invirtiendo en el extranjero —principalmente en Latinoamérica y África— mientras que la política exterior de Brasil también se orientaba hacia relaciones Sur-Sur, por razones que no se limitan a fundamentos

económicos. El GTEX, luego inició consultas con el sector privado de Brasil⁵ en torno a los principales desafíos de la transnacionalización de las empresas brasileñas.

Desde el comienzo del proceso de negociación, Brasil previó un acuerdo diferente a los negociados en la década de 1990. Paralelamente al movimiento de oposición de los Estados receptores de países en vías de desarrollo, aunque a diferentes ritmos e intensidades, la redacción del modelo brasileño de acuerdos de inversión se vio igualmente influenciada por los debates en curso relacionados con la reforma del régimen de inversión internacional, las lecciones aprendidas de la fallida aprobación de los tratados de inversión negociados en 1990s y las exigencias internas de acceso al mercado. La plantilla del nuevo acuerdo — donde se abordaron todas estas cuestiones— estuvo lista a partir de 2013, cuando fue aprobada por CAMEX y luego propuesta a los Estados donde las empresas brasileñas estaban invirtiendo más habitualmente. Mozambique, Angola, México y Malawi fueron los primeros países en responder al ímpetu negociador de Brasil.

2. ACFIs: dando un marco a las inversiones en un proceso que debe ser dinámico

El marco del ACFI fue desarrollado en base a la revisión de anteriores acuerdos elaborados por los encargados de formular políticas brasileños — considerando las limitaciones de la regulación interna— y considerando los aportes del sector privado brasileño sobre su experiencia más reciente como exportadores de capital^{6,7}. La combinación de estas exigencias dio como resultado un modelo de acuerdo enfocado en la facilitación de las inversiones y la mitigación de riesgos. Pese a que esta estructura no es nueva en los acuerdos internacionales de inversión, el ACFI introdujo nuevos componentes en su contenido. La cooperación constante entre las agencias gubernamentales, mediación diplomática de por medio, y el respeto por la legislación interna pueden ser consideradas como las principales nociones que subyacen a este modelo de acuerdo, que ofrece una alternativa al actual régimen internacional de inversión.

2.1. Facilitación de las inversiones

Las disposiciones sobre facilitación de las inversiones se avocan principalmente al acceso al mercado, y predominan en la estructura de los ACFIs firmados hasta la fecha. A este respecto, medidas simples tales como políticas de visado y la regularidad de los vuelos eran consideradas como necesidades básicas para la promoción efectiva de los flujos de inversión de Brasil en sus contrapartes (principalmente otras economías de países en desarrollo). Si bien estos pueden ser problemas para un inversionista de cualquier parte del mundo, tales barreras son más costosas para los inversionistas de los países en vías de desarrollo, hasta el punto en que limitan sus exportaciones de capital en ausencia de alternativas. Brasil optó por abordar tales problemas a través de un acuerdo de inversión, incluyendo una agenda temática para la cooperación y la facilitación de las inversiones como uno

de sus principales elementos.

Las agendas temáticas comprenden programas sobre transferencias de dinero, procedimientos de visado, licencias y certificaciones técnicas y ambientales, así como normativas para la cooperación institucional⁸. Tales agendas también reavivan las demandas de los países en desarrollo en cuanto a la transferencia de tecnologías, capacitación y otros beneficios de desarrollo provenientes de la inversión extranjera. Además, expresan la comprensión de que el beneficio del país receptor debe provenir no sólo de la exportación de capital, sino también del impacto general que las inversiones del país de origen tendrán en el país receptor, tal como el empleo de mano de obra local. En este sentido, el modelo de ACFI pretende aumentar la simetría más allá de las reglas formales, y su diseño toma en cuenta las necesidades internas tanto de los países importadores de capital como de los exportadores.

Los ACFIs alientan a las partes a negociar compromisos especiales, programas adicionales y otros acuerdos complementarios como parte del tratado principal, a fin de expandir o detallar las agendas temáticas⁸. Según la opinión del Sr. Daniel Godinho, Secretario de SECEX y persona clave en el diseño y negociación de los acuerdos, la existencia de tales agendas temáticas convierte a los ACFIs en acuerdos dinámicos que pueden evolucionar junto con las relaciones bilaterales de inversión.

2.2. Mitigación de riesgos

La dimensión de la mitigación de riesgos del acuerdo comprende las reglas típicas para la protección de la inversión y el inversionista⁹, y los mecanismos diplomáticos y cooperativos para la implementación, supervisando y ejecutando las obligaciones de las partes, incluyendo los mecanismos de solución de controversias. A este respecto, interpretamos las disposiciones del ACFI principalmente como un producto de la agenda internacional para reformar el régimen de inversión y de los asuntos de interés nacionales específicos sobre el tema.

Cada ACFI crea dos tipos de instituciones que rigen el acuerdo: un Comité Conjunto y defensores del pueblo (Puntos Focales). El Comité Conjunto opera a nivel de Estado a Estado, mientras que los Puntos Focales, inspirados por los defensores del pueblo (ombudsmen) a partir de la Ley de Inversiones de Corea de 2010, brindan asistencia gubernamental a los inversionistas, dialogando con autoridades públicas para abordar las sugerencias y reclamos del gobierno y los inversionistas de la otra parte. Influenciados por organizaciones multilaterales, tales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés)¹⁰, y las experiencias de otros países, Brasil ha destacado enfáticamente la prevención de controversias entre las partes en su plantilla del ACFI. Por lo tanto, el papel que juegan el Comité Conjunto y el Punto Focal es, primordialmente, el de promover el intercambio periódico de información y prevenir controversias, y si surge una diferencia, implementar el mecanismo de solución de

controversias, basándose en consultas, negociaciones y mediaciones. Este mecanismo pretende disuadir a los inversionistas de impugnar judicialmente las medidas tomadas por el gobierno receptor. A diferencia de los acuerdos TBI tradicionales, los ACFIs no permiten a los inversionistas iniciar arbitraje contra un Estado. Los funcionarios públicos brasileños remarcan que, aunque el arbitraje entre Estados se encuentre mencionado en los acuerdos, el mismo no debe ser el principal mecanismo para resolver las controversias.

Los mecanismos de transparencia de los ACFIs también pueden servir para mitigar riesgos. Sin embargo, en lugar de fijar normas de transparencia, los ACFIs establecen que “cada Parte debe emplear sus mejores esfuerzos para permitir una oportunidad razonable para que aquellos interesados puedan expresar su opinión sobre las medidas propuestas”¹¹. Esto también puede considerarse como una novedad para el régimen actual. Los acuerdos también incluyen cláusulas de responsabilidad social corporativa (RSC), alentando a los inversionistas extranjeros que respeten la legislación del Estado anfitrión, en relación con el medio ambiente y los derechos humanos, y también que mitiguen los riesgos. Aunque los acuerdos sean ambiguos en cuanto a la fuerza vinculante de las obligaciones de RSC y a los mecanismos para ejecutarlas¹², son innovadores al abordar la protección de los intereses del Estado receptor y de sus ciudadanos dentro de la regulación internacional de las inversiones.

Conclusión

Brasil eligió responder a sus limitaciones como país en vías de desarrollo y su apertura tardía a los flujos de inversión a través de un modelo alternativo de acuerdo, que puede ser considerado como un primer paso hacia la elaboración de acuerdos de inversión más simétricos. Las disposiciones sobre protección de las inversiones y los inversionistas no son el principal foco del ACFI. En términos de ingeniería de políticas de inversión, el ACFI representa una herramienta regulatoria alternativa a la protección de los inversionistas y las inversiones. En el mismo se enfatiza la constante coordinación entre las agencias y la facilitación de las inversiones de las partes conforme a agendas temáticas sobre cooperación y observación de la legislación interna. Pese a que podemos identificar una capacidad más innovadora en esta parte del acuerdo, también reconocemos que se pusieron en escena nuevos elementos con respecto a la mitigación de riesgos y la prevención de controversias.

Sin embargo, el ACFI en sí mismo aún necesita ser regulado en una mayor medida —particularmente en cuanto al funcionamiento de los mecanismos institucionales—, y sus disposiciones deben recibir un soplo de vida. Brasil y sus contrapartes tienen la tarea de detallar el marco de los ACFIs y las relaciones de inversión en los acuerdos. Por lo tanto, el modelo de ACFI y su contribución innovadora serán puestos a prueba en la regulación e implementación de los acuerdos celebrados, un desafío que depende ampliamente de la coordinación y cooperación de las agencias de las partes.

Autores

Fabio Morosini es Profesor de Derecho y Director del Centro de Derecho, Globalización y Desarrollo de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil.

Michelle Ratton Sanchez Badin es Profesora Adjunta y coordinadora del Centro de Derecho Global de la Facultad de Derecho de FGV São Paulo, Brasil.

Los autores coordinan un proyecto de investigación conjunto sobre Alternativas meridionales en la regulación del comercio y la inversión de la Facultad de Derecho de FGV São Paulo y la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Agradecen las donaciones para dicha investigación a FAPESP (2014/25776-4) y CAPES/CNPq (MCTI/CNPq/MEC/CAPES no. 43/2013). Las referencias a opiniones públicas y documentos específicos presentes en este artículo son el resultado de la investigación empírica de los autores en este campo.

Notas

1 International Institute for Sustainable Development (IISD). (2015, 16 de junio). *Side-by-side comparison of the Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements*. Extraído de <http://www.iisd.org/publications/side-side-comparison-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment>

2 Brauch, M. D. (2015, mayo). The Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): A descriptive overview. *Investment Treaty News*, 6(2), 14-16. Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-en.pdf>; Hamilton, J. C., & Grando, M. (2015). Brazil and the future of investment protections. *Latin Arbitration Law*. Extraído de <http://www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections>; Rolland, S., & Trubek, D. (2015). Brazil develops a new model BIT – A challenge to the US model? *International Trade Daily*, 108. Extraído de <http://www.washington-tradedaily.com/index.html> (solo por suscripción); Monebhurrin, N. (2014). Crônicas de Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 64-77.

3 El texto del ACFI entre Brasil y Mozambique se encuentra disponible en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR; El texto del ACFI entre Brasil y Angola, en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfluanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280; Los textos de los ACFIs entre Brasil y México y entre Brasil y Malauí pueden conseguirse, contra solicitud, en SECEX/MDIC.

4 Lemos, L. B., & Campello, D. (2013, 1º de abril). *The Non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation*. Extraído de <http://ssrn.com/abstract=2243120>

5 Las consultas al sector privado fueron conducidas con la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP, por sus siglas en portugués) y la Confederación Nacional de Industrias (CNI, por sus siglas en portugués).

6 De acuerdo con el MDIC, a diferencia de la experiencia con los TBI tradicionales, la postura del gobierno brasileño fue: 1) limitar el concepto de expropiación solamente a la expropiación directa y su compensación de conformidad con la Constitución de Brasil (los Artículos 5, 182 y 184 de la Constitución Federal de 1988 establecen que la expropiación de bienes raíces urbanos y rurales puede ser —entre otras posibilidades— compensada con bonos públicos o agrarios, respectivamente); 2) establecer un mecanismo de solución de controversias limitado a controversias entre Estados; 3) admitir excepciones a la obligación de libre transferencia a fin de salvaguardar el balance de pagos del país receptor; 4) limitar la protección de los inversionistas conforme al acuerdo de inversiones productivas, según las definiciones del Fondo Monetario Internacional y las condiciones establecidas en las reglas internas del país receptor y 5) favorecer el espacio de políticas del país receptor en la definición de excepciones a las obligaciones de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida (NMF).

7 Además de dicha agenda, el sector privado brasileño expresó su postura en la respuesta de una encuesta sobre facilitación de las inversiones. Basándose en la encuesta y en otros estudios conducidos por el GTEX, se agregaron tres elementos adicionales: 1) un punto focal donde las firmas puedan asesoramiento y ayuda a lo largo de la relación de inversión; 2) disposiciones para la mitigación de riesgos y prevención de controversias y 3) un programa de trabajo temático para la facilitación de las inversiones dedicado principalmente a los procedimientos de visado y otorgamiento de licencias, entre otros. D. Godinho, Director de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) de Brasil, Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio, comunicación personal, 28 de abril de 2015.

8 En junio de 2014, Angola y Brasil firmaron un Protocolo sobre la Facilitación de Visados que fue tenido en cuenta en la agenda temática del ACFI entre Brasil y Angola, Anexo I, inciso 1.2(i).

9 Los ACFIs contienen disposiciones de Trato Nacional y de NMF, pero excluyen cláusulas de Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plenas. La expropiación indirecta, uno de los temas que enfrentaron mayor oposición en el Congreso en la década de 1990, tampoco se encuentra cubierta por los ACFIs.

10 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2013, 26 de junio). Reform of investor-state dispute settlement: In search of a roadmap. *IIA Issues Note No. 2*, p. 5. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (donde se establece que “los métodos de ADR pueden ayudar a ahorrar tiempo y dinero, encontrar soluciones mutuamente aceptables, evitar la escalada de una controversia y preservar la relación viable entre las partes contendientes”). [La traducción de esta cita al español pertenece a la traductora]

11 Véase por ejemplo, el Artículo 13, párrafo 3 del ACFI entre Brasil y Mozambique, disponible en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR. [La traducción de la cita al español pertenece a la traductora]

12 ONGs brasileñas de derechos humanos han reclamado su baja normativización y la falta de mecanismos internacionales para asignar la responsabilidad por violaciones en este campo, véase Borges, C. (2015, 29 de mayo). Acordos bilaterais à brasileira. *Valor Econômico*. Extraído de <http://www.valor.com.br/opiniao/4072416/acordos-bilaterais-brasileira> (solo por suscripción).

artículo 2

Inversiones en Tierras Cultivables y Derechos al Agua en África: Los Regímenes Jurídicos Convergen sobre la Tierra y el Agua

Makane Moïse Mbengue y Susanna Waltman



El acceso al agua es la fuerza motriz del auge de la inversión extranjera en tierras cultivables. Sin embargo, con todo el foco puesto en la “toma de tierras” y la seguridad alimentaria, los asuntos relativos al agua han recibido poca atención. Pese a ser esenciales para la vida, los recursos hídricos tienden a ser pasados por alto hasta que se encuentran bajo presión o completamente agotados. Pueden parecer abundantes, pero de hecho menos del 3 por ciento de todos los recursos hídricos disponibles son aptos para el consumo humano o para otros usos. De este porcentaje, más del 70 por ciento es utilizado en agricultura. Al estar interconectados y en continuo movimiento, los recursos hídricos son particularmente vulnerables a los impactos de la inversión en tierras cultivables. La cantidad de agua extraída para llevar a cabo las inversiones y la cantidad y naturaleza de químicos presentes en pesticidas y fertilizantes tienen un impacto directo en los recursos hídricos disponibles para los usuarios¹.

África es el principal receptor de inversiones en tierras cultivables y ha sido promocionado internacionalmente por tener vastos recursos hídricos que no han sido explotados, pero un número significativo de africanos todavía viven en ambientes bajo presión hídrica. Se predice que el crecimiento demográfico, el cambio climático y los cambios en el uso de la tierra aumentarán drásticamente ese número. Las inversiones en tierras cultivables —y la agricultura comercial a gran escala que las mismas conllevan— requieren vastas cantidades de agua y aumentan en gran medida la presión sobre los recursos hídricos.

Hasta aquí, el derecho internacional de las inversiones y los derechos de los inversionistas han comenzado a recibir cierta atención en este contexto. Sin embargo, el emplazamiento de inversiones cerca de cuencas hídricas internacionales y el uso sostenido del agua también generan obligaciones en virtud de la legislación internacional sobre el agua dulce, el derecho ambiental y el derecho de los derechos humanos. Además, estos regímenes afectan a una amplia gama de actores involucrados, incluyendo a las comunidades locales y a otros Estados ribereños. Por lo tanto, resulta fundamental entender todos los regímenes jurídicos aplicables y los derechos de todos los actores involucrados.

1. Problemas en el área de los derechos al agua y las inversiones en tierras cultivables

El impacto más significativo del cambio climático se

observa en los recursos hídricos, y África es el continente más vulnerable en este proceso. Los efectos del cambio climático no sólo son riesgos: ya están siendo experimentados en partes de África, con el descenso del nivel de agua en los lagos de varias localidades debido al efecto combinado de la sequía, el calentamiento y las actividades humanas. Se predice que este fenómeno provocará una mayor frecuencia y riesgo de inundaciones y de sequía, y algunos estudios sugieren una significativa disminución de tierras agrícolas de secano. Las tierras áridas y semiáridas podrían aumentar de un 5 a un 8 por ciento en África, es decir, de 60 a 90 millones de hectáreas².

Por ende, el riego es considerado como una respuesta necesaria para la adaptación, y los Estados receptores ven la inversión extranjera como una chance para desarrollarlo. Pero si simplemente se aumenta el riego, el uso generalizado del agua también se verá incrementado, privando de este recurso a las localidades río abajo².

Algunos estudios sugieren que someter todas las tierras cultivables rentadas a inversionistas extranjeros a una producción irrigada sería un “suicidio hidrológico”, porque la cantidad de agua requerida sería más de la que está disponible, particularmente en la Cuenca Hídrica del Nilo³. Pese a que los temores puedan ser exagerados, las inversiones en tierras cultivables seguramente aumentarán significativamente el consumo de agua en la región. La agricultura a gran escala tiene un gran impacto tanto en la cantidad como en la calidad del agua, dada la cantidad de agua necesaria para mantener la producción comercial y el uso sostenido de pesticidas y fertilizantes. El impacto de dichas inversiones sobre los recursos hídricos aún ha de ser evaluado; estudios revelan una casi total falta de monitoreo en el uso del agua para llevar a cabo estas inversiones⁴.

Además, los estudios muestran que los cultivos que producen estas inversiones son exportados al país de procedencia del inversionista o destinados a consumidores urbanos más selectos y no son asequibles por la población más vulnerable⁴. Las inversiones, por lo tanto, casi no colaboran a aliviar las preocupaciones relativas a la seguridad alimenticia del Estado receptor, compensando muy escasamente la presión extra que reciben los recursos hídricos de dicho país.

2. El marco jurídico que rige los derechos al agua y las inversiones en tierras cultivables

Se han desarrollado varios regímenes jurídicos para cumplir con diferentes objetivos: la protección de las inversiones, el manejo sostenible de los recursos hídricos, el medio ambiente de forma general, o los derechos humanos. En el contexto de las inversiones en tierras cultivables y su uso del agua, estos intereses son convergentes y posiblemente choquen entre sí. Además de la creciente presión sobre los recursos hídricos, existe una falta de equilibrio en el marco jurídico que rige la inversión en tierras cultivables y los derechos al agua tanto a nivel nacional como internacional, tal como se discute a continuación.

2.1. Legislación y contratos nacionales

a. Legislación nacional

En la mayoría de los Estados africanos, el agua pertenece

al dominio público; los derechos al uso del agua pueden ser ejercidos ya sea por el Estado o por la autoridad local u otorgados a actores y corporaciones privadas según la legislación interna. Pese a que los acuerdos constitucionales que rigen los recursos hídricos varían a lo largo de África, se observan ciertos elementos comunes, en base a si el sistema jurídico fue desarrollado a partir del Derecho angloamericano o de la tradición del Derecho Civil, y en virtud de derechos formales e informales producto del papel que juegan las costumbres prevalecientes en África.

La mayoría de las comunidades locales poseen sus tierras y derechos al agua conforme al Derecho Consuetudinario. Esta legislación es la fuente de derecho más conocida y respetada por la mayoría de las poblaciones del Estado receptor, pero pone en desventaja a los usuarios locales frente a los inversionistas extranjeros quienes obtienen derechos estatutarios a raíz de los contratos firmados con el Estado receptor. En conformidad con la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, se reconocen las normas y los derechos establecidos por la costumbre, pero no pueden aplicarse a aquellas áreas cubiertas por legislación o derechos escritos. Los derechos estatutarios escritos de los inversionistas extranjeros, por lo tanto, prevalecerán por sobre los derechos consuetudinarios no escritos de las comunidades locales en caso de conflicto sobre los recursos hídricos o agrarios. Además, aquellos Estados que poseen legislación y administración hídrica, los usos y costumbres locales no son puestos por escrito y, en su gran mayoría, no son registrados, ya que generalmente se aplican a usos menores del agua y, en algunos casos, cuando la legislación escrita no cubre un tema específico en cuestión⁵. Las comunidades locales, por lo tanto, son jurídicamente vulnerables aun cuando existe un marco administrativo que rige los recursos hídricos. Asimismo, los sistemas más formales de manejo de agua y tierra son deficientemente implementados, y por ende, surten poco efecto.

b. Contratos entre inversionistas extranjeros y Estados receptores

Muchos contratos de inversión agrícola entre inversionistas y Estados receptores no mencionan expresamente o tratan los asuntos hídricos, ni disponen el pago de tarifas o la revisión de las asignaciones. Los Estados receptores pueden no percatarse de que, al otorgar a los inversionistas extranjeros, el derecho para operar y mantener una inversión agrícola, también les otorgan los derechos al agua necesaria para sostener la producción, aun cuando el agua no se encuentre mencionada en el contrato. Además, las cláusulas de estabilización de alto alcance que prevalecen en los contratos a lo largo de toda África frustran el desarrollo de marcos regulatorios para el manejo sostenible de los recursos hídricos. Si no son redactados con sumo cuidado, estos contratos fortalecen, de manera desproporcionada, la posición de los inversionistas extranjeros.

No obstante, los contratos entre inversionistas y Estados receptores podrían o deberían ser utilizados para limitar expresamente el uso del agua en las inversiones de tierras cultivables. Se trata de una oportunidad excelente para fijar una tarifa a fin de incentivar el uso limitado del agua y reconocer el valor de este recurso. También deberían establecer el derecho a revisar estos derechos y tarifas en caso de escasez de agua⁶.

2.2. Derecho Internacional de las Inversiones

Los tratados internacionales de inversión fortalecen aún más la posición de los inversionistas extranjeros, brindándoles más garantías legales y salvaguardias de sus derechos. En tiempos de sequía y escasez hídrica, garantizar que las necesidades básicas de agua estén cubiertas mientras se mantienen los flujos de agua para el sostenimiento de los sistemas y la biodiversidad ribereña — cruciales para la sostenibilidad a largo plazo del Estado receptor — puede entrar en conflicto con las necesidades hídricas de las inversiones en tierras cultivables. Las disposiciones estándar de los tratados internacionales de inversión —tales como la de trato justo y equitativo, más notablemente, y la prohibición de la expropiación sin compensación— pueden limitar la capacidad del Estado para reasignar los recursos hídricos⁷. En particular, los inversionistas extranjeros pueden tener una expectativa legítima de obtener acceso al agua necesaria para sustentar la producción agrícola si el contrato no restringe específicamente el uso de este recurso o establece una revisión periódica de la asignación o acceso al agua. También podrían surgir reclamaciones de expropiación si los Estados receptores reasignan los recursos hídricos e interfieren en el derecho de los inversionistas extranjeros a operar el negocio de producción agrícola comercial. Los demás regímenes jurídicos internacionales descritos a continuación brindan consideraciones para contrarrestar estas reclamaciones y justifican cualquier interferencia en el uso del agua por los inversionistas extranjeros.

2.3. Derecho Internacional sobre el Agua Dulce

El Derecho Internacional sobre el Agua Dulce exige a los Estados receptores que respeten y no perjudiquen la distribución razonable y equitativa a otros usuarios estatales, para garantizar que la prioridad en el uso del agua cubra las necesidades humanas vitales; que notifiquen y consulten a otros Estados cuando una inversión en tierras cultivables sea planificada cerca de un curso de agua; y que protejan y preserven los recursos hídricos contra la contaminación y la explotación excesiva. Dada la asignación de la mayoría de las inversiones en tierras agrícolas en y alrededor de los cursos de agua internacionales, los principios y mecanismos de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997 (la Convención sobre los Cursos de Agua) rigen el uso del agua por las inversiones en tierras agrícolas y deben ser consultados cuando surgen cuestiones relativas a este tema.

En la mayor parte de África, la implementación de la Convención sobre los Cursos de Agua ha sido diseñada para satisfacer necesidades específicas a nivel regional y sub-regional. Los cursos de agua internacionales en África están gobernados por su propio programa de manejo institucional conjunto a nivel sub-regional, una política regional para el manejo hídrico sostenible y el programa internacional establecido por la Convención sobre los Cursos de Agua. Por ejemplo, la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC, por sus siglas en inglés) ha desarrollado e implementado eficazmente un marco institucional regional para el manejo sostenible de cuencas de ríos y lagos en conformidad con los principios de la Convención sobre los Cursos de Agua. Cuando no existen mecanismos regionales, esta Convención brinda

la situación a la que se puede recurrir. Cuando el Estado involucrado no es parte de dicha Convención, el Derecho Internacional Ambiental establece obligaciones generales.

2.4. Derecho Internacional Ambiental

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido la obligación, en el Derecho Internacional Consuetudinario, de conducir una evaluación de impacto ambiental transfronterizo si una actividad probablemente dé como resultado un daño transfronterizo, particularmente en el caso de los recursos hídricos compartidos⁸. La obligación se aplica a todos los Estados y a todos los recursos hídricos internacionales, no solo a aquellos cubiertos por la Convención sobre los Cursos de Agua. Esta evaluación debe dirigir la atención al uso del agua en las inversiones de tierras cultivables y revelar su impacto en aguas transfronterizas. Lamentablemente, ninguna de estas obligaciones parecen haber sido implementadas o ejecutadas a nivel nacional en África; y por lo tanto, han tenido un impacto menor.

2.5. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Numerosos instrumentos de derechos humanos reconocen el derecho humano al agua, ya sea expresa o implícitamente como un prerrequisito fundamental para el ejercicio de todos los demás derechos⁹. La Asamblea General de la ONU recientemente ha reconocido el derecho al agua como universalmente obligatorio, y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha instado a los Estados para que presten especial atención a los grupos vulnerables y les garanticen este derecho¹⁰. De esta manera, los Estados receptores deben garantizar que el uso del agua de las inversiones en tierras cultivables no interfiera con los derechos al agua de las comunidades locales vulnerables, independientemente del tratado de inversión que sea aplicable.

3. Construyendo puentes para un marco jurídico y político holístico

Los principios y obligaciones contenidos en el Derecho Internacional sobre agua dulce, medio ambiente y derechos humanos pueden ser utilizados como justificaciones o defensa frente a reclamaciones presentadas por inversionistas extranjeros en el caso de que los Estados receptores deban reasignar el agua en pos del interés público. Estos regímenes internacionales, por lo tanto, sirven para contrarrestar los extensivos derechos y la posición jurídicamente segura de los inversionistas extranjeros en los contratos y los tratados de inversión aplicables. Sin embargo, para tener cualquier impacto, estos regímenes deben ser implementados y ejecutados, lo cual parece no haber ocurrido hasta el momento. Consecuentemente, el primer paso es implementar y ejecutar estos regímenes a nivel nacional.

Además, los mecanismos jurídicos existentes para el manejo sostenible de los recursos hídricos deberían ser implementados en el Derecho nacional. Los programas de gobernanza del agua también deberían ser reformados para permitir una mayor participación de los actores involucrados en las decisiones sobre manejo hídrico y para incorporar los principios de manejo integrado de los recursos hídricos, dando efecto al vínculo existente entre el agua y la tierra en el marco administrativo.

Antes de firmar un contrato con inversionistas extranjeros, los Estados receptores deben considerar cuidadosamente

sus obligaciones internacionales de gran alcance, particularmente las obligaciones de notificar y consultar a otros Estados si la inversión ha de localizarse cerca de aguas transfronterizas o de una frontera internacional, y conducir una evaluación de impacto ambiental teniendo en cuenta expresamente el uso del agua. Sus contratos con los inversionistas deberían incluir disposiciones específicas sobre los derechos, uso y tarifas de agua donde se establezca la revisión periódica de la asignación del agua y de los derechos, particularmente debido a cuestiones de interés ambiental y de derechos humanos. También deberían incluir cláusulas de salvaguarda a los efectos de que ninguna parte del contrato impida o frustre la implementación de obligaciones asumidas por el Estado receptor en virtud de la legislación sobre agua dulce, medio ambiente y derechos humanos, para fortalecer la capacidad de los Estados receptores para reasignar los recursos hídricos y reducir las reclamaciones de los inversionistas.

Por último, los tratados internacionales de inversión deberían incluir disposiciones similares, para garantizar la coherencia entre el régimen de inversión y otros regímenes internacionales aplicables y para preservar el derecho de los Estados receptores y el deber de manejar los recursos hídricos de manera sostenible.

Autores

Makane Moïse Mbengue es Profesor Adjunto de Derecho Internacional en la Universidad de Ginebra y Profesor Invitado de Sciences Po Paris. Se desempeña como experto en numerosas organizaciones internacionales y no gubernamentales y como asesor en controversias ante cortes y tribunales internacionales.

Susanna Waltman es aspirante a Ph.D. en la Universidad de Ginebra, actualmente trabaja en la oficina jurídica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Anteriormente obtuvo un título de grado LL.M. en Solución Internacional de Controversias en un programa conjunto del Graduate Institute of Development Studies y la Universidad de Ginebra.

Notas

1 En el presente artículo se resume el siguiente informe: Mbengue, M. M., & Waltman, S. (2015). *Farmland investments and water rights: The legal regimes at stake*. Ginebra: IISD. Extraído de <http://www.iisd.org/publications/farmland-investments-and-water-rights-legal-regimes-stake>

2 Véase Boko, M., Niang, I., Nyong, A., Vogel, C., Githeko, A., Medany, M., Osman-Elasha, B., Tabo, R., & Yanda, P. (2007). Africa. In M. L. Parry, O. F. Canziani, J. P. Palutikof, P. J. van der Linden, & C.E. Hanson (Eds.), *Climate change 2007: Impacts, adaptation and vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (pp. 433–467). Cambridge: Cambridge University Press. Extraído de <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-chapter9.pdf>; y Kundzewicz, Z. W., Mata, L. J., Arnell, N.W., Döll, P., Kabat, P., Jiménez, B., Miller, K. A., Oki, T., Sçen, Z., & Shiklomanov, I. A. (2007). *Freshwater resources and their management*. In M. L. Parry, O. F. Canziani, J. P. Palutikof, P. J. van der Linden, & C.E. Hanson (Eds.), *Climate change 2007: Impacts, adaptation and vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (pp. 173–210). Cambridge: Cambridge University Press. Extraído de <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-chapter3.pdf>

3 GRAIN. (2012, junio). *Squeezing Africa dry: Behind every land grab is a water grab*. Extraído de <http://www.grain.org/article/entries/4516-squeezing-africa-dry-behind-every-land-grab-is-a-water-grab>

4 Mirza, H., Speller W., Dixie, G., & Goodman, Z. (2014). *The practice of responsible investment principles in larger scale agricultural investments: Implications for corporate performance and impact on local communities*. World Bank Group. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wb_unctad_2014_en.pdf

5 Fisher, D. (2009). *The law and governance of water resources: The challenge of sustainability*. Cheltenham Glos, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.

6 Smaller, C. (2014). *The global response to foreign investment in agriculture*. Ginebra: IISD. Extraído de <http://www.iisd.org/publications/global-response-foreign-investment-agriculture>

7 Para consultar una descripción general y el debate sobre la manera en que las normas de inversión tienen un impacto sobre las inversiones en tierras cultivables y los derechos al agua, véase también Smaller, C., & Mann, H. (2009). *A thirst for distant lands: Foreign investment in agricultural land and water*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/publications/thirst-distant-lands-foreign-investment-agricultural-land-and-water>

8 *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Fallo, Informes de la C.I.J. 2010 (I), p. 83, párrafo 204.

9 Para consultar una lista comprehensiva de docenas de instrumentos que incluyen el acceso al agua como un derecho humano, véase Viñuales, J. E. (2009). Access to water in foreign investment disputes. *Georgetown International Environmental Law Review*, 21(4).

10 Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 64/292, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, U.N. Doc. A/RES/64/292 (28 de julio de 2010). Extraído de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292&lang=es>; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. 15/9 del 30 de septiembre de 2010, *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, en U.N. GAOR, 65th Sess., Supp. No. 53/A, p. 28, U.N. Doc. A/65/53/Add.1 (13 de septiembre a 1 de octubre de 2010). Extraído de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/65/53/Add.1&lang=es>

artículo 3

Nuevas Ideas para Empoderar a los Trabajadores de Estados Unidos y Europa en el TTIP

Susan Ariel Aaronson



El siglo 21 no ha sido el mejor tiempo para los trabajadores estadounidenses y europeos. Los mismos se han visto arrasados por la pérdida de sus puestos de trabajo, subempleo e inseguridad económica. Muchos individuos han trabajado duramente sin obtener beneficios o seguridad laboral¹. Pese a que los trabajadores se están tornando cada vez más productivos, muchos de ellos ganan menos que 20 años atrás². Los formuladores de políticas de la Unión Europea y los Estados Unidos argumentan que una forma de crear nuevos y mejores empleos es celebrar un acuerdo de comercio e inversión entre los Estados Unidos y los 28 Estados Miembros de la Unión Europea: el Acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés).

Los Estados Unidos y la Unión Europea se basan en plantillas de larga data para redactar sus acuerdos de comercio, pero las mismas pueden no estar abordando adecuadamente los derechos laborales y problemas de empleo, asediando a los trabajadores de ambos gigantes comerciales. Además, debido a que se están basando en dichas plantillas, es posible que los encargados de formular las políticas no puedan pensar estos asuntos de manera creativa. Reconociendo que el debate se encuentra estancado en la rutina, la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Washington me solicitó el involucramiento de otros académicos y que proponga nuevas ideas.

El presente artículo está organizado de la siguiente manera: primero, discuto cómo la Unión Europea y los Estados Unidos promueven los derechos laborales en sus acuerdos de comercio e inversión. Después, advierto que el lenguaje utilizado en los capítulos sobre inversión y coherencia regulatoria puede contradecir el lenguaje empleado en los capítulos sobre derechos laborales. Finalmente, sugiero diferentes maneras para rediseñar el TTIP a fin de que los trabajadores se vean beneficiados y para promover la creación de empleos, basándome en entrevistas a 23 académicos destacados y en ideas propias³.

1. Enfoques de la Unión Europea y los Estados Unidos para promover los derechos laborales

La Unión Europea y los Estados Unidos son grandes defensores de la difusión de los derechos laborales dentro de sus tratados de libre comercio (TLCs) bilaterales y multilaterales. Sus plantillas de acuerdos comerciales se basan en las principales normas del trabajo de la OIT en cuanto a:

- La libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- La erradicación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- La eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación.

También contienen una cláusula de no derogación para evitar el debilitamiento de las leyes laborales de cualquiera de las partes y el menoscabo de las normas de trabajo a fin de atraer el comercio y la inversión. Tanto la Unión Europea como los Estados Unidos reconocen que la participación y el apoyo públicos son fundamentales para el éxito de las negociaciones y el acuerdo final. Estados Unidos alienta la participación pública en el desarrollo del capítulo sobre trabajo así como comentarios sobre temas relacionados con este capítulo una vez que entre en vigor⁴. La Unión Europea adoptó estrategias similares en el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) firmado con Canadá⁵.

Sin embargo, la Unión Europea y los Estados Unidos adoptan enfoques diferentes a la regulación laboral. Los reguladores de Estados Unidos creen que en general el mercado debería determinar los resultados del mercado laboral. Los reguladores europeos generalmente creen que los mercados no regulados crean una falta de equilibrio entre el empleador y el empleado, así que el gobierno debería regular apropiadamente para empoderar a los trabajadores, crear contrapesos al comercio y proteger los derechos laborales⁶. En Estados Unidos, los responsables de formular estas políticas consideran los derechos laborales como un medio para garantizar que los acuerdos de comercio e inversión no menoscaben los derechos de los trabajadores en su país natal o en el de sus socios comerciales. Por su parte, los formuladores de políticas de la Unión Europea consideran estos derechos como fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible y como parte de una serie más amplia de derechos humanos que los mismos pretenden hacer progresar a través del diálogo, la cooperación y la capacitación. Las plantillas de negociación de ambos países reflejan estas diferencias.

Los dos gigantes comerciales también poseen estrategias diferentes para alentar la difusión de las normas laborales. Estados Unidos incluye los derechos laborales en un capítulo separado, y desde mayo de 2007 ha convertido estos derechos en vinculantes y recurribles legalmente, mientras que la Unión Europea ha incorporado los derechos laborales como parte de su capítulo sobre desarrollo sostenible y exige a ambas partes la aplicación efectiva de sus leyes relativas al trabajo⁷.

El CETA entre la Unión Europea y Canadá y el TLC entre Estados Unidos y Corea, donde ambas partes poseen economías industrializadas avanzadas, brindan reflexiones sobre cómo dos gigantes comerciales podrían enfocar el lenguaje relativo a los derechos laborales en el TTIP.

Como antes, el CETA incluye derechos laborales en su capítulo sobre desarrollo sostenible; ambas partes aceptan respetar los principales convenios de la Organización Internacional de Trabajo, e implementar efectivamente los instrumentos de la OIT que cada parte haya ratificado. Por último, el CETA establece un panel de expertos para revisar la presunta violación del acuerdo comercial. Sin embargo,

este panel de revisión sólo puede emitir recomendaciones a las naciones signatarias y no les exige que respondan a las mismas. Por ende, no crea ninguna responsabilidad directa de remediar la violación alegada.

Estados Unidos no piensa diferente sobre cómo abordar los problemas de derechos laborales en Corea. El tratado de Estados Unidos con este país (2012) incluye los mismos derechos laborales que los firmados con Perú (2009), Colombia (2012) y Panamá (2012)⁸. Pero Corea es muy diferente a las otras naciones; pese a que posee una democracia fuerte y vibrante, y altos niveles de sindicalización, el Gobierno estadounidense⁹ y las organizaciones internacionales han expresado su preocupación sobre las condiciones laborales y la voluntad del gobierno para hacer cumplir efectivamente los derechos laborales¹⁰.

Pero los dos gigantes comerciales parecen tener la voluntad de ir más allá de sus plantillas. De hecho, estarían manteniendo un diálogo de sordos sobre los derechos laborales. La Unión Europea dice que su prioridad en torno a estos derechos es mantener las políticas que los Estados Miembros de la Unión Europea han adoptado durante mucho tiempo para garantizar que la integración económica internacional no lleve a una desintegración social interna. Mientras tanto, el representante de comercio de Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés) señala que: “Nuestros acuerdos comerciales están diseñados para evitar una carrera descendente de los derechos laborales de las protecciones laborales”¹¹. Estados Unidos no parece estar escuchando las preocupaciones europeas de que el TTIP no solo debería evitar una carrera descendente, sino que también debería resguardar a los trabajadores del impacto negativo de la liberalización del comercio y la inversión. Ni la Unión Europea ni Estados Unidos parecen alentar nuevas ideas que puedan ayudar a aquellos trabajadores que se sienten amenazados no solo por la globalización sino también por el estancamiento de los salarios, la desigualdad en los ingresos y por el uso de tecnologías tales como la robótica.

2. Falta de coherencia dentro del TTIP podría menoscabar los derechos laborales

Los funcionarios públicos de ambos socios negociadores argumentan que los capítulos sobre derechos laborales y desarrollo sostenible ilustran su compromiso con asuntos relativos a estos derechos y sobre empleo en el TTIP. Pero estos objetivos no pueden alcanzarse si se encuentran confinados a un solo capítulo en lugar de ser parte de todo el documento. Ambos socios han incluido capítulos sobre coherencia regulatoria e inversión en acuerdos comerciales firmados recientemente que podrían tener efectos secundarios negativos en los derechos laborales y el empleo. En esta sección se explica por qué los negociadores deben examinar cada capítulo para lograr la coherencia —para garantizar que de ninguna manera se menoscaben o contradigan los objetivos de progreso de los derechos laborales y el empleo—.

2.1. El capítulo sobre coherencia regulatoria

Los responsables de la Unión Europea y Estados Unidos durante mucho tiempo han entendido que las regulaciones nacionales destinadas a proteger la salud pública, seguridad y el medio ambiente podrían distorsionar el comercio debido a que los productores extranjeros estarían encontrando dificultades para cumplir con tales regulaciones. Ambas partes negociadoras insisten en que la regulación establecida democráticamente no se verá menoscabada por el TTIP¹². Sin embargo, algunos críticos alegan que los esfuerzos para alcanzar la coherencia regulatoria inevitablemente

llevarán a una carrera descendente¹³ y que los esfuerzos por re-regular las regulaciones nacionales en un acuerdo de comercio e inversión son una estrategia del siglo 21 para internacionalizar la desregulación¹⁴.

Lamentablemente, los negociadores no han aclarado si las regulaciones laborales tales como las de salud y seguridad en el lugar de trabajo serán incluidas o excluidas de las negociaciones. Además, Estados Unidos no ha ratificado los mismos convenios de la OIT que la Unión Europea en relación con la salud y la seguridad. Los trabajadores de Estados Unidos generalmente gozan de menos protecciones que en la mayoría de los países de Europa. Dado que la Unión Europea y Estados Unidos presentan costos laborales y productividad similares, algunos críticos comerciales afirman que las firmas fabricantes de sendos países podrían trasladar sus operaciones a sedes que tengan regulaciones menores, o menos costosas, en cuanto al trabajo. Por ejemplo, las firmas europeas podrían movilizar sus inversiones a Estados Unidos donde se propugne el “derecho al trabajo” (donde resulta más difícil para los trabajadores sindicalizarse) y las firmas de Estados Unidos podrían trasladarse a países tales como Rumania, donde se considera que los derechos laborales se encuentran protegidos de manera inadecuada¹⁵.

2.2. El capítulo de inversión

Los negociadores de Estados Unidos y de la Comisión Europea desean incluir disposiciones para la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) en el TTIP. Estas disposiciones están diseñadas para fomentar las inversiones, otorgando a los inversionistas el derecho a reclamar compensación si sus inversiones son expropiadas por un gobierno participante. La mayoría de los acuerdos de inversión definen la expropiación como una confiscación directa o indirecta de bienes. Sin embargo, cuando los gobiernos regulan, recortan subsidios o desvían presupuestos, los inversionistas pueden encontrar que sus inversiones están perdiendo valor, directa o indirectamente, como resultado de dicha acción gubernamental (“una confiscación regulatoria”). Pese a que la Unión Europea y Estados Unidos han expresado claramente que las políticas regulatorias gubernamentales no pueden ser recusadas como confiscaciones regulatorias, los críticos no se muestran convencidos de esto¹⁶.

Por ejemplo, los inversionistas extranjeros en Egipto recusaron el establecimiento del salario mínimo como una confiscación regulatoria porque estos requisitos no existían al momento de la firma del contrato original de inversión. En Rumania y Bulgaria, los inversionistas extranjeros entablaron controversias de inversión alegando que los gobiernos no reprimieron huelgas frecuentes, privando a los demandantes de su inversión plena¹⁷. Hasta ahora, ningún inversor ha ganado una diferencia de inversión sobre temas laborales. Pero los formuladores de políticas aún deben aclarar si los inversionistas podrán recusar los acuerdos de negociación colectiva u otras protecciones de los trabajadores¹⁸. Hasta tanto no lo hagan, el capítulo de inversión podría significar una amenaza para los derechos laborales.

3. Principales conclusiones y recomendaciones

Los expertos que entrevisté tienen la firme creencia de que el TTIP podría brindar una buena oportunidad para pensar de manera diferente cómo los formuladores de políticas de las economías industrializadas avanzadas pueden proteger los derechos laborales, fomentar la creación de empleos y empoderar a los trabajadores. Las recomendaciones detalladas a continuación merecen la atención pública y de los responsables de formular las políticas; están diseñadas para garantizar que el TTIP actúe en función de los trabajadores¹⁹.

i. Aumentar el bienestar humano y empoderar a los trabajadores:

- Empoderar a los trabajadores a través de un lenguaje más amplio de derechos humanos, y específicamente, extender la cobertura a los trabajadores del sector informal así como a los que son traficados;
- Garantizar que los signatarios se encuentren obligados a cumplir, como mínimo, con las principales normas del trabajo de la OIT;
- Alentar a los sindicatos para que presten servicios transfronterizos tales como representación colectiva, entrenamiento y otros servicios relativos al lugar de trabajo; y
- Experimentar sobre permitir que los trabajadores menos calificados presten servicios a través de las fronteras.

ii. Garantizar que el acuerdo mejore los derechos laborales y el empleo:

- Considerar cada capítulo como parte de un todo coherente: revisar cada capítulo para lograr la coherencia con objetivos de trabajo y empleo.

iii. Garantizar que otros capítulos no menoscaben los derechos laborales y el empleo, creando, por lo tanto, una dinámica regulatoria en carrera ascendente:

- Incluir lenguaje específico señalando que los signatarios no puedan utilizar los capítulos sobre coherencia regulatoria para reducir las protecciones de los trabajadores;
- Aclarar que los inversionistas no pueden utilizar las disposiciones de ISDS para recusar regulaciones de salario mínimo, acuerdos de negociación colectiva, normas de procuración o regulaciones destinadas a proteger la salud y el bienestar públicos; y
- Solicitar a la OIT que evalúe si las políticas fiscales o monetarias de un socio comercial pueden afectar la prestación de servicios públicos y el bienestar humano en el otro. Los formuladores de políticas posteriormente deberían evaluar si estas disposiciones pueden y deben ser disciplinadas conforme a los acuerdos de comercio.

iv. Mejorar el proceso de solución de controversias:

- Ampliar y aclarar por qué, cómo y cuándo los signatarios pueden intervenir en una controversia comercial y considerar los enfoques de otras naciones para investigar y mejorar los derechos laborales.

v. Desarrollar estrategias que fomenten el aprendizaje cooperativo y la colaboración:

- Crear una secretaría para investigar y monitorear el acuerdo de comercio; brindar informes periódicos sobre la manera en que el mismo está afectando a los trabajadores y sus derechos; y delinear las mejores prácticas para mitigar los efectos negativos;
- Desarrollar la confianza en el proceso de negociación con una mayor transparencia y colaboración;
- Enfocarse menos en la aplicación como un medio para cambiar el comportamiento y más en la colaboración; y
- Promover un mayor entendimiento sobre cómo los Estados Miembros de la Unión Europea utilizan el diálogo social.

Autor

Susan Ariel Aaronson es Profesora en Investigación sobre Asuntos Internacionales de George Washington University. Es autora de libros y artículos sobre comercio y derechos humanos, comercio digital y comercio y transparencia.

Notas

- 1 Eurostat calcula que en abril de 2015 la tasa de desempleo con ajuste estacional en el área del Euro fue del 11,1 por ciento y que el desempleo juvenil fue del 20,7 por ciento en la Unión Europea-28. Véase Eurostat. (2015). *Recent developments in unemployment at a European and member state level*. Extraído de http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics#Recent_developments_in_unemployment_at_a_European_and_Member_State_level. El Departamento de Trabajo de Estados Unidos informa que a partir de mayo de 2015 la tasa de desempleo con ajuste estacional fue del 5,5 por ciento. Véase United States Department of Labour, Bureau of Labour Statistics. (2015). *Databases, tables & calculators by subject*. Extraído de <http://data.bls.gov/timeseries/LNS14000000>. En julio de 2014, la tasa de desempleo juvenil fue del 14,3 por ciento. Véase United States Department of Labour, Bureau of Labour Statistics. (2015). *Employment and unemployment among youth summary*. Extraído de <http://www.bls.gov/news.release/youth.nr0.htm>
- 2 Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Global wage report 2012/13: Wages and equitable growth*. Ginebra: International Labour Office, p. 62. Extraído de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_194843.pdf
- 3 Para leer el informe completo elaborado para la Oficina de la OIT en Washington, véase Aaronson, S.A. (2015). *Working by design: New ideas to empower U.S. and European workers in TTIP*. Washington, DC: George Washington University. Extraído de http://www.gwu.edu/~ieip/events/Working_for_All/summary.pdf
- 4 Los americanos así como el público de los socios de TLCs firmados por Estados Unidos pueden presentar, ante el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, documentos concernientes a los compromisos u obligaciones de los socios del TLC que surjan en virtud de capítulos relativos a asuntos laborales. Véase, Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR). (2015). *Public submission process*. Extraído de <https://ustr.gov/issue-areas/labor/public-submission-process>
- 5 Sobre el CETA, véase Cosbey, A. (2014, 3 de noviembre). *Inside CETA: Unpacking the EU-Canada free trade deal*. Extraído de <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/inside-ceta-unpacking-the-eu-canada-free-trade-deal>
- 6 Block, R. N., Berg, P., & Roberts, K. (2003). Comparing and quantifying labour standards in the United States and the European Union. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 19(4), 441-468.
- 7 Véase Artículo 3.1 del Capítulo 24, Comercio y Trabajo, del actual texto del CETA, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf
- 8 Departamento de trabajo de Estados Unidos & USTR. (2015, febrero). *Standing up for workers: Promoting labor rights through trade*, p. 49. Extraído de <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR%20DOL%20Trade%20-%20Labor%20Report%20-%20Final.pdf>
- 9 Véase Departamento de trabajo de Estados Unidos (2011, septiembre). *Republic of Korea labour rights report*, pp. 1-2. Extraído de http://www.dol.gov/ilab/reports/pdf/southkorea_LRR.pdf
- 10 Véase Consejo de la ONU de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya, Addendum, Mission to the Republic of Korea*, pp. 13-15, párrafos 69-74. U.N. Doc. A/HRC/55/Add.1 (23 de diciembre de 2013). Extraído de http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55-Add1_en.doc
- 11 Departamento de trabajo de Estados Unidos & USTR (2015), supra nota 8; y USTR. (2014, marzo). *U.S. objectives, U.S. benefits in the Transatlantic Trade and Investment Partnership: A detailed view*. Extraído de <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2014/March/US-Objectives-US-Benefits-In-the-TTIP-a-Detailed-View> [La traducción de la cita pertenece a la traductora].
- 12 Fontagné, L., & Jean, S. (2014, 16 de noviembre). El TTIP versa sobre la coherencia regulatoria. *VoxEU*. Extraído de <http://www.voxeu.org/article/ttip-about-regulatory-coherence>. Estos dos economistas calculan que si ambos logran la coherencia regulatoria, el comercio aumentaría un 50 por ciento aproximadamente.
- 13 Comisión Europea. (26 de marzo, 2015). *The top ten myths about TTIP*. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153266.pdf
- 14 Aaronson, S. A. (2001). *Taking trade to the streets: The lost history of public efforts to shape globalization*. Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 7-11.
- 15 Véase, Ponce del Castillo, A. M. (2015, enero). TTIP: Fast track to deregulation and lower health and safety protection for workers. *ETUI Policy Brief: European Economic, Employment and Social Policy*, No. 1. Extraído de <http://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/TTIP-fast-track-to-deregulation-and-lower-health-and-safety-protection-for-EU-workers>. Sobre Rumania, véase Departamento de Estado de Estados Unidos. (2014, 5 de marzo). *Country reports on human rights practices for 2013: Romania*. Extraído de <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrpt/humanrightsreport/index.htm?year=2013&dliid=220323>
- 16 Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Investor-state dispute settlement: Public consultation: 16 May - 23 July 2012. Comentarios recibidos desde el 30 de agosto de 2012*, p. 5. Extraído de http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/ISDSconsultationcomments_web.pdf; OCDE. (2004). "Indirect expropriation" and the "right to regulate" in international investment law. *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2004/04, Paris: OECD. Extraído de <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>; y Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2012). *World investment report 2012*, p. 139. Extraído de <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>
- 17 Comisión Europea. (13 de enero, 2015). *Commission staff working document: Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, SWD(2015) 3 final, pp. 15-30. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf. Sobre la ISDS y salario mínimo, véase Karadelis, K. (28 de junio, 2013). *Can Veolia trash Egypt at ICSID? Global Arbitration Review*. Extraído de <http://globalarbitrationreview.com/news/article/30644/can-veolia-trash-egypt-icsid>. Sobre el derecho a huelga y otros casos entre inversionista y Estado relacionados con los derechos laborales, véase Vogt, J. S. (2014). *Trade and investment arrangements and labor rights*. En L. Blecher, N. K. Stafford, & G. C. Bellamy. *Corporate responsibility for human rights impacts: New expectations and paradigms* (pp. 121-175). Chicago: American Bar Association, pp. 171-172. Para mayor información sobre el caso presentado contra Egipto, véase Peterson, L. E. (2012, 27 de junio). La empresa francesa, Veolia, lanza reclamación contra Egipto por contrato de gestión de residuos y promesas de estabilización de salarios. *Investment Arbitration Reporter*. Para mayor información sobre el caso presentado contra Rumania, véase *Noble Ventures Inc. v. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo (25 de octubre, 2005). Extraído de <http://italaw.com/documents/Noble.pdf>. Para consultar el caso contra Bulgaria, véase *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo (2008, 27 de agosto). Extraído de <http://italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>
- 18 Aaronson, S. A. (2014). *A fresh approach to international investment rules*. Washington: Progressive Policy Institute.
- 19 Para más detalles sobre las recomendaciones específicas, véase el informe completo elaborado por Aaronson (2015), supra nota 3.

noticias en breve

Instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos: Grupo de Trabajo celebra su primera sesión

Desde el 6 al 10 de julio de 2015, un grupo de trabajo de las Naciones Unidas* celebró su primera reunión en Ginebra, Suiza, para discutir un instrumento jurídico sobre derechos humanos y empresas transnacionales. El grupo de trabajo fue establecido por la **Resolución A/HRC/RES/26/9** del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A la sesión inaugural asistieron representantes de países miembros y Estados observadores de las Naciones Unidas, agencias de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales que poseen estatus consultivo en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La sesión también fue transmitida en vivo y archivada en **UN Web TV**.

Después de elegir a la Embajadora de Ecuador, María Fernanda Espinosa, como Presidente-Relatora, los participantes se enfocaron en el alcance de la cobertura del futuro instrumento y en los principios y elementos clave que debería incluir, tales como las obligaciones estatales, la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales y otras entidades comerciales, así como los mecanismos nacionales e internacionales para el acceso a vías de reparación. También reconoció la importancia de tomar en cuenta los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos como punto de referencia en el proceso de redacción.

El grupo de trabajo celebrará su segunda sesión en 2016. Mientras tanto, participará en consultas informales con varios actores involucrados.

Parlamento Europeo apoya el TTIP, pero rechaza el actual modelo de ISDS

El 8 de julio de 2015, el Parlamento Europeo adoptó una **resolución no vinculante** que guía a la Comisión Europea en la negociación de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés) con Estados Unidos. En general, la resolución apoya el TTIP —pero rechaza la disposición de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés)—.

El Parlamento solicitó a la Comisión que reemplazara esta disposición por un nuevo sistema que esté “sujeto a los principios y el escrutinio democrático” y que sea conducido “de manera transparente por jueces profesionales independientes designados públicamente en audiencias públicas”. También apeló a la creación de un mecanismo de apelación, a la coherencia en las decisiones, el respeto de la competencia de los tribunales de la Unión Europea y de los Estados miembros y a la prevalencia de los objetivos de políticas públicas por sobre los intereses privados.

Para **Cecilia Malmström, Comisaria de Comercio de la Unión Europea**, la resolución indica que “el antiguo sistema de [ISDS] no debe y no puede ser reproducido en el TTIP”. Se comprometió a dar cuerpo a las ideas que presentó en mayo para la reforma y a incorporarlas en el TTIP.

Bolivia promulga Ley de Conciliación y Arbitraje que incluye régimen para las controversias entre inversionista y Estado

El 25 de junio de 2015, Evo Morales, el Presidente boliviano, promulgó la Ley No. 708 de Conciliación y Arbitraje, aprobada por el Parlamento boliviano con aportes del sector privado, académicos y la sociedad civil. La nueva ley crea un Régimen Especial de Arbitraje para resolver las controversias entre inversionistas y Estados, particularmente en lo concerniente a recursos naturales estratégicos.

Héctor Arce, Procurador General de Bolivia, señaló que la Ley garantiza los derechos tanto del Estado como de los inversionistas nacionales y extranjeros. **El Presidente Morales agregó** que “ahora ningún sector empresarial puede quejarse sobre que no hay garantías ni seguridad jurídica”.

Comisión Europea solicita a Estados Miembros que pongan fin a TBIs intra-UE

El 18 de junio de 2015, la **Comisión Europea inició varios procedimientos de infracción** contra Austria, Eslovaquia, los

Países Bajos, Rumania y Suecia, solicitándoles formalmente que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión (TBIs) con otros Estados Miembros de la Unión Europea.

De acuerdo con la Comisión, estos tratados están desactualizados y ya no son necesarios, ya que todos los Estados Miembros están sujetos a las mismas normas relativas a las inversiones transfronterizas, tales como la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Asimismo, indicó que los derechos conferidos por los tratados bilaterales de inversión intra-UE sobre una base bilateral, únicamente a los inversores de algunos Estados Miembros, constituye una discriminación basada en la nacionalidad, lo cual es incompatible con la legislación de la Unión Europea.

Los cinco Estados tienen un plazo de dos meses para responder a las cartas de emplazamiento. Si bien se espera que se inicien otros procedimientos de infracción, la Comisión está dando inicio a un diálogo administrativo sobre la terminación de los TBI intra-UE con todos los otros Estados Miembros —a excepción de Irlanda e Italia, que pusieron fin a sus propios tratados en 2012 y 2013, respectivamente—. En octubre se celebrará una reunión para garantizar que el fin de los tratados se lleve a cabo de manera coordinada.

Paralelamente, la Comisión planea discutir una mejor protección de las inversiones dentro del bloque. Lord Jonathan Hill, Comisario de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Unión de los Mercados de Capitales, ha declarado que “la Comisión está dispuesta a estudiar la posibilidad de establecer un mecanismo para la mediación rápida y eficiente en las controversias en materia de inversiones”.

China firma TLCs con Corea del Sur y Australia, conduce nueva ronda de negociaciones de TBI con Estados Unidos

El 1 de junio de 2015, China y Corea del Sur firmaron un tratado de libre comercio (TLC), después de tres años de negociación. El Capítulo 12 (Inversión) del TLC actualiza el TBI firmado entre China y Corea en 2007, con disposiciones clave que incluyen trato nacional pre- y post-establecimiento, nivel mínimo de trato, denegación de beneficios y solución de controversias.

También establece un Comité sobre Inversión como un canal de comunicaciones bilaterales en torno a cuestiones surgidas del TLC. Cada parte también designará un punto de contacto nacional para recibir los reclamos de los inversionistas de la otra parte con respecto a medidas administrativas y para brindar asistencia en la solución de las dificultades de los inversionistas de la otra parte.

Posteriormente, el 16 de junio, China celebró otro TLC con Australia que marcó un hito, poniendo fin a una larga década de negociaciones. La disposición sobre trato nacional contenida en el Capítulo 9 (Inversión) contiene compromisos asimétricos raramente vistos en tratados firmados: Australia se comprometió a dispensar trato nacional a los inversionistas chinos en el acceso al mercado antes del establecimiento de la inversión, mientras que China solo aceptó otorgar este trato después del establecimiento de la misma.

Se dejaron afuera disposiciones tradicionales, tales como el nivel de trato, expropiación y transferencias, dejando intactos compromisos similares asumidos bajo el TBI entre China y Australia en 1988. Sin embargo, en este TLC se actualizó el mecanismo de solución de controversias del TBI de 1988. Las partes también acordaron establecer un programa de trabajo para consolidar el Capítulo de Inversión del TLC y del TBI en un Capítulo de Inversión Integrador, que probablemente incluirá disposiciones sobre nivel mínimo de trato, expropiación, transferencias, requisitos de desempeño, manejo jerárquico y junta de directores y sobre la solución de controversias.

Mientras tanto, desde el 8 al 12 de junio, China y los Estados Unidos condujeron la 19na ronda de negociaciones en Pekín. Durante la misma, las partes discutieron temas clave sobre obligaciones sustantivas e intercambiaron sus listas negativas preliminares. Ambas partes acordaron que la negociación del TBI aún se encuentra en su etapa inicial.

* Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre un Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos.

laudos y decisiones

Tribunal del CIADI desestima unánimemente reclamación de expropiación por falta de consentimiento por escrito de Papúa Nueva Guinea a arbitraje

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea, Caso CIADI No. ARB/13/33

Marquita Davis

En un laudo con fecha del 5 de mayo de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) desestimó una reclamación entablada por PNG Sustainable Development Program Ltd. (PNGSDP) contra Papúa Nueva Guinea por una presunta expropiación ilegal. Concluyó que Papúa Nueva Guinea no había dado su “consentimiento por escrito” al arbitraje de reclamaciones en virtud del Convenio del CIADI.

Antecedentes y reclamos

La controversia se centró en la presunta inversión de PNGSDP en Ok Tedi, una mina a cielo abierto de cobre y oro localizada en Papúa Nueva Guinea. PNGSDP poseía la mayoría de la participación accionaria de la empresa de este país que a su vez poseía un contrato de arrendamiento minero para explotar la mina Ok Tedi.

En septiembre de 2013, Papúa Nueva Guinea adoptó el décimo Acuerdo Complementario de Minería de Ok Tedi (*Tenth Supplemental Mining Agreement*), mediante el cual pretendía cancelar todas las acciones de propiedad de PNGSDP en esta mina y crear nuevas acciones emitidas por el Estado. PNGSDP reclamó que la promulgación de esta ley constituía una expropiación ilegal sin compensación, e inició un arbitraje en diciembre de 2013, remitiéndose a dos leyes nacionales de Papúa Nueva Guinea: la Ley de Promoción de las Inversiones de 1992 (*Investment Promotion Act*, IPA) y la Ley del Convenio de Controversias relativas a Inversión de 1992 (*Investment Disputes Convention Act*, IDCA). También reclamó la violación del estándar de trato justo y equitativo, la garantía de libre transferencia, el estándar de protección y seguridad plenas, trato nacional, entre otras violaciones de ambos estatutos.

Jurisdicción: ¿Papúa Nueva Guinea “consintió por escrito” al arbitraje ante el CIADI?

El tema del umbral de la reclamación de PNGSDP era si Papúa Nueva Guinea había dado su “consentimiento por escrito” a arbitraje, un requisito jurisdiccional establecido en el Artículo 25 del Convenio del CIADI (párrafo 44). PNGSDP alegó que el mismo había sido cumplido ya que el Artículo 39 de la IPA, ya sea en sí mismo o en conjunción con el Artículo 2 de la IDCA, constituía una oferta permanente, por parte de Papúa Nueva Guinea, de arbitrar las diferencias relativas a inversión ante el CIADI.

El lenguaje pertinente del Artículo 39 de la IPA señala que: “La ley del Convenio de Controversias Relativas a Inversión de 1978, que implementa el [Convenio del CIADI], se aplica, según sus términos, a controversias surgidas de la inversión extranjera” (párrafo 46). El Artículo 2 de la IDCA establece que: “Una controversia no debe ser remitida al [CIADI] a menos que la controversia sea fundamental para la inversión en sí misma” (párrafo 47).

Papúa Nueva Guinea alegó que ninguna disposición constituía un “consentimiento por escrito” bajo los estándares del derecho internacional o nacional: el Artículo 39 de la IPA meramente establece que la IDCA “se aplica, según sus términos”.

Las partes discreparon sobre el estándar interpretativo que debería utilizar el tribunal para evaluar las disposiciones disputadas.

“ En aquellos casos donde la legislación nacional posee efectos tanto a nivel nacional como internacional, las disposiciones legislativas son de naturaleza ‘híbrida’ y, por lo tanto, deben ser interpretadas desde una perspectiva híbrida, tomando en cuenta tanto el derecho nacional como el internacional. ”

Papúa Nueva Guinea afirmó que una interpretación literal de las leyes IPA e IDCA resultaba apropiada conforme al derecho nacional e internacional y que exigió al tribunal que examinase el “significado gramatical y el sentido común de las palabras” (párrafo 52). Además, indicó que el tribunal debería adoptar un enfoque restrictivo, alegando que el consentimiento por escrito del Estado para arbitrar debe ser “claro y unívoco” (párrafo 56).

PNGSDP objetó que el enfoque interpretativo correcto del Artículo 39 de la IPA era el adoptado en el caso *SPP v. Egipto*, donde se sostuvo que los instrumentos jurisdiccionales no deberían ser interpretados “ni restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe” (párrafo 108). Asimismo, invocó el principio de “efecto útil” (*effet utile*) en la interpretación de tratados, que afirma que un texto debe ser interpretado de manera tal que un razonamiento o significado pueda ser atribuido a cualquier palabra presente en el texto (párrafo 252). PNGSDP también propuso un enfoque “cuasi-Viena”, el cual permite que el tribunal se remita a otros factores interpretativos, tales como la buena fe, objeto y propósito de la presunta declaración unilateral de Papúa Nueva Guinea en su legislación nacional relativa a las inversiones, las circunstancias que rodean la declaración y la consecuente conducta estatal que podría determinar su significado. Invocando nuevamente el caso *SPP*, PNGSDP también señaló que la literatura oficial sobre la promoción de las inversiones, más notablemente, las declaraciones encontradas en los sitios web de la Autoridad de Promoción de las Inversiones de Papúa Nueva Guinea y su Embajada en los Estados Unidos, debería ser utilizada para ayudar a interpretar la legislación nacional sobre inversiones.

El tribunal concordó con PNGSDP y estuvo de acuerdo con la decisión del caso *SPP* en que los instrumentos jurisdiccionales deberían ser interpretados de manera objetiva e imparcial, en lugar de hacerlo extensiva o restrictivamente. Determinó que ya está convenido que no hay una presunción en contra de establecer la jurisdicción bajo el Convenio del CIADI, y que no existe un requisito mayor para probar un acuerdo para arbitrar en este foro. Concluyó que el estándar de prueba

en la mayoría de los casos es “la preponderancia de la evidencia o un balance de probabilidades” (párrafo 255). El tribunal también “consideró la historia legislativa de [las] disposiciones y el material relativo a la promoción de las inversiones como parte del contexto pertinente donde la legislación fue adoptada y entendida” (párrafo 274).

Según el tribunal, en aquellos casos donde la legislación nacional posee efectos tanto a nivel nacional como internacional, las disposiciones legislativas son de naturaleza “híbrida” y, por lo tanto, deben ser interpretadas desde una perspectiva híbrida, tomando en cuenta tanto el derecho nacional como el internacional. Cuando estos dos métodos entran en conflicto, generalmente prevalecen los principios del derecho internacional, pese a que se trata de una determinación específica a cada caso. El tribunal también concordó con PNGSDP en que el principio de *effet utile* de una explicación estatutaria elaborada es aplicable cuando se interpretan disposiciones “híbridas”. Concluyó que, pese a que una interpretación por parte del Estado de su propia legislación “incuestionablemente merece recibir un peso considerable, ésta no puede controlar la decisión del tribunal con respecto a su propia competencia sobre el caso” (párrafo 273).

“El lenguaje utilizado en el Artículo 39 de la IPA, aun cuando fuera interpretado en conjunción con el Artículo 2 de la IDCA, resultaba insuficiente para establecer el ‘consentimiento por escrito’ en nombre de Papúa Nueva Guinea para arbitrar reclamaciones bajo el CIADI.”

Después de evaluar el Artículo 39 de la IDA, el tribunal concluyó que el “significado natural y común constituye una declaración de que los términos — todos los términos — de la IDCA se aplican a las inversiones extranjeras” (párrafo 286). De esta manera, el Artículo 39 no podría ser interpretado de manera creíble como un cumplimiento del requisito específico de consentimiento por escrito a la jurisdicción del CIADI bajo el Artículo 25 del Convenio de este Centro.

Remitiéndose al Artículo 2 de la IDCA, el tribunal determinó que la disposición contemplaba claramente que se exigía el consentimiento futuro para la presentación de reclamaciones ante el CIADI. Posteriormente, sostuvo que no había otra disposición en la IDCA que constituyera un consentimiento por escrito a la jurisdicción del CIADI.

Para interpretar las disposiciones, el tribunal se rehusó a utilizar los casos propuestos por las partes, es decir, *Brandes Investment Partners v. Venezuela*, *CEMEX v. Venezuela*, *ConocoPhillips v. Venezuela* y *SPP v. Egipto*, porque los mismos versaban sobre lenguaje diferente en disposiciones legislativas distintas, y por lo tanto, no brindaban un beneficio material al momento de interpretar lo que constituye el consentimiento por escrito en este caso.

Pese a que el tribunal determinó que el principio de *effet utile* era aplicable para interpretar las disposiciones, el mismo no admitió el argumento presentado por PNGSDP de que el Artículo 39 de la IDA debía ser interpretado de manera que “desencaden[é] la real aplicación del Convenio del CIADI a la controversia” (párrafo 306). Pese a que el tribunal admitió que debe darse un sentido a las palabras de los Estados, y que las interpretaciones de tratados, que tornen los significados o disposiciones particulares redundantes o sin sentido, no deberían ser favorecidas; y acordó con Papúa Nueva Guinea que el *effet utile* no lo autorizaba a reescribir las disposiciones legislativas. La intención y buena fe de la parte son elementales, mientras que el *effet utile* “juega un papel secundario para determinar la intención” (párrafo 307). El tribunal hizo una distinción entre las declaraciones unilaterales de los Estados y los casos que involucran tratados bilaterales negociados, señalando que en algunos casos la legislación de un Estado puede ser “meramente confirmatoria” (párrafo 309). Sobre este punto, el tribunal razonó que el objetivo de la IPA era el de detallar el régimen legislativo comprehensivo del Estado que rige las inversiones extranjeras. Por esta razón, “registrar la fuerza y el efecto de una promulgación legislativa anterior, para el beneficio de los lectores (incluyendo inversionistas y tribunales), cumple un propósito útil” (párrafo 312).

Como resultado, el tribunal determinó que el lenguaje utilizado en el Artículo 39 de la IPA, aun cuando fuera interpretado en conjunción con el Artículo 2 de la IDCA, resultaba insuficiente para establecer el “consentimiento por escrito” en nombre de Papúa Nueva Guinea para arbitrar reclamaciones bajo el CIADI. El tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción y además se rehusó a considerar otras objeciones jurisdiccionales. Se ordenó a cada parte que asumiera sus propios costos del litigio y que ambas compartieran los costos del arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gary Born (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo, ciudadano de Estados Unidos); Michael Pryles (nominado por la demandante, nacional australiano) y Duncan Kerr (designado por el demandando, ciudadano australiano). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4257.pdf>.

Bonos del gobierno no cubiertos pese a amplia definición de “inversión” en TBI entre Eslovaquia y Grecia; tribunal desestima reclamación contra Grecia *Poštová Banka, a.s. e Istrokapital SE v. República Helénica, Caso CIADI No. ARB/13/8*
Martin Dietrich Brauch

El 9 de abril de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó un caso iniciado contra Grecia por falta de jurisdicción en relación con la devaluación de los bonos del gobierno griego (*Greek Government Bonds*, GGBs) como resultado de la crisis económica sufrida por dicho país.

Los demandantes son Poštová banka, a.s. (Poštová banka), un banco eslovaco, e Istrokapital SE (Istrokapital), una empresa establecida conforme al Derecho chipriota.

Poštová banka había adquirido un total de €504 millones en GGBs a través de varias transacciones realizadas en 2010; Istrokapital tenía acciones en Poštová banka. El deterioro de la economía griega y la devaluación de los GGBs por parte de agencias de calificación de bonos llevaron a los demandantes a iniciar un arbitraje el 3 de mayo de 2013 en el marco de los TBIs firmados entre Eslovaquia y Grecia y entre Chipre y Grecia.

Objeciones jurisdiccionales de Grecia

Grecia objetó la jurisdicción del tribunal en términos personales, temporales y al objeto de la demanda; también sostuvo que lo reclamos debían ser desestimados por abuso de proceso, y que el tribunal no tenía competencia sobre los reclamos relativos a la cláusula paraguas. El tribunal en primer lugar se enfocó en la doble objeción jurisdiccional en cuanto al objeto de la demanda, que concernía los reclamos presentados en virtud del TBI entre Chipre y Grecia y los entablados por Poštová banka conforme al TBI entre Eslovaquia y Grecia.

Istrokapital en virtud del TBI entre Chipre y Grecia: “inversión indirecta” no protegida

Istrokapital alegó que hizo una inversión indirecta en los GGBs a través de su participación accionaria en Poštová banka, y que esta inversión —no su participación en Poštová banka— se encontraba protegida bajo el TBI entre Chipre y Grecia. Por su lado, Grecia objetó la jurisdicción del tribunal fundamentando que Istrokapital en sí misma no tenía una inversión en virtud del TBI entre Chipre y Grecia y que no podría basar la jurisdicción en los GGBs de Poštová banka.

El tribunal revisó *in extenso* la jurisprudencia sobre si los accionistas pueden reclamar o tienen derecho sobre los activos de empresas donde poseen acciones; para esto consultó los casos *HICEE B.V. v. Eslovaquia*, *ST-AD GmbH v. Bulgaria*, *El Paso v. Argentina*, *BG v. Argentina*, *Urbaser v. Argentina*, *CMS v. Argentina* y *Paushok v. Mongolia*. Para el tribunal, estas decisiones establecieron que, si bien “un accionista de una empresa incorporada en el Estado receptor podría presentar reclamaciones basadas en medidas tomadas en contra de los activos de dicha empresa que menoscaban el valor de las acciones del demandante”, el accionista no tiene la “facultad de presentar reclamos directamente sobre los activos de la empresa local, ya que no tiene un derecho legal sobre dichos bienes” (párrafo 245).

Considerando que Istrokapital había solicitado jurisdicción para su inversión indirecta, pero no pudo establecer que tuviese algún derecho sobre las acciones de Poštová banka que se encontraban protegidas por el TBI, el tribunal desestimó todos los reclamos de Istrokapital por falta de jurisdicción.

Poštová banka en el marco del TBI entre Eslovaquia y Grecia: el tribunal estructura su enfoque para interpretar si los GGBs calificaban como “inversiones”

Las partes discreparon sobre la manera en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT, por sus siglas en inglés) guía la interpretación de “inversión” bajo el Convenio del CIADI y el TBI entre Eslovaquia y Grecia, y si los GGBs de Poštová banka recaían dentro del alcance de esas definiciones de “inversión”.

El tribunal analizó en primer lugar cómo fueron emitidos los GGBs por Grecia y luego adquiridos por Poštová banka. En particular, señaló que Poštová banka adquirió sus intereses en los GGBs no en su distribución inicial, sino en el mercado secundario, y que depositó estos intereses en Clearstream Banking Luxembourg (Clearstream), un depositario universal. Luego, procedió a analizar si los intereses de Poštová banka en los GGBs calificaban como “inversiones” bajo el Artículo 1(1) del TBI entre Eslovaquia y Grecia.

“Los tribunales de controversias entre inversionista y Estado no están autorizados para extender el alcance de las inversiones que los Estados partes pretenden proteger meramente debido a que la lista de inversiones protegidas no es una lista cerrada.”

Si “inversión” es “todo tipo de activo”, ¿la lista ilustrativa cumple un propósito?

Los demandantes entendieron que sus intereses estaban comprendidos en la amplia definición de “inversión” dentro del encabezado del Artículo 1(1) (“[i]nversión significa todo tipo de activo y en particular, aunque no exclusivamente incluye: [...]”) y en las referencias a “préstamos” o “reclamaciones pecuniarias” en su sección (c). Alegaron que “inversión” no tiene un significado inherente bajo el derecho internacional. Grecia discrepó, sosteniendo que el término posee un significado inherente, y que el tribunal no debía buscar una definición especial en el marco del tratado.

El tribunal consideró que, si bien la definición de “inversión” contenida en el TBI era amplia (“cualquier tipo de activo”), esto no significaba que todas las categorías calificaban como una “inversión” ni que la única manera de excluir una categoría sería mediante una exclusión expresa. Asimismo, sostuvo que “los tribunales de controversias entre inversionista y Estado [no] están autorizados para extender el alcance de las inversiones que los Estados partes pretenden proteger meramente debido a que la lista de inversiones protegidas no es una lista cerrada” (párrafo 288).

Si bien se observa que varios tratados incluyen amplias definiciones de “inversión” basadas en activos, la lista de categorías que ilustran lo que constituye una inversión puede variar significativamente. Para interpretar el tratado de buena fe —teniendo en cuenta su texto, contexto, objeto y propósito, tal como lo requiere la VCLT— el tribunal entendió que debía interpretar la lista de ejemplos en la definición de “inversión” sin quitarle utilidad o significado.

El tribunal también buscó jurisprudencia para apoyar su conclusión. Concluyó que las decisiones de los casos *Fedax v. Venezuela*, *Abaclat v. Argentina* y *Ambiente Ufficio v. Argentina* “casi invariablemente han considerado el texto de la lista de categorías que pueden constituir una inversión como un elemento definitivo para determinar si la actividad u operación en riesgo puede ser considerada como una inversión” (párrafo 303).

¿Los GGBs constituyen “inversiones” bajo alguna de las categorías de la lista ilustrativa?

El tribunal se dispuso a determinar si los intereses en los GGBs de Poštová banka recaen dentro de las categorías de inversión listadas en el TBI. Comenzó con la premisa —indisputada por las partes— de que los GGBs constituyen una deuda soberana, que no puede ser equiparada con una deuda privada, así como sucede con los títulos en forma de bonos, que están sujetos a regulaciones específicas y estrictas.

Posteriormente remarcó que “[n]i el Artículo 1(1) del TBI entre Eslovaquia y Grecia ni otras disposiciones del tratado, de ninguna manera, se refieren a la deuda soberana, títulos públicos, valores públicos, obligaciones públicas o similares” (párrafo 332). La única referencia a bonos, bajo el Artículo 1(1)(b), se limita a bonos emitidos por empresas privadas (“*debentures*”). El tribunal coincidió con Grecia en que la exclusión de los bonos soberanos en la definición de “inversión” indica que las partes contratantes no pretendían que los mismos se encontrasen cubiertos como inversiones.

Los demandantes habían propuesto que los GGBs fueran parte de una interpretación amplia del Artículo 1(1)(c), que hace referencia a “préstamos, reclamaciones pecuniarias y a cualquier prestación contenida en el contrato que tenga valor financiero”.

El tribunal discrepó de la idea de que los GGBs podrían ser considerados como préstamos, debido a la distinción entre préstamos y bonos. Los préstamos generalmente tienen acreedores identificados y una comercialización limitada, no están sujetos a las regulaciones de títulos e involucran una relación contractual entre el prestamista y el acreedor final. A su vez, los bonos en general son poseídos por grandes grupos de acreedores anónimos, tienen una alta comercialización, están sujetos a restricciones y regulaciones e involucran una relación contractual entre el tenedor y los intermediarios (no con el acreedor final). Los hechos del caso enfatizan la relevancia de la distinción: Poštová banka pudo comercializar los GGBs rápidamente, y tenía una relación contractual directa no con Grecia, el acreedor final, sino con Clearstream, la intermediaria de la cual había adquirido los GGBs.

Los demandantes también deseaban incluir los GGBs dentro de las “reclamaciones pecuniarias” bajo el Artículo 1(1)(c). Nuevamente el tribunal discrepó. Primero, explicó que no debía extenderse levemente el lenguaje del tratado para interpretar la referencia general a “reclamaciones pecuniarias” de manera que se incluyan los bonos soberanos. Segundo, observando el contexto —“las reclamaciones pecuniarias o relativas a cualquier prestación contenida en el contrato que tenga valor financiero”— el tribunal sostuvo que cualquier reclamación pecuniaria, que recaiga dentro de la definición, debe surgir de un contrato con la demandada. Este no era el caso, dado que Poštová banka no poseía un contrato con Grecia.

Desestimación y costos

Concluyendo que los demandantes no tenían una “inversión” conforme al significado de los TBIs pertinentes, el tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción, y consideró innecesario evaluar las otras

objeciones presentadas por Grecia.

Aunque expidiéndose a favor de Grecia, el tribunal remarcó que “el asunto jurisdiccional no estaba bien definido e involucraba cuestiones fácticas y un trasfondo jurídico complejo” (párrafo 377), y ordenó a cada parte que asumiera sus propias costas legales y que compartieran por partes iguales los costos del arbitraje.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Eduardo Zuleta (Presidente designado por la Secretaría General del CIADI, ciudadano colombiano), John M. Townsend, (nominado por los demandantes, nacional de Estados Unidos) y Brigitte Stern (designada por la demandada, ciudadana francesa). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4238.pdf>.

Analizando la Ley de Inversiones de Venezuela, mayoría concluye que Venoklim no era una inversionista extranjera y desestima el caso iniciado contra Venezuela; árbitro nominado por la demandante disiente

Venoklim Holding B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/12/22

Martin Dietrich Brauch

La mayoría de un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó un caso de expropiación presentado contra Venezuela por razones jurisdiccionales, concluyendo que la inversionista no calificaba como una inversionista extranjera conforme a la Ley de Inversiones de Venezuela. El laudo fue dictado el 3 de abril de 2015.

Antecedentes y decisión de bifurcación

Por medio del Decreto No. 7712 de 2010, Venezuela ordenó la adquisición forzosa de los bienes pertenecientes a las cinco filiales de propiedad y bajo el control de Venoklim Holding B.V. (Venoklim), constituida en los Países Bajos. Según el Decreto, la adquisición resultaba indispensable para la autonomía de Venezuela en la producción de ciertos lubricantes.

Basándose en la Ley de Inversiones de Venezuela y el Convenio del CIADI, Venoklim inició arbitraje en julio de 2012 presentando reclamos de expropiación. Recién en septiembre de 2013, cuando presentó su memorial de contestación a las objeciones jurisdiccionales de Venezuela, Venoklim se refirió expresamente al tratado bilateral de inversión (TBI) entre Venezuela y los Países Bajos. El tribunal decidió bifurcar el arbitraje, tratando primero las objeciones jurisdiccionales presentadas por Venezuela y dejando los asuntos restantes para una etapa posterior.

Denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela se hace efectiva luego de seis meses

Recordando su denuncia al Convenio CIADI el 24 de enero de 2012, Venezuela alegó que el tribunal no tenía jurisdicción en referencia a la persona. Interpretó el Artículo 72 de dicho Convenio de manera que el consentimiento solo sería válido si la solicitud de arbitraje se hubiera perfeccionado con anterioridad al recibo de la notificación de la denuncia. En respuesta, Venoklim sostuvo que, conforme al Artículo 71 de este Convenio, la denuncia de Venezuela solo sería efectiva seis meses después de la recepción de la notificación de

la denuncia, y señaló que el arbitraje fue iniciado antes de que ese período expirase.

El tribunal rechazó la objeción, discrepando de la interpretación del Artículo 72 por parte de Venezuela. Según él, esta interpretación daría efecto inmediato a la denuncia de Venezuela, sin tener en cuenta el período de seis meses dispuesto en el Artículo 71. También violaría el principio de seguridad jurídica, en perjuicio de los inversionistas.

La fecha de presentación de solicitud de arbitraje —no la de registro por el CIADI— es la fecha pertinente para establecer el consentimiento del inversionista

Venezuela objetó que, cuando la diferencia fue registrada el 15 de agosto de 2012 y comenzó el procedimiento, este país ya no era parte del Convenio del CIADI, incluso considerando el período de seis meses dispuesto en el Artículo 71. Para Venoklim, sin embargo, el registro de la diferencia por la Secretaría del CIADI es una mera medida administrativa, y el consentimiento ya había sido perfeccionado cuando la solicitud fue presentada el 23 de julio de 2012. El tribunal concordó con Venoklim, concluyendo que la fecha pertinente para establecer la jurisdicción es cuando el inversionista da su consentimiento presentando la Solicitud, no cuando el CIADI la registra.

Ley de Inversiones de Venezuela no es una base legal suficiente para fijar jurisdicción ante el CIADI

Venezuela alegó que el Artículo 22 de su Ley de Inversiones no es una oferta abierta y general de arbitraje; basándose en el significado común de la disposición, en declaraciones políticas emitidas cuando la ley fue promulgada, en comparaciones entre esta disposición y las ofertas de arbitraje contenidas en los TBIs firmados por Venezuela y en las cláusulas modelo del CIADI. Según Venoklim, la disposición incorpora implícitamente al TBI y constituye una base legal autosuficiente para fijar la jurisdicción.

Después de analizar el espíritu, contexto y propósito de la disposición y las circunstancias bajo las cuales la misma fue redactada, el tribunal concluyó que ésta servía para confirmar la oferta de someter las controversias a arbitraje realizada por Venezuela en otros instrumentos legales, tales como TBIs —pero que no puede ser considerado como una oferta “independiente, clara y general” de arbitraje (párrafo 104)—. De esta manera, desestimó la objeción, en concordancia con las decisiones del CIADI en casos anteriores tales como *Mobil*, *Cemex*, *Brandes*, *Tidewater*, *OPIC* y *ConocoPhillips*.

El TBI no constituye una base jurisdiccional autosuficiente, pero está incorporado por referencia indirecta en la Ley de Inversiones de Venezuela

Venezuela reclamó que mediante la posterior invocación del TBI —no en la solicitud, sino después, en su memorial de contestación— se infringieron el Convenio del CIADI y las reglas procesales, que exigen que la solicitud contenga todos los elementos necesarios para fundamentar la jurisdicción.

El tribunal coincidió con la inversionista en que no hubo una invocación tardía. Razonó que el memorial de contestación meramente explicaba y se explayaba

sobre la base jurisdiccional presentada en la solicitud —la Ley de Inversiones—. En el Artículo 22 de dicha Ley se hace referencia al arbitraje internacional dispuesto en los tratados de inversión en general. Dado que Venoklim declaró ser una inversionista holandesa, el tribunal sostuvo que la referencia a los tratados de inversión en la legislación venezolana, en este caso, debía ser interpretada como una referencia al TBI entre Venezuela y los Países Bajos.

Adoptando el criterio de control efectivo bajo la Ley de Inversiones, tribunal concluye que Venoklim no es una inversionista extranjera

Para demostrar su nacionalidad extranjera, Venoklim invocó el criterio de “incorporación” o nacionalidad según el lugar de constitución¹ (referido en el TBI), pero Venezuela alegó que, en cambio, debía utilizarse el criterio de control efectivo (referido en la Ley de Inversiones). Según este país, el control efectivo de Venoklim finalmente estaba en manos de una empresa venezolana. Por lo tanto, la inversionista no puede ser considerada como un nacional extranjero conforme al Convenio del CIADI, la Ley de Inversiones y el TBI.

La mayoría del tribunal subrayó que era preciso que Venoklim cumpliera con los requisitos del Artículo 22 de la Ley de Inversiones para beneficiarse del TBI, así como probar su nacionalidad extranjera bajo el Convenio del CIADI.

“Considerar como inversión extranjera la efectuada por Venoklim por el solo hecho de ser esta una compañía constituida en los Países Bajos, aunque sea de propiedad de personas jurídicas venezolanas, ‘sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI’.”

Analizando el Artículo 22, la mayoría remarcó que la disposición hace referencia a la “propiedad” y “control”, pero no al “lugar de constitución”, como los criterios pertinentes para determinar la nacionalidad. Por lo tanto, sostuvo que el lugar de constitución de la inversionista era irrelevante para esta determinación y que, dado que las partes no habían discutido la propiedad, se enfocó en analizar el criterio de control. Es dicho análisis, concluyó que Venoklim en efecto estaba controlada por una empresa venezolana, que a su vez, era de propiedad y estaba bajo el control de nacionales venezolanos.

Concluyendo que Venoklim no calificaba como una inversionista extranjera conforme al Artículo 22, la mayoría sostuvo que la inversionista no estaba facultada para recibir las protecciones de la disposición, y en consecuencia, tampoco podría beneficiarse de las protecciones del TBI. Asimismo, la mayoría del tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción.

Analizando brevemente el Convenio del CIADI, la mayoría explicó que pretender que se considere como una inversión extranjera la efectuada por Venoklim por

el solo hecho de ser esta una compañía constituida en los Países Bajos, aunque la inversión objeto de la disputa sea en definitiva propiedad de personas jurídicas venezolanas, “sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI” (párrafo 156).

De acuerdo con el árbitro Enrique Gómez Pinzón, la mayoría estaba equivocada cuando analizó la nacionalidad de la inversionista basándose en la Ley de Inversiones. Dada la anterior conclusión de que el Artículo 22 no podría ser considerado como una oferta de arbitraje “independiente, clara y general”, sino que meramente confirmaba los compromisos asumidos por Venezuela en los tratados de inversión, alegó que debía exigirse a la inversionista que cumpliera con los requisitos de nacionalidad contenidos en el TBI.

El árbitro disidente también discrepó con la interpretación de la mayoría de los requisitos de nacionalidad contenidos en el Convenio del CIADI. Según su opinión, este Convenio no incluye una definición sobre nacionalidad para dar a las partes amplitud para elegir los criterios para determinar la nacionalidad en instrumentos más específicos. En el TBI entre Venezuela y los Países Bajos, las partes contratantes eligen la “constitución” como el criterio aplicable, pero la mayoría omitió dicha elección. También criticó la decisión de la mayoría del tribunal de levantar el velo corporativo de Venoklim sin efectuar mayor análisis sobre si su constitución en los Países Bajos fue fraudulenta o si fue realizada para evadir requisitos u obligaciones legales, o para perjudicar a terceros o a los propios accionistas.

“ Para la mayoría, Mamidoil sabía que Albania era un país con una infraestructura en decadencia y un marco legal y regulatorio problemático, y que por lo tanto, no podía esperar legítimamente la misma estabilidad que en otras jurisdicciones. ”

Caso desestimado, pero se ordena a Venezuela cubrir la mitad de los costos del arbitraje y sus propias costas legales

Pese a que Venezuela demostró que Venoklim no era una inversionista extranjera, llevando a la desestimación del caso por razones jurisdiccionales, el tribunal entendió que, dado que la mayoría de las objeciones jurisdiccionales presentadas por Venezuela fueron rechazadas y que Venoklim actuó correctamente a lo largo de todo el procedimiento, “sería injusto” (párrafo 163) que la demandante soportara la totalidad de los costos. De esta manera, el tribunal ordenó a Venezuela el pago de la mitad de los costos del arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros, y determinó que cada parte debía cubrir los honorarios y gastos en que haya incurrido para su defensa en este proceso.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Yves Derains (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo, ciudadano francés), Enrique Gómez Pinzón, (nominado por la demandante, nacional colombiano) y Rodrigo Oreamuno Blanco (designado por la demandada, ciudadano costarricense). El laudo está disponible únicamente en español en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4229.pdf>; la opinión concurrente y disidente, también solo en español, en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4230.pdf>.

1 N. del E.: La traducción literal sería el “criterio de constitución” (“incorporation criterion”, en inglés), aquel que sigue la nacionalidad establecida a partir del lugar en donde se constituyó la empresa.

Mayoría de tribunal del CIADI no encuentra violación de trato justo y equitativo por parte de Albania en controversia petrolera

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. República de Albania, Caso CIADI No. ARB/11/24 Matthew Levine

Un arbitraje entre una firma griega de productos petroleros y la República de Albania ha llegado a la etapa de dictado del laudo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El tribunal de este Centro admitió su jurisdicción bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Grecia y Albania de 1991.

El tribunal desestimó de manera unánime la reclamación del inversionista en relación con una supuesta expropiación indirecta. La mayoría del tribunal desestimó el reclamo de que Albania no le había dispensado trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés); sin embargo, el árbitro nominado por la demandante concluyó que la conducta de Albania en efecto infringió el estándar FET.

Antecedentes

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. (Mamidoil) es una corporación organizada y establecida conforme a las leyes de Grecia. Desde 1991, Mamidoil exploró varias oportunidades comerciales en Albania relacionadas con sus principales actividades comerciales, es decir, el transporte, almacenamiento y venta de productos derivados del petróleo.

Mamidoil eventualmente se estableció en dicho país e inició la construcción y operación de un campo de depósitos de petróleo en el área portuaria de Durres (*Durres Tank Farm*), lo cual llevó a una serie de más inversiones sustanciales en 1999 y 2000. Durante este período, los funcionarios del gobierno local enviaron una serie de cartas relacionadas con la falta de permisos por parte de Mamidoil. Durres Tank Farm está situado en las cercanías de un área residencial.

La demandante finalizó la construcción de Durres Tank Farm por el 2000. Consecuentemente, surgió una gran preocupación por el impacto social de dichos depósitos, y el gobierno de Albania adoptó, en tándem con el Banco Mundial y la Unión Europea, propuestas de re-zonificación para relocalizar el puerto Durres. Albania sostuvo que la eventual prohibición de buques

petroleros en Durres era parte su estrategia a largo plazo en el sector de transporte como parte de una necesaria modernización de su sistema portuario.

Mamidoil rebatió que Albania la alentó a invertir en el país. Albania, a su vez, no negó que brindó cierto apoyo a Mamidoil, pero afirmó que esto era puramente provisional y de alto nivel.

Actividades comerciales consideradas como inversión unitaria para fines jurisdiccionales

Albania había alegado que “las partes combinadas de la inversión conformaban un todo y que debían ser consideradas todas juntas” (párrafo 364). El tribunal acordó que la construcción de Durres Tank Farm, el establecimiento de una filial en Albania que primero estaba controlada y posteriormente de total propiedad de la demandante, así como un arrendamiento relacionado con Durres por parte de dicha filial y la operación de Durres por esta misma, deben ser consideradas como una única inversión.

Dado que el tribunal coincidió con Albania en que la inversión debía ser considerada como una unidad, no se mostró convencido por el argumento de Albania de que ciertos elementos de la inversión no cumplían con los criterios del Convenio del CIADI en cuanto a una inversión cubierta. En cambio, concluyó que las actividades comerciales del inversionista claramente constituían una inversión en virtud del Convenio del CIADI.

Albania tampoco estuvo de acuerdo con los fundamentos de la ilegalidad, alegando que el inversionista había fallado en obtener los permisos. El tribunal consideró que esto era más pertinente a la etapa de consideración de los méritos: dado que Albania le había informado al inversor que estaba lista para remediar las ilegalidades, se podría esperar que aceptase la jurisdicción. (Sin embargo, consecuentemente la mayoría concluyó que sin tales permisos el inversionista no podría tener la expectativa legítima de proceder con la inversión y que el reclamo de violación del FET, entre otros, debía ser rechazado.)

Se invoca Tratado sobre la Carta de la Energía en la etapa de alegatos

En su Solicitud de Arbitraje, la demandante se basó exclusivamente en el TBI y el Convenio del CIADI. No obstante, en el memorial de la demandante se afirmó que el consentimiento de la demandada a arbitrar la controversia ante el CIADI también se encontraba presente en el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT, por sus siglas en inglés).

El tribunal no aceptó que el ECT fuera la legislación aplicable, pero tomó en cuenta el desacuerdo legítimo entre las partes en cuanto a que la inversión había sido realizada ilegalmente, y que por lo tanto, no podría beneficiarse de la protección del ECT. Al concluir su discusión sobre esta complicación, el tribunal remarcó que, “en la medida en que ambas Partes tomaron posición sobre la cualidad de la conducta de la Demandada bajo el ECT, por esta sola razón, el Tribunal considerará el ECT cuando aborde la existencia y legalidad de una inversión en virtud del TBI y del ECT y el cumplimiento por parte de la Demandada con respecto al TBI y al ECT” (párrafo 278).

Reclamo de expropiación indirecta desestimado de manera unánime

La demandante reclamó que Albania había expropiado su inversión indirectamente en virtud, tanto del TBI como del ECT. Para hacerlo se basó en los siguientes hechos principales: en junio de 2000, Durres fue re-zonificado para excluir a la inversión; en julio de 2000, se exigió al inversionista que suspendiera la construcción del parque de depósitos, que consecuentemente fue re-autorizado; y, a partir de julio de 2009, el transporte de buques petroleros en Durres fue cerrado.

El tribunal rechazó estos argumentos, concluyendo que la re-zonificación constituía una política de transporte y que, en todo caso, se había permitido a la demandante operar de manera rentable hasta que el puerto fue cerrado en 2009. Asimismo, señaló que las “[r] regulaciones que reducen la rentabilidad de una inversión pero que no la cierran por completo y dejan al inversor al control de la misma, generalmente no califican como expropiaciones indirectas” (párrafo 572), en referencia al caso *El Paso v. Argentina*.

Mayoría desestima reclamos relativos al FET y discriminación

La mayoría del tribunal (Rolf Knieper y Yas Banifatemi) subrayó que la historia reciente de Albania —“un régimen comunista altamente represor y aislacionista” seguido por “una grave crisis económica y financiera” (párrafo 625)— eran pertinentes para considerar la obligación de FET bajo el TBI, especialmente la obligación de brindar un marco legal estable y transparente. Para la mayoría, Mamidoil sabía que Albania era un país con una infraestructura en decadencia y un marco legal y regulatorio problemático, y que por lo tanto, no podía esperar legítimamente la misma estabilidad que en otras jurisdicciones.

En términos de medidas poco razonables y discriminatorias, para la mayoría “la conducta del Estado guardaba una relación razonable con algunas políticas racionales. [...] Finalmente, el cierre no favoreció al competidor local porque el mismo afectaba a todos los importadores de productos derivados del petróleo” (párrafo 791).

Árbitro disidente encuentra violación del estándar FET

El árbitro disidente (Stephen Hammond) no estuvo de acuerdo con la conclusión de la mayoría de que Albania le dispensó un trato justo y equitativo. Asimismo, discrepó de varias conclusiones importantes presentes en el laudo que versaban sobre los hechos, por ejemplo, que la demandante sabía que la transformación del puerto era inminente cuando comenzó la construcción del parque de depósitos.

El árbitro disidente tampoco estuvo de acuerdo con las implicancias jurídicas de la continua construcción después de la notificación de inminente re-zonificación. Citando el laudo del caso *MTD v. Chile*, sugirió que se trataba de una mera falla para litigar y que no podría resultar en la confiscación de derechos de tratado. En términos de expectativas legítimas, el disidente concluyó que el momento pertinente para determinar si se habían creado expectativas legítimas era el momento en que la inversión fue realizada.

Disidente encuentra violación de la prohibición contenida en el Tratado sobre la Carta de la Energía sobre medidas discriminatorias y poco razonables

El árbitro disidente concluyó que la prohibición de buques petroleros impuesta por Albania en Durres dio como resultado la falta de trato justo y equitativo y también constituía una violación de la prohibición de adoptar medidas discriminatorias y poco razonables contenida en el ECT. Si bien Albania sostuvo que su decisión de prohibir buques tanques en Durres se basó en consideraciones de políticas públicas, Mamidoil objetó que esto se debió a una necesidad de resolver otro arbitraje, esta vez en virtud de un contrato ante la Cámara Internacional de Comercio en París. El Sr. Hammond estuvo de acuerdo en que los documentos disponibles mostraban que la prohibición había sido desencadenada por un acuerdo de resolución de Albania. (La mayoría del tribunal señaló en el laudo que en el acuerdo de resolución se reiteraban los objetivos de políticas del gobierno).

Nota: El tribunal estuvo compuesto por Rolf Knieper (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, ciudadano alemán), Stephen A. Hammond (nominado por la demandante, nacional de Estados Unidos) y Yas Banifatemi (nominada por la demandada, nacional francesa). El laudo final del 30 de marzo de 2015 está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf>. La opinión disidente del 20 de marzo de 2015 está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4235.pdf>.

Tribunal declara culpable a Mongolia por expropiación ilegal y otorga más de US\$80 millones en daños

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. v. Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC, Caso PCA No. 2011-09

Joe Zhang

En un laudo del 2 de marzo de 2015, un tribunal constituido conforme al reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) concluyó que Mongolia expropió ilegalmente los bienes de los inversionistas extranjeros en violación de la Ley de Inversión Extranjera y el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT, por sus siglas en inglés). Las demandantes fueron otorgadas una compensación de US\$80 millones más intereses.

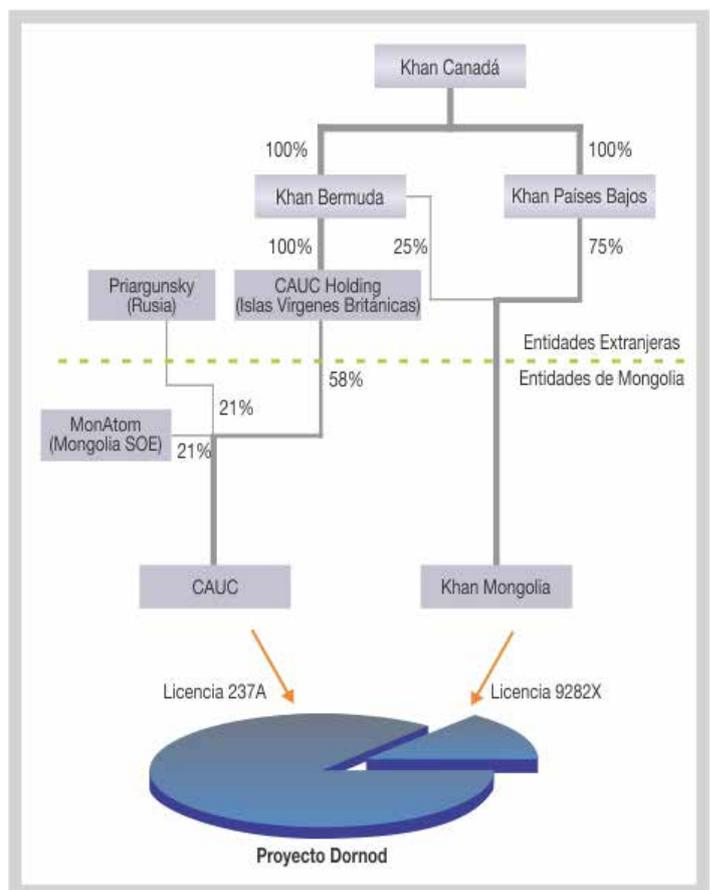
Las demandantes y el proyecto

El arbitraje fue entablado por tres demandantes en torno a su inversión en un proyecto de exploración y extracción de uranio en la provincia mongola de Dornod (el Proyecto Dornod). Las demandantes son 1) CAUC Holding Company Ltd (CAUC Holding), una empresa de las Islas Vírgenes Británicas (*British Virgin Islands*, BVI) que invirtió en el proyecto Dornod a través de su filial en Mongolia, Central Asian Uranium Company (CAUC), en la cual tenía una participación mayoritaria; (2) Khan Resources B.V. (Khan Países Bajos), una empresa holandesa que invirtió en el proyecto Dornod a través de su filial en Mongolia, Khan Resources LLC

(Khan Mongolia), que era de su total propiedad; y (3) Khan Resources Inc. (Khan Canadá), una empresa canadiense que tiene la total propiedad tanto de CAUC Holding, a través de un intermediaria en Bermuda, como de Khan Países Bajos.

CAUC operaba en el Proyecto Dornod en el marco de una licencia minera (Licencia 237A) que inicialmente cubría dos depósitos, pero que posteriormente, a solicitud de CAUC, fue reducida para excluir un segmento destinado al ahorro de impuestos y aranceles. Tal segmento excluido fue luego adquirido por Khan Mongolia y cubierto por otra licencia minera (Licencia 9282X).

La figura a continuación ilustra la estructura de propiedad de las empresas involucradas inmediatamente después de surgidas las diferencias.



Las diferencias

En 2009, como parte de su reforma del sector de energía nuclear, Mongolia promulgó la Ley de energía nuclear (NEL, por sus siglas en inglés) y estableció una Agencia de energía nuclear (NEA, por sus siglas en inglés). En octubre de 2009, la NEA emitió el decreto No. 141, por medio del cual se suspendieron 149 licencias de exploración y explotación minera, incluyendo la 237A y la 9282X, quedando pendiente la confirmación de la agencia NEA de su nuevo registro bajo la ley NEL.

En marzo de 2010, la NEA inspeccionó el sitio del Proyecto Dornod, remarcando que el proyecto no remedió algunas infracciones del Derecho mongol,

identificadas anteriormente, e hizo una lista de otras violaciones. En abril de 2010, la NEA invalidó ambas licencias mineras y posteriormente declaró que no las registraría nuevamente en favor de las demandantes.

Las mismas iniciaron un arbitraje en 2011, basándose en tres instrumentos diferentes. Khan Canadá y CAUC Holding invocaron la cláusula de arbitraje del contrato de asociación en participación (*joint venture*) por medio del cual se creó CAUC (Acuerdo de Fundación), reclamando que la suspensión e invalidación de las licencias constituían una expropiación ilegal, en violación de las obligaciones de Mongolia conforme al Acuerdo de Fundación, el Derecho mongol (incluyendo la Ley de Inversión Extranjera) y el derecho consuetudinario internacional. Khan Países Bajos se basó únicamente en el ECT, reclamando que, al violar la Ley de Inversión Extranjera, Mongolia también violó el compromiso asumido bajo el ECT en el ámbito de aplicación de la cláusula paraguas del tratado.

Objeciones jurisdiccionales

En una Decisión sobre Jurisdicción emitida separadamente el 25 de julio de 2012, el tribunal había decidido sobre varias objeciones jurisdiccionales planteadas por Mongolia.

Un signatario se convierte en “parte real” en cláusula de arbitraje por una “intención común”

Mongolia objetó la jurisdicción personal del tribunal sobre Khan Canadá, que no era parte del Acuerdo de Fundación. Si bien remarcó que la demandante canadiense de hecho no era un signatario, el tribunal sostuvo que una parte no signataria podría convertirse en una “parte real” del acuerdo si esta resultaba la intención común de las partes signatarias y las no signatarias. El tribunal concluyó que tal intención común se basaba en la evidencia de que Khan Canadá había asistido a CAUC Holding en el cumplimiento de sus obligaciones financieras bajo el Acuerdo de Fundación y que, en varios intercambios no oficiales, en algunas ocasiones se hizo referencia a Khan Canadá, en lugar de a su filial CAUC Holding, como una de las accionistas de CAUC.

Compromiso soberano asumido por empresa estatal es vinculante para Mongolia

Además, Mongolia alegó que no debería estar obligada por la cláusula de arbitraje del Acuerdo de Fundación, del cual no era parte. Remitiéndose a testimonios brindados por el experto legal de las demandantes, el tribunal concluyó que uno de los accionistas de CAUC, MonAtom, una empresa de Mongolia de total propiedad estatal, actuó como representante de dicho país y asumió las obligaciones que sólo un Estado soberano podría cumplir, es decir, el compromiso de reducir las tarifas de utilización de recursos naturales a ser pagadas por CAUC, por lo tanto, otorgando jurisdicción personal al tribunal sobre Mongolia conforme al Acuerdo de Fundación.

Cláusula de arbitraje amplia abre la puerta a reclamaciones basadas en contrato, derecho nacional y el Derecho Consuetudinario Internacional

Mongolia también rebatió el punto sobre la jurisdicción material del tribunal sobre las reclamaciones en el

marco del Acuerdo de Fundación. Sin embargo, el tribunal concluyó que la cláusula de arbitraje ampliamente redactada en el Acuerdo de Fundación cubría todos los reclamos planteados, incluyendo las violaciones relativas al derecho nacional y al Derecho Consuetudinario Internacional, ya que las mismas se encontraban suficientemente conectadas con el Acuerdo de Fundación.

Cláusula de denegación de beneficios del ECT debe ser activamente ejercida antes del comienzo del arbitraje

En términos de los reclamos entablados por Khan Países Bajos bajo el ECT, Mongolia argumentó que los mismos estaban prohibidos, ya que el Artículo 17(1) del ECT le permitía denegar beneficios de tratado a los inversionistas que no tengan “actividades comerciales sustantivas” en el Estado anfitrión. El tribunal comenzó su análisis del asunto remarcando que se trataba de una cuestión de méritos, no de jurisdicción, ya que el Artículo 17(1) sólo abarcaba la Parte III (Protección y Promoción de la Inversión) del ECT, no al Capítulo sobre Solución de Controversias (Parte V). Aun así, el tribunal procedió a discutir (a) si el Artículo 17(1) constituía una denegación automática de beneficios y (b) de no ser así, si el derecho a denegar beneficios puede ser ejercido después del comienzo de un arbitraje. El tribunal respetó ampliamente las decisiones de los casos *Yukos v. Rusia* y *Plama v. Bulgaria*, considerando que “tenía el deber de tomar en cuenta estas decisiones, a la espera de contribuir a una interpretación coherente del ECT capaz de potenciar la capacidad de los inversionistas para predecir la protección de las inversiones de la cual espera beneficiarse conforme al Tratado” (Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 417). El tribunal sostuvo que un Estado debe ejercer activamente su derecho bajo el Artículo 17(1) del ECT, y que tal ejercicio activo debe estar dentro del tiempo adecuado para notificar adecuadamente a los inversionistas, para que no haya una falta de certeza que “impida la capacidad del inversionista para evaluar si realizar la inversión o no en un Estado en particular” (Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 426).

Reclamos de expropiación ilegal

Gran parte del análisis del tribunal sobre los méritos fue dedicada a los reclamos de expropiación ilegal, es decir, a determinar si la invalidación de las licencias mineras y la negación a registrarlas nuevamente constituía una expropiación ilegal conforme a la Ley de Inversión Extranjera de Mongolia.

El tribunal no concuerda con Mongolia sobre interpretación del Derecho mongol

Mongolia primero alegó que las licencias mineras no eran inversiones cubiertas bajo su Ley de Inversión Extranjera, donde se define la “inversión extranjera” como “todo tipo de propiedad tangible e intangible”. Mongolia, asimismo, argumentó que las licencias mineras no constituían una propiedad bajo el Derecho mongol; tal como se declaró en una decisión de la Corte Suprema de Mongolia “[una] licencia minera [...] es poseída pero no es de propiedad de ninguna entidad, y por lo tanto, no hay un fundamento jurídico para considerar que tal licencia minera sea un derecho de propiedad transferible a otros” (Laudo sobre los Méritos, párrafo 303).

Subrayando que existe una “noción general de que los derechos otorgados mediante licencias (así como los derechos contractuales) para explotar recursos naturales constituyen una propiedad intangible” (Laudo sobre los Méritos, párrafo 302), el tribunal discrepó de la interpretación de Mongolia en cuanto a sus leyes y la decisión de la Corte Suprema, y concluyó que Mongolia no pudo convencerlo de que “ignorara la noción general” (Laudo sobre los Méritos, párrafo 307).

Tribunal observa el aspecto sustantivo y procesal de los reclamos de expropiación

En su análisis sobre si había ocurrido una expropiación ilegal, el tribunal remarcó en primer lugar que existían dos tipos de expropiación según el Derecho mongol. Un *khuraakh* tiene lugar cuando un Estado priva de su propiedad al dueño debido a infracciones jurídicas o el uso de propiedad de manera que se pongan en riesgo los intereses de terceras partes. Un *daichlakh* es una privación de propiedad ordenada por el Estado cuando es necesario para satisfacer una necesidad pública importante. Dados los hechos del caso, el tribunal concluyó que la invalidación de las licencias y la falta de un nuevo registro de las mismas deben ser analizadas como un *khuraakh* según el Derecho mongol (Laudo sobre los Méritos, párrafos 313–317). Basándose en el testimonio del experto legal de las demandantes, el tribunal sostuvo que, para que el *khuraakh* haya sido lícito, (a) debe haber tenido un fundamento jurídico y (b) debe haber sido llevado a cabo en concordancia con el debido proceso de ley.

“ El tribunal discrepó de la interpretación de Mongolia en cuanto a sus leyes y la decisión de su Corte Suprema, y concluyó que Mongolia no pudo convencerlo de que ‘ignorara la noción general’ de que los derechos contractuales para explotar recursos naturales constituyen propiedad intangible. ”

Primero, el tribunal analizó si Mongolia tenía un fundamento jurídico para la invalidación de las licencias. Discrepando de dicho país, no encontró que las demandantes hayan infringido el Derecho mongol. Después de un análisis de proporcionalidad, concluyó que la invalidación de las licencias no resultaba una pena apropiada, aun cuando se alegara que existieron violaciones. Por lo tanto, el tribunal concluyó que Mongolia no “determinó ninguna violación del Derecho mongol que justificase las decisiones de invalidar y no registrar nuevamente” las licencias mineras (Laudo sobre los Méritos, párrafo 319). Además, concluyó, basándose en la evidencia presentada por las demandantes, que las violaciones alegadas eran pretextos para justificar la verdadera intención de Mongolia de “[desarrollar] los depósitos de Dornod con un socio ruso para obtener mayor rentabilidad” (Laudo sobre los Méritos, párrafo 340).

Refiriéndose al requisito procesal, el tribunal concluyó que las demandantes fueron denegadas un debido proceso legal. En particular, determinó que Mongolia tenía la obligación de volver a registrar las licencias mineras ya que no había “ninguna razón jurídicamente significativa por la que las Demandantes no hubieran cumplido con los requisitos [prescriptos] de inscripción” (Laudo sobre los Méritos, párrafos 350, 358). Asimismo, el tribunal dictaminó que, dado que las licencias mineras nunca fueron registradas nuevamente bajo la nueva ley NEL, el procedimiento de invalidación dispuesto en la misma no se aplicaría a aquellas licencias mineras, y que la agencia NEA no tenía autoridad para invalidar las mismas a menos que fueran registradas nuevamente conforme a dicha ley (Laudo sobre los Méritos, párrafos 352–365).

Mongolia infringió el ECT en el ámbito de aplicación de la cláusula paraguas

Después de concluir que Mongolia “incumplió su obligación en el marco de la Ley de Inversión Extranjera” (Laudo sobre los Méritos, párrafo 366), raudamente el tribunal también declaró culpable a Mongolia frente a Khan Países Bajos bajo el ECT en el ámbito de aplicación de la cláusula paraguas (Laudo sobre los Méritos, párrafo 366). Citó su decisión sobre Jurisdicción, donde había afirmado que “la violación por parte de Mongolia de cualquiera de las obligaciones asumidas bajo la Ley de Inversión Extranjera constituiría una violación de las disposiciones de la Parte III del [ECT]” (Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 438).

Daños

Al calcular los daños, el tribunal rechazó las metodologías tradicionales propuestas por las partes y decidió determinar el valor de la inversión analizando tres ofertas recibidas entre 2005 y 2010 para comprar el Proyecto Dornod; por consiguiente, llegó a una suma final de US\$80 millones en daños. El tribunal también otorgó intereses a una tasa LIBOR más el 2 por ciento compuesto anual desde el 1 de julio de 2009 (fecha de valuación) hasta la fecha de pago. Además, el tribunal determinó honorarios y gastos judiciales por US\$9,07 millones, incluyendo una “tasa de éxito” basada en el arreglo de honorarios contingentes entre las demandantes y su defensa.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por David A. R. Williams (Presidente designado por acuerdo de los co-árbitros, nacional de Nueva Zelanda), L. Yves Fortier (nominado por las demandantes, ciudadano canadiense) y Bernard Hanotiau (designado por los demandados, ciudadano belga). La Decisión sobre Jurisdicción está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4268.pdf>. El Laudo sobre los Méritos se encuentra en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4267.pdf>.

Autores

Martin Dietrich Brauch es consejero de Derecho Internacional y asociado con sede en Latinoamérica del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

Marquita Davis es Geneva International Fellow de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan y contribuidora del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

Matthew Levine es abogado canadiense y contribuidor del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

Joe Zhang es consejero de Derecho del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

recursos y eventos

Recursos

Los Orígenes del Derecho Internacional de las Inversiones: Imperio, medio ambiente y la salvaguardia del capital

Por Kate Miles, Publicado por Cambridge University Press, Julio de 2015

En este libro se examina la evolución del derecho internacional de las inversiones (IIL, por sus siglas en inglés), desde sus orígenes en el expansionismo político y comercial de los Estados dominantes durante los siglos 17 y hasta principios del 20, hasta su actual repercusión en el IIL moderno. Una descripción general de las actividades de la *Dutch East India Company*, los tratados de Grotius y las controversias de inversión internacional en el período anterior a la II Guerra Mundial brindan reflexiones sobre actuales diferencias que rodean a la interacción de intereses públicos y privados, el diseño sistemático del arbitraje entre inversionista y Estado, el foco sustantivo de los principios y el tratamiento de temas ambientales dentro del IIL. Este libro ofrece un marco conceptual, nuevas maneras de entendimiento, una evaluación de las tendencias actuales del derecho y las políticas de inversión y medidas prácticas para la reforma del sistema. Disponible en: <http://www.cambridge.org/br/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/origins-international-investment-law-empire-environment-and-safeguarding-capital>

Contratos de Inversión en Agricultura: Maximizando las ganancias y minimizando los riesgos

Por Carin Smaller y William Speller, con Hafiz Mirza, Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Grahame Dixie, Publicado por el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el IISD, Junio de 2015

La inversión privada en agricultura en los países en vías de desarrollo, tanto nacional como extranjera, ha estado en alza durante casi dos décadas. Este escrito se enfoca en los proyectos agrícolas a gran escala en los países en desarrollo, que involucran el arrendamiento de tierras cultivables. Aquí se ven enlazados dos cuerpos sustanciales de investigación para mostrar cómo los contratos de inversión pueden ser elaborados para promover el desarrollo sostenible. En este documento se presentan los cinco principales resultados positivos y los cinco aspectos negativos de las inversiones del sector privado en proyectos de agricultura a gran escala. Posteriormente se proponen opciones jurídicas para maximizar los principales resultados positivos y minimizar los aspectos negativos a través de una mejor redacción de contratos entre inversionistas y gobiernos para el arrendamiento de tierras cultivables. A través de la presente publicación se contribuye al creciente cuerpo de literatura sobre normas internacionales y se brinda orientación sobre la conducta de la inversión agrícola responsable, tales como los recientemente adoptados Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios del Comité de las Naciones Unidas sobre Seguridad Alimentaria Mundial (CSA). Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/investment-contracts-agriculture-maximizing-gains-and-minimizing-risks>

Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reformar la gobernanza de las inversiones internacionales

Por UNCTAD, Junio de 2015

Esta edición del WIR presenta las tendencias de la inversión en el mundo en 2014, indicando que los flujos de entrada de inversión externa directa (IED) cayeron un 16 por ciento para alcanzar US\$1,23 trillones. El flujo de IED hacia los países desarrollados siguió siendo lento, mientras que el flujo hacia los países en vías de desarrollo aumentó un 2 por ciento para alcanzar una suma histórica de US\$681 mil millones, siendo China el mayor receptor. El flujo de entrada de IED a Asia aumentó un 9 por ciento, llegando a niveles históricos, mientras que el flujo de entrada a África siguió estable y en el caso de Latinoamérica y el Caribe disminuyó un 14 por ciento. En el ámbito de políticas, las medidas gubernamentales continuaron orientándose a la liberalización, promoción y facilitación de las inversiones. Se adoptaron relativamente pocas medidas de inversión en sectores importantes para el desarrollo sostenible. La prospección de reforma del régimen de inversión internacional sigue avanzando, dado que al menos 50 países y regiones condujeron una revisión de sus modelos de tratado. El número de casos de arbitraje entre inversionista y Estado sumó 42 en 2014, llegando a un número total de 608. Se emitieron decisiones en 43 casos, alcanzando un número de casos concluidos de 405. Reconociendo la necesidad de una reforma sistémica, la UNCTAD sugiere enfocarse en: (1) salvaguardar

el derecho a regular en pos del interés público, (2) reformar la solución de controversias relativas a inversiones, (3) promover y facilitar las inversiones, (4) garantizar la inversión responsable y (5) aumentar la coherencia sistémica del régimen; el informe también presenta opciones de políticas para superar estos desafíos. Por último, el WIR discute la coherencia entre las políticas de inversión y las políticas impositivas, la contribución fiscal de las empresas multinacionales y el tema de la evasión de impuestos. Disponible en: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>

Inversiones en Tierras Cultivables y Derechos al Agua: Los regímenes jurídicos en juego

Por Makane Moïse Mbengue y Susanna Waltman, Publicado por IISD, Mayo de 2015

El aumento de la inversión extranjera en las tierras cultivables durante la última década se vio en parte impulsado por una búsqueda de acceso a los recursos hídricos. La tierra sin agua no tiene valor alguno; se trata del ingrediente fundamental para la producción agrícola. Más del 70 por ciento de todos los recursos de agua dulce es utilizado para la producción agrícola. Sin embargo, el valor del agua aun debe ser entendido o apreciado en su totalidad, y su papel fundamental a menudo es pasado por alto en el contexto de las inversiones en tierras agrícolas. Este informe, enfocado en África, brinda una descripción general de los regímenes jurídicos internacionales que rigen los derechos al agua y la inversión agraria y las implicancias para los inversionistas extranjeros, los gobiernos y las comunidades. Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/farmland-investments-and-water-rights-legal-regimes-stake>

Eventos 2015

8 de septiembre

CURSO CORTO DE ENTRENAMIENTO DEL BIICL: DERECHOS HUMANOS PARA EMPRESARIOS, British Institute of International and Comparative Law, Londres, Reino Unido, <http://www.biicl.org/event/1115>

18 de septiembre

25ª CONFERENCIA PÚBLICA DEL FORO DE TRATADOS DE INVERSIÓN (FTI): CONVENIO DEL CIADI EN 50, British Institute of International and Comparative Law, en BMA House, Londres, Reino Unido, <http://www.biicl.org/event/1117>

21 a 22 de septiembre

TALLER DE FORTALECIMIENTO DE LA ASISTENCIA TÉCNICA PARA LOS PAÍSES AFRICANOS RICOS EN RECURSOS, Columbia Center for Sustainable Investment, African Legal Support Facility, African Minerals Development Centre y New Partnership for Africa's Development, Pretoria, Sudáfrica, <http://ccsi.columbia.edu/2015/09/21/september-workshop-on-strengthening-technical-assistance-for-resource-rich-african-countries>

25 de septiembre

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL CIDS 2015: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN LA ENCRUCIJADA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO, Graduate Institute of International and Development Studies y University of Geneva Law School, Ginebra, Suiza, <http://cidsconference2015.ch>

30 de septiembre

FORO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (SIAF) 2015, Maxwell Chambers, Singapur, <http://www.siaf.sg>

15 a 16 de octubre

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES: ¿DE LA DIVERSIDAD A LA CONVERGENCIA?, Jagiellonian University, Krakovia, Polonia, <http://mediujmy.pl/en/icc-uj-conference>

21 de octubre

CURSO INTENSIVO SOBRE PRÁCTICA Y PROCEDIMIENTO DEL CIADI, Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Praga, República Checa, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/Events.aspx?CID=81&ListID=a7dadf11-0f78-4bf6-b631-002ae87dae0d&variation=en_us

26 a 30 de octubre

FORO INTERGUBERNAMENTAL DE MINERÍA, MINERALES, METALES Y DESARROLLO SOSTENIBLE (IGF), Secretaría del IGF, en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=682>



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

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

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

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

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

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

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