



La Trayectoria Recorrida para un Tratado Vinculante de Derechos Humanos: Tres Años Han Pasado y ¿Hacia Dónde se Está Yendo?

Joe Zhang y Mintewab Abebe



Espacio Regulatorio del Gobierno en la Sombra de los TBIs: El Caso de la Reforma Regulatoria de los Recursos Naturales en Tanzania

Magalie Masamba

Conferencia de Alto Nivel de la UNCTAD sobre los Alls: Avanzando en el Abordaje de los Acuerdos Internacionales de Inversión de la Generación Anterior

James Zhan y Moritz Obst

Reseña del Libro *La Economía Política del Régimen de Tratados de Inversión*

David Gaukrodger

También en esta edición: Negociaciones de la UE y esfuerzos para establecer un tribunal de inversión multilateral; Primera reunión de CNUDMI sobre posible reforma de ISDS; Negociaciones del TLCAN 2.0 y RCEP pasan a 2018; Ministros del TPP-11 acuerdan principales elementos del CPTPP; *Bear Creek vs. Perú*; *Caratube vs. Kazakstán*; *Beijing Urban Construction vs. Yemen*; *Orascom vs. Argelia*; *Croacia vs. MOL*

contenido

3 Artículos

La Trayectoria Recorrida para un Tratado Vinculante de Derechos Humanos: Tres Años Han Pasado y ¿Hacia Dónde se Está Yendo?
Joe Zhang y Mintewab Abebe

5

Espacio Regulatorio del Gobierno en la Sombra de los TBIs: El Caso de la Reforma Regulatoria de los Recursos Naturales en Tanzania
Magalie Masamba

7

Conferencia de Alto Nivel de la UNCTAD sobre los Alls: Avanzando en el Abordaje de los Acuerdos Internacionales de Inversión de la Generación Anterior
James Zhan y Moritz Obst

10

Reseña del Libro La Economía Política del Régimen de Tratados de Inversión
David Gaukrodger

12

Noticias en Breve

Negociaciones del AAE entre la UE y Japón terminan sin inversión, TLC actualizado entre la UE y México cerca de completarse; Grupo de Trabajo III de la CNUDMI celebra primera reunión sobre posible reforma de ISDS; La UE continúa con los esfuerzos para establecer un tribunal de inversión multilateral, pese a fuertes críticas; TLCAN 2.0: las rondas de negociación entre Canadá, México y Estados Unidos pasan al primer cuarto de 2018; Socios de RCEP pierden la tercera fecha límite y posponen negociaciones para noviembre de 2018; 11 ministros del TPP acuerdan principales elementos del Acuerdo Progresivo y Global para la Asociación Transpacífica (en inglés, CPTPP); Bélgica solicita al TJUE una opinión sobre la compatibilidad del STI en el AECG con el derecho de la UE

14

Laudos y Decisiones

Empresa minera canadiense otorgada solo costos irre recuperables en compensación por expropiación peruana
Matthew Levine

15

Kazakstán culpable por expropiación de inversión de la familia Hourani en segundo round de arbitraje del CIADI
Mintewab Abebe

17

Tribunal del CIADI confirma jurisdicción en controversia entre empresa constructora china y Yemen
Matthew Levine

18

Demandas entabladas por una empresa controlada por multimillonario egipcio contra Argelia son declaradas inadmisibles
Mintewab Abebe

20

Tribunal de la CNUDMI desestima acusaciones de soborno de inversor húngaro y se niega a anular contrato con Croacia
Trishna S. Menon

22

Recursos y Eventos

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Gerente Principal de Comunicación
Mira Oberman

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español
Marina Ruete

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

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

La Trayectoria Recorrida para un Tratado Vinculante de Derechos Humanos: Tres Años Han Pasado y ¿Hacia Dónde se Está Yendo?

artículo 1

Joe Zhang y Mintewab Abebe



En 2015, ITN informó el comienzo de una negociación intergubernamental de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos¹. Desde el 23 al 27 de octubre de 2017, se llevó a cabo la tercera sesión de esta negociación en Ginebra por el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (ETs) y otras empresas (OEs) con respecto a los derechos humanos (el Grupo de Trabajo)².

Considerando los debates formales e informales que tuvieron lugar durante los últimos dos años, el presidente del Grupo de Trabajo elaboró un documento que contiene elementos para el futuro instrumento vinculante (Documento de Elementos)³ que fue circulado antes de la tercera sesión. El documento establece una base para negociaciones sustantivas. Los principios y disposiciones propuestos cubren 10 temas: (1) marco general, (2) ámbito de aplicación, (3) obligaciones generales, (4) medidas preventivas, (5) responsabilidad jurídica, (6) acceso a la justicia, (7) jurisdicción, (8) cooperación internacional, (9) promoción, implementación y monitoreo, y (10) disposiciones generales. En la sesión de este año, se emprendieron negociaciones sustantivas sobre cada tema del documento. Este artículo resume las opiniones presentadas sobre determinados temas.

Temas del marco general

La mayor parte de los debates durante las últimas dos sesiones se centró en el ámbito de aplicación del futuro instrumento vinculante —a qué entidades deberían regir y cómo definir las de manera clara, comprensiva y precisa⁴. En respuesta a estos desafíos, el Documento de Elementos presenta un nuevo enfoque. Propone que el ámbito de aplicación se base en el carácter transnacional de las actividades empresariales⁵. Si bien el foco en el tipo de actividades más que en la definición de las entidades es constructivo, aun así requiere una aclaración sobre lo que el término “actividades transnacionales” significa.

Otra área de debate que atrajo mucha atención durante las sesiones pasadas es la relación entre el derecho de los derechos humanos y otras áreas del derecho internacional y, más específicamente, la cuestión de si hay una jerarquía entre estas áreas del derecho internacional. En el Documento de Elementos, uno de los principios es la primacía de los derechos humanos por sobre las obligaciones económicas internacionales de comercio e inversión⁶. En la tercera sesión, los debates evidenciaron tanto apoyo como oposición a este principio. Si bien se aceptó que la justificación humanitaria, moral y filosófica de la primacía

de los derechos humanos es innegable, algunos indicaron que el establecimiento de jerarquías entre áreas de derecho no ha sido reconocido por la jurisprudencia del derecho internacional público. Otros advirtieron que implementar la primacía en el terreno también puede ser un desafío. Asimismo, este tema puede generar un impase político entre los Estados para adoptar el tratado.

Obligaciones generales

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs) de las Naciones Unidas (ONU) —el punto de referencia mundial autoritario en cuanto a las empresas y los derechos humanos— establecen que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos contra los abusos de terceras partes, incluyendo las empresas, y que las corporaciones tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos⁷. El Documento de Elementos reafirma estos principios proponiendo normas claras para los Estados y otras partes interesadas (tales como ETs, OEs y organizaciones internacionales) en la prevención y protección de los derechos humanos, así como en la reparación de las violaciones o abusos a los derechos humanos⁸.

Durante el debate, sin embargo, los delegados expresaron diferentes opiniones sobre en qué medida estas responsabilidades deberían aplicarse a cada parte interesada. Si bien la reafirmación de la obligación primaria del Estado de proteger y promover los derechos humanos e investigar, sancionar y compensar las violaciones de derechos humanos fue ampliamente aceptada, algunos advirtieron que la futura implementación de algunas obligaciones específicas podría interferir con los asuntos internos de los Estados. Estas obligaciones incluyen la imposición de restricciones sobre los acuerdos de contratación pública y compromisos contractuales de los Estados. También se sugirió que un futuro instrumento vinculante debería brindar a los Estados la flexibilidad necesaria para decidir cómo implementar mejor las obligaciones de tratado.

Un paso importante en términos del fortalecimiento del sistema internacional es la propuesta contenida en el Documento de Elementos de imponer obligaciones directas a las ETs y OEs⁹. Algunos delegados plantearon su preocupación por la base jurídica de tales obligaciones directas, alegando que las empresas privadas carecen de un mandato democrático y capacidad de hacer cumplir. Sin embargo, otros señalaron los precedentes establecidos por tratados tales como el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación por Hidrocarburos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Convenio sobre el Trabajo Marítimo— todos los cuales imponen obligaciones de derecho internacional directamente a las partes privadas. También se destacó que independientemente de las obligaciones internacionales, las obligaciones de las ETs y OEs podrían ser establecidas y ejecutadas a través de legislación nacional, un enfoque adoptado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Medidas preventivas

A diferencia de los debates sobre las obligaciones generales, las opiniones coincidieron rápidamente en torno a las medidas preventivas. Estas medidas, incluyendo las actividades de debida diligencia en materia de derechos humanos, comprenden diferentes políticas y medidas que las empresas privadas deben adoptar, como mínima prudencia, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos

humanos. En muchos casos, esto requiere que las empresas privadas elaboren planes de debida diligencia, similares a los requisitos contenidos en la recientemente adoptada **Ley francesa sobre el Deber de Vigilancia de las Empresas**¹⁰. Para garantizar un estándar mínimo y uniforme de medidas preventivas a nivel mundial, el Documento de Elementos propone obligaciones vinculantes sobre los Estados para que establezcan medidas o estándares mínimos destinados a garantizar que las ETs y OEs y sus socios comerciales adopten en todas sus cadenas de suministro¹¹.

No obstante, se plantearon preocupaciones por la viabilidad de imponer estas medidas a entidades que están más allá del control directo de las ETs y OEs. Aun así, los delegados acordaron que las medidas preventivas deberían estar en el núcleo del tratado. Se sugirió que las disposiciones propuestas fueran más fortalecidas exigiendo la intervención de asesores independientes en los estudios de impacto, ampliando la cobertura de los derechos laborales y ambientales, incluyendo una perspectiva de género, exigiendo evaluaciones de impacto ex ante y ex post, y requiriendo el consentimiento libre, previo e informado¹².

Acceso a la justicia, reparación efectiva y garantías de no repetición

En reconocimiento de la desigualdad de poder entre las ETs y las víctimas, los delegados creyeron importante establecer una obligación vinculante sobre los Estados de remover las barreras para el acceso a la justicia y reparación efectiva. El Documento de Elementos propone disposiciones que reduzcan los obstáculos normativos, procesales y financieros que impidan el acceso a reparación efectiva, incluyendo la habilitación de las acciones colectivas relacionadas con los derechos humanos; facilitar el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas; limitación del uso de la doctrina de *forum non conveniens* y la inversión de la carga de la prueba¹³.

Los delegados valoraron la inclusión de una disposición donde se enfatice la necesidad de acceso a la justicia por parte de grupos vulnerables. Se sugirió que debe haber una mayor aclaración para garantizar que los mecanismos no judiciales complementen, pero no reemplacen los mecanismos judiciales, que siempre deben estar disponibles y asequibles para el afectado.

Jurisdicción y responsabilidad

El Documento de Elementos propone un concepto amplio de jurisdicción que también permitirá a las víctimas acceder a la justicia permitiendo ejercer la jurisdicción sobre ETs y OEs para actividades llevadas a cabo o daños que hayan resultado no solo en el país anfitrión de la compañía, sino también donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial¹⁴. Los debates se enfocaron en determinar si debería permitirse la jurisdicción extraterritorial y su alcance. Pese a que no es inusual que este tipo de jurisdicción se aplique a los efectos de una variedad de instrumentos internacionales y nacionales, algunos delegados y representantes del sector privado expresaron su preocupación por la posible violación de ciertos principios de derecho internacional tales como la integridad territorial, inmunidad soberana, agotamiento de remedios locales y cortesía internacional. A este respecto, si bien muchos expresaron que el Documento de Elementos constituye un buen punto de partida, algunos pidieron mayor claridad y precisión en el futuro instrumento.

Un tema relacionado con esto es la responsabilidad de las ETs y OEs por la violación de las obligaciones de derechos humanos. El Documento de Elementos propone imponer obligaciones sobre los Estados para que establezcan y

apliquen la responsabilidad administrativa, civil y penal por violaciones de derechos humanos¹⁵. Mientras que muchos delegados acogieron esta propuesta, otros consideraron que es difícil imponer una responsabilidad penal contra entidades jurídicas bajo determinados sistemas legales. Como alternativa, algunos sugirieron extender la responsabilidad penal a los accionistas.

El futuro incierto del proceso

Como parte de las recomendaciones para los pasos a seguir, el presidente del Grupo de Trabajo propuso inicialmente comenzar a redactar un instrumento jurídicamente vinculante basado en los debates que tuvieron lugar durante las últimas tres sesiones, y comenzar las negociaciones sobre dicho proyecto en su próxima sesión de 2018.

Esta conclusión lógica y la propuesta razonable sobre los pasos a seguir sorprendentemente se enfrentó con gran resistencia de algunos delegados estatales, quienes solicitaron una reevaluación del mandato del Grupo de Trabajo. Sin embargo, la mayoría de los delegados y la secretaria no estuvieron de acuerdo con esto, y confirmaron el consenso general de que el actual mandato del Grupo De Trabajo —tal como se encuentra establecido en la Resolución 26/9— continúe rigiendo hasta que se elabore un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Después de múltiples rondas de debate y prolongadas negociaciones informales, se asumieron compromisos para llegar a un acuerdo. Todas las referencias en cuanto al cronograma y contenido de la próxima sesión fueron eliminadas del informe borrador de la tercera sesión¹⁶.

Se habló mucho de la necesidad e importancia de un instrumento vinculante. Los últimos tres años han sido muy promisorios, comenzando por una importante trayectoria recorrida para subsanar la brecha entre las partes interesadas en garantizar reparaciones significativas y eficaces a aquellos que se ven perjudicados por los abusos de las empresas en materia de derechos humanos. Este proceso no debería lograr nada menos que este objetivo.

Autores

Joe Zhang es Asesor Jurídico del Grupo de Derecho y Políticas Económicas del IISD. **Mintewab Abebe** es Becario de la Facultad de Derecho Financiero y Desarrollo Internacional de la Universidad de Nueva York en el Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

Notas

1 Zhang, J. (2015). Se da inicio a negociaciones de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, *Investment Treaty News*, 6(4), 10-11. Extraído de https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-espanol_0.pdf.

2 Para más detalles sobre la Sesión, incluyendo la agenda, los participantes y las presentaciones, véase <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

3 Presidencia del OEI/GWG (2017). *Elementos para el proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. Extraído de http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf [Documento de Elementos].

4 Informes oficiales de las sesiones anteriores y presentaciones de los participantes se encuentran disponibles en la página principal del Grupo de Trabajo: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/GWGOntnc.aspx>.

5 Documento de Elementos, nota 3 *supra*, p. 4.

6 *Id.*, pp. 3-4.

7 Naciones Unidas (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Extraído de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

8 Documento de Elementos, nota 3 *supra*, pp. 5-6.

9 *Id.*, p. 6.

10 http://www.assembleenationale.fr/14/dossiers/devoir_vigilance_entreprises_donneuses_ordre.asp

11 Documento de Elementos, nota 3 *supra*, p. 7.

12 *Id.*, p. 14.

13 *Id.*, pp. 9-11.

14 *Id.*, p. 11.

15 *Id.*, pp. 7-8.

16 Un informe borrador de la tercera sesión se encuentra disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftReportThirdSession.docx>.

Espacio Regulatorio del Gobierno en la Sombra de los TBIs: El Caso de la Reforma Regulatoria de los Recursos Naturales en Tanzania

Magalie Masamba

artículo 2



Introducción

El sector de los recursos naturales de Tanzania ha experimentado un año 2017 plagado de acontecimientos. El avance más significativo ocurrió en julio, cuando Tanzania promulgó tres leyes nuevas que cambiaron significativamente el escenario regulatorio que rige los recursos naturales y, en particular, el sector minero:

- (1) Ley de Riquezas y Recursos Naturales (Soberanía Permanente)¹
- (2) Ley de Contratos de Riquezas y Recursos Naturales (Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles)²
- (3) Ley de Derecho Escrito (Enmiendas Diversas)³

Estas leyes, que fueron firmadas por el presidente de Tanzania y ahora se encuentran en vigor, introducen cambios que plantean preguntas sobre su relación con los tratados bilaterales de inversión (TBIs) firmados por el país. Tanzania posee TBIs en vigencia con 11 países —Canadá, China, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, Mauricio, Holanda, Suecia, Suiza y el Reino Unido⁴—. Tal como muchos otros países africanos, Tanzania celebró estos acuerdos con la intención de atraer a inversores extranjeros.

Especialmente dentro del sector minero, sin embargo, la sensación ha sido que los inversores extranjeros están abusando del régimen jurídico. En particular, basándose en las conclusiones de una auditoría solicitada por el presidente de Tanzania a principios de 2017, el gobierno acusó a las empresas mineras de realizar divulgaciones parciales sobre sus exportaciones de metales preciosos —lo cual resultó en una prohibición de tales exportaciones en mayo de 2017. El gobierno de Tanzania está involucrado en una controversia fiscal relacionada con Acacia Mining Plc, y esta empresa [ha presentado una notificación de arbitraje](#). En este tenso contexto político, algunos están apelando a que Tanzania se retire del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)⁵. Este artículo brinda una descripción general de los principales cambios introducidos a las nuevas leyes y pretende evaluar el impacto de estos cambios, particularmente en los arbitrajes de inversión iniciados en virtud de los TBIs de Tanzania.

Reforma de la regulación nacional de los recursos naturales en Tanzania

La Ley de Soberanía Permanente reafirma la soberanía permanente del país sobre los recursos naturales al ordenar su explotación de manera que beneficie al pueblo de Tanzania. La Ley de Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles permite la revisión de los contratos de recursos naturales y ordena la renegociación y potencial remoción de términos

“inadmisibles” en estos contratos. Finalmente, la Ley de Enmiendas Diversas introduce varias modificaciones a la Ley de Minería de Tanzania. Estas tres leyes son el primer paso para modificar varias leyes que afectan los recursos naturales, incluyendo la legislación que atañe los seguros, impuesto a las ganancias y la administración fiscal. En las siguientes secciones se analizan las principales disposiciones introducidas a las mismas.

1. El reconocimiento del principio de soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales

El preámbulo tanto de la Ley de Soberanía Permanente como de la Ley de Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles reconocen el principio de soberanía permanente tal como se encuentra expresado en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) del 14 de diciembre de 1962. La Ley de Soberanía Permanente concede al pueblo de Tanzania el derecho a la soberanía permanente sobre todos los recursos y las riquezas naturales, que son mantenidos en fideicomiso por el presidente de Tanzania. La soberanía permanente, entre otras cosas:

- Declara ilegal celebrar contratos para la exploración, explotación o adquisición y uso de recursos naturales sin aprobación parlamentaria, y exige que tales actividades garanticen los intereses del pueblo de Tanzania⁶.
- Garantiza retornos a la economía local⁷.
- Exige que todas las autorizaciones garanticen que el gobierno reciba una parte “equitativa” de los emprendimientos⁸.
- Permite que todos los contratos sean revisados por el Parlamento como parte de su función ejecutiva constitucional⁹.
- Exige que los inversores en el sector minero sean participantes activos en el crecimiento de la economía de Tanzania. Específicamente, se exige a los tenedores de derechos mineros que reinviertan una parte de las ganancias para aumentar el desempeño económico de Tanzania y deberían demostrar sus esfuerzos en retornos anuales.

2. Prohibición de la exportación de materias primas y prohibición del procesamiento fuera de Tanzania

Entre las disposiciones de la Ley de Soberanía Permanente que han recibido mayor atención en el contexto del sector minero se encuentra la prohibición de la exportación de materias primas naturales, así como el procesamiento de materias primas fuera del país¹⁰. Ahora se exige a los inversores que se comprometan a establecer plantas de beneficio dentro del país.

Es de remarcar que la Ley de Soberanía Permanente define los recursos y las riquezas naturales como:

Toda materia y sustancia que ocurra en la naturaleza tal como el suelo, subsuelo, recursos hídricos y gaseosos, y flora, fauna, recursos genéticos, recursos acuáticos, microorganismos, espacio aéreo, ríos, lagos y espacio marítimo, incluyendo las aguas territoriales y la plataforma continental, recursos vivos y no vivos en la Zona Económica Exclusiva que pueden ser extraídos, explotados o adquiridos y utilizados para una ganancia económica ya sea procesados o no¹¹.

Esta disposición podría ser pertinente a muchas industrias incluyendo la agricultura, minería, pesca, gas y petróleo, forestal, electricidad, etc. Parece estar dirigida al desarrollo de infraestructura que actualmente no existe en Tanzania. Su impacto dependerá de las regulaciones que detallen cómo deberá ser aplicada.

3. Alejándose de la solución de controversias internacional

La solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS)

a través del arbitraje internacional históricamente ha formado parte de los mecanismos de solución de controversias de Tanzania. La Ley nacional de Promoción de las Inversiones 131 de 2009 establece el arbitraje internacional en el CIADI o bajo el Reglamento de Arbitraje de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹². Tanzania es parte del Convenio del CIADI y de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Además, todos los TBIs firmados por Tanzania establecen alguna forma de ISDS.

Como un importante alejamiento de la práctica actual, en virtud de la Ley de Soberanía Permanente, los recursos y las riquezas naturales ya no pueden ser sometidos a tribunales o procedimientos extranjeros. Las controversias sobre su extracción, explotación o adquisición y uso deben ser adjudicadas por tribunales u organismos de Tanzania y en concordancia con el derecho tanzano. Los inversores extranjeros todavía pueden intentar evitar el uso obligatorio de tribunales nacionales presentando demandas a arbitraje internacional basándose en los TBIs que contienen disposiciones de ISDS. Para garantizar la eficacia de la nueva disposición, que exige que las controversias sean adjudicadas por tribunales nacionales, Tanzania podría considerar revisar las antiguas leyes nacionales y TBIs para brindar mayor coherencia con respecto a la Ley de Soberanía Permanente.

4. La renegociación de “términos inadmisibles” en todos los contratos de recursos naturales y la prohibición de cláusulas de estabilización en el sector minero

Para garantizar la soberanía permanente, la Ley de Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles requiere que el parlamento tanzano revise y renegocie todos los contratos que contienen términos inadmisibles¹³. La Ley define los “términos inadmisibles” en el contexto de los recursos y riquezas naturales como términos que son contrarios a la “buena conciencia” y a aquellos que posiblemente o que realmente perjudican al pueblo de Tanzania si son implementados.

Entre las disposiciones que pueden ser consideradas como inadmisibles en este contexto se encuentran aquellas que restringen el derecho del Estado a ejercer su plena soberanía permanente, que limitan la capacidad del Estado para ejercer su autoridad frente a las inversiones extranjeras, que no son equitativas y resultan onerosas para el Estado, que restringen la revisión periódica, que garantizan el trato diferencial para crear regímenes jurídicos diferentes para algunos inversores, que privan al pueblo de Tanzania de un beneficio económico, que someten al Estado a la jurisdicción de leyes y foros extranjeros, y finalmente que menoscaban las medidas de protección ambiental. Para garantizar la igualdad, el poder de determinar si los términos recaen dentro de esta lista reside en el Parlamento. Este proceso está destinado a remediar contratos que preceden a la Ley y que han perjudicado los intereses del pueblo tanzano.

Asimismo, la Ley de Enmiendas Diversas, que modifica la Ley de Minería, limita el alcance del uso de cláusulas de estabilización (que generan una paralización general de las leyes o la reducción de la soberanía) en la industria extractiva y prohíbe las disposiciones de estabilización cuya duración es garantizada hasta el final del tiempo de vida de una mina¹⁴. Bajo esta nueva ley, estas cláusulas, si son negociadas, deben ser específicas, de tiempo limitado, basadas en una ecuación de equilibrio económico y deben permitir una renegociación ocasional. Además, las disposiciones específicas de estabilización relacionadas con el gasto fiscal público (o en otras palabras, el valor de los incentivos fiscales otorgado a una empresa minera) deberían establecer la cuantificación del gasto fiscal y cómo la empresa compensará al gobierno. De esta manera, las disposiciones darán como resultado que el gobierno reciba de vuelta todos los incentivos fiscales que están sujetos a

las cláusulas de estabilización, y tales incentivos pueden ser recuperados por métodos tales como convertir su valor en participación accionaria en la empresa minera.

5. Participación accionaria del gobierno en todas las empresas mineras

Finalmente, las nuevas enmiendas de la Ley de Minería exigen que el gobierno de Tanzania obtenga un mínimo de 16 por ciento de acciones libres de intereses no diluibles del capital accionario de toda empresa que posea licencias mineras comunes o especiales. Además, el gobierno de Tanzania también puede exigir adquirir un máximo del 50 por ciento de las acciones no diluibles del capital de la empresa minera, igual a los incentivos fiscales de los cuales la empresa se beneficia¹⁵.

Conclusión

En África, muchos actores consideran que los TBIs son parciales en favor de los inversores y una herramienta que obstaculiza el poder del Estado receptor para promulgar regulaciones adecuadas como parte de políticas sociales y ambientales. Tal como otros países africanos, Tanzania está reconsiderando la regulación de la inversión extranjera y cómo garantizar de mejor manera que las inversiones beneficien a los ciudadanos.

El amplio beneficio de la población local a través de la promoción de la inversión sostenible es el objetivo político y jurídico de muchos países, incluyendo a Tanzania. La transición hacia políticas orientadas a un desarrollo más sostenible llevará tiempo, y requerirá el desarrollo y consideración de una gran variedad de factores —incluyendo, por ejemplo, la evaluación de la capacidad de manufactura de un país como Tanzania.

Este país sin duda se encuentra en el medio de un complejo proceso de reforma políticamente sensible, un proceso que reaviva viejas cuestiones en torno a los recursos naturales. En esta era de TBIs, ¿cuál será el impacto de estos en las aspiraciones de reforma regulatoria de Tanzania, y cómo puede el gobierno garantizar que su red de TBI no obstruya estas reformas tan necesarias? Desde una perspectiva africana, es tiempo de repensar nuestros regímenes de TBI, particularmente en el contexto de su impacto en el espacio regulatorio de los Estados.

Autora

Magalie Masamba es experta jurídica en el equipo de apoyo a las sociedades público-privadas del Banco Mundial, Tanzania, y candidata a doctorado en derecho financiero internacional en la Unidad de Derecho de Desarrollo Internacional del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria, Sudáfrica. Las opiniones expresadas en el presente artículo pertenecen exclusivamente a la autora y no necesariamente reflejan la opinión del Grupo del Banco Mundial.

Notas

- 1 República Unida de Tanzania. (2017). Ley de Riquezas y Recursos Naturales (Soberanía Permanente), 2017. Extraído de http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_PERMANENT_SOVEREIGNITY_ACT_2017.pdf
- 2 República Unida de Tanzania. (2017). Ley de Contratos de Riquezas y Recursos Naturales (Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles), 2017. Extraído de http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_REVIEW_AND_RE-NEGOTIATION_OF_UNCONSCIONABLE_TERMS_ACT_2017.pdf
- 3 República Unida de Tanzania. (2017). (3) Ley de Derecho Escrito (Enmiendas Diversas), 2017. Extraído de http://www.tcme.or.tz/uploads/WRITTEN_LAWS_MISCCELLANEOUS_AMENDMENTS_ACT_no_7_of_2017.pdf
- 4 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *Investment Policy Hub, United Republic of Tanzania*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/222>
- 5 Kamndaya, S. (2017, July). Hard choices on mining. *The Citizen*. Extraído de <http://www.thecitizen.co.tz/News/Hard-choices-on-mining/1840340-3996244-123bau7z/index.html>
- 6 Sección 6(1) de la Ley de Soberanía Permanente.
- 7 Sección 7 de la Ley de Soberanía Permanente.
- 8 Sección 8 de la Ley de Soberanía Permanente.
- 9 Sección 4 de la Ley de Revisión y Renegociación de Términos Inadmisibles.
- 10 Sección 9(1) de la Ley de Soberanía Permanente.
- 11 Sección 3 de la Ley de Soberanía Permanente.
- 12 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1996>
- 13 Sección 12 de la Ley de Soberanía Permanente.
- 14 Sección 100E de la Ley de Minería, enmendada.
- 15 Sección 10(1) y (2) de la Ley de Minería, enmendada.

Conferencia de Alto Nivel de la UNCTAD sobre los AII: Avanzando en el Abordaje de los Acuerdos Internacionales de Inversión de la Generación Anterior

James Zhan y Moritz Obst

artículo 3



Introducción

Del 9 al 11 de octubre de 2017, más de 300 expertos, incluyendo a negociadores de alto nivel de acuerdos internacionales de inversión (AII) y representantes de organizaciones intergubernamentales, sociedad civil, sector académico y sector privado se reunieron en Ginebra para celebrar la **Conferencia Anual de Alto Nivel** de la UNCTAD¹. Basándose en los instrumentos de política desarrollados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) —la **Hoja de Ruta para la Reforma de los AII²** y las **10 Opciones de Políticas para la Fase 2³**— los expertos hicieron un balance de la reforma orientada al desarrollo sostenible del régimen de AII (Fase 1 de la reforma de AII) y discutieron las opciones de políticas para modernizar los AII de la generación anterior (Fase 2).

A través de sesiones plenarias y mesas redondas, la reunión brindó un foro para realizar deliberaciones inclusivas, constructivas y de desarrollo de conocimientos sobre la Fase 2. Al compartir experiencias, identificar las mejores prácticas, debatir nuevas ideas y conducir un análisis sobre los pro y contras de las opciones de políticas, en la reunión se trazó el camino a seguir en la Fase 2 y se reafirmó el papel de la UNCTAD como *el* convocante intergubernamental para un debate inclusivo sobre la formulación de políticas de inversión internacional para el desarrollo sostenible. Este informe resume los principales temas discutidos en el evento.

Haciendo un Balance de la Reforma de AII y el Camino a Seguir

Durante las sesiones plenarias de alto nivel de apertura y cierre, los participantes expresaron su compromiso con la reforma de AII. Hubo amplio consenso tendiente a que la reforma de AII orientada al desarrollo sostenible se está integrando a la tendencia general sobre la formulación de políticas de inversión internacional. Muchos delegados compartieron las experiencias de sus países en la revisión de sus redes de AII, la reforma de modelos de tratados y en la negociación de AII de nueva generación, a menudo basadas en las publicaciones de la UNCTAD Hoja de Ruta para la Reforma de AII y el **Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible⁴**. La mayoría de los países reconocieron que llegó el momento de enfocarse en cómo modernizar los tratados actuales de la generación anterior (Fase 2).

En general, los participantes reconocieron que el régimen de AII se ha tornado muy complejo como para ser determinado por una sola institución o grupo de países, y que la colaboración multilateral resulta fundamental. Un mensaje

común fue que la UNCTAD debería seguir siendo el foro para la participación colectiva e inclusiva y, de conformidad con su mandato, debería actuar como el punto focal dentro de las Naciones Unidas para tratar temas relacionados con la inversión internacional y el desarrollo sostenible. Varios disertantes subrayaron la importancia de involucrar a todos los actores interesados para diseñar nuevos enfoques a los AII. Algunos expertos también valoraron la capacitación, asistencia técnica e investigación de políticas brindadas por la UNCTAD.

Sesiones Paralelas

Las sesiones paralelas fueron diseñadas para hacer participar a los expertos en debates significativos, creativos y orientados a encontrar soluciones sobre las 10 opciones de políticas de la UNCTAD. Los expertos intercambiaron opiniones sobre pros y contras, las lecciones aprendidas y los retos prácticos de las opciones de reforma. Durante la sesión plenaria del último día, los relatores designados informaron sobre los debates y resultados de cada una de las siguientes sesiones.

1. *Aprovechando la Inversión para los ODS: La Dimensión de AII*

Los expertos discutieron cómo los AII podrían ser aprovechados para movilizar la inversión con el fin de lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Este debate planteó varias cuestiones, tales como la mejor forma de “traducir” los objetivos de desarrollo sostenible en un lenguaje de tratado que pueda convertirse en acciones. Los expertos también intercambiaron opiniones sobre la cuestión (empíricamente inconcluyente) de si los AII juegan un papel para atraer y retener la inversión externa directa (IED).

Esta sesión se enfocó en el papel de las asociaciones público-privadas (APPs) para la promoción y financiamiento de las inversiones que favorezcan el desarrollo sostenible. A este respecto, los expertos subrayaron los beneficios potenciales de las APPs, particularmente en el desarrollo de infraestructura relacionada con los ODS, pero también expresaron la necesidad de equilibrar los derechos y obligaciones de los inversores, salvaguardar el derecho de los Estados a regular, tomar en cuenta los estándares sociales y ambientales y establecer una estructura de supervisión adecuada de las APPs. Los expertos además discutieron las mejores prácticas a este respecto y apelaron a que la UNCTAD conduzca más investigaciones y ofrezca asesoramiento de políticas sobre cómo canalizar la inversión extranjera hacia los sectores de infraestructura y servicios públicos, y finalmente maximizar la contribución de dicha inversión al desarrollo sostenible.

2. *Aclarando y Modificando el Contenido de los Tratados*

Los expertos también compartieron las experiencias de sus países en la interpretación y modificación conjunta como parte de sus esfuerzos para modernizar los tratados de la generación anterior.

Muchos participantes identificaron los objetivos de políticas destinados a salvaguardar el derecho a regular y promover el desarrollo sostenible como una preocupación clave en sus esfuerzos para reformar los AII. En cuanto a las disposiciones sustantivas de los tratados, varios expertos identificaron las definiciones de “inversor” e “inversión”⁵, trato justo y equitativo (TJE) y trato de nación más favorecida (NMF) como prioridades para la Fase 2. La importancia de las consultas a los actores interesados, la coordinación inter-ministerial y la comunicación transparente fue enfatizada.

En comparación con la modificación de los acuerdos, varios delegados se refirieron a las ventajas de la interpretación conjunta como el método más conveniente para abordar el contenido sustantivo de los tratados de la generación anterior ya que este tipo de interpretación es más fácil de realizar. Sin embargo, algunos expertos también subrayaron el alcance limitado de la interpretación conjunta, explicando que podría aclarar pero no asignar un significado totalmente nuevo a una disposición. Al discutir los contras de estas opciones de reforma, además se remarcó que identificar las bases comunes sobre los objetivos de una interpretación o modificación conjunta prevista no siempre es una tarea sencilla.

3. Consolidando la Red de All

Entre las opciones para modernizar los tratados actuales de la generación anterior y para reducir la fragmentación del régimen de All, se encuentran el reemplazo de los tratados desactualizados, la consolidación de la red de All y el manejo de las relaciones entre los tratados coexistentes. Compartiendo las experiencias de sus países y a nivel regional, varios expertos consideraron que reemplazar una gran cantidad de acuerdos anticuados por un nuevo All (multilateral) resultaría más efectivo para reducir la complejidad y fragmentación generalizada.

Se prestó especial atención a los avances relacionados con los All en la Unión Europea y como parte de la integración regional en el continente africano. Los debates sobre esto último fueron profundizados en un evento secundario titulado “El Código Panafricano de Inversión y el Capítulo de Inversión de la Zona de Libre Comercio Continental Africana (CFTA): Oportunidades para Racionalizar la Regulación de las Inversiones en África”, organizado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para África (UNECA). Los debates evaluaron cómo las iniciativas continentales, tales como el Código Panafricano de Inversión (PAIC) y el capítulo propuesto de la CFTA, pueden contribuir a consolidar el ambiente regulatorio de las inversiones en África.

Los debates en la mesa redonda también reconocieron los desafíos que plantea la consolidación, incluyendo

la identificación de socios dispuestos, la movilización de recursos financieros y humanos en departamentos gubernamentales pertinentes y la gran cantidad de tiempo necesario para lograr dicha consolidación.

Algunos expertos señalaron que manejar las relaciones entre los tratados coexistentes constituía la opción de políticas más difícil. Sobre este punto, se sugirió que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados podría brindar una guía sobre la cual el acuerdo debe prevalecer, en caso de que los tratados coexistentes no hayan abordado este tema.

4. Las Implicancias de Desvincularse

Los expertos abordaron la posibilidad de desvincularse del régimen de All a través de la renuncia a los tratados que no hayan sido ratificados, cancelando los viejos tratados y retirándose de los tratados multilaterales. Algunos delegados sostuvieron que sus países tomaron medidas para cancelar sus viejos tratados sin sufrir una reducción en los flujos de IED. Otros enfatizaron que, junto con la cancelación, se estaban re-vinculando con la formulación de políticas de inversión a través del desarrollo de un nuevo modelo para las negociaciones futuras de All o de legislación nacional. Al disentir con esta visión, otros afirmaron que los Alls juegan un papel importante para atraer y retener la IED. Varios expertos mencionaron que la cancelación unilateral podría tener implicancias negativas sobre el clima de negocios de los países y repercutir en las relaciones bilaterales de los mismos. Consideraron que las opciones bilaterales o multilaterales, tales como la renegociación y el reemplazo de tratados, eran preferibles a las acciones unilaterales.

Generalmente, remarcando los retos que surgen de los esfuerzos individuales para desvincularse, los expertos apreciaron enormemente la posibilidad de compartir de manera multilateral las experiencias y opiniones sobre este tema.

5. Hacia un Esfuerzo de Reforma Mundial: Diseñando Principios

En los esfuerzos en curso para la reforma de los Alls, los principios pueden servir como una referencia importante para negociar nuevos Alls y para modernizar los existentes.



Muchos delegados de países remarcaron que han estado participando en iniciativas regionales o multilaterales para diseñar principios de políticas de inversión. Algunos delegados consideraron que un esfuerzo multilateral inclusivo para desarrollar estos principios resulta muy conveniente para evitar superposiciones e incoherencias, mientras que otros expresaron que los diferentes grupos de países deberían ser alentados a formular distintas series de principios.

Algunos delegados destacaron la necesidad de adoptar un enfoque inclusivo a los principios de inversión que tome en cuenta las necesidades y las circunstancias específicas de los países en desarrollo. Algunos expertos también aludieron a las ventajas de los principios de políticas de inversión como la base para una transición gradual hacia un nuevo régimen de los AIs y al potencial de tales principios para crear vínculos con otras áreas del derecho y la formulación de políticas, tales como el desarrollo sostenible, derechos humanos, salud y medio ambiente.

6. *Hacia un Esfuerzo de Reforma Mundial: Mejorando la Solución de Controversias de Inversión*

Si bien se reconoció ampliamente la necesidad de reformar el régimen de solución de controversias como una parte fundamental de la reforma integral y coordinada del actual régimen de los AIs multicapa y multifacético, se suscitaron opiniones divergentes sobre el alcance y la profundidad de los esfuerzos de reforma. Varios disertantes destacaron la necesidad de reforzar la solución alternativa de controversias y la prevención de controversias, junto a, o como una alternativa a la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS), y de fortalecer las capacidades de los tribunales nacionales para adjudicar las demandas de los inversores y hacer cumplir las obligaciones de los mismos. Otros mencionaron que una revisión de las disposiciones sustantivas era igualmente necesaria para garantizar decisiones balanceadas y coherentes en los casos de ISDS.

En cuanto a la propuesta de crear un tribunal multilateral de inversión, muchos delegados expresaron su apoyo a esta iniciativa y su interés por explorar el establecimiento de un mecanismo de apelación. También debatieron opiniones similares en un evento secundario organizado por la Comisión Europea. Bajo el título “Reforma Multilateral de la ISDS: Posibles pasos a seguir”, la presentación se enfocó en los antecedentes y la necesidad de una reforma multilateral de la ISDS, los objetivos de dicha reforma, características posibles y pasos a seguir. Al mismo tiempo, los expertos consideraron los desafíos que supone crear un tribunal multilateral, incluyendo su configuración institucional, financiamiento, arreglos para la expansión y ejecución de laudos. Además, se planteó una preocupación en torno a la soberanía estatal y la politización de controversias.

Los debates también consideraron la opción de negarse a incluir disposiciones de ISDS en los tratados de inversión, una opción de políticas puesta en práctica en algunos AIs recientes. A este respecto, la importancia de una prevención y evitación efectiva de controversias, junto con sistemas judiciales nacionales que funcionen correctamente (y los esfuerzos relacionados para fortalecer y capacitar a los tribunales nacionales) fueron considerados de suma importancia.

7. *Hacia un Esfuerzo de Reforma Mundial: Haciendo Referencia a los Estándares Mundiales*

Los estándares e instrumentos multilateralmente reconocidos pueden ayudar a promover la coherencia y mejorar la interacción entre los AIs y otras áreas del derecho internacional y la formulación de políticas. Varios delegados identificaron referencias a estándares mundiales como una tendencia emergente en los nuevos modelos y tratados. Los expertos consideraron que hacer referencia a los estándares mundiales podría incorporar objetivos más amplios de políticas a los AIs,

otorgar mayor claridad al derecho a regular y promover un mayor balance y coherencia general en el régimen de los AIs.

En cuanto a la ISDS, se remarcó que referencias explícitas a asuntos de interés público (por ejemplo, salud pública y medio ambiente) podrían hacer más posible que los tribunales arbitrales las consideren. Un experto subrayó que el significado de los estándares mundiales no siempre es lo suficientemente claro para refinar otras disposiciones de los AIs. En este contexto, un número de expertos sugirieron que el derecho interno era el principal lugar para abordar las obligaciones de los inversores y que las instituciones nacionales necesitan estar dispuestas y ser capaces de hacerlas cumplir.

Conclusión: Poniendo en Marcha la Siguierte Fase de la Reforma de los AIs

Tal como destacaron los participantes, pasar a un régimen de los AIs orientado al desarrollo sostenible constituye un gran reto, que involucra muchos temas complejos, al cual los países responden a través de un amplio rango de enfoques. El desarrollo sostenible debería ser la meta general de la reforma del régimen de los AIs, y la colaboración multilateral en todos los niveles es indispensable. Entre otras cosas, hay una necesidad de enfocar la reforma en la interacción, coherencia y congruencia entre la dimensión nacional e internacional de la formulación de políticas de inversión (es decir, entre las políticas nacionales de inversión y los AIs), así como entre los AIs y otras políticas públicas. Ambos desafíos podrían ser retomados en la Fase 3 de la reforma de los AIs. Las plataformas y procesos de actores múltiples tales como las Conferencias de Alto Nivel de la UNCTAD, sus Reuniones de Expertos y el Foro Mundial de Inversiones son muy útiles para llevar más lejos la reforma. Los invitamos a continuar participando en los debates de actores múltiples en el próximo Foro Mundial de Inversiones de la UNCTAD, a ser celebrado del 22 al 26 de octubre de 2018 en Ginebra.

La información y los documentos relacionados con esta Reunión de Expertos —incluyendo la nota de antecedentes, el resumen de la presidencia, presentaciones e informes de relatores— están disponibles en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-ia-conference-phase-2-of-ia-reform>.

Autores

James Zhan es Director de la División sobre Inversión y Empresas de la UNCTAD y Jefe de Redacción del Informe sobre las Inversiones en el Mundo. **Moritz Obst** es Consultor de la Sección sobre Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen exclusivamente a los autores y no necesariamente reflejan la opinión de la UNCTAD. Los autores desean agradecer a Melinda Kuritzky por su apoyo para finalizar el texto. *Texto traducido al español por María Candela Conforti.*

Notas

1 Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible, Quinto período de sesiones disponible en <http://unctad.org/es/paginas/MeetingDetails.aspx?meetingid=1438>. Los resultados y documentos de la conferencia están disponibles en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-ia-conference-phase-2-of-ia-reform>.

2 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones*. Capítulo IV. Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch4_en.pdf; UNCTAD. (2016). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2016: Nacionalidad de los inversores: Retos para la formulación de políticas*. Capítulo III. Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2016ch3_en.pdf.

3 UNCTAD. (2017). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2017: La inversión y la economía digital*. Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf. Véase también la nota de antecedentes elaborada por la Secretaría de la UNCTAD: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciimem4d14_en.pdf.

4 UNCTAD. (2015). *Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible*. Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf. Extracto disponible en español en http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf.

5 UNCTAD, 2016, nota 2 *supra*.

Reseña del Libro *La Economía Política del Régimen de Tratados de Inversión*

artículo 4 David Gaukrodger



Reseña del libro de Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen y Michael Waibel *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*¹.

Tal como destacaron los autores en la introducción de este importante libro, “ha habido muy poco compromiso con los tratados de inversión por parte de los estudios en política, economía y empresas” (p. 1). El análisis de políticas accesible y bien organizado provisto aquí por los autores constituye una gran contribución para llenar el vacío y al mismo tiempo apela a que otros actores aborden cuestiones de suma importancia y que aún se encuentran sin resolver.

El desarrollo de una estructura coherente para un análisis de políticas de los tratados de inversión en este conciso libro será atrayente para muchos lectores y debería convertirse en un importante componente de cursos universitarios y material de estudio sobre los tratados de inversión. En un campo a menudo dominado por profesionales-académicos y comentarios sobre interpretaciones arbitrales, los tres autores —profesores de universidades de Australia y el Reino Unido— pertenecen a una nueva generación de académicos que no participan en el arbitraje de inversión.

La redacción clara y ágil, junto con una presentación bien equilibrada y un tono moderado también será de particular interés para los gobiernos, incluyendo a más de 50 que se encuentran participando en una mesa redonda de inversión organizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Estos gobiernos han estado considerando una revisión y evaluación de las investigaciones actuales sobre los costos y beneficios de los tratados de inversión, incluyendo aportes de los autores y otros expertos en este campo. Este inventario de estudios existentes, que estará disponible en el sitio web de la OCDE, arroja muchas conclusiones similares a las de los autores en términos de las cuestiones a menudo sin resolver sobre los costos y beneficios, y la necesidad de un mayor estudio sobre muchas áreas. Más ampliamente, los autores se hacen eco del interés público en la necesidad de reconectar el derecho y las políticas en materia de tratados de inversión con especialistas académicos y gubernamentales en áreas pertinentes.

Los autores brindan una síntesis de los debates actuales y hacen referencia a algunos avances recientes, pero el libro resulta más útil para brindar acceso a un contexto más amplio, y por lo tanto, seguirá siendo relevante aunque las políticas evolucionen. Tres capítulos brindan un valioso análisis económico que sintetiza y amplía el trabajo anterior de los autores y de otros expertos². Un tema recurrente es que si bien los tratados de inversión cumplen una función vital en algunas situaciones; tal como se encuentran aplicados actualmente, a menudo parecen estar formulados

de forma deficiente para abordar preocupaciones económicas identificables —esto se reconoce por el hecho de que la mayoría de las políticas y la interpretación de tratados carecen de una fundamentación en el análisis económico. Un capítulo que trata la economía de la inversión extranjera concluye que los beneficios de esta inversión con frecuencia están asociados con tipos específicos de inversión, que los autores contrastan con la cobertura de los tratados, generalmente no selectiva, de prácticamente todas las inversiones, que se restringe únicamente a criterios de nacionalidad.

La microeconomía de los tratados de inversión

Al analizar el factor microeconómico de los tratados de inversión y la toma de decisiones de actores clave, el libro presenta una discusión matizada sobre el alcance del riesgo de retención (en inglés, *hold-up risk*)— el riesgo al cual un gobierno asignará un valor adecuado después de que el inversor incurra en costos irreversibles— y si los tratados de inversión se encuentran bien diseñados para abordarlo. Además de sugerir que el riesgo de retención puede ser sobre estimado en algunos contextos, los autores consideran que algunas interpretaciones de las principales disposiciones de un tratado tales como trato justo y equitativo (TJE) o las cláusulas paraguas no se encuentran bien formuladas para abordar este riesgo debido a que no se enfocan en la adecuación del valor que le otorga el gobierno. El abordaje balanceado del tema espinoso que rodea el impacto de los tratados de inversión sobre la cuantía y la calidad de la regulación gubernamental —que actualmente se encuentra en el foco de un intenso debate sobre el impacto de los tratados en el derecho a regular— considera los riesgos de la regulación excesiva y la regulación escasa (enfriamiento regulatorio), así como los riesgos de la inversión excesiva y la inversión escasa. El riesgo de la inversión excesiva casi nunca se discute, pero tal como sugieren los autores, puede haber una inversión excesiva en actividades que provocan externalidades altas aunque actualmente no abordadas —tales como los sectores que generan CO₂— si los inversores sobreprotegidos no internalizan el riesgo de una futura regulación para tratar dichas externalidades. Los autores consideran que la protección contra la discriminación juega un papel muy valioso en los tratados de inversión, pero cuestionan el grado de discriminación contra los inversores extranjeros en la práctica, y destacan que algunas interpretaciones de disposiciones ahora centrales, tales como el TJE, se encuentran muy desconectadas de la preocupación por la discriminación.

La política de los tratados de inversión en los países en desarrollo y desarrollados

Dos capítulos importantes están dedicados a la política de los tratados tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados respectivamente. Se examinan las razones del extraordinario desarrollo histórico de una gran red de más de 3.000 tratados de inversión en un corto período de tiempo. Destacando la limitada atención académica que recibe el tema del apoyo político a los tratados en los países desarrollados, particularmente en Europa, los autores abordan varias explicaciones posibles, incluyendo la promoción de los intereses empresariales, el deseo de despolitizar las controversias de inversión, un interés por desarrollar el derecho consuetudinario internacional o el uso de los tratados de inversión por razones diplomáticas y simbólicas. El tratamiento histórico de la visión sobre la relación entre los tratados de inversión y el derecho consuetudinario internacional podría complementarse con referencias a declaraciones de gobiernos desde 2002 de que los tratados de inversión no han creado derecho consuetudinario internacional³. Sobre todo, los autores sugieren que la influencia externa de los inversores ha

jugado un papel limitado, enfatizando otros motores políticos incluyendo los incentivos burocráticos.

Otro capítulo sobre política resume y se basa en una investigación innovadora contenida en el libro de Lauge Poulsen de 2015 sobre las razones de los países en desarrollo para celebrar tratados de inversión⁴. Se considera que las políticas de tratados han estado impulsadas por esfuerzos para aumentar las inversiones así como, en ocasiones, por el uso de los tratados, a veces controvertido, para imponer reformas legislativas a nivel nacional. Pese a que se observa que prácticamente todos los gobiernos se muestran sorprendidos por la evolución de las interpretaciones arbitrales, los autores ven problemas de capacidad en algunos países en desarrollo, remarcando por ejemplo, la evidencia histórica de una falta de conocimiento de que los tratados contienen obligaciones vinculantes.

Análisis jurídico de disposiciones sustantivas y de solución de controversias

Dos capítulos ofrecen un sucinto análisis jurídico de las disposiciones sustantivas y de solución de controversias contenidas en los tratados respectivamente. Para ser breve en este punto, el libro en cierta medida carece de un foco en decisiones arbitrales y las recientes reformas europeas. Aborda extensamente las disposiciones de TJE como una sola categoría, y pasa por alto las anteriores reformas y visiones a nivel gubernamental en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), su posible impacto en la generación de diferentes resultados bajo diferentes tipos de tratados, y su influencia en otros gobiernos en muchos tratados y presentaciones recientes⁵. El foco en las decisiones arbitrales y la falta de atención a esta acción intensiva e influyente de gobierno (casi, y a menudo, omitida) se relaciona con la cuestionable afirmación, presentada en la conclusión del libro, de que “[c]asi ningún país ha comenzado a reconsiderar si los inversores extranjeros deberían de hecho poseer garantías sustantivas más allá de las de no discriminación” (p. 260). En efecto, hay considerable evidencia de acción gubernamental en este frente. Esto incluye las actualmente muy utilizadas aclaraciones en las disposiciones de expropiación indirecta así como un extensivo informe y redacción de los tratados para lograr interpretaciones más acotadas del TJE, por ejemplo, excluyendo cualquier papel que puedan jugar las expectativas legítimas como un elemento de esta disposición⁶.

Los autores parecen describir el instrumento interpretativo conjunto firmado con la celebración del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea —el cual establece que “el AECG no dará lugar a tratos más favorables hacia los inversores extranjeros con respecto a los inversores nacionales” — como una mera “afirmación” general de que los tratados no brinden un trato preferencial (p. 13). De manera contemporánea al contexto del tratado acordado por todas las Partes luego de un intensivo debate y negociaciones políticas, el instrumento interpretativo conjunto es diferente a otras declaraciones gubernamentales sobre este tema citado por los autores. La intención conjunta de limitar el trato al recibido por los inversores nacionales puede ser de suma importancia dependiendo de lo que los autores reconocen como el alcance potencial de la interpretación de algunos elementos del TJE en el AECG.

Ciertamente, incluso la acción conjunta de gobierno no siempre se ha visto reflejada en decisiones arbitrales, pero puede jugar un papel de un indicador de avance para lograr un cambio sistémico en algunos casos. Y, tal como mencionan los autores en otra parte del libro, algunas de las principales economías han desarrollado tratados sin disposiciones de TJE o han cancelado aquellos tratados que contienen disposiciones que a veces son interpretadas tan ampliamente como para ser

aplicadas a medidas no discriminatorias.

La caracterización de los autores de la acción gubernamental como tímida es más precisa con respecto a la acción limitada de los gobiernos para garantizar que los tratados antiguos ya existentes sean interpretados en concordancia con estos objetivos de políticas, o para restringir la elección de tratados más favorables (*treaty shopping*) destinada a maximizar los derechos de los inversores en la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS), tal como se refleja en el uso continuo de viejos tratados en la gran mayoría de las demandas⁷. Dado que la tolerancia pública del *treaty shopping* que afecta al presupuesto público se entromete en otros campos del derecho económico —lo cual se refleja notablemente en el trabajo de la OCDE sobre convenios fiscales— es posible que se inste a los gobiernos que aborden estos temas también en el campo de los tratados de inversión⁸.

Conclusión

Estos asuntos relativamente menores —que también podrían plantear cuestiones dentro de los gobiernos sobre si necesitan informar sus políticas con más detalle— no restan valor a la examinación admirable y bien organizada de los autores sobre los principios subyacentes que deberían considerar los formuladores de políticas, los académicos y los participantes en el diseño de políticas de tratados de inversión. El libro subraya correctamente la necesidad de garantizar que los tratados aborden objetivos de políticas identificables y articulados, que este cambio en la interpretación de los tratados no saque de su curso a los tratados, y que las políticas de tratados sean gestionadas activamente por los gobiernos utilizando una gran variedad de contribuciones. Esto amerita un estudio minucioso y debería atraer el interés de diferentes expertos, formuladores de políticas y estudiantes a medida que los gobiernos participen cada vez más en una intensiva revisión de sus políticas de tratados.

Autor

David Gaukrodger es Jefe de Unidad y Asesor Legal Senior de la División de Inversiones de la OCDE. Dirige el análisis de la OCDE sobre tratados de inversión y solución de controversias, y brinda apoyo al trabajo de una Mesa Redonda sobre inversiones que se reúne periódicamente con la OCDE, el G20 y otros gobiernos. Las opiniones expresadas en el presente artículo son de carácter personal. *Texto traducido al español por María Candela Conforti.*

Notas

1 Bonnitcha, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press.

2 Para consultar un ejemplo sobre trabajos anteriores de los autores en esta área, véase la monografía sobre derecho y economía de Jonathan Bonnitcha de 2014. Bonnitcha, J. (2014). *Substantive protection under investment treaties: A legal and economic analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.

3 Véase, por ej., *Crompton (Chemtura) Corp. v. el Gobierno de Canadá*, Contestación de Canadá, 20 de octubre, 2008, p. 272. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8258.pdf> (“Los tres Estados del TLCAN han rechazado expresamente la noción de que los TBIs crean derecho consuetudinario internacional”) (negrita en el original y citas omitidas).

4 Poulsen, L. N. S. (2015). *Bounded rationality and economic diplomacy: The politics of investment treaties in developing countries*. Cambridge University Press.

5 Material de gobierno en esta área se encuentra compilado y resumido en Gaukrodger, D. (2017). *Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law* (Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Inversión Internacional, 2017/03). Extraído de <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

6 Véase id., pp. 42-47.

7 Véase UNCTAD. (2017). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2017: La inversión y la economía digital*. Ginebra: Naciones Unidas. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf, p. 128 (“A fines de 2016, virtualmente todos los casos conocidos de ISDS han sido presentados en virtud de tratados celebrados antes de 2010, que habitualmente presentan formulaciones amplias y vagas e incluyen pocas excepciones y salvaguardias”). [La traducción nos pertenece]

8 Para una descripción general, véase, por ej., Convenio Multilateral contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (un convenio multilateral que permite que las jurisdicciones transpongan los resultados del Proyecto BEPS de la OCDE/G20, incluyendo normas mínimas para implementar convenios fiscales para evitar el abuso de tratados y el “*treaty shopping*”, en sus redes existentes de convenios fiscales bilaterales de manera rápida y efectiva), extraído de <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>; véase también OCDE, Eliminating Treaty Shopping, (video 5 de Octubre de 2015), extraído de <https://www.youtube.com/watch?v=3W40rXyM18k&feature=youtu.be&list=PLwJUF-surgy4vyyAX9kkY4UVxj85cYCnm>. La imposición de límites al posible *treaty shopping* ha sido incluida en una gran cantidad de tratados de inversión recientes pero continúa siendo un tema a incluir en muchos otros tratados antiguos.

noticias en breve

Negociaciones del AAE entre la UE y Japón terminan sin inversión; TLC actualizado entre la UE y México cerca de completarse

El 8 de diciembre de 2017, el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, y el Primer Ministro japonés, Shinzo Abe, **anunciaron** el cierre de las negociaciones del Acuerdo de Asociación Económica (AAE) entre la Unión Europea y Japón.

Según una **declaración** de la Comisión Europea, el camino está libre para la firma, ratificación e implementación del acuerdo. La declaración destaca que “el AAE refuerza las acciones de la UE y de Japón en materia de desarrollo sostenible y cambio climático”.

Tal como se informó en ITN, los socios habían llegado a un acuerdo inicial del AAE en julio de 2017, pero no podían acordar ciertos aspectos del capítulo de inversión, incluyendo la solución de controversias. Las partes **dejaron la inversión fuera del AAE** para poder finalizarlo y más adelante celebrarán otro acuerdo de inversión.

También se informó que el acuerdo entre la UE y México está cerca de ser finalizado —incluyendo un capítulo de inversión—. Los socios negociadores celebraron la sexta ronda de negociaciones en la Ciudad de México, del 25 de noviembre al 1 de diciembre de 2017. Las negociaciones sobre un trato comercial actualizado han estado en curso desde mayo de 2016.

De acuerdo con un **comunicado de prensa de la UE**, se ha progresado en temas que incluyen el Sistema Judicial de Inversión (STI) y desarrollo sostenible, y la Comisión Europea sigue comprometida con el objetivo de celebrar el trato antes de fines de 2017.

Los negociadores se reunieron en Bruselas el 11 de diciembre para “**delinear un posible cierre de las negociaciones**”, y la Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, y el Ministro de Economía mexicano, Ildefonso Guajardo, planean reunirse la semana del 18 de diciembre.

Grupo de Trabajo III de la CNUDMI celebra primera reunión sobre posible reforma de ISDS

Durante la semana del 27 de noviembre al 1 de diciembre de 2017, el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) celebró su primera reunión para la posible reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS). En la 34ta sesión del grupo de trabajo participaron más de 300 participantes representando a gobiernos, organizaciones intergubernamentales y la sociedad civil.

En la reunión, el grupo de trabajo —que **recibió el mandato** de trabajar sobre este tema en julio de 2017— acordó considerar las tres etapas del mandato en esta secuencia: identificar las preocupaciones acerca de la ISDS, considerar si la reforma es conveniente y, de ser así, desarrollar soluciones para recomendar a la Comisión de la CNUDMI. También acordó “emprender un análisis minucioso de todos los temas pertinentes, con el objetivo de identificar las principales preocupaciones que justificarían la reforma”.

El grupo de trabajo ya comenzó los debates sobre los aspectos procesales de la ISDS, incluyendo la duración y costos de los procedimientos, asignación de costos,

seguridad de costos, financiamiento de terceras partes, transparencia, mecanismos de desestimación temprana y coherencia del régimen de ISDS y sus resultados.

Más información se encuentra disponible en el **comunicado de prensa de la CNUDMI** y en el **sitio web del grupo de trabajo**. Las grabaciones de los procedimientos de la 34ta sesión también están disponibles. La 35ta sesión del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI está programada del 23 al 27 de abril de 2018, en Nueva York, Estados Unidos.

La UE continúa con los esfuerzos para establecer un tribunal de inversión multilateral, pese a fuertes críticas

Más allá de alcanzar en la propuesta de un Sistema de Tribunales de Inversiones (STI) en negociaciones bilaterales, la Unión Europea continúa con sus esfuerzos de establecer un **tribunal multilateral de inversiones** (TMI). El 13 de septiembre de 2017, la Comisión emitió una **recomendación** que, de ser adoptada por el Consejo, otorgaría a la Comisión Europea el mandato requerido para negociar un convenio para crear un TMI. La Asociación de Jueces de Alemania (conocida por su acrónimo en alemán, DRB) —que ya había **rechazado la propuesta de un STI por la UE** en febrero de 2016— solicitó al gobierno alemán que denegara tal mandato. En su Opinión 21/17 de noviembre de 2017 (disponible en el **original en alemán** y en una **traducción al inglés** no oficial), la asociación presentó una fuerte crítica a la propuesta de un TMI por la UE. Varias organizaciones de la sociedad civil también expresaron **serias preocupaciones en torno a la propuesta**.

TLCAN 2.0: las rondas de negociación entre Canadá, México y Estados Unidos pasan al primer cuarto de 2018

Las tres partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) celebraron la tercera, cuarta y quinta ronda de renegociación (**Ottawa, 23 al 27 de septiembre; Arlington, 11 al 17 de octubre; y Ciudad de México, 17 al 21 de noviembre**). La próxima ronda de renegociaciones del TLCAN está programada del 23 al 28 de enero de 2018 en Montreal. **Se espera que las negociaciones continúen** a finales de marzo de 2018, antes de las elecciones presidenciales de México en julio de 2018.

El 17 de noviembre de 2017, el Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) lanzó una **versión actualizada** de los objetivos de negociación del TLCAN, que fueron **originalmente publicados en julio**. La actualización amplía significativamente los objetivos de negociación de Estados Unidos con respecto a la inversión.

El documento actualizado aclara que el objetivo de “reducir o eliminar las barreras a las inversiones de Estados Unidos en todos los sectores” incluye reglas tales como trato nacional y nación más favorecida, nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional y prohibiciones contra la expropiación, restricciones de transferencia y requisitos de desempeño.

En cuanto a la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS), los objetivos revisados pretenden garantizar la imparcialidad e independencia de los árbitros, la rápida revisión y desestimación de demandas frívolas y la corrección y coherencia de la interpretación

de las reglas de inversión. El USTR también pretende garantizar audiencias abiertas, la publicación oportuna de documentos clave y un mecanismo que permita las presentaciones en calidad de *amicus curiae*.

Estados Unidos **presuntamente continúa** proponiendo un **sistema opt-in** de la ISDS que permitiría a cada país del TLCAN decidir si participará o no. Sobre este punto, el Ministro de Economía mexicano Ildefonso Guajardo **señaló**: “Podemos explorar el opt-in, siempre y cuando podamos definir nuestro propio opt-in”, y agregó que, de otra manera, México “no está interesado”.

A su vez, **se informó que Canadá** está presionando para el reemplazo de la disposición de ISDS del Capítulo 11 por un Sistema de Tribunales de Inversiones (**STI**), que refleje el contenido en el Acuerdo Económico y Comercial Global (**AECG**) entre Canadá y la Unión Europea. El STI propuesto estaría compuesto por un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación.

Socios de RCEP pierden la tercera fecha límite y postponen negociaciones para noviembre de 2018

Los países participantes de la Asociación Económica Integral Regional (por sus siglas en inglés, RCEP) celebraron la 20ma ronda de negociaciones en Incheon, Corea, del 17 al 28 de octubre de 2017. Los líderes también celebraron la primera cumbre de la RCEP en Manila, Filipinas el 14 de noviembre de 2017 después de dos días de reuniones preparatorias.

La **Declaración Conjunta de los Líderes** emitida al final de la cumbre indica que la RCEP incluirá “disposiciones acordadas que conservan el derecho de los Países Participantes a atender propósitos legítimos de políticas públicas”. El actual borrador del acuerdo, adjunto a la declaración, también indica que “el Capítulo de Inversión crearía un ambiente de inversión propicio en la región que cubrirá los cuatro pilares de las inversiones — protección, liberalización, promoción y facilitación”.

Los líderes acordaron intensificar las negociaciones a lo largo de 2018. **Establecieron una nueva meta** para firmar el acuerdo durante la cumbre de ASEAN en Singapur en noviembre de 2018. Las negociaciones fueron lanzadas oficialmente en 2012, y **las fechas límite de negociación se perdieron tres veces**, en 2015, 2016 y 2017.

Los 16 socios de la RCEP incluyen a 10 Estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, las Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam) aparte de Australia, China, India, Japón, Corea y Nueva Zelanda. Todos juntos, estos países cubren casi un tercio de la economía mundial y la mitad de la población.

11 ministros del TPP acuerdan principales elementos del Acuerdo Progresivo y Global para la Asociación Transpacífica (en inglés, CPTPP)

El 11 de noviembre de 2017, en Da Nang, Vietnam, los ministros de Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam **acordaron** los principales elementos del Acuerdo Progresivo y Global para la Asociación Transpacífica (en inglés, CPTPP).”

En su **declaración**, los ministros expresaron su entendimiento de que “el CPTPP conserva los altos estándares, balance general e integridad del TPP mientras

garantiza los intereses comerciales y otros intereses de todos los participantes y preserva nuestro derecho inherente a regular, incluyendo la flexibilidad de las Partes para establecer prioridades legislativas y regulatorias”.

El CPTPP incorpora disposiciones del **TPP-12**, celebrado antes de que **Estados Unidos se retirara**, con la excepción de ciertas disposiciones e ítems suspendidos que aun dependen de más negociaciones. En el capítulo de inversión, las disposiciones suspendidas son aquellas que involucran un “acuerdo de inversión” y la “autorización de la inversión”, que están cubiertos por la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS).

En un **comunicado de prensa** emitido el 31 de octubre de 2017, la Primer Ministro de Nueva Zelanda, Jacinda Ardern, había expresado la preocupación de su gobierno en cuanto a la cláusula de ISDS del TPP y resolvió enmendarla. “Además, el Gabinete indicó hoy a los oficiales en la negociación que se opongán a la ISDS en todo acuerdo de libre comercio futuro”, señaló en el comunicado de prensa.

Después de la reunión del 11 de noviembre en Da Nang, **Ardern apoyó la reducción de la ISDS** en tres áreas: “Uno, la ISDS ya no se aplica a la selección de inversores. Segundo, cualquiera que emprenda un contrato con un Gobierno ya no podrá demandarlo a través de la ISDS, sino que en cambio deberá someterse a procedimientos internos. Tercero, se relaciona con servicios financieros”.

Si bien reconoció que el acuerdo no es perfecto, Ardern afirmó que “se ve muchísimo mejor que cuando empezamos”, y que la revisión del TPP en tres años será otra oportunidad para impugnar las disposiciones de ISDS. Finalmente confirmó: “Estamos trazando una línea en la arena —no firmaremos ningún acuerdo futuro que contenga estas cláusulas”.

El Primer Ministro canadiense, Justin Trudeau, y el Primer Ministro japonés, Shinzo Abe, tuvieron una reunión el 10 de noviembre que terminó en desacuerdo. Una posterior reunión con otros líderes del TPP fue cancelada inesperadamente ya que Trudeau decidió no asistir.

Criticado por supuestamente “sabotear” un acuerdo final, Trudeau explicó que aún hay “mucho trabajo por hacer” en cuanto a género, reglas de origen, cultura y el sector automotriz. “No estábamos listos para cerrarlo”, **dijo Trudeau**. Antes de la reunión de Da Nang, había señalado que **Canadá no se “apresuraría** a firmar un acuerdo que no sea del mejor interés de Canadá y los canadienses”.

Bélgica solicita al TJUE una opinión sobre la compatibilidad del STI en el AECG con el derecho de la UE

El 6 de septiembre de 2017, Bélgica **presentó** al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una solicitud de una opinión sobre la compatibilidad del STI con los Tratados europeos. **Específicamente**, Bélgica solicita una opinión sobre la compatibilidad del STI con (1) la competencia exclusiva del TJUE para proporcionar la interpretación definitiva del derecho de la UE, (2) el principio general de igualdad y el requisito de “efecto práctico” del derecho de la UE, (3) el derecho a acceso a los tribunales y (4) el derecho a un poder judicial independiente e imparcial.

laudos y decisiones

Empresa minera canadiense otorgada solo costos irrecuperables en compensación por expropiación peruana

Bear Creek Mining Corporation vs. República de Perú, Caso del CIADI No. ARB/14/21

Matthew Levine

Un tribunal arbitral constituido bajo el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú (TLC) ha emitido su laudo.

El tribunal dictaminó que la empresa minera demandante debe recibir compensación por la expropiación efectuada por el Estado receptor. Sin embargo, el tribunal otorgó únicamente costos irrecuperables, y un árbitro disidente afirmó que los daños deberían reducirse considerando que el inversor contribuyó al malestar social, lo cual llevo al Estado a expropiar la inversión en primer lugar.

Antecedentes y demandas

La demandante, Bear Creek Mining Corporation (Bear Creek), es una empresa canadiense con sede en Vancouver. En 2004, Bear Creek tomó conocimiento de la existencia de potenciales depósitos de mineral de plata en Santa Ana, ubicada en el departamento de Puno en Perú.

Bajo el Artículo 71 de la Constitución peruana, debido a que la mina se encuentra ubicada a 50 kilómetros de la frontera con Bolivia, se requiere una autorización específica del poder ejecutivo de Perú para que cualquier inversor pueda operar. A fin de mantener su demanda en Santa Ana, Bear Creek primero hizo que un empleado peruano registrara los derechos mineros pertinentes. Luego solicitó y recibió la autorización necesaria para adquirir dichos derechos a su nombre. Finalmente, los derechos fueron transferidos a Bear Creek en diciembre de 2007.

Entre 2007 y 2011, Bear Creek consiguió financiamiento para el desarrollo de la mina Santa Ana. Según la empresa, había propuesto un diseño sostenible para la mina tal como lo demuestra la aprobación del gobierno del informe de impactos en 2011. También afirmó que las reuniones públicas con los residentes locales habían tenido mucha participación y generaron devoluciones en su mayoría favorables.

Sin embargo, desde el 2011 en adelante, Santa Ana enfrentó gran oposición social, con protestas que en ocasiones se tornaron violentas. La preocupación se extendió a las comunidades cercanas temiendo que las actividades mineras estuvieran contaminando las tierras locales y el Lago Titicaca. Cuando se eligió un nuevo presidente en junio de 2011, Perú emitió un decreto revocando la autorización de Bear Creek (Decreto Supremo 032).

En agosto de 2014, Bear Creek presentó una Solicitud de Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Conforme al Artículo 832 del TLC, Canadá presentó un escrito de parte no contendiente. El tribunal también recibió tres solicitudes para presentar una comunicación escrita como *amicus curiae*, pero aceptó únicamente dos.

Tribunal rechaza objeciones a la jurisdicción

Perú afirmó que, dado que el ciudadano peruano que originalmente adquirió los derechos mineros era

un empleado de Bear Creek, la empresa se había convertido en el propietario de facto de los derechos antes de cumplir con la condición constitucional precedente. Argumentó que, pese a que los contratos de opción son un arreglo habitual en la industria minera, su utilización en este caso carecía de buena fe. Para Perú, el problema era que Bear Creek no había solicitado adecuadamente la aprobación de su participación en Santa Ana, y, por ende, toda aprobación que haya sido otorgada era inválida. No obstante, el tribunal fue unánime al rechazar esto, remarcando que el Artículo 847 del TLC establece una definición expresa y amplia de “inversión” que debe ser aplicada en el presente caso.

En una objeción separada, Perú alegó que, como regla general, los tribunales arbitrales no poseen jurisdicción sobre las inversiones realizadas en violación del derecho interno. El tribunal, por su parte, dictaminó que tal determinación debe basarse en el tratado aplicable. Concluyendo que el TLC no brindaba evidencia alguna de un requisito de legalidad, rechazó la objeción de la demandada.

Revocación de autorización post-elecciones constituye expropiación indirecta ilícita

Bear Creek reclamó que el Decreto Supremo 032 constituía una expropiación indirecta de su inversión en Santa Ana. El tribunal remarcó que el Artículo 812.1 brinda una orientación detallada de la naturaleza de una expropiación indirecta, así como sus notas al pie y un anexo relacionado. Por lo tanto se consideran tres factores: impacto económico; interferencia con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y el carácter de la medida en cuestión. Si bien el tribunal consideró que los dos primeros factores se cumplían en este caso, el tercero requería una examinación detallada del Decreto Supremo 032 y las circunstancias en que fue emitido.

Según Perú, la revocación constituyó un ejercicio válido de sus poderes de policía —y por lo tanto no era una expropiación indirecta— dado el temor de que las protestas violentas desestabilizaran la frontera con Bolivia. A este respecto, Perú argumentó que Bear Creek enfocó sus esfuerzos de mantener relaciones con la comunidad en un acotado segmento de la sociedad local y esta fue la razón por la cual la oposición a la mina pasó de huelgas y protestas a un malestar social, escasez de alimentos y malas condiciones de salubridad.

Bear Creek alegó que los manifestantes no eran locales y que fueron organizados por el entonces candidato a presidente Ollanta Humala, que estaba conduciendo una campaña anti-inversión extranjera. Según Bear Creek, no fue otorgada una audiencia o notificación previa del decreto, y que las razones ofrecidas eran meramente pretextos políticos para repeler la inversión extranjera.

El tribunal concluyó que “aunque el concepto de “licencia social” no se define claramente en el derecho internacional” (párrafo 406), las acciones para lograr la licencia social más allá de las emprendidas por Bear Creek habrían sido posibles y factibles. Sin embargo, finalmente, “la pregunta relevante para el Tribunal es determinar si la Demandada [podría] afirmar que esta mayor divulgación se exigía legalmente y que su ausencia ocasionó el conflicto social y

contribuyó a este, como para justificar el Decreto Supremo 032” (para. 408).

Al intentar resolver esta cuestión, el tribunal coincidió con el principio del caso *Abengoa vs. México* que, para que la responsabilidad internacional del Estado pueda ser excluida con base en una omisión o culpa del inversor, es necesario no solo que se pruebe dicha omisión o culpa, sino también que se establezca el nexo de causalidad al daño sufrido. La evidencia demuestra que las autoridades peruanas tenían conocimiento de las actividades de divulgación y contacto de Bear Creek y que de hecho las aprobaron, apoyaron y respaldaron. Dada su aprobación y respaldo continuo a la conducta del inversor, Perú no pudo afirmar en retrospectiva que la conducta del inversor fue insuficiente y que ocasionó el conflicto social o contribuyó a este.

Por lo tanto, el tribunal procedió a confirmar que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación ilícita.

Otras demandas del inversor reservadas en favor de la economía judicial

El inversor también invocó garantías de trato justo y equitativo (TJE) y de nación más favorecida (NMF) del TLC. Dado que las partes no presentaron argumentos relacionados con las consecuencias jurídicas de la determinación de tales garantías, y dicha determinación, de hecho, no se modificaría ni se sumaría a las que resulten de una expropiación indirecta ilícita, el tribunal no encontró la necesidad de emitir conclusiones a este respecto.

Daños limitados a costos irre recuperables

Al considerar los daños que se debían a Bear Creek, los tres miembros del tribunal coincidieron en que no era posible calcular los daños basándose en la rentabilidad prevista de la mina bajo el método de flujo de caja descontado (FCD). La rentabilidad prevista no resulta pertinente en el caso de una mina no productiva, en su etapa inicial, tal como era Santa Ana. La tarea, por lo tanto, se centraba en evaluar lo que Bear Creek había invertido realmente antes de ser expropiada.

Es indiscutible que Bear Creek invirtió un total de USD 21.827.687 en el proyecto, pero Perú argumentó con éxito que este monto incluía el dinero gastado antes de que la empresa obtuviera la autorización para la mina Santa Ana. El tribunal determinó que los USD 3.590.095 que fueron gastados antes de la autorización no podían ser considerados como parte de la inversión, y por ende, le otorgó la suma de USD 18.237.592.

Arbitro disiente en cuanto al monto de la compensación

Para el árbitro disidente, Philippe Sands, el cálculo de los daños debería reducirse porque estaba “claro que las protestas y las agitaciones sociales fueron causadas, en parte, por el Proyecto Santa Ana” (disidente, párrafo 1).

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT) era de “particular relevancia” (disidente, párrafo 7). Mientras que la mayoría se basó en la postura de que el Convenio 169 de la OIT “impone obligaciones directas solo a los Estados” (párrafo 664) que las empresas privadas no pueden incumplir, para el árbitro disidente “el hecho de que el Convenio no imponga obligaciones de forma directa en el inversionista particular extranjero

en calidad de tal no significa, sin embargo, que no reviste importancia o que carece de efectos legales respecto de ellos” (disidente, párrafo 10).

Tal como en el caso *Urbaser vs. Argentina*, el disidente afirmó que el Convenio 169 de la OIT, en particular el Artículo 15 sobre requisitos de consulta, no puede ser pasado por alto. Concluyó que “le corresponde al inversionista obtener la “licencia social”, y en el presente caso no pudo hacerlo mayormente debido a sus propias fallas” (disidente, párrafo 37). En base a esto, propuso que la cuantificación de los daños se reduzca a la mitad por el aporte del inversor a los acontecimientos que llevaron al Decreto Supremo 032.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Karl-Heinz Böckstiegel, (Presidente designado por las partes, ciudadano alemán), Michael Pryles, (nominado por la demandante, nacional australiano), Philippe Sands (designado por la demandada, nacional británico). El laudo del 30 de noviembre de 2017, junto con la opinión disidente del árbitro Philippe Sands se encuentran disponibles en español en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>.

Kazakstán culpable por expropiación de inversión de la familia Hourani en segundo round de arbitraje del CIADI

Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. la República de Kazakstán, Caso del CIADI No. ARB/13/13

Mintewab Abebe

La mayoría de un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) otorgó a Caratube International Oil Company LLP (Caratube) USD 39,2 millones más intereses por la expropiación ilícita de sus derechos contractuales para la exploración de petróleo por parte de Kazakstán.

Antecedentes y demandas

Los demandantes fueron Caratube y su accionista mayoritario, el Sr. Devincci Salah Hourani, ciudadano estadounidense. La controversia surgió a raíz de un contrato de exploración y producción de petróleo celebrado entre el Ministerio de Energía y Recursos Minerales de Kazakstán y Contratistas Consolidados (CCC) en 2002. Después de algunos meses, CCC cedió el contrato a Caratube. En el mismo se disponía una fase de exploración de cinco años (con la posibilidad de dos extensiones) y una posterior fase de producción. La fase de exploración fue extendida una vez, en 2007.

Por recomendación de la fiscalía, el Ministerio envió notificaciones por la violación del contrato con Caratube y posteriormente, en enero de 2008, decidió cancelarlo unilateralmente. Kazakstán alegó que la cancelación se debió a una falla por parte de Caratube de llevar a cabo obras de exploración fundamentales, lo cual constituía una violación material. Los demandantes alegaron que la cancelación y posterior acoso tuvieron una motivación política debido a las repercusiones de la relación entre el presidente de Kazakstán y el Sr. Rakhat Aliyev, socio de la familia Hourani.

La controversia dio origen a varios procedimientos. El caso del CIADI *Caratube I* en virtud del tratado bilateral

de inversión (TBI) entre Kazakstán y los Estados Unidos fue desestimado por falta de jurisdicción y finalmente retomado en el procedimiento de anulación. La presente demanda —por expropiación, trato justo y equitativo (TJE), seguridad y protección plenas, entre otras— se basa en el contrato, que contiene una cláusula de arbitraje, y en la Ley de Inversión Extranjera (LIE) de Kazakstán, que incluye protecciones sustantivas.

Tribunal rechaza objeciones jurisdiccionales de Kazakstán

Primero, Kazakstán argumentó que Caratube cometió un abuso del proceso al dividir y presentar demandas repetitivas, que deberían haber sido entabladas bajo el caso *Caratube I*. El tribunal afirmó que el hecho en sí mismo de iniciar múltiples procedimientos no resulta abusivo. Si bien los demandantes podrían haber entablado estas demandas anteriormente, esta falla no fue motivada por mala fe. Aceptó que los demandantes poseían un interés estratégico legítimo de no presentar demandas innecesarias en el caso *Caratube I*, y afirmó que no se cumplió con el alto estándar de evidencia probatoria para demostrar un abuso de proceso.

Segundo, Kazakstán rebatió que las demandas eran puramente contractuales, de esta manera, regidas por el régimen de prescripción de Kazakstán. En consecuencia, alegó que las demandas prescribieron en 2013, y que *Caratube I* no interrumpió este período, dado que la jurisdicción fue denegada. Los demandantes sostuvieron que sus demandas no estaban sujetas a la ley de prescripción nacional debido a su carácter internacional. El tribunal concluyó que Caratube actuó de manera diligente al iniciar el primer procedimiento y posteriormente el procedimiento de anulación. Afirmó que sería incompatible con los principios de prescripción internacionales sancionar a una parte diligente que actuó razonablemente en base a motivos que no eran manifiestamente infundados.

Tercero, Kazakstán alegó que la exclusión del asunto (impedimento colateral o *collateral estoppel*) y prescripción de la demanda (cosa juzgada o *res judicata*) impedirían las demandas.

Kazakstán rebatió que los asuntos presentados habían sido decididos por el tribunal del caso *Caratube I*. Los demandantes alegaron que en el caso *Caratube I* se rechazó la jurisdicción exclusivamente sobre la base del TBI. El tribunal explicó que, para que haya un impedimento colateral, los asuntos planteados deben ser idénticos y esenciales a la parte determinante del laudo anterior. Concluyó que *Caratube I* no tomó una decisión final sobre todos los asuntos jurisdiccionales y que aquellos que sí fueron decididos no eran idénticos a los temas que ocupan este arbitraje. Según el tribunal, la decisión sobre jurisdicción en el caso *Caratube I* se basó en el instrumento de otorgamiento de consentimiento —es decir, el TBI— que no era el mismo que atañe a las presentes demandas.

Similarmente, rechazó la objeción *res judicata*, la cual requiere la identificación del objeto de la demanda (la reparación solicitada) y la causa de la demanda (los fundamentos jurídicos) entre ambos procedimientos. El tribunal recordó que la base fundamental invocada en el caso *Caratube I* era el TBI, en contraposición con el

contrato y la LIE del presente caso. Por ende, concluyó que no había demandas idénticas.

Caratube constituye un inversor tal como se encuentra definido bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI

El Convenio del CIADI requiere que las partes acepten presentar sus controversias a arbitraje. Además, el Artículo 25(2)(b) establece que en cuanto a las personas jurídicas, el Estado anfitrión debe tratar a las filiales locales sometidas a control extranjero como nacionales de otro Estado contratante. Kazakstán alegó que Caratube no cumplía con estos requisitos.

En cuanto al requisito de tratar al inversor como nacional de otro Estado contratante, el tribunal concluyó que, bajo el contrato, las partes acordaron que el “Contratista” sería tratado como un nacional extranjero a los efectos del Convenio del CIADI. Kazakstán rebatió que esta disposición regía a CCC, predecesora de Caratube, pero que no se extendía a Caratube, dado que se trataba de una empresa de Kazakstán y a un mero cesionario del contrato. El tribunal rechazó este argumento, no encontrando razón alguna para tratar a Caratube de manera diferente, particularmente dado que Kazakstán aprobó la cesión del contrato.

En cuanto al requisito de control extranjero, la controversia versa sobre si esto implicaba el control efectivo o formal (jurídico). Kazakstán argumentó que el Sr. Hourani no ejerció el control efectivo de Caratube y, por lo tanto, no se encontraba bajo control extranjero. El tribunal sostuvo que el Convenio del CIADI no requiere el control real y que Kazakstán no rebatió la presunción de que Caratube, cuya propiedad mayoritaria pertenecía a un nacional extranjero, se encontraba bajo control extranjero.

En cuanto al requisito de prestar consentimiento, el tribunal sostuvo que Kazakstán brindó su consentimiento al celebrar el contrato con CCC y luego aceptando la asignación del mismo. Asimismo, rechazó el argumento de que el consentimiento solo abarcaba las demandas surgidas del contrato, y no de la LIE. Coincidió con las demandantes en que las protecciones sustantivas de la LIE se encontraban incorporadas en el contrato.

Caratube realizó inversiones

El contrato establece que todas las transacciones contempladas en el mismo “deben ser consideradas como una inversión bajo la jurisdicción del CIADI” (párrafo 630). Kazakstán, sin embargo, alegó que la inversión posee un significado objetivo que no podría ser extendido por acuerdo. El tribunal rechazó este argumento y sostuvo que un acuerdo que concierne la existencia de una inversión impide a las partes la posterior impugnación de la jurisdicción del CIADI en base a la presunta ausencia de una inversión. No encontró evidencia suficiente del uso ilícito de la nacionalidad estadounidense para acceder al tribunal.

El tribunal no posee jurisdicción sobre las demandas del Sr. Hourani

El tribunal concluyó que no posee jurisdicción sobre las demandas del Sr. Hourani, dado que el único instrumento disponible para el otorgamiento de consentimiento —la LIE— fue derogado en 2003, más de un año antes de adquirir sus acciones en Caratube.

Kazakstán expropió ilegalmente los derechos contractuales existentes de Caratube

Caratube argumentó que el contrato fue cancelado ilícitamente debido a motivaciones políticas mientras que Kazakstán afirmó que la cancelación se debió a una violación material. El tribunal definió la expropiación como (i) la irrazonable privación sustancial de derechos existentes, (ii) de determinada duración, y (iii) causada por un acto soberano del Estado anfitrión (párrafo 825). Siguió el estándar jurídico de la LIE, que refleja los estándares de expropiación del derecho consuetudinario internacional.

La mayoría sostuvo que Caratube no había hecho ningún descubrimiento comercial de nuevos yacimientos petrolíferos y, por ende, no poseía un derecho adquirido para proceder a la fase de producción. Sin embargo, afirmó que Caratube aun poseía derechos bajo la fase de exploración así como la posibilidad de cumplir con los requisitos para proceder a la fase de producción. Según el tribunal, Caratube tenía el derecho de actuar hasta el final del primer período de extensión y la posibilidad de solicitar una segunda extensión. Además, sostuvo que Kazakstán no pudo determinar que todas las violaciones de Caratube eran materiales, y que no emitió una notificación adecuada de la violación.

Remarcando que la inversión no tenía valor sin el contrato, que la privación era de carácter permanente sin interés público en vista y que no hubo pago de compensación, la mayoría determinó que Kazakstán expropió la inversión Caratube ilegalmente.

El tribunal también dictaminó que la intervención de la fiscalía al enviar “recomendaciones” al Ministerio daba evidencia de la naturaleza soberana de los actos. No encontró ninguna autoridad o experiencias previas de una intervención como tal por parte de la fiscalía. Pese a que la mayoría no encontró ninguna prueba del presunto acoso motivado políticamente, sostuvo que la coincidencia sorprendente entre la cancelación y las repercusiones de la relación de la familia Hourani con el Estado daban prueba de que la verdadera motivación residía en la familia y en el contexto político.

Concluyendo que Kazakstán expropió la inversión, el tribunal consideró necesario decidir sobre las demandas relativas a otras violaciones.

Tribunal rechaza todas las demandas por daño exceptos costos irrecuperables de la inversión más intereses

El tribunal denegó la solicitud de los demandantes por la pérdida de ganancias y oportunidades, afirmando que ambas demandas eran inciertas y especulativas. También rechazó las demandas por daño moral debido al presunto acoso que llevó a humillaciones y pérdida de reputación ya que los demandantes no cumplieron con la carga de la prueba.

La mayoría del tribunal otorgó USD 39,2 millones por los costos irrecuperables de la inversión más intereses desde la cancelación en enero de 2008 en adelante a una tasa de interés LIBOR más el 2 por ciento, compuesta semi-anualmente. Cada parte debió asumir sus propias costas legales, dividiendo los costos del arbitraje en partes iguales.

Opinión disidente

El árbitro nominado por Kazakstán, Jacques Salès, disintió de las conclusiones del resto del tribunal con respecto a la expropiación. Afirmó que el estudio sísmico presentado por los demandantes no pudo probar las reservas de petróleo con ninguna certeza. Además, señaló que la conducta del fiscal estaba autorizada ya que estaba haciendo su trabajo al defender la aplicación de la ley. También explicó que la notificación fue suficiente.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Laurent Lévy (presidente, designado por las partes, nacional suizo y brasilero), Laurent Aynès (nominado por las demandantes, ciudadano francés) y el Dr. Jacques Salès (designado por la demandada, nacional francés). El laudo está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>.

Tribunal del CIADI confirma jurisdicción en controversia entre empresa constructora china y Yemen *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. la República de Yemen, Caso del CIADI No. ARB/14/30* **Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constituido bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre China y Yemen ha emitido su decisión sobre jurisdicción, aceptando que la empresa de propiedad estatal (EPE) de la demandante podía presentar un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

Antecedentes y demandas

La demandante, Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUCG), es una empresa estatal establecida bajo las leyes chinas.

Yemen, junto con donantes internacionales, ha participado en la mejora de las instalaciones del Aeropuerto Internacional de Sana'a durante varias décadas. En 2006, BUCG celebró un contrato con la Autoridad Civil de Aviación y Meteorología de Yemen (CAMA) para construir una nueva terminal en el aeropuerto de la capital de dicho país.

BUCG alega que, en julio de 2009, Yemen empleó sus fuerzas militares y aparato de seguridad para agredir y detener a los empleados de BUCG para impedir forzosamente el ingreso de BUCG al recinto de construcción. Luego, nuevamente según BUCG, Yemen utilizó este incidente como una excusa para que CAMA cancelara su contrato con BUCG.

En su solicitud de arbitraje de 2014 y las posteriores presentaciones ante el tribunal, BUCG reclamó que fue expropiada en violación del Artículo 4 del TBI.

Las partes no concuerdan sobre si la empresa estatal califica como inversor

El Convenio del CIADI brinda un foro para la solución de controversias relativas a inversión presentadas por inversores extranjeros contra Estados anfitriones, pero excluye las controversias entre Estados. El Convenio, sin embargo, no aborda específicamente el estatus de las empresas de propiedad estatal (EPEs), tales como BUCG. Yemen alegó que el Artículo 25(1) del Convenio de CIADI que establece “el nacional de otro Estado Contratante” excluye a BUCG por dos razones

principales: BUCG estaba bajo la dirección y el control del gobierno chino al llevar a cabo sus actividades, y BUCG estaba facultada para ejercer elementos de autoridad gubernamental en China.

Yemen además argumentó que, bajo el derecho chino, las EPEs actúan efectivamente bajo la dirección y el control del gobierno chino y el Partido Comunista Chino (PCC), y que esto significa que el gobierno chino es el que toma las decisiones finales sobre las operaciones, administración y decisiones estratégicas de BUCG. Para apoyar esta postura, Yemen invocó algunas características del derecho chino aplicables a las EPEs generalmente, y a BUCG específicamente.

BUCG refutó que la cuestión de si calificaba o no como inversor bajo el Artículo 25(1) debía ser considerada en el contexto específico de la inversión que había dado origen a la controversia. Argumentó que su inversión en Yemen fue realizada mientras actuaba como una empresa comercial, después de participar en una licitación competitiva, y no involucraba el ejercicio de poderes gubernamentales o públicos. Según BUCG, los vínculos estructurales con el gobierno chino y las funciones públicas dentro de China eran irrelevantes para establecer su estatus como inversor en el CIADI.

Tribunal confirma su jurisdicción sobre empresa de propiedad estatal china

El tribunal coincidió con BUCG en que la cuestión jurídica pertinente era si BUCG “actúa como un agente del Estado en el contexto específico a los hechos” (párrafo 39). Para el tribunal, la evidencia del actual caso no establecía que, “al construir una terminal aeroportuaria en Yemen, BUCG estaba actuando como un agente del Estado chino en cualquier sentido pertinente de la palabra ‘agente’” (párrafo 39).

A este respecto, el tribunal consideró particularmente para notar que “BUCG participó en el proyecto aeroportuario como un contratista general después de una licitación pública en competencia con otros contratistas. Su oferta fue seleccionada en base a sus méritos comerciales. Su contrato fue cancelado, refuta Yemen, no por ninguna razón asociada con las decisiones o políticas de PRC sino debido a que BUCG no desempeñó sus servicios comerciales en el recinto aeroportuario a un nivel comercialmente aceptable” (párrafo 40).

El tribunal además concluyó que “la afirmación de que ‘el Estado chino es el que toma las decisiones finales’ de BUCG es demasiado remoto para que los hechos del proyecto del Aeropuerto Internacional de Sana’a sean pertinentes” (párrafo 43).

Tribunal acepta jurisdicción sobre demandas de expropiación en cuanto a la responsabilidad y a la compensación

Similarmente a otros tratados negociados por China antes de 1998, el TBI, en su Artículo 10, contempla el arbitraje ante el CIADI por “toda controversia relacionada con el monto de compensación por la expropiación”.

Yemen alegó que la jurisdicción del tribunal se limitaba a las controversias concernientes al cálculo del “monto de compensación” donde hay una responsabilidad admitida por el Estado anfitrión. En contraste, BUCG defendió una interpretación amplia para incluir la evaluación

tanto de la responsabilidad como de la compensación. BUCG argumentó que si no se determina el asunto de la responsabilidad no podría realizarse una consideración del quantum.

El tribunal aceptó la postura de BUCG y concluyó que el Artículo 10 permite al inversor presentar demandas de expropiación relacionadas con los asuntos tanto de responsabilidad como del quantum. A este respecto, el tribunal determinó que el significado común de las palabras “monto de compensación” no era concluyente en favor de la postura de ninguna de las partes. Dado que el significado ordinario del TBI no era concluyente, la interpretación del tribunal procedió a considerar el contexto, objeto y propósito del TBI.

Se rechaza objeción de Yemen de que las demandas son puramente contractuales

Como un asunto final, el tribunal consideró la objeción de Yemen de que la demanda de BUCG era puramente contractual, y por lo tanto, estaba sujeta a la jurisdicción exclusiva de su contrato con CAMA. Por consiguiente, Yemen alegó que el tribunal carecía de jurisdicción.

BUCG respondió que sus demandas surgieron en virtud del TBI y que no eran meramente contractuales. Según la demandante, el tribunal debería aplicar una prueba prima facie a los hechos presentados en el memorial de la demandante y que estos hechos demostraban que sus demandas podían ser capaces de constituir violaciones de TBI.

El tribunal concluyó que, de hecho, no poseía jurisdicción para resolver las demandas y contrademandas alegadas por las partes en base a sus obligaciones contractuales. Se limitó a considerar la reparación a la cual la demandante puede o no puede estar facultada a recibir en virtud del TBI. El tribunal luego determinó que poseía jurisdicción para atender las demandas de BUCG en la medida en que hayan surgido de conformidad con el TBI, lo cual sería considerado en la etapa de los méritos del arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Ian Binnie (Presidente designado por las partes, nacional canadiense), John Townsend (nominado por la demandante, nacional estadounidense) y Zachary Douglas (designado por la demandada, ciudadano australiano). La Decisión sobre Jurisdicción del 31 de mayo de 2017 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf>.

Demandas entabladas por una empresa controlada por multimillonario egipcio contra Argelia son declaradas inadmisibles

Orascom TMT Investments S.à r.l. vs. la República Democrática y Popular de Argelia, Caso del CIADI No. ARB/12/35

Mintewab Abebe

El 31 de mayo de 2017, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dictaminó que las demandas entabladas por Orascom TMT Investments S.à r.l. (Orascom) contra Argelia no eran admisibles y se rehusó a ejercer jurisdicción.

Antecedentes

En el 2001, a la empresa egipcia Orascom Telecom Holdings (OTH) le fue otorgada una licitación pública para desarrollar una red de telecomunicaciones móviles para Argelia. Comenzó a operar a través de su filial argelina, OTA. Orascom adquirió OTH y Wind, una empresa de telecomunicaciones italiana, en la misma transacción en 2005.

Orascom alegó que, comenzando en 2008, debido a una vendetta política en contra de su accionista mayoritario —el empresario egipcio Naguib Sawiris— Argelia tomó varias medidas en contra de OTA, incluyendo un revalúo impositivo masivo, restricciones en el pago de dividendos, congelamiento de cuentas bancarias y un bloqueo aduanero. Según Orascom, estos abusos la forzaron a vender OTA en 2011.

En 2010, OTH notificó una controversia en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Egipto y Argelia, y en 2012 inició un arbitraje ante un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En menos de una semana, otra filial, Weather Investments, emitió una notificación en virtud del TBI entre Italia y Argelia. Posteriormente en 2012, Orascom inició un arbitraje en el CIADI bajo el TBI entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL) y Argelia (el TBI). OTH y Argelia llegaron a un acuerdo de solución y la CPA registró la solución en un laudo de mutuo acuerdo en 2015.

Tribunal afirma que la sede social de Orascom se encontraba en Luxemburgo

La definición de inversor en el TBI requiere que una empresa sea constituida bajo las leyes de uno de los Estados contratantes y que posea su *sede social* en el mismo lugar. El asunto en disputa fue qué significaba “*sede social*”. Argelia argumentó que la nacionalidad de Orascom debía ser determinada en referencia al derecho interno de Luxemburgo, el cual señala a la “*sede real*” como —el lugar donde se lleva a cabo la administración efectiva de la empresa. Por lo tanto, para Argelia, la sede real es Egipto, donde se basa Naguib Sawiris. Por su parte, Orascom alegó que el término abarca una noción autónoma de nacionalidad y se refiere a la oficina estatutaria o registrada —Luxemburgo.

El tribunal decidió que la estructura gramatical y sintáctica del TBI y el contexto en el cual se emplea el término demuestran que “*sede social*” es un requisito específico al tratado. Esto concuerda con el reciente laudo del caso *Tenaris and Talta c. Venezuela*. Sin embargo, partió del razonamiento del tribunal de *Tenaris* así como del de *Capital Financial Holdings Luxembourg c. Camerún*, ambos tratando sobre TBIs celebrados por Luxemburgo. El tribunal del caso *Tenaris* concluyó que este término significaba la “*sede efectiva*”, y para el tribunal del caso *Capital Financial Holdings*, la “*oficina central real*”. El tribunal de *Orascom* analizó el texto del TBI en árabe, holandés y francés, y concluyó que todos establecen que este término significa “*oficina registrada*”.

Argelia invocó el principio de *effet utile* y argumentó que

interpretar la *siège social* como la oficina registrada tornaría el término superfluo. Según la opinión del tribunal, no obstante, la nacionalidad corporativa se encuentra definida con referencia al lugar de incorporación, lo cual lleva a una prueba única de dos elementos: incorporación conforme al derecho local y la oficina registrada. Aplicando esta prueba, el tribunal concluyó que la *siège social* de Orascom se encontraba en Luxemburgo y que, por lo tanto, calificaba como un inversor bajo el TBI. El tribunal concluyó que su decisión habría sido la misma aunque la nacionalidad hubiera sido establecida en referencia al derecho de Luxemburgo, tal como argumentó Argelia.

Participación accionaria indirecta constituye una inversión

Argelia objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que Orascom no realizó una inversión que recayera dentro de lo establecido en el TBI y el Convenio del CIADI. Según la demandante, la mera participación accionaria indirecta de Orascom en OTA no califica como una inversión en la economía y el territorio del país. Argumentó que la inversión era indirecta y remota.

El tribunal determinó que el término “*inversión*” posee los mismos elementos que la definición tanto en el Convenio del CIADI como en el TBI: una contribución o asignación de recursos, duración y riesgo. Concluyó que Orascom realizó transacciones que excedieron los €1,5 mil millones al adquirir una participación indirecta en OTA, y concluyó que dicha participación constituía una inversión en virtud del TBI y del Convenio del CIADI. Además, afirmó que el Convenio del CIADI y el TBI protegen la participación minoritaria e indirecta y no requieren una participación activa.

En conclusión, el tribunal también rechazó el argumento de Argelia de que el propósito principal de la inversión de Orascom en OTA era el de adquirir la empresa italiana de telecomunicaciones, Wind, y no invertir en Argelia. El tribunal sostuvo que las motivaciones de Orascom eran irrelevantes para evaluar la existencia de la inversión, y que lo que importaba era la existencia de una contribución de recursos, con lo cual Orascom cumplió.

Acuerdo de solución pone fin a la controversia, y Orascom no sufrió pérdida independiente

Argelia alegó que las demandas eran inadmisibles debido al acuerdo de solución alcanzado entre OTH y Argelia, lo cual puso fin a la controversia presentada en el arbitraje de la CNUDMI. Orascom objetó que tanto el arbitraje como el acuerdo de solución eran irrelevantes para la jurisdicción del tribunal.

Entonces, el tribunal concluyó que la existencia de varios TBIs no debería dar margen a que múltiples demandantes en una cadena de propiedad vertical presenten múltiples demandas por los mismos daños. Estableció que el grupo de empresas al cual pertenece Orascom estaba organizado bajo una cadena vertical controlada por el mismo accionista, y que las medidas que dieron lugar a la demanda y los daños reclamados eran idénticos a los presentados en el arbitraje de la CNUDMI. También consideraron que el acuerdo puso fin a la controversia surgida de las medidas alegadas por Argelia. Asimismo, sostuvo que, en la medida en que OTH fuera restaurada a través del arbitraje en la CNUDMI, todas las empresas de la cadena —incluyendo

a Orascom— serían remediadas, a menos que Orascom pudiera probar que sufrió una pérdida independiente. El tribunal concluyó que el acuerdo de solución en el caso de la CNUDMI aplica para todo laudo futuro bajo dicho arbitraje, ya sea que la solución fuera beneficiosa o no.

Orascom refutó que parte de los daños reclamados eran independientes a la pérdida de OTH. El tribunal analizó los diferentes elementos de los daños reclamados por Orascom, y concluyó que estos daños conciernen el mismo perjuicio económico reclamado por OTH en el arbitraje de la CNUDMI. Además, concluyó que en el caso de daños tales como daños indirectos, un inversor tan experimentado como Sawiris debe haber ponderado estas pérdidas cuando vendió su inversión. También desestimó la demanda por daños morales dado que Orascom es una mera sociedad tenedora de acciones sin reputación alguna que proteger.

Finalmente, el tribunal destacó que las controversias nunca serían resueltas de manera amigable si diferentes entidades que son parte de la cadena vertical pudieran entablar demandas sobre una controversia que ya ha sido resuelta por una de las entidades. De acuerdo con el tribunal, esto frustraría el propósito de las disposiciones del tratado de inversión que alientan la solución amigable de las controversias.

Derecho a arbitrar vendido con la inversión

El tribunal coincidió con Argelia en que, al no exceptuar su derecho a arbitrar del alcance de la venta de sus inversiones, Orascom renunció a su derecho a entablar un arbitraje: el precio pagado por el comprador incluía el derecho a demandar por daños.

Presentación de múltiples demandas por varias entidades constituía un abuso de derechos

Para el tribunal, la presentación de múltiples demandas en contra del Estado anfitrión basadas en el mismo daño por varias entidades parte de la cadena vertical de empresas de Orascom constituía un abuso de derechos. Según el tribunal, esto contradice el propósito de los tratados de inversión, tendiente a “promover el desarrollo económico del Estado anfitrión y proteger las inversiones realizadas por extranjeros que se espera que contribuyan a dicho desarrollo”. También se corre el riesgo de caer en indemnizaciones múltiples, decisiones conflictivas y gasto de recursos en procedimientos (párrafo 543).

El tribunal también remarcó que la jurisprudencia ha evolucionado durante los últimos 15 años desde las ampliamente criticadas decisiones de los casos *CME* y *Lauder* contra la República Checa. Ambos procedimientos concernían demandas relacionadas con los mismos hechos y daños, y resultaron en laudos contradictorios.

Costos y procedimientos de anulación

Se ordenó a Orascom el pago de todos los costos del procedimiento y la mitad de las costas legales y otros gastos incurridos por Argelia. A solicitud de Orascom, se constituyó un comité de anulación el 26 de octubre de 2017.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidenta designada por las partes a propuesta de los co-árbitros, nacional suiza), Albert

Jan van den Berg (nominado por la demandante, ciudadano holandés) y Brigitte Stern (designada por Argelia, nacional francesa). El laudo se encuentra disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf> y en francés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8977.pdf>.

Tribunal de la CNUDMI desestima acusaciones de soborno de inversor húngaro y se niega a anular contrato con Croacia

La República de Croacia c. MOL Hungarian Oil and Gas Plc, Caso de la CPA No 2014-15

Trishna S. Menon

Un tribunal constituido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), no admitió la solicitud de Croacia de anular algunos acuerdos celebrados con MOL Hungarian Oil and Gas Plc (MOL), que, según alega Croacia, fueron obtenidos mediante sobornos. El laudo fue dictado el 23 de diciembre de 2016.

Antecedentes y demandas

La controversia surgió a raíz de la privatización de INA Industrija Nafta d.d. (INA), una empresa estatal de energía de Croacia. En 2003, tras la iniciativa de este país, MOL, la empresa de gas y petróleo más importante de Hungría, celebró un Contrato de Accionistas (*Shareholders Agreement*, SHA) para participar en el capital de INA. Alrededor de 2009, se negociaron modificaciones del SHA (FASHA) las cuales entraron en vigor el 30 de enero de 2009.

Las acusaciones de soborno pertenecen a este período. Croacia inició un arbitraje ante la CNUDMI en enero de 2014, alegando que su ex Primer Ministro, el Dr. Sanader, había aceptado una coima de EUR 10 millones del gerente de MOL, el Sr. Zsolt Hernadi. Según Croacia, la coima pretendía facilitar la aprobación de las modificaciones del SHA que eran perjudiciales para Croacia pero beneficiosas para MOL. Dado que este dinero no fue recibido en ninguna cuenta a nombre del Dr. Sanader, Croacia tuvo que basarse en inferencias y el testimonio de un testigo cuyo relato fue rotundamente negado por MOL y el Dr. Sanader. En virtud del soborno, Croacia solicitó que las modificaciones acordadas con MOL fueran declaradas nulas e inválidas. Además, se refirió a presuntas violaciones de la ley de sociedades comerciales croata para invalidar las modificaciones.

El tribunal debió decidir si la coima fue ofrecida y aceptada, tal como se alega, aplicando el derecho croata. Si concluyera que el soborno tuvo lugar, debía decidir si invalidaría o no las modificaciones y, de ser así, evaluar los daños infringidos a Croacia.

Corrupción en el núcleo del caso del CIADI en curso iniciado por MOL en contra de Croacia bajo el TCE

En torno a los mismos hechos, el 26 de noviembre de 2013 el inversor había iniciado un **arbitraje paralelo en el CIADI** bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), **MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. la**

República de Croacia (Caso del CIADI No. ARB/13/32), que aún se encuentra pendiente de resolución. Las demandas de MOL por expropiación indirecta y violación de la cláusula paraguas planteadas en dicho arbitraje supuestamente surgieron a raíz del argumento de que Croacia no mejoró el negocio de comercialización de gas de la empresa donde MOL había invertido, así como a presuntas demoras e irregularidades para otorgarle las licencias y una denuncia penal contra el director ejecutivo de MOL. Según esta empresa, las acciones de Croacia violaron el Artículo 10(1) del TCE, particularmente, por el incumplimiento de algunas obligaciones y compromisos con respecto a las inversiones de MOL. Las obligaciones en cuestión se vieron reflejadas en las modificaciones del SHA y de otros acuerdos celebrados en 2009.

El tema de la corrupción, el cual fue discutido en detalle en el laudo de la CNUDMI, también ocupa un lugar central en el arbitraje del CIADI. Croacia reclamó que dado que los acuerdos de 2009 fueron celebrados mediante sobornos, MOL nunca realizó una inversión válida, y de esta manera, el tribunal carecía de jurisdicción para atender el caso. MOL objetó este punto, señalando que no hubo condenas a estos efectos, y además alegó que la investigación penal violó el TCE. El tribunal del CIADI negó que las demandas de MOL carecieran “manifiestamente de mérito legal” y, por lo tanto, **desestimó las objeciones preliminares de Croacia bajo la Regla 41(5) del Reglamento del CIADI, el 2 de diciembre de 2014**. Aun así, el tribunal decidió que Croacia estaba facultada para plantear estos alegatos en posteriores etapas del arbitraje.

Grado de prueba: “certeza razonable”

Croacia indicó que no se requería que el tribunal de la CNUDMI aplicara un alto grado de certeza, especialmente en un caso donde la matriz fáctica era muy compleja. MOL, sin embargo, consideró que bajo el derecho croata, se requería que el tribunal aplicase un alto grado de certeza o probabilidad, debido a la gravedad de las acusaciones presentadas. MOL también alegó que una práctica común del arbitraje internacional es emplear un alto estándar de prueba para respaldar acusaciones de corrupción.

El tribunal consideró que para determinar el estándar ideal debía enfocarse en algún punto entre el balance de probabilidades y la certeza absoluta, mientras que al mismo tiempo, reconoció que esto último es imposible de lograr. El tribunal finalmente optó por adoptar un grado de “certeza razonable”, propuesto por la misma Croacia.

Traspasando la carga de la prueba a MOL

Croacia también afirmó que el tribunal debía traspasar la carga de la prueba a MOL, de conformidad con el caso **Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán**. El tribunal no estuvo de acuerdo con esto, y remarcó que las circunstancias del caso Metal-Tech eran muy diferentes a las de este caso. El sobornador en el caso Metal-Tech de hecho fue la demandante, y la “certeza razonable” del tribunal se basó en el testimonio del mismísimo CEO de la demandante quien admitió haber pagado USD

4 millones a los consultores al momento de realizar la investigación. Por el contrario, en este caso, las acusaciones de Croacia se basaron en el testimonio del Sr. Jezic, quien presuntamente era intermediario entre MOL y el Dr. Sanader. El tribunal había dado a Metal-Tech la oportunidad de brindar evidencia de los servicios supuestamente prestados a cambio de este dinero, pero nada de esto sucedió. En ausencia de una explicación alternativa para justificar el pago de la demandante, el tribunal se mostró convencido de su ilegalidad. De esta manera concluyó que el caso Metal-Tech era una instancia específica al contexto sobre el traspaso de la carga de la prueba.

Además, el tribunal no encontró respaldo en la afirmación de Croacia de que, según el derecho croata, el tribunal podía traspasar la carga de la prueba a MOL. El tribunal dictaminó que la carga de probar esto en todo momento correspondía a Croacia.

Finalmente, el tribunal llegó a una “conclusión segura” de que Croacia no pudo demostrar que MOL efectivamente sobornó al Dr. Sanader. Por ende, la solicitud de Croacia de declarar las modificaciones nulas e inválidas debido a un presunto soborno no prosperó.

Violación de la ley de sociedades comerciales

Como un argumento alternativo, Croacia afirmó que si el tribunal rechazaba las acusaciones de soborno, aun así debía declararlas nulas e inválidas en virtud de la ley de sociedades comerciales de Croacia.

Según Croacia, la estructura que se creó mediante las modificaciones fortaleció la influencia de MOL como accionista mayoritario en tres niveles diferentes, dando lugar a una estructura de administración corporativa que violaría la ley de sociedades croata. Sin embargo, el tribunal opinó que la afirmación de Croacia de que el contrato celebrado con MOL era deficiente no era suficiente para concluir que el FASHA infringió el derecho croata. Asimismo remarcó que este tema se encontraba fuera de su jurisdicción, la cual se limitaba al FASHA y sus anexos adjuntos.

Decisión y costos

El tribunal desestimó ambas demandas de Croacia en relación al soborno y la violación del derecho interno de sociedades comerciales. En el laudo ordenó a Croacia el pago de los gastos administrativos y del tribunal, así como también la mayor parte de las costas legales, honorarios de peritos y otros gastos incurridos por MOL.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Neil Kaplan (árbitro presidente, designado conjuntamente, nacional británico), Jakša Barbić (nominado por la demandante, ciudadano croata) y Jan Paulsson (designado por la demandada, nacional sueco).

Autores

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

Mintewab Abebe es becario de la Facultad de Derecho, Finanzas y Desarrollo Internacional de la Universidad de Nueva York en el Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

Trishna S Menon es estudiante del último año de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad Nacional de Gujarat, India.

recursos y eventos

Recursos

Sistemas de Compensación de Jueces y Árbitros y la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado

Por David Gaukrodger, Publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Documentos de Trabajo sobre Inversión Internacional, noviembre de 2017

La compensación para los jueces y árbitros es considerado un tema generalmente esencial para la independencia judicial y para atraer a buenos jueces al diseño institucional de los tribunales. Este documento examina los sistemas de compensación de jueces y árbitros y de los administradores de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS). Comparando los enfoques de los tribunales nacionales en las economías avanzadas, brinda un contexto histórico y examina la reforma de la remuneración de jueces, desde honorarios privados a salarios, durante el siglo XVIII y principios del XIX. También aborda el impacto de los sistemas de compensación en los jueces y árbitros; enfoques contemporáneos a la compensación de jueces en economías avanzadas; y la co-existencia en economías avanzadas de tribunales nacionales con jueces asalariados desde principios del siglo XIX con un gran apoyo general al arbitraje comercial en base a una remuneración ad hoc. Compara el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, enfocándose en los diferentes efectos y percepciones de sistemas de compensación ampliamente similares. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/c2890bd5-en>

Inversiones Agrarias a Gran Escala en Países Menos Desarrollados: Conflictos jurídicos entre la protección de las inversiones y los derechos humanos

Por Montilla Fernández y Luis Tomás, Publicado por Springer, noviembre de 2017

Este libro analiza las inversiones agrarias a gran escala para fines agrícolas en los países menos desarrollados de África desde una perspectiva jurídica y económica. Enfocándose en los efectos de la inversión agraria extranjera en la población local de los países receptores y la aparente falla del derecho internacional para crear incentivos para contrarrestarlos, examina los mecanismos jurídicos y económicos para responsabilizar a los inversores en los casos que sus inversiones provoquen violaciones de derechos humanos. Demuestra que, cuando los mecanismos judiciales no brindan justicia, el derecho internacional ofrece alternativas para salvaguardar a la población de una conducta abusiva y arbitraria por parte del Estado y del inversor, así como para hacer cumplir los derechos humanos, y de esta manera, lidiar con el comportamiento oportunista de estos actores. Disponible en <http://www.springer.com/gp/book/9783319652795>

Hacia una Lista Indicativa de las Características de Sostenibilidad de la IED

Por Karl P. Sauvart y Howard Mann, Publicado por E15 Initiative, octubre de 2017

Para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los compromisos con el cambio climático, los flujos de inversión extranjera directa (IED) deberían aumentar significativamente. Sin embargo, la cuestión no solo se trata de la IED, sino del tipo correcto de IED —la cual es referida como “IED sostenible”, es decir, aquellas inversiones que posean ciertas características de sostenibilidad. Esta publicación pretende realizar un importante aporte al debate sobre la inversión internacional destacando las características particularmente deseables de la IED, describiendo cómo pueden ser promovidas y alentadas, y brindando orientación para que los esfuerzos nacionales e internacionales de las leyes y las políticas de inversión contribuyan plenamente al alcance de estos objetivos. Disponible en <http://e15initiative.org/publications/towards-an-indicative-list-of-fdi-sustainability-characteristics>

Integrando el Desarrollo Sostenible en el Derecho Internacional de las Inversiones: Incompatibilidad normativa, sistema de integración e implicancias de gobernanza

Por Manjiao Chi, Publicado por Routledge, octubre de 2017

El actual régimen del derecho internacional de las inversiones no es suficientemente compatible con el desarrollo sostenible. Para abordar mejor las preocupaciones de desarrollo sostenible asociadas con las actividades de inversión transnacionales, los acuerdos internacionales de inversión (AIs) deberían tornarse más compatibles con el desarrollo sostenible. Este libro presenta un importante estudio sistemático del tema, utilizando perspectivas conceptuales, normativas y de gobernanza para explorar los desafíos y posibles soluciones para hacer que el derecho internacional de las inversiones sea más compatible con el desarrollo sostenible. Chi sugiere que la reforma del régimen de AI debería ofrecer una nueva formulación de disposiciones en los acuerdos, mejorando la estructura de los AIs, fortaleciendo la función del *soft law*, involucrando a actores no estatales y mejorando el mecanismo de solución de controversias. Disponible en <https://www.routledge.com/Integrating-Sustainable-Development-in-International-Investment-Law-Normative/Chi/p/book/9781138187887>

Reconceptualizando el Derecho Internacional de las Inversiones desde el Sur Global

Por Fabio Morosini y Michelle Rattón Sánchez Badin (Eds.), Publicado por Cambridge University Press, octubre de 2017

Este libro muestra cómo la actual reforma de la regulación de las inversiones es parte de un intento más general de transformar el orden económico internacional. Los países del norte y del sur están reconsiderando cómo el orden económico puede ayudar a sus intereses nacionales y la orientación económica preferida. Si bien algunos países del norte buscan espacios institucionales alternativos para promover políticas neoliberales más eficazmente, algunos países del sur cada vez son más escépticos sobre esta versión del orden económico y están experimentando con nuevas versiones del ordenamiento jurídico que no siempre son compatibles con las que promueve el norte. Aunque hay diferencias sobre la manera en que el norte y el sur abordan los regímenes financieros propuestos, los puntos en común podrían servir como pilares fundamentales de un orden económico alternativo. Este libro propone una evaluación comprehensiva de las prácticas jurídico-económicas internacionales que están siendo formuladas en determinados países en desarrollo. Disponible en <http://www.cambridge.org/br/academic/subjects/law/international-trade-law/reconceptualizing-international-investment-law-global-south>

Régimen de Inversión Internacional de Asia en Pleno Cambio: Sostenibilidad, regionalización y arbitraje

Por Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa y Sufian Jusoh (Eds.), Publicado por Springer, octubre de 2017

Este libro se enfoca en la región de Asia y el Pacífico, describiendo las dinámicas evolutivas de la inversión extranjera en la región. Examina la relación entre los esfuerzos para aumentar la IED y los de mejorar la gobernanza y el crecimiento y desarrollo inclusivos. Destaca la necesidad de alcanzar un equilibrio entre estos marcos jurídicos nacionales e internacionales para promover tanto la inversión extranjera como las leyes y políticas necesarias para regular las inversiones y la conducta de los inversores. Este libro trata cuatro temas generales: las tendencias (cómo los acuerdos de Asia y el Pacífico se comparan con las recientes tendencias mundiales en las reglas evolutivas de la inversión extranjera), qué está haciendo China, la actual práctica del arbitraje de inversión en Asia y la importancia de regionalizar el derecho de las inversiones en la región de Asia y el Pacífico. Además, identifica y discute los vacíos en la investigación y las políticas que deberían ser subsanados para promover una inversión más sostenible y responsable. Disponible en <http://www.springer.com/gp/book/9789811058813>

El Aumento de los Polos de Crecimiento Agrícola en África: Resumen de Políticas de Inversiones en Agricultura #6
Por Francine Picard, Mohamed Coulibaly, Carin Smaller, Publicado por IISD, septiembre de 2017

Algunos gobiernos africanos están viendo el aumento de polos y corredores de crecimiento agrícola como una forma de atraer la inversión privada para promover la transformación de la agricultura. También están considerando estos polos como una manera de contrarrestar los impactos y la publicidad negativa resultante del arrendamiento de grandes áreas de tierras cultivables a los inversores, comúnmente referidos como “toma de tierras”. Varios intentos por atraer la inversión responsable y sostenible a la agricultura en África han fallado. Garantizar que la nueva ola de polos agrícolas y corredores de crecimiento resulte efectivo requiere sólidas políticas, leyes y prácticas para asegurar que una nueva tendencia de inversión ayude a África a alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible que ha fijado el continente. Esta publicación identifica los desafíos y oportunidades de los actuales polos de crecimiento agrícola; describe el papel que juegan las leyes, políticas e instituciones; y presenta tres etapas clave para el desarrollo de un polo de crecimiento agrícola responsable. Disponible en <http://www.iisd.org/library/rise-agricultural-growth-poles-africa-investment-agriculture-policy-brief-6>

Ley Internacional de Recursos Naturales, Inversión y Sostenibilidad

Shawkat Alam, Jahid Hossain Bhuiyan y Jona Razzaque (Eds.), Publicado por Routledge, septiembre de 2017

Esta publicación examina la relación entre las instituciones que rigen la inversión extranjera, el desarrollo sostenible y las reglas y regulaciones que rigen los recursos naturales. Los expertos exploran cómo la inversión y los recursos naturales pueden trabajar juntos para alcanzar el desarrollo sostenible en los países en desarrollo, con ejemplos sobre el comercio de agua, gas y petróleo, energías renovables, minerales, agricultura y carbón. En varios temas se consideran los vínculos entre los recursos naturales, la inversión y la sostenibilidad. Específicamente, la transparencia, buena gobernanza y el empoderamiento de la ciudadanía son condiciones fundamentales para alentar resultados positivos a nivel social, económico y ambiental en los países en desarrollo. Este libro también ofrece nuevas reflexiones sobre conceptos de derecho internacional tales como los derechos soberanos y los principios de responsabilidad estatal. Explora cómo los países priorizan sus objetivos de políticas para lograr su noción del uso sostenible de los recursos naturales, que se ve fuertemente influenciada por la falta de equilibrio que domina la cooperación norte-sur, así como la cooperación sur-sur, en la inversión internacional. Disponible en <https://www.routledge.com/International-Natural-Resources-Law-Investment-and-Sustainability/Alam-Bhuiyan-Razzaque/p/book/9781138848702>

Leyes y Políticas de Inversión Internacional en África: Explorando un enfoque basado en los derechos humanos a la regulación de las inversiones y la solución de controversias

Por Fola Adeleke, Publicado por Routledge, septiembre de 2017

Este libro brinda un análisis comprehensivo del régimen del derecho internacional de las inversiones y las actuales prácticas de tratado en África desde una perspectiva mundial, regional y nacional. A través de un enfoque de regulación al interés público, destaca el papel de la regulación de las inversiones para el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Al hacer esto, identifica siete factores que deberían ser considerados por los árbitros al resolver controversias de inversión que afectan el interés público. También considera cómo los tratados de inversión pueden responsabilizar a las empresas mientras también protegen los derechos de los inversores. Además, el libro explora los objetivos y deficiencias de la ISDS y su intersección con el estado de derecho. Identifica alternativas a la ISDS y su impacto para

atraer inversiones, despolitizando las controversias de inversión, promoviendo el imperio de la ley y ofreciendo reparación a los inversores. También identifica los impactos en los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la regulación nacional en pos del interés público. Finalmente, el libro discute las tendencias de la solución de controversias y la creación de reglas de inversión en África. Disponible en <https://www.routledge.com/International-Investment-Law-and-Policy-in-Africa-Exploring-a-Human-Rights/Adeleke/p/book/9781138240629>

El Arbitraje entre Inversionista y Estado y los Derechos Humanos

Por Filip Balcerzak, Publicado por Brill | Nijhoff, agosto de 2017

Este libro examina la interrelación entre los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones y discute si y cómo los argumentos de defensa de los derechos humanos pueden ser presentados en el transcurso de procedimientos arbitrales basados en tratados de inversión. Esta publicación identifica tres situaciones modelo, derivadas de la jurisprudencia arbitral existente, que brinda un telón de fondo y herramientas metodológicas que respaldan el análisis jurídico presentado en el libro. Este trabajo considera las perspectivas tanto de los Estados receptores como de los inversores y analiza todas las etapas de los procedimientos arbitrales —jurisdicción, admisibilidad, méritos, compensación y costos— para determinar el impacto potencial de los derechos humanos en el resultado de los procedimientos. Disponible en <http://www.brill.com/products/book/investor-state-arbitration-and-human-rights>

Eventos 2018

18–19 de enero

5ta CONFERENCIA DE ITA-IEL-ICC SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ENERGÍA, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institute for Energy Law (IEL) del Center for American and International Law y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en Houston, TX, Estados Unidos, <http://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2018/ita-iel-icc-conference.html>

7–9 de febrero

11er FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO, Kenya Investment Authority (KenInvest), IISD & South Centre, Nairobi, Kenia, <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

9–10 de marzo

TALLER SOBRE LEYES DE INVERSIÓN EN FRANKFURT 2018: DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y DERECHO CONSTITUCIONAL, Merton Centre for European Integration and International Economic Order, Goethe University, University of Glasgow & Amsterdam Center for International Law, en Campus Westend, Universidad Goethe, Frankfurt am Main, Alemania, https://www.uni-frankfurt.de/69435674/FILW-2018-III-and-Constitutional-Law-Program-final-_9_.pdf

12 de marzo

CONFERENCIA INTERNACIONAL: COSTOS DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: TEMAS Y TRAMPAS, McDermott Will & Emery, Arbitration Institute of the SCC & Goethe University Frankfurt am Main, en la Universidad Goethe, Frankfurt am Main, Alemania, <http://www.sccinstitute.com/media/228441/frankfurt-seminar-12-march.pdf>

23–27 de abril

35ta SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI): POSIBLE REFORMA DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO (ISDS). Nueva York, Estados Unidos, http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Investor_State.html



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

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

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

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

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