



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

**NÚMERO 4. TOMO 9. DICIEMBRE 2018**



**La Reforma Multilateral de ISDS Es Deseable: Qué sucedió en la reunión de la CNUDMI en Viena y cómo prepararse para abril de 2019 en Nueva York**

Martin Dietrich Brauch



**¿Se Benefician Realmente los Países en Desarrollo de los Tratados de Inversión? El impacto del derecho internacional de las inversiones en la gobernanza nacional**

Mavluda Sattorova



**Cláusulas de responsabilidad social empresarial en los tratados de inversión**

Laurence Dubin





# Contenido

<b>ARTÍCULO 1</b> La Reforma Multilateral de ISDS Es Deseable: Qué sucedió en la reunión de la CNUDMI en Viena y cómo prepararse para abril de 2019 en Nueva York.....	4
<b>ARTÍCULO 2</b> ¿Se Benefician Realmente los Países en Desarrollo de los Tratados de Inversión? El impacto del derecho internacional de las inversiones en la gobernanza nacional .....	9
<b>ARTÍCULO 3</b> Cláusulas de responsabilidad social empresarial en los tratados de inversión.....	13
<b>NOTICIAS EN BREVE</b> .....	17
Unión Europea procede rápidamente a adoptar reglamento para la examinación de las inversiones extranjeras directas.....	17
Luego de la sexta ratificación, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) entrará en vigor el 30 de diciembre de 2018.....	17
Unión Europea firma acuerdos comerciales y de inversión con Singapur; API entre la UE y Japón entrará en vigor en febrero de 2019 .....	17
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI decide que una reforma multilateral es deseable; Gobiernos presentarán propuestas para desarrollar plan de trabajo.....	18
Jueces de la Corte Internacional de Justicia deciden dejar de participar como árbitros en casos de ISDS.....	18
Continúan las negociaciones de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos en Naciones Unidas.....	18
<b>LAUDOS Y DECISIONES</b> .....	19
Se analiza fallo del caso Achmea y se otorga demanda de TJE en caso del TCE contra España.....	19
Kenia vence en arbitraje de TBI: demandas de inversor británico desestimadas debido a falta de Estudio de Impacto Ambiental.....	21
Tribunal del CIADI determina que Hungría violó cláusula de expropiación en TBI entre Francia y Hungría .....	23
Tribunal dictamina que medidas de Costa Rica para proteger el ambiente no violaron obligaciones de TJE y expropiación bajo el CAFTA-DR.....	25
Egipto declarado culpable por cierre de planta eléctrica durante levantamiento en 2011 .....	28
Tribunal del CIADI acepta jurisdicción sobre demanda de inversor bajo TBI entre Reino Unido y la República Checa, pero falla a favor de Chequia.....	30
<b>RECURSOS Y EVENTOS</b> .....	32

## INVESTMENT TREATY NEWS

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

Tel +41 22 917-8748  
Fax +41 22 917-8054  
Email [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)  
Twitter

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas  
Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés  
Isabelle Guinebault

Redactor  
Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español  
María Candela Conforti

Redactora, edición en francés  
Suzy Nikiéma

Design (PDF)  
PortoDG

Redactora, edición en español  
Marina Ruete



## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>AECG</b>	Acuerdo Económico y Comercial Global
<b>AII</b>	Acuerdo Internacional de Inversión
<b>APP</b>	Asociación Pública-Privada
<b>ASEAN</b>	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
<b>CAO</b>	Comunidad de África Oriental
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional
<b>CE</b>	Comisión Europea
<b>CEDEAO</b>	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
<b>CIADI</b>	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
<b>CJE</b>	Corte de Justicia Europea
<b>CJUE</b>	Corte de Justicia de la Unión Europea
<b>CNUDMI</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<b>COMESA</b>	Mercado Común de África Oriental y Austral
<b>Convención del CIADI</b>	Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
<b>CPA</b>	Corte Permanente de Arbitraje
<b>CPTPP</b>	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
<b>CVDT</b>	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
<b>GATT</b>	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
<b>IED</b>	Inversión Extranjera Directa
<b>IISD</b>	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
<b>ISDS</b>	Solución de Controversias Inversionista-Estado
<b>ITN</b>	Investment Treaty News
<b>NMF</b>	Nación Más Favorecida
<b>OCDE</b>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<b>ODS</b>	Objetivo de Desarrollo Sostenible
<b>OIT</b>	Organización Mundial del Trabajo
<b>OMC</b>	Organización Mundial del Comercio
<b>RCEP</b>	Asociación Económica Integral Regional
<b>RSC</b>	Responsabilidad Social Corporativa
<b>SADC</b>	Comunidad de Desarrollo de África Austral
<b>SCC</b>	Cámara de Comercio de Estocolmo
<b>STI</b>	Sistema de Tribunales de Inversiones
<b>TBI</b>	Tratado Bilateral de Inversión
<b>TCE</b>	Tratado sobre la Carta de la Energía
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TJE</b>	Trato Justo y Equitativo
<b>TLC</b>	Tratado de Libre Comercio
<b>TLCAN</b>	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
<b>TMI</b>	Tribunal Multilateral de Inversiones
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>UNCTAD</b>	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo





## ARTÍCULO 1

# La Reforma Multilateral de ISDS Es Deseable: Qué sucedió en la reunión de la CNUDMI en Viena y cómo prepararse para abril de 2019 en Nueva York

Martin Dietrich Brauch



El Grupo de Trabajo III (GT III) de la CNUDMI se reunió en Viena desde el 29 de octubre hasta el 2 de noviembre de 2018, y decidió que es conveniente realizar una reforma multilateral para abordar varias inquietudes en torno a la ISDS. Su próxima sesión —programada para llevarse a cabo en Nueva York del 1 al 5 de abril de 2019— todavía no tratará el desarrollo de soluciones para estas preocupaciones: se enfocará en elaborar un *plan de trabajo* con el fin de desarrollar dichas soluciones.

Varios desafíos quedan por delante para los Estados miembros y observadores del GT III, particularmente para los países en desarrollo que sufren las terribles consecuencias del régimen de ISDS. Es preciso garantizar que todas las otras inquietudes pertinentes no queden postergadas en las deliberaciones. También es necesario redactar un plan de trabajo que lleve a una reforma sistémica de la ISDS en lugar de realizar correcciones aisladas de algunos de sus aspectos más problemáticos. Si los Estados no se preparan ni participan activamente en la reunión de abril de 2019, corren el riesgo de ver fracasar el muy batallado proceso de la CNUDMI para llevar a cabo una reforma significativa del actual régimen internacional de solución de controversias en materia de inversión.

Este artículo profundiza sobre el proceso del GT III hasta el momento, con un foco en los últimos acontecimientos en la sesión de Viena, y aporta importantes consideraciones para que los Gobiernos se preparen para la reunión en Nueva York.

## Antecedentes del debate sobre la reforma de la ISDS en el GT III de la CNUDMI

En julio de 2017, la Comisión de la CNUDMI ordenó a su GT III que trabajara en la posible reforma de la ISDS. El GT III fue conferido el mandato amplio de: (1) determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la ISDS; (2) evaluar si era deseable y, de ser así, (3) elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión de la CNUDMI. También deberá velar por que las deliberaciones, “además de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes”.<sup>1</sup>

Las deliberaciones del GT III bajo su mandato comenzaron en una reunión en Viena en octubre y noviembre de 2017<sup>2</sup> y continuaron en Nueva York a fines de abril de 2018<sup>3</sup>. En ambas sesiones de una semana, el GT III trató la primera etapa del mandato, es decir, determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la ISDS. También se determinó que los Estados tendrían

<sup>1</sup> Naciones Unidas. (2017). *Informe de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (A/72/17), párrafo 264. Extraído de <http://undocs.org/es/A/72/17>

<sup>2</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2017, 19 de diciembre). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Primera Parte* (A/CN.9/930/Rev.1). Extraído de <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Rev.1>; CNUDMI. (26 de febrero, 2018). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Segunda Parte* (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1). Extraído de <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Add.1/Rev.1>; véase también IISD. (2018, 17 de abril). *Webinar: Proceso de la CNUDMI sobre la Reforma ISDS*. Extraído de <https://www.iisd.org/event/webinar-uncitral-process-isds-reform>

<sup>3</sup> CNUDMI. (2018, 14 de mayo). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, de noviembre a 1 de diciembre de 2017) (A/CN.9/935)*. Extraído de <https://undocs.org/es/A/CN.9/935>; Investment Treaty News. (30 de julio, 2018). *CNUDMI Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continúa debatiendo inquietudes sobre la ISDS y la reforma multilateral*. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/uncitral-working-group-iii-continues-debate-on-isds-concerns-and-multilateral-reform>



la oportunidad de plantear otras inquietudes en futuros períodos de sesiones del GT III.<sup>4</sup>

Durante los preparativos para las deliberaciones sobre la conveniencia de la reforma (segunda fase), la Secretaría de la CNUDMI elaboró una nota — Documento de Trabajo 149— intentando establecer las principales inquietudes identificadas por el GT III. Estas inquietudes fueron categorizadas por la Secretaría bajo tres áreas principales, más una cuarta adicional:<sup>5</sup>

1. **Inquietudes relacionadas con la uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en la ISDS.** Las mismas se relacionan con interpretaciones divergentes, falta de uniformidad en el procedimiento, falta de un marco para abordar procesos múltiples y límites de los actuales mecanismos para hacer frente a la falta de uniformidad y corrección de las decisiones.
2. **Inquietudes relacionadas con los árbitros y los responsables de gobierno,** expresadas desde dos puntos de vista principales. Primero, en cuanto a su independencia e imparcialidad, incluyendo el ejercicio simultáneo de dos funciones y las limitaciones del mecanismo de recusación. Segundo, aquellas relacionadas con la repercusión de los criterios que se utilizan para la constitución de los tribunales arbitrales sobre las cualificaciones y características de sus integrantes, tales como las inquietudes con respecto al mecanismo por el que las partes nombran a los árbitros, el nombramiento de un árbitro de manera reiterada, y el número limitado y la falta de diversidad entre los individuos nombrados como árbitros.
3. **Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los casos de ISDS.** Estas se relacionan con la duración prolongada y onerosidad de los procesos, asignación de costas por los tribunales, dificultades que enfrentan los Estados

demandados que hayan vencido en el proceso para recuperar sus costos y la falta de mecanismos para tratar las demandas infundadas o injustificadas.

4. **Otras inquietudes,** se hizo hincapié en que los Estados tendrían la oportunidad de plantear otras inquietudes que no hayan sido identificadas bajo las principales tres áreas mencionadas anteriormente.

## Que sucedió en la reunión del GT III de la CNUDMI en Viena, octubre y noviembre de 2018

Las deliberaciones a lo largo de la sesión de Viena respetaron el marco estructural y los párrafos del Documento de Trabajo 149 de la Secretaría, resumido en la sección anterior.

**"Es preciso garantizar que todas las otras inquietudes pertinentes no queden postergadas en las deliberaciones. También es necesario redactar un plan de trabajo que lleve a una reforma sistémica de la ISDS en lugar de realizar correcciones aisladas de algunos de sus aspectos más problemáticos."**

Es importante examinar cuidadosamente el lenguaje de las “decisiones del Grupo de Trabajo” contenido en el borrador del informe de la sesión, el cual enmarcará las deliberaciones futuras. El borrador del informe indica que el GT III finalizó su debate con respecto a las tres áreas principales mencionadas anteriormente, y concluyó que es conveniente que la CNUDMI desarrolle reformas para abordar las inquietudes relacionadas con los siguientes aspectos específicos de la ISDS:<sup>6</sup>

- “falta de uniformidad injustificada en las interpretaciones de las disposiciones de los tratados de inversión y de otros principios del derecho internacional”

<sup>4</sup> CNUDMI. (2018, 14 de mayo), nota 3 *supra*, párrafo 99.

<sup>5</sup> CNUDMI. (2018, 5 de septiembre). *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS)* (A/CN.9/GT.III/WP.149), párrafos 8–17. Extraído de <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.149>. En el Documento de Trabajo Complementario 149, la Secretaría también elaboró documentos de referencia de antecedentes incluyendo un debate más detallado de cada tema:

- Uniformidad y asuntos conexos: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.150>
- Garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y responsables de gobierno en la ISDS: <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.151>
- Árbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.152>
- Costo y duración: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.153>

<sup>6</sup> CNUDMI. (2018, 6 de noviembre). *Borrador del Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36to período de sesiones* (A/CN.9/964), párrafos 40, 53, 63, 83, 90, 98, 107, 123, 127 y 133. Extraído de [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft\\_report\\_of\\_wg\\_iii\\_for\\_the\\_website.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf) (en adelante Borrador del Informe) [la traducción al español de la cita nos pertenece].



- “falta de marco para abordar procesos múltiples que fueron iniciados en virtud de tratados, leyes, instrumentos y acuerdos de inversión que brindan acceso a mecanismos de ISDS”
- “el hecho de que muchos tratados existentes tienen límites o no cuentan con mecanismos para hacer frente a la falta de uniformidad y corrección de las decisiones”
- “falta o aparente falta de independencia e imparcialidad de los responsables de gobierno”
- “la adecuación, eficacia y transparencia de los mecanismos de divulgación y recusación disponibles bajo muchos tratados y reglamentos de arbitraje existentes”
- “falta de la diversidad apropiada entre los responsables de gobierno”
- “los mecanismos para constituir tribunales de ISDS en los tratados y reglamentos de arbitraje existentes”
- “costo y duración de los procesos de ISDS”
- “asignación de costas por los tribunales arbitrales”
- “garantías de cobro de las costas ”

## Qué sucedió en Viena —no se logró elaborar un borrador del informe oficial

Pese a que algunas “otras inquietudes” fueron planteadas por determinados Gobiernos y reconocidas por la Presidencia durante la sesión de Viena, estas no se vieron reflejadas en el borrador del informe oficial. En algunas intervenciones, Sudáfrica expresó inquietudes que van más allá de la categorización incluida en el Documento de Trabajo 149. Por ejemplo, Sudáfrica apuntó al tema de los inversores que solicitan a tribunales arbitrales medidas provisionales en un intento por evitar que el Estado investigue el mal accionar de las empresas, o que los Estados dejen de cobrar sumas que le fueron otorgadas en otros procedimientos. También apuntó al daño en la reputación y enfriamiento regulatorio que sufren los Estados como resultado de los procesos de ISDS. Una característica común de las intervenciones de Sudáfrica fue su apoyo a una reforma sistémica.

Indonesia circuló un documento afirmando que los

elementos sustantivos y procesales se encuentran inherentemente entrelazados y cuestionó la dicotomía sustancial-procesal sobre la cual se basaron los debates del GT III. La presentación destacó las inquietudes de Indonesia con respecto al mecanismo de ISDS, incluyendo algunas que no se encontraban cubiertas bajo las categorías mencionadas anteriormente. Las mismas incluyen inquietudes en torno al enfriamiento regulatorio y la pérdida del espacio de políticas producto de la amenaza de la ISDS y en cuanto a la capacidad de los inversores extranjeros para eludir los procesos jurídicos internos.<sup>7</sup>

Algo que tampoco se vio reflejado en el borrador del informe oficial son las intervenciones de organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, el Centro de Investigación sobre Empresas Multinacionales (*Centre for Research on Multinational Corporations*, SOMO) con sede en los Países Bajos, señaló que el marco de debate no reflejó adecuadamente la necesidad de equilibrar los derechos y obligaciones de los estados y de los inversores. SOMO indicó que la ISDS es procesalmente injusta y desequilibrada, ya que únicamente los inversores extranjeros pueden entablar demandas. Tanto SOMO como el Centro de Derecho Ambiental Internacional (*Centre for International Environmental Law*, CIEL) indicaron que el Documento de Trabajo 149 omite varias inquietudes. CIEL, en particular, señaló que no estaba claro cómo la Secretaría seleccionó cuáles inquietudes incluir y cuáles omitir, y pidió transparencia a este respecto. También solicitó que debe reservarse un tiempo para discutir otras inquietudes, incluyendo aquellas contenidas en la presentación de Indonesia.

En respuesta, la Secretaría sostuvo que no tuvo injerencia en lo que se incluye en los documentos de antecedentes, los cuales reflejan los debates del GT III. Explicó que la presentación de Indonesia no fue traducida a todos los idiomas de las Naciones Unidas y, por lo tanto, no pudo ser tratada en la sesión de Viena, pero que estaría disponible para el debate en Nueva York si el GT III decide hacerlo. El presidente del GT III declaró que el proyecto de reforma de la CNUDMI pertenece a los Estados miembros, no a la Secretaría o

<sup>7</sup> El documento de Indonesia también presentó algunas ideas para la tercera fase del mandato del GT III (desarrollo de soluciones): volver a equilibrar los derechos y obligaciones de los inversores a través de garantías sustantivas y procesales, requiriendo el agotamiento de recursos locales, el consentimiento por escrito específico a arbitraje e incorporando la mediación obligatoria antes de la ISDS.

<sup>8</sup> ISDS Platform. (s.f.). *More than 300 civil society organizations from 73 countries urge fundamental reform at UNCITRAL’s investor–state dispute settlement discussions*. Extraído de <http://isds.bilaterals.org/?more-than-300-civil-society>. Véase también: SOMO. (30 de octubre, 2018). *The limitations of the UNCITRAL process on ISDS reform*. Extraído de <https://www.somo.nl/the-limitations-of-the-uncitral-process-on-isds-reform>



a la Presidencia, y confirmó a los observadores que, si las inquietudes fueran omitidas, el GT III las escucharía.

También vale destacar que, el 30 de octubre de 2018, más de 300 organizaciones de la sociedad civil de 73 países publicaron una carta abierta a los Estados miembros de la CNUDMI, instando a los Gobiernos que atiendan los problemas fundamentales de la ISDS en lugar de enfocarse en correcciones procesales. En la carta se sugirió que el GT III debería “facilitar un debate sobre la rescisión o reemplazo total de los acuerdos existentes sin que los países se vean obligados por cláusulas de ‘supervivencia’ extendidas”.<sup>8</sup>

## Qué esperar de la reunión del GT III de la CNUDMI en Nueva York, del 1 al 5 de abril, 2019

El borrador del informe de la reunión de Viena brinda una descripción clara de cómo el GT III conducirá tu trabajo en la sesión de Nueva York.

Primero, el GT III considerará las **inquietudes relacionadas con la financiación por terceros** (FPT), posiblemente en miras de una nota de antecedentes que está siendo elaborada por la Secretaría. La FPT fue descrita por la Secretaría en el Documento de Trabajo 149 como una inquietud en torno al costo y duración de los procedimientos de ISDS, pero durante las deliberaciones se señaló que la FPT también tuvo repercusiones en otros aspectos y que introdujo un desequilibrio estructural en la ISDS, dado que los Estados no tenían acceso a la FPT. En consecuencia, en Nueva York, el GT III considerará la conveniencia de las reformas de la FPT<sup>9</sup>. Antes de la reunión, es posible que los Gobiernos deseen realizar presentaciones formales subrayando que la FPT es un tema más amplio y sistemático que meramente el costo y duración.<sup>10</sup>

Segundo, considerará “**otras inquietudes** que aún no hayan sido cubiertas por las categorías generales de reformas deseables ya identificadas” —la cuarta categoría adicional no fue abordada en Viena. Los Gobiernos que desean plantear otras inquietudes están especialmente “alentados a presentarlas por escrito” antes de la sesión

de Nueva York<sup>11</sup>. Por lo tanto, los Gobiernos deberían hacer sus presentaciones marcando otras preocupaciones que no hayan sido señaladas en ninguna de las tres principales áreas del Documento de Trabajo 149 ni en el informe oficial de la sesión de Viena.

Tercero, y muy importante, el GT III “**desarrollará un plan de trabajo** para abordar las inquietudes con respecto a las cuales decidió que la reforma de la CNUDMI era deseable”<sup>12</sup>. Durante las deliberaciones de Viena se expresaron opiniones opuestas sobre cómo debería estructurarse el trabajo en la tercera fase. Una opinión fue que los Gobiernos deberían identificar cuáles inquietudes específicas bajo las tres principales áreas deberían ser prioridades para la reforma. Otros, sin embargo, sostuvieron que el GT III debería trabajar en una reforma integral y que un enfoque para definir prioridades como tal podría llevar a que algunas áreas de reforma sean omitidas.<sup>13</sup>

## "Para prepararse para la sesión del GT III a realizarse en abril en Nueva York, los gobiernos deberían determinar sus posturas nacionales y elaborar sus presentaciones escritas a la CNUDMI."

Las discusiones sobre estas dos opiniones opuestas no fueron llevadas a cabo en Viena; en cambio se acordó que se realizarían en Nueva York. Nuevamente, “se alentó a los Gobiernos a consultar y presentar propuestas escritas para el desarrollo de un plan de trabajo”, y se solicitó a la Secretaría que elaborase una nota sobre las opciones disponibles. En el plan de trabajo se indicará cómo deberían abordarse las inquietudes identificadas para la reforma en la tercera fase. También incluirá asuntos tales como la determinación de secuencias, prioridades, coordinación con otras organizaciones, múltiples vías y formas para continuar trabajando en las sesiones del GT III.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Borrador de Informe, nota 6 supra, párrafos 120, 134 y 136.

<sup>10</sup> García, F. J. (2018, 30 de julio). Argumentos contra el financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión. *Investment Treaty News*, 9(4). Extraído de <https://www.iisd.org/itm/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia>

<sup>11</sup> Borrador de Informe, nota 6 supra, párrafo 137.

<sup>12</sup> Ibid., párrafo 138.

<sup>13</sup> Ibid., párrafo 139.

<sup>14</sup> Ibid., párrafo 140.





## Conclusión: Cómo prepararse para la reunión del GT III de la CNUDMI en Nueva York en abril de 2019

Para prepararse para la sesión del GT III a realizarse en abril en Nueva York, los Gobiernos deberían determinar sus posturas nacionales y elaborar sus presentaciones escritas a la CNUDMI sobre:

1. FTP
2. “Otras inquietudes” no reflejadas en documentos oficiales
3. El desarrollo de un plan de trabajo para la tercera fase del mandato del GT III

Para dar a la Secretaría el tiempo suficiente para traducir las presentaciones a los seis idiomas de las Naciones Unidas a tiempo para la reunión de Nueva York, estas deberían estar listas a principios de febrero de 2019.

**"Prepararse activamente y participar en la sesión del GT III de la CNUDMI a realizarse en abril en Nueva York será fundamental para los gobiernos que desean avanzar en esta reforma de la ISDS."**

Si los Gobiernos pierden la oportunidad de expresar sus opiniones sobre la FTP y otras inquietudes relacionadas con el régimen de ISDS (tales como las relativas al daño reputacional, enfriamiento regulatorio, la capacidad de los inversores extranjeros para eludir los tribunales nacionales, entre otros), estas inquietudes probablemente sean excluidas de la agenda de reforma de la CNUDMI en la tercera fase, cuando se discutan las posibles soluciones.

El plan de trabajo a ser desarrollado en abril determinará el camino a seguir en el proceso de la CNUDMI para la reforma de la ISDS. Las discusiones sobre este plan de trabajo únicamente pueden basarse en las ideas que hayan sido propuestas hasta entonces. En ausencia de otras ideas, las discusiones se basarán en las opciones que aún deben ser presentadas por la Secretaría y por los Gobiernos que apoyan un enfoque de priorización, lo cual llevará a un mero “retoque” de algunos aspectos de la ISDS, o por la Unión Europea,

cuya postura es inequívoca:<sup>15</sup>

La Unión Europea cree que la reforma sistemática es la manera de abordar estas inquietudes [identificadas por la CNUDMI cuya reforma resulta conveniente] –y que *solo una de las opciones propuestas puede atender eficazmente estas inquietudes*. Se trata de la creación de un órgano permanente para resolver controversias relativas a inversión –*un tribunal multilateral de inversiones* [la cursiva nos pertenece].

Prepararse activamente y participar en la sesión del GT III de la CNUDMI a realizarse en abril en Nueva York será fundamental para los Gobiernos que desean avanzar en esta reforma de la ISDS. La sesión será su oportunidad para que sus opiniones sean escuchadas sobre cómo el trabajo del GT III debería generar cambios procesales o una reforma sistémica de los mecanismos de ISDS.

### Autor

**Martin Dietrich Brauch** (LL.M.) es Asesor en Derecho Internacional y Asociado del Programa de Derecho y Políticas Económicas del IISD, radicado en Brasil. Es redactor de ITN.

<sup>15</sup> Comisión Europea. (2018, 22 de noviembre). *A multilateral investment court: A contribution to the conversation about reform of investment dispute settlement*, pág. 2. Extraído de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc\\_157512.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157512.pdf)





## ARTÍCULO 2

# ¿Se Benefician Realmente los Países en Desarrollo de los Tratados de Inversión? El impacto del derecho internacional de las inversiones en la gobernanza nacional

Mavluda Sattorova



Las reglas internacionales contemporáneas sobre protección de las inversiones tienen sus raíces históricas en un sistema que estaba diseñado para proteger los intereses de los extranjeros fuera de sus países –para garantizar que los actores de empresas extranjeras en los Estados receptores se beneficien de un nivel de gobernanza tan bueno como el que gozan en sus Estados de origen, incluso si el sistema jurídico del Estado receptor estuviera por debajo del nivel aceptable<sup>1</sup>. Pese a enfrentar gran oposición de la comunidad internacional en general<sup>2</sup>, la idea de trato especial –o buena gobernanza– para los inversores extranjeros, ha sido introducida al cuerpo del derecho internacional a través de los AII. Contando con su propio mecanismo personalizado de solución de controversias (ISDS), el régimen moderno de AII reafirma las reglas históricamente refutadas sobre el trato especial de los inversores extranjeros.

Sin embargo, últimamente el régimen de tratados de inversión ha ido mucho más allá de su misión original de proteger a los inversores extranjeros frente a graves violaciones de derecho internacional, como por ejemplo, la toma de tierras abiertamente y la denegación de justicia. El trato especial de los inversores extranjeros actualmente implica que los actores de empresas

internacionales pueden reclamar reparación incluso en caso de que las acciones gubernamentales revelen “un nivel relativamente bajo de inadecuación”<sup>3</sup>. La falta de transparencia, estabilidad y previsibilidad de las acciones estatales combinado con la falta de remedios efectivos y mecanismos de ejecución a nivel nacional ahora pueden generar una responsabilidad del Estado receptor por daños.

## El surgimiento de la justificación de la buena gobernanza en los laudos arbitrales y la literatura

Para apoyar la extensión del alcance de la responsabilidad estatal bajo los tratados de inversión, se han proferido nuevas justificaciones afirmando que el régimen cumple una función útil en la sociedad. Algunas de las narrativas emergentes argumentan que los tratados de inversión y la ISDS no solo benefician a los inversores extranjeros sino también a una amplia gama de actores interesados de los Estados receptores, desde empresas hasta ciudadanos comunes. Aunque los tratados de inversión podrían no lograr cumplir con sus objetivos económicos, se alega que su existencia incluso estaría justificada por las normas de buena gobernanza consagradas en los estándares sustantivos de trato tales como el trato impuesto a los Estados partes<sup>4</sup>. Pese a estar diseñados para beneficiar a los inversores extranjeros, estos estándares de buena gobernanza presumiblemente podrían “trasladarse al derecho interno y establecer nuevos estándares para el sistema jurídico nacional”<sup>5</sup>. La principal premisa de la narrativa sobre buena gobernanza es que la reparación por daños ejercería presión sobre los Estados receptores para que cumplan e incorporen los estándares de buena gobernanza a su ordenamiento jurídico interno

<sup>1</sup> Root, E. (1910). The basis of protection to citizens residing abroad. *American Journal of International Law*, 4(3), 517–528, pp. 521–522.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Resolución No. 1803 (1962, 14 de diciembre) y Resolución No. 3281 (1984, 12 de diciembre) de la Asamblea General de la ONU.

<sup>3</sup> *Saluka Investments BV vs. la República Checa*, CPA–CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 293. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>

<sup>4</sup> Vandevelde, K. J. (2010). *Bilateral investment treaties: History, policy, and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, p. 119.

<sup>5</sup> Muchlinski, P., Ortino, F., & Schreuer, C. (Eds.). (2008). *The Oxford Handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, p. vi.



y a sus prácticas burocráticas más ampliamente<sup>6</sup>. Al actuar como *catalizadores* de la reforma en materia de gobernanza en los Estados receptores, los tratados de inversión supuestamente mejoran la gobernanza interna no solo para los inversores extranjeros sino también para las comunidades anfitrionas.

En un giro un poco inquietante, el lenguaje sobre buena gobernanza no solo ha sido acuñado por académicos sino también por tribunales arbitrales. En una serie de laudos, que incluyen los primeros casos *Metalclad*, *Tecmed* y *Occidental*<sup>7</sup>, los tribunales arbitrales afirmaron que la transparencia, estabilidad, previsibilidad y coherencia del comportamiento estatal deben ser consideradas como elementos constitutivos del estándar de TJE. Los esfuerzos recientes para reformar los tratados de inversión no han logrado revertir tales prácticas interpretativas; pese a que calificar el TJE como una obligación del Estado de cumplir con la buena gobernanza nunca recibió el apoyo adecuado por medio de evidencia histórica y doctrinal. La interpretación de otros estándares de buena gobernanza, tales como la obligación, bajo un tratado de inversión, de brindar los medios efectivos para entablar demandas y hacer cumplir derechos, son similarmente cuestionables tanto por la insuficiencia de sus fundamentos jurídicos como por sus implicancias normativas<sup>8</sup>. Utilizar el lenguaje de la buena gobernanza para justificar una interpretación expansiva de las reglas de los tratados de inversión probablemente no desvíe la atención de las desventajas del razonamiento jurídico y normativo que subyace a los laudos arbitrales pertinentes. Por el contrario, esto puede agravar más la preocupación por la legitimidad y credibilidad del régimen.

## ¿La evidencia empírica apoya el argumento de la buena gobernanza?

La afirmación de que los tratados de inversión mejoran la gobernanza a nivel nacional aún debe ser demostrada con evidencia empírica. De hecho, la narrativa sobre

buen gobernanza del derecho internacional de las inversiones se presenta en base a una serie de supuestos sobre cómo los Estados receptores *deberían* responder a las normas de los tratados de inversión. Los defensores de la narrativa sobre buena gobernanza presumen que la imposición de responsabilidad monetaria sobre los Estados receptores por la violación de los estándares de buena gobernanza (1) impedirá que los Estados receptores maltraten a los inversores extranjeros y (2) los alentarán a reformar proactivamente sus prácticas jurídicas y burocráticas<sup>9</sup>.

Sin embargo, para que se den estos efectos preventivos y transformadores, los funcionarios públicos de los Estados receptores deben saber de la existencia y significado de las normas de los tratados de inversión. Asimismo, deben existir marcos jurídicos y regulatorios a nivel nacional para desalentar eficazmente a los funcionarios gubernamentales para que no actúen en violación de dichas normas. La pregunta clave es: ¿hasta qué punto los funcionarios públicos son realmente conscientes y se encuentran influenciados por las disciplinas de los tratados de inversión al tomar sus decisiones con respecto a los inversores extranjeros? ¿La imposición de sanciones monetarias sobre los Estados receptores los insta a abordar las fallas en la gobernanza en la raíz de las controversias entre inversionistas y Estados y a mejorar la responsabilidad de las agencias y funcionarios gubernamentales pertinentes?

Los últimos estudios empíricos intentan responder estas preguntas a través de entrevistas con funcionarios públicos y del análisis de la legislación nacional de los Estados de países en desarrollo<sup>10</sup>. Un estudio de caso sobre las experiencias de cinco países en desarrollo releva que, incluso después de que los Estados se convierten en demandados en un arbitraje de inversión, muchos de sus funcionarios públicos tienden a no tener conocimiento sobre el derecho de los tratados de inversión y sus implicancias. Aun cuando los funcionarios públicos

<sup>6</sup> Schill, S.W. (2009). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 377.

<sup>7</sup> *Metalclad Corporation vs. México*, Laudo, 25 de agosto de 2000, Caso del CIADI No ARB (AF)/97/1. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA vs. México*, Laudo, 29 de mayo de 2003, Caso ARB(AF)/00/2. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Laudo, 1 de julio de 2004, Caso de LCIA No UN 3467. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8648.pdf>

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, *AMTO vs. Ucrania*, Laudo Final, 26 de marzo de 2008, Caso de SCC No 080/2005, párrafo 87 (el tribunal interpreta los medios efectivos de manera que se requiere que las leyes nacionales deben ser no solo accesibles sino también eficaces). Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>

<sup>9</sup> Véase Dolzer, R. (2005). The impact of international investment treaties on domestic administrative law, *New York University Journal of International Law and Policy*, 37, 972; Schill, S.W. (2009). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, pág. 377; y Echandi, R. (2011). What do developing countries expect from the international investment regime? En Alvarez, J. E. & Sauvant, K. P. (Eds.), *The evolving international investment Regime: Expectations, realities, options* (párrafos 3–21). Oxford: Oxford University Press.

<sup>10</sup> Véase Sattorova, M. (2018). *The impact of investment treaty law on host states: Enabling good governance?* Oxford: Hart Publishing. Véase también Van Harten, G. & Scott, D.N. (2017). Tratados de inversión y el veto interno de propuestas regulatorias: Estudio de caso de Canadá. *Investment Treaty News*, 8(3), 8–9. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott>



conocen el derecho de los tratados de inversión por su participación en arbitrajes entre inversionistas y Estados, este conocimiento no se traduce en reformas para mejorar la gobernanza. Los datos empíricos también demuestran que, pese a haber generado cierta conciencia y conocimiento sobre el derecho de las inversiones, algunos Gobiernos receptores continúan haciendo caso omiso de las posibles repercusiones de sus acciones al infringir dicha legislación. Aunque exista una amenaza de consecuencias financieras adversas, en algunos casos, los Gobiernos receptores prefieren violar las normas de los tratados de inversión ya que resulta más expeditivo a nivel económico y político. La insatisfacción con el arbitraje de inversión también parece presionar a los Estados receptores para que consideren cambios retroactivos en las leyes nacionales sobre protección de las inversiones y para que se retiren del régimen de estos tratados por completo.

### ¿Buena gobernanza para los inversores extranjeros?

La evidencia empírica emergente también plantea la pregunta de si, al aislar eficazmente a los inversores extranjeros de las desventajas de los regímenes nacionales y al reemplazar a estos últimos por una alternativa internacional discutiblemente más fuerte y eficaz, el régimen de tratados de inversión reduce el incentivo para que los Estados receptores mejoren las instituciones y prácticas de gobernanza internas<sup>11</sup>. Dado que la ISDS permite a los inversores escapar de la jurisdicción de los tribunales nacionales, los poderes judiciales no solo se encuentran meramente privados de incentivos para competir con los tribunales internacionales y mejorar la calidad de sus resultados en materia de gobernanza, sino que también se encuentran efectivamente impedidos de incorporar de otra manera los estándares internacionales de buena gobernanza en las prácticas jurídicas y burocráticas de sus Estados receptores.

La evidencia empírica también sugiere que, debido al énfasis del régimen de tratados de inversión en la idea de que los inversores extranjeros merecen una protección especial, el régimen contribuye a la fragmentación del escenario judicial y regulatorio

nacional y a la emergencia de organismos especiales para la toma de decisiones cuya tarea específica es la de escudar a los inversores extranjeros de las leyes e instituciones nacionales. Hay una tendencia distintiva entre los Estados de los países en desarrollo en torno a la creación de enclaves jurídicos para los inversores extranjeros no solo a nivel internacional sino nacional. La proliferación de estos enclaves no inspira la consideración del derecho internacional como fuerza de cambio. En cambio, sobrevalorar a los inversores extranjeros afianza la creencia predominante del derecho internacional como un foro selecto para actores privilegiados. En lugar de alentar una reforma comprehensiva de las instituciones y prácticas de gobernanza nacional, los Gobiernos de países en desarrollo apuntan a soluciones que ofrecen “buena gobernanza únicamente para los inversores extranjeros”.

### ¿El régimen de tratados de inversión en sí mismo cumple con los estándares de buena gobernanza?

Otra pregunta clave es si el derecho internacional de las inversiones posee las características necesarias para inspirar cambios a nivel nacional. El régimen de los tratados de inversión, bajo su forma actual, carece de algunas características fundamentales necesarias para cumplir con su misión de actuar como un mecanismo que indique cuales son los estándares universalmente aceptables de buena gobernanza<sup>12</sup>. Entre otras cosas, el verdadero impacto del derecho de los tratados de inversión sobre gobernanza en los países receptores depende de la postura que tome el régimen sobre la conducta errónea del inversor. Si los tratados de inversión y los tribunales arbitrales hacen la vista gorda ante los actos ilícitos perpetrados por los inversores extranjeros en los Estados receptores, incluyendo el soborno y la corrupción, el régimen de tratados de inversión podría ser cómplice al alentar y perpetuar patrones de conducta indeseables por parte de los Gobiernos y de los inversores extranjeros. Lamentablemente, la mayoría de los tratados de inversión existentes no contienen disposiciones que aborden expresamente la conducta errónea de los inversores. El derecho que rige los tratados de inversión ha sido muy criticado por su naturaleza asimétrica —al otorgar derechos a los inversores, sin

<sup>11</sup> Tom Ginsburg ha demostrado de manera convincente que la disponibilidad de ISDS a nivel internacional reduce los incentivos para que los Estados receptores mejoren los mecanismos y prácticas internos de buena gobernanza. Véase Ginsburg, T. (2005). International substitutes for domestic institutions: Bilateral investment treaties and governance. *International Review of Law and Economics*, 25(1), 107–123, pp. 119–121.

<sup>12</sup> La falla del derecho de los tratados de inversión para cumplir con los ideales del Estado de derecho de claridad, coherencia y proceso justo ha sido discutida en Van Harten, G. (2010). Investment Treaty arbitration, procedural fairness, and the rule of law. En Schill, S.W. (Ed.), *International investment law and comparative public law* (pp. 627–657). Oxford: Oxford University Press.



imponer ninguna obligación<sup>13</sup>. No abordar la falta de responsabilidad de los inversores en los AII se contrapone al compromiso proclamado del régimen de tratados de inversión con respecto a los ideales del estado de derecho y a la buena gobernanza.

## Sanciones, reformas de arriba hacia abajo y capacitación

Estudios empíricos sobre los efectos de la buena gobernanza del derecho de los tratados de inversión también destacan el papel central que juega la limitación de recursos que define la capacidad de los Estados para internalizar las normas de buena gobernanza. Tal como argumentan hace tiempo los académicos en derecho y desarrollo, las sanciones externas y las reformas de arriba hacia abajo no siempre tienen un efecto capacitador en los países receptores<sup>14</sup>. Parece que la emergente red de influencia transnacional –que comprende primordialmente las instituciones financieras y de asistencia internacionales, los Gobiernos occidentales y a los responsables de producir y difundir las normas de los tratados de inversión– de hecho pueden suprimir más que permitir mejoras significativas en la gobernanza nacional. Al poner énfasis en expertise externo (extranjero), en la legislación externa (internacional) y en los mecanismos de solución de controversias, el funcionamiento de estos agentes transnacionales posee un efecto debilitador de la conciencia jurídica nacional y, por lo tanto, obstaculizan el surgimiento de formas innovadoras de interacción entre los Estados de los países en desarrollo y el régimen mundial de protección de las inversiones.

## Observaciones Finales

Ahora que la evidencia empírica está apuntando cada vez más a la falta de correlación positiva entre los tratados de inversión y una mayor IED<sup>15</sup>, ¿quién se beneficiaría

de que los AII otorguen a los inversores extranjeros mejores privilegios? ¿Cuál es la función social general del régimen contemporáneo de tratados de inversión y hasta qué punto esa función puede lograrse dado el diseño existente de las reglas de los tratados de inversión y los procedimientos de arbitraje asociados? Se necesitan más estudios para explorar cómo aquellos que finalmente asumen los costos de las reglas de inversión –Estados de países en desarrollo y comunidades receptoras– podrían ser incluidos en el proceso de redefinir la gobernanza de inversión internacional y dar forma al contenido de las políticas de protección de las inversiones.

### Autora

**Mavluda Sattorova** es profesora *senior* de Derecho en la Universidad de Liverpool. Se especializa en derecho internacional de las inversiones y arbitraje entre inversionistas y Estados. Su trabajo más reciente examina el impacto del derecho de los tratados de inversión en la formulación de políticas nacionales y la gobernanza.

<sup>13</sup> UNCTAD. (2015). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2015: Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones*. Ginebra: UNCTAD, pág. 158. Extraído de [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) (en inglés). Principales mensajes y panorama general disponibles en español en [https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf)

<sup>14</sup> Véase por ej., Trebilcock, M.J., y Daniels, R. J. (2008). *Rule of law reform and development: Charting the fragile path of progress*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 351.

<sup>15</sup> Pohl, J. (2018, 18 de enero). Societal benefits and costs of international investment agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence. *OECD Working Papers on International Investment*, 2018/01. Extraído de [http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en); Bonnitcha, J. (2017, septiembre). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>; Yackee, J. (2010–2011). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence, *Virginia Journal of International Law*, 51, 397–442.





## ARTÍCULO 3

# Cláusulas de responsabilidad social empresarial en los tratados de inversión

Laurence Dubin



La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se refiere a todas las prácticas y normas a las que las empresas, y más concretamente las empresas transnacionales (ETN), se comprometen voluntariamente para limitar las externalidades negativas generadas por sus actividades en los ámbitos social, ambiental y, de manera más general, el societario. Basada en la ética soberana de las empresas transnacionales, la RSE fue luego enmarcada por ciertas instituciones internacionales como la OCDE (con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales) o las Naciones Unidas (con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos). Estos instrumentos, que se basados en el “soft law”, siempre se han desarrollado en paralelo al derecho “duro” de las inversiones, que, por su parte, reconoce los derechos internacionales de los inversores extranjeros.

Sin embargo, en los últimos años, ha habido una tendencia en la legislación sobre inversiones a tener en cuenta la RSE de forma implícita o explícita. Implícitamente, ante todo, en el arbitraje de inversiones cuando se tiene en cuenta en relación a condiciones de admisibilidad o jurisdicción de los tribunales arbitrales. Por el otro lado, explícitamente, a través de cláusulas de RSE en los tratados de inversión. La inclusión de cláusulas de RSE en estos tratados es una práctica relativamente reciente y estas cláusulas aún no han sido objeto de arbitraje en materia de inversiones. A lo sumo, hay una treintena de cláusulas relativas a la RSE incluidas en los tratados

de inversión, los modelos de tratados de inversión o los acuerdos de libre comercio<sup>1</sup> que pueden clasificarse de la siguiente manera.

## 1. Una tipología de cláusulas de RSE en los tratados de inversiones

La primera categoría incluye cláusulas en las que los Estados partes alientan a la mayoría de las empresas a autorregularse. La segunda categoría incluye cláusulas en las que los Estados, ya sean de origen o anfitriones de inversores extranjeros, consideran a la RSE como dentro de su propia competencia nacional. La tercera categoría, la más reciente, incluye cláusulas en las que los Estados partes requieren directamente a los inversores cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos o ambientales.

## "Hay una treintena de cláusulas relativas a la RSE incluidas en los tratados de inversión, los modelos de tratados de inversión o los acuerdos de libre comercio."

Las cláusulas de las dos primeras categorías prevén que la RSE debe ser organizada espontáneamente por las empresas transnacionales o por la legislación del Estado (principalmente del país anfitrión). Pueden denominarse *cláusulas indirectas* en la medida en que establecen la regulación del comportamiento

<sup>1</sup> Para un panorama general de todas las cláusulas, véase el artículo de Monebhurrin, N. (2017). Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Brazilian Journal of International Law*, 14(2), 50–71, y por el mismo autor, pero solo en cuanto a los acuerdos de los tratados brasileños: Monebhurrin, N. (2017). Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, 8, 79–100. Para un análisis más general de las obligaciones de los inversores extranjeros, véase también Mbengue, M. M. (2017). Les obligations des investisseurs. In L. Dubin et al. (Eds.), *Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint Denis: L'entreprise multinationale et le droit international* (pp. 295–339). Paris: Pedone. Extraído de <http://pedone.info/site/wp-content/uploads/2017/05/Pr%C3%A9sentation-SFDI-2016-Lentreprise.pdf>



empresarial de los inversores extranjeros, ya sea a través de la ley espontánea de las empresas transnacionales o a través del ordenamiento jurídico interno del Estado anfitrión. Las cláusulas que se dirigen directamente a los inversores en relación a obligaciones para la protección de los derechos humanos, el medio ambiente o la prohibición de la corrupción en el orden internacional –las denominadas cláusulas directas– van en contra al objetivo primordial de la legislación sobre inversiones, a saber, la protección de los inversores, y reflejan el movimiento más amplio de reforma en este ámbito. Si bien las cláusulas indirectas podrían remediar el desequilibrio ampliamente observado entre los derechos internacionales sobreprotegidos de los inversores extranjeros y las correspondientes obligaciones de los Estados anfitriones, las cláusulas directas podrían transformar los deberes corporativos de las empresas transnacionales al convertir la RSE en obligaciones internacionales exigibles a sus inversores y convertir el derecho de inversión en un instrumento útil e inesperado para exigir responsabilidades a las empresas transnacionales.

## 2. Cláusulas indirecta: un medio para proteger las competencias del Estado anfitrión

La mayoría de las cláusulas de RSE son cláusulas indirectas que abordan la RSE como una técnica de autorregulación que los Estados de origen y anfitriones deberían fomentar. La mayoría de los tratados en los que Canadá es parte contienen este tipo de cláusula, incluido el AECG de aplicación provisional<sup>2</sup>. Así, por mencionar solo este último acuerdo, las partes se comprometen a:

Fomentar el desarrollo y la utilización por parte de las empresas de las mejores prácticas voluntarias en materia de responsabilidad social empresarial, como las establecidas en las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, a fin de aumentar la coherencia entre los objetivos económicos, sociales y medioambientales.

Estas disposiciones no transforman en modo alguno las obligaciones empresariales o éticas de las empresas en obligaciones jurídicas ejecutables en los procedimientos litigiosos. Se limitan a reafirmar el carácter voluntario del concepto de RSE, que sigue siendo una forma de *responsabilidad propia* de las empresas que, a lo sumo,

puede ser alentada por los Estados.

## "Las cláusulas de RSE indirectas podrían remediar el desequilibrio ampliamente observado entre los derechos internacionales sobreprotegidos de los inversores extranjeros y las correspondientes obligaciones de los Estados anfitriones."

Algunas cláusulas indirectas intentan ir más allá de la asimilación de la RSE a un compromiso voluntario de las empresas. Con este fin, invitan a los Estados a adoptar legislación que permita enmarcar el comportamiento de los inversores. Esas cláusulas indirectas pueden ser útiles para interpretar el contenido y el alcance de las obligaciones del Estado anfitrión en los tratados de inversión. De hecho, la incoherencia de la jurisprudencia arbitral en la interpretación de ciertas normas de trato puede socavar las obligaciones positivas de los Estados de proteger los derechos humanos o el medio ambiente. Así pues, las cláusulas indirectas de RSE podrían permitir justificar o acentuar la interpretación restrictiva del TJE y, en particular, la protección de las expectativas legítimas de los inversores. Al aclarar la intención de los Estados partes de fortalecer la responsabilidad empresarial de los inversores, las cláusulas indirectas podrían proporcionar un mejor marco para las expectativas legítimas de los inversores<sup>3</sup>.

## 3. Cláusulas directas de RSE: un medio para definir las obligaciones internacionales de los inversores

Las cláusulas directas de la RSE intentan, por su parte, responsabilizar a los inversores extranjeros mediante la definición de sus obligaciones. Estos son pocos, simplemente porque el objetivo principal de los tratados de inversión es conferir derechos a los inversores extranjeros, no imponerles obligaciones. Este propósito de los tratados de inversión explica por qué, en muchos casos, las cláusulas directas utilizan una

<sup>2</sup> Véase también el preámbulo y el artículo 22.3 del AECG, extraído de [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm)

<sup>3</sup> En efecto, existe una cierta tendencia a interpretar las expectativas legítimas de manera que los inversores sean más responsables, que al menos deberían conocer la legislación aplicable y anticiparse a los cambios normativos.



redacción muy laxa. Este es el caso del artículo 24 del Código Panafricano de Inversiones (PAIC), que utiliza el condicional para invitar a los inversores a respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, mientras que utiliza el imperativo para la lucha contra la corrupción (artículo 21). Del mismo modo, el artículo 12 sobre la RSE del TBI entre Qatar y la Argentina se limita a exigir a los inversores que operan en el territorio de cada Estado anfitrión que:

Se esfuercen por incorporar voluntariamente en sus políticas y prácticas empresariales las normas de responsabilidad social empresarial reconocidas internacionalmente.

Cuando no están redactadas en condicional, las cláusulas directas pueden ser relativamente pobres en cuanto a sustancia. Algunas de ellas solamente recuerdan uno de los criterios de la prueba de Salini según la cual los inversores deben contribuir al desarrollo del Estado anfitrión. Este es el caso del artículo 22 del proyecto de Código Panafricano de Inversiones titulado "Responsabilidad social empresarial"<sup>4</sup>:

Los inversores que traten de alcanzar sus objetivos económicos se asegurarán de no entrar en conflicto con los objetivos de desarrollo social y económico de los Estados anfitriones y de ser sensibles a esos objetivos.

Además, las cláusulas directas de RSE a menudo tienen que coexistir con cláusulas relativas a la conformidad de la inversión con el derecho interno del Estado anfitrión. Así, el TBI entre Argentina y Qatar contiene, además de una cláusula directa de RSE en el artículo 12, un artículo 11 que impone a los inversores la obligación de cumplir con la legislación nacional. Otra opción es combinar la cláusula de RSE y la obligación de cumplir la legislación nacional en la misma disposición. Este es el ejemplo del Artículo 11 del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones firmado entre Brasil y Malauí (un tipo de acuerdo que difiere del modelo tradicional de TBI):<sup>5</sup>

Los inversores y sus inversiones deben: a) hacer

todo lo posible para cumplir con los principios de comportamiento responsable y las leyes del Estado anfitrión... b) respetar los derechos humanos implicados en las actividades empresariales y cumplir con las obligaciones y compromisos internacionales de los Estados anfitriones.

Estas cláusulas directas ilustran la dificultad que tienen los Estados para imponer obligaciones internacionales en materia de derechos humanos reconocidos internacionalmente a los inversores estando desconectados de sus propios compromisos internacionales. Así, en el ejemplo de las cláusulas brasileñas, los inversores solo respetarán los derechos humanos en la medida en que lo indiquen los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por los Estados anfitriones.

## "Algunas cláusulas directas ilustran la dificultad que tienen los Estados para imponer obligaciones internacionales en materia de derechos humanos reconocidos internacionalmente a los inversores estando desconectados de sus propios compromisos internacionales."

Si bien las cláusulas directas de RSE no son, por el momento, muy precisas en cuanto al contenido de las obligaciones internacionales de los inversores extranjeros, su invocación por los Estados anfitriones podría resultar útil en el contexto de la solución de controversias entre esos Estados y los inversores extranjeros.

### 4. El impacto potencial de las cláusulas de RSE en las contrademandas del Estado anfitrión en la solución de controversias entre inversores y Estados

Varios laudos arbitrales bien conocidos<sup>6</sup> ya han permitido considerar que la conducta corrupta o la conducta contraria a la ley del Estado anfitrión de un

<sup>4</sup> Departamento de Asuntos Económicos, Comisión de la Unión Africana. (2016, 15 de diciembre). *Draft Pan-African Investment Law Code, EA15660*. Extraído de [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft\\_pan-african\\_investment\\_code\\_december\\_2016\\_en.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf). Véase también el artículo 14 del Protocolo sobre la facilitación de las inversiones intra-Mercosur, extraído de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548>

<sup>5</sup> Véase Artículo 11 del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones entre Brasil y Maláui, extraído de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4715>

<sup>6</sup> Ver *World Duty Free Company Limited vs. Kenia*, caso del CIADI ARB/00/7, laudo, 31 de agosto de 2006. Extraído de <https://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>; *Metal Tech Ltd vs. República de Uzbekistán*, caso del CIADI ARB/10/03, laudo, 4 de octubre de 2013. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>



inversionista extranjero pueden dar lugar a la falta de competencia del tribunal arbitral o a la inadmisibilidad de la demanda del inversionista. Así pues, con excepción de la falta de competencia o la inadmisibilidad, el Estado anfitrión dispone de mecanismos que le permiten, a título defensivo, eludir su propia responsabilidad impugnando el comportamiento socialmente irresponsable, así se lo haya denominado o no, del inversor demandante. Por su parte, las cláusulas de RSE podrían servir de base para reconveniones que permitirían al Estado anfitrión no eludir su propia responsabilidad, sino comprometerse, en esencia, con la responsabilidad de los inversores.

Las reconveniones permiten a los Estados anfitriones responder a las principales demandas de los inversores extranjeros y tienen por objeto impugnar directamente su conducta ilícita. Sin embargo, hasta la fecha, las reconveniones no han tenido mucho éxito. El principal obstáculo para el éxito de las contrademandas radica en la incertidumbre acerca de las obligaciones que el Estado anfitrión puede imponer al inversor extranjero en virtud del derecho internacional, como se muestra en la sentencia *Urbaser vs. Argentina*. En este caso, la Argentina interpuso una reconvenición alegando la violación del derecho fundamental al agua por parte del inversionista. El tribunal concluyó entonces que la demanda de Argentina no podía prosperar debido que el agua estaba destinada al Estado. Por otra parte, los árbitros consideraron que:

La situación sería diferente en el caso de una obligación de abstención, como la prohibición de cometer violaciones de los derechos humanos. Esa obligación podría ser inmediatamente aplicable, no solo a los Estados, sino también a los particulares y a las personas privadas<sup>7</sup>

Desde el principio, esta obligación negativa recuerda a una de las normas conocidas de la RSE, el deber de diligencia debida, según el cual las empresas transnacionales “se esfuerzan” por no violar los derechos humanos ni contaminar el medio ambiente. Se podría entonces imaginar que frente a una cláusula de RSE contenida en un tratado de inversión que obliga a los inversores a ejercer este deber de diligencia, los árbitros disponen de una herramienta

muy útil para consolidar el establecimiento de una obligación exigible a los inversores, capaz de establecer la validez de las reconveniones.

El inversionista, consciente del riesgo de una reconvenición por parte del Estado anfitrión por falta de vigilancia que tenga un resultado satisfactorio para el Estado, podría entonces verse disuadido de presentar una solicitud de arbitraje que le obligara a justificar su propia conducta. Así, contra toda expectativa, el encuentro entre el deber de vigilancia (tal como se deduce de una cláusula de RSE) y la ley de inversiones (a través de reconveniones) podría probablemente permitir “moralizar más el uso del arbitraje sobre la base de los tratados”<sup>8</sup>. Y lo que es aún más inesperado, podría el inversor ser considerado responsable del incumplimiento de un deber de vigilancia que sería directamente exigible en su contra y, en última instancia, susceptible de imponerle una obligación de reparación frente al Estado anfitrión.

#### Autora

**Laurence Dubin** es profesora de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Sorbona. Para una visión más completa del tema, véase Dubin, L. (2018). *RSE et droit des investissements, les prémisses d’une rencontre*, *Revue Générale de Droit International Public*, 2018, Tomo 4.

<sup>7</sup> Véase *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao vs. Argentina*, CIADI, ARB/07/26, laudo, 8 de diciembre de 2016, § 1210, extraído de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf)

<sup>8</sup> Gaillard, E. (2015). *L’avenir des traités de protection des investissements*. C. Leben (Ed.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015, p. 1040.





## NOTICIAS EN BREVE

### Unión Europea procede rápidamente a adoptar reglamento para la examinación de las inversiones extranjeras directas

El 20 de noviembre de 2018, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea llegaron a un acuerdo político sobre un marco de la UE para examinar la IED, y el 11 de diciembre de 2018 la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo aprobó el acuerdo político. El objetivo establecido del marco es proteger los intereses estratégicos de la Unión Europea, de sus Estados miembros y de las empresas –incluyendo los relativos a la seguridad y el orden público– mientras se mantienen abiertos a la inversión extranjera.

El borrador del Reglamento de la UE creará un mecanismo de cooperación para el intercambio de información entre los Estados miembros de la UE y la Comisión. También alentará la cooperación internacional para la examinación de políticas, incluyendo compartir experiencias, mejores prácticas e información sobre las tendencias de inversión. Se debe notar que reafirma que los Estados miembros de la UE tendrán la última palabra para decidir si una operación específica debería ser permitida o no en su territorio.

Se espera que el Reglamento de la UE entre en vigencia una vez que el Parlamento y el Consejo Europeos concluyan los procesos de aprobación respectivos en curso.

### Luego de la sexta ratificación, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) entrará en vigor el 30 de diciembre de 2018

El 31 de octubre de 2018, Australia se convirtió en el sexto Estado en ratificar formalmente el CPTPP, junto con Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur. Esto dio inicio a la cuenta regresiva de 60 días para que el acuerdo entre en vigor el 30 de diciembre de 2018. Brunei Darussalam, Chile, Malasia, Perú y Vietnam aún deben ratificarlo. El CPTPP fue firmado en Santiago de Chile, el 8 de marzo de 2018.

### Unión Europea firma acuerdos comerciales y de inversión con Singapur; API entre la UE y Japón entrará en vigor en febrero de 2019

El 19 de octubre de 2018, Singapur y la Unión Europea firmaron acuerdos políticos y comerciales así como el Acuerdo para la Protección de Inversiones entre la UE y Singapur (API). Se pretende que los textos sean los pilares para crear acuerdos entre ASEAN y la UE.

El API entre la UE y Singapur está sujeto al Dictamen 2/15 del TJE. El 16 de mayo de 2017, el tribunal decidió que el tratado recayera bajo la competencia exclusiva de la UE, excepto aquellas disposiciones que fueran de competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Estas incluyen disposiciones sobre protección de las inversiones relacionadas con inversiones de cartera y la ISDS. El API crea un Sistema de Tribunales de Inversiones, después de la propuesta de la UE en sus acuerdos bilaterales recientes.

Como un acuerdo mixto, del lado de la UE, el API exigirá la ratificación del Parlamento Europeo así como de los parlamentos nacionales y regionales de los Estados miembros de la UE.

El 12 de diciembre de 2018, el Parlamento Europeo aprobó el Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón (JEEPA), tras una decisión similar de la Dieta Nacional de Japón. Dado que el JEEPA no cubre la protección de las inversiones o la ISDS, la ratificación parlamentaria de ambos socios allana el camino para su entrada en vigor el 1 de febrero de 2019.

Las negociaciones entre la UE y Japón continuarán para firmar un posible acuerdo sobre protección de las inversiones. En el acuerdo propuesto, la Unión Europea también ha incluido una propuesta de reforma del Sistema de Tribunales de Inversiones y señaló que “está claro que no puede haber vuelta atrás a una ISDS en su estilo antiguo”.



## Grupo de Trabajo III de la CNUDMI decide que una reforma multilateral es deseable; Gobiernos presentarán propuestas para desarrollar plan de trabajo

El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continuó el debate sobre la posible reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) en su 36ta sesión, celebrada del 28 de octubre al 2 de noviembre de 2018 en Viena. El grupo de trabajo posee un amplio mandato de tres fases: (1) identificar las inquietudes relacionadas con la ISDS, (2) evaluar si la reforma es deseable y, de ser así, (3) desarrollar recomendaciones.

La sesión de Viena se centró en la segunda fase de su mandato —si una reforma multilateral es deseable. El grupo de trabajo consideró tres áreas de inquietudes: (1) uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales por los tribunales que entienden en la ISDS, (2) árbitros y responsables de gobierno, y (3) costo y duración de los casos de ISDS. Tal como se indicó en el borrador del informe de la reunión, el grupo de trabajo concluyó que la reforma multilateral es deseable para atender varias inquietudes bajo estas tres áreas.

La 37ma sesión está programada a realizarse del 1 al 5 de abril de 2019 en Nueva York, cuando el grupo de trabajo considerará las inquietudes relacionadas con la financiación por terceros, así como las que no están cubiertas bajo las tres categorías amplias de reformas deseables ya identificadas. Se debe destacar también que desarrollará un plan de trabajo para elaborar recomendaciones para la reforma. Preparándose para la sesión de abril de 2019, los Gobiernos son alentados a consultar y presentar sus propuestas por escrito para el desarrollo del plan de trabajo.

Una reunión regional entre las sesiones del grupo de trabajo está programada para realizarse en Santo Domingo, República Dominicana del 13 al 14 de febrero de 2019. Más información y documentos oficiales del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI están disponibles en el sitio web del grupo de trabajo.

## Jueces de la Corte Internacional de Justicia deciden dejar de participar como árbitros en casos de ISDS

En un discurso en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de octubre de 2018, el Juez Abdulqawi Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), mencionó que la corte decidió restringir la práctica de permitir a sus miembros para que se desempeñen en tribunales arbitrales. Los miembros de la CIJ decidieron que “en términos generales, no aceptarán

participar en el arbitraje internacional” y, “en particular, no participarán en arbitrajes entre inversionistas y Estados ni en arbitrajes comerciales”.

Únicamente bajo circunstancias excepcionales la CIJ autorizará a sus miembros que participen en arbitrajes entre Estados, “si las circunstancias así lo ameritan”. El Presidente Yusuf aclaró que aun en estos casos excepcionales, un juez de la CIJ participará solamente, si es autorizado, en un arbitraje a la vez, y siempre y cuando la nominación como árbitro no sea realizada por un Estado que sea parte de un caso pendiente ante la corte.

Esto se contraponen a la actual práctica por medio de la cual algunos jueces actúan cada vez más como árbitros en varios arbitrajes entre inversionistas y Estados al mismo tiempo, paralelamente a su desempeño como jueces de la CIJ.

## Continúan las negociaciones de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos en Naciones Unidas

Durante la semana del 15 al 19 de octubre de 2018, tuvo lugar la cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos en Ginebra. Representantes de más de 90 Estados participaron en la sesión. Más de 60 organizaciones internacionales, representantes de la sociedad civil y otras partes interesadas participaron como observadores.

En la sesión, el grupo de trabajo finalizó la primera lectura del borrador preliminar de un instrumento jurídicamente vinculante. El objetivo del instrumento propuesto es regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas. También se discutió el protocolo opcional del borrador preliminar anexo al instrumento propuesto. Reafirmando la necesidad de prevenir y poner fin a los abusos de derechos humanos relacionados con las empresas, los participantes participaron en un diálogo enfocado en el contenido del borrador del instrumento.

Tal como lo recomendó el presidente relator, los Estados y otras partes interesadas están invitados a presentar sus comentarios y propuestas sobre los borradores hasta fines de febrero de 2019. El correo electrónico del grupo de trabajo es [igwg-tncs@ohchr.org](mailto:igwg-tncs@ohchr.org). Un borrador revisado del instrumento será elaborado para las negociaciones en la quinta sesión del grupo de trabajo, la cual se realizará en octubre de 2019 en Ginebra.



## LAUDOS Y DECISIONES

### Se analiza fallo del caso *Achmea* y se otorga demanda de TJE en caso del TCE contra España

*Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l., Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l., Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. y GWM Renewable Energy II S.P.A. vs. El Reino de España, Arbitraje V (2015/150) SCC*

**Kirrin Hough**

En un laudo del 14 de noviembre de 2018, un tribunal de SCC consideró las demandas entabladas en virtud del TCE contra España. Dichas demandas fueron presentadas por dos empresas de Luxemburgo, Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. y Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l.; por dos empresas italianas, GWM Renewable Energy I S.p.A. y GWM Renewable Energy II S.r.l.; y por una danesa, Greentech Energy Systems A/S, luego de la promulgación de medidas legislativas y regulatorias por parte de España para afrontar un creciente déficit tarifario. El tribunal confirmó su jurisdicción sobre la controversia y aceptó la demanda de TJE entablada en virtud del Artículo 10(1) del TCE, otorgando a las demandantes EUR 39 millones por daños.

#### Antecedentes y demandas

En 2007, España promulgó el Real Decreto (RD) 661/2007 para atraer inversiones en generación de electricidad a través de energías renovables y cumplir con las metas en materia de energías renovables conforme al derecho de la UE. El RD 661/2007 establecía tarifas reguladas (*feed-in tariffs* – FiTs) a ser pagadas a las plantas fotovoltaicas calificadas durante toda la vida de las plantas y les otorgaba prioridad de acceso a la red eléctrica. Entre mayo de 2009 y mayo de 2010, las demandantes adquirieron empresas españolas que operaban tres plantas fotovoltaicas, las cuales habían sido registradas bajo el RD 661/2007.

Si bien el RD 661/2007 demostró ser exitoso para atraer inversiones en energías renovables en España, y que se llegó a cumplir con el 85 por ciento de las metas establecidas bajo el RD 661/2007 en cuatro meses, España sufrió un aumento de su déficit tarifario. Para frenar este déficit, entre 2010 y 2013 promulgó varias medidas (incluyendo el RD

1565/2010, el RDL 14/2010, la Ley 15/2010 y el RDL 2/2013) que modificaron los incentivos otorgados a las plantas fotovoltaicas registradas en virtud del RD 661/2007. Desde 2013 hasta 2014, España derogó el RD 661/2007 y estableció un nuevo régimen regulatorio (que incluía el RDL 9/2013, la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la MO 1045/2014), el cual creó un nuevo marco jurídico para la producción de energías renovables.

En respuesta a estas medidas, las demandantes entablaron varias demandas contra España al amparo del TCE, incluyendo la violación de las cláusulas de TJE, perjuicio por las medidas adoptadas y la cláusula paraguas en virtud del Artículo 10(1) del TCE y una demanda por violación de la cláusula de expropiación bajo el Artículo 13 del TCE.

#### Se analiza caso *Achmea* para establecer jurisdicción de tribunal en controversia intra-UE

Antes de considerar las demandas, el tribunal trató la objeción presentada por España a su jurisdicción argumentando que el TCE no se aplica a controversias intra-UE que involucran a demandantes que son nacionales de Estados miembros de la UE y el demandado es un Estado miembro de la UE y parte contratante del TCE. España por último alegó que la cláusula de solución de controversias bajo el Artículo 26 del TCE excluye el arbitraje de controversias intra-UE, ya que esto se encuentra prohibido bajo el derecho de la UE.

Considerando la objeción de España, el tribunal comenzó su análisis evaluando el lenguaje llano del Artículo 26 del TC y no encontró ninguna exclusión de controversias intra-UE en las cláusulas de protección del TCE. El tribunal también consideró el argumento de España de que carecía de jurisdicción sobre la controversia en virtud de la primacía del derecho de la UE, pero concluyó que el mismo no resulta pertinente a la cuestión de la jurisdicción del tribunal.

De particular importancia, el análisis del tribunal, en su consideración de la objeción jurisdiccional presentada por España, se basó en el fallo del caso *República Eslovaca vs. Achmea*. En *Achmea*, decidido en marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que una cláusula contenida en un acuerdo



de inversión entre dos Estados miembros de la UE es incompatible con el derecho de la UE.

Al momento de determinar si *Achmea* se aplicaba a este arbitraje contra España, el tribunal concordó con el tribunal del caso *Masdar Solar vs. España* y concluyó que el fallo en el caso *Achmea* tenía una aplicación limitada y no se aplicaba a tratados multilaterales como el TCE. Sin embargo, el tribunal coincidió con la opinión del Abogado General Wathelet del caso *Achmea*, concluyendo que las protecciones conferidas a las inversiones en el TCE, y el mecanismo de ISDS, se aplican a los Estados miembros de la UE.

#### Tribunal carece de jurisdicción sobre demanda IVPEE

Si bien el tribunal concluyó que tenía jurisdicción para resolver la controversia, denegó su jurisdicción sobre la demanda de que España había violado el Artículo 10(1) del TCE al introducir un Impuesto del 7 por ciento sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE) bajo la Ley 15/2012. Habiendo analizado el Artículo 21 del TCE, el tribunal concluyó que las medidas impositivas, tal como la que está en cuestión, han sido excluidas de la aplicación de las protecciones del TCE para los inversores y, por lo tanto, no recae bajo la jurisdicción del tribunal.

#### España viola TJE

Al abordar la demanda de que España violó la obligación de TJE al amparo del Artículo 10(1) del TCE, el tribunal concluyó que las demandantes no poseían una expectativa legítima de que el régimen regulatorio bajo el RD 661/2007 no sería modificado. Al mismo tiempo, sin embargo, el tribunal concluyó que sí existía una expectativa legítima de que el régimen tarifario, en virtud del RD 661/2007, no sería modificado de una forma tan radical que finalmente privaría a los inversores de una parte significativa de la rentabilidad proyectada.

Al aplicar estas conclusiones, el tribunal dictaminó que dado que las regulaciones promulgadas por España desde 2010 hasta 2013 meramente modificaban pero no cambiaban de manera fundamental el RD 661/2007, este país no violó el estándar de TJE. No obstante, sí concluyó que el nuevo régimen regulatorio promulgado por España desde 2013 hasta 2014 infringió el TJE. Según el tribunal, el nuevo régimen regulatorio cambió fundamentalmente el marco regulatorio del RD 661/2007 al derogarlo y reemplazarlo por una nueva estructura regulatoria. De esta manera, la promulgación de las regulaciones por España constituían una violación sujeta a compensación del estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE.

#### Cláusulas de perjuicio y paraguas desestimadas

Las demandantes argumentaron que España violó la protección de la cláusula de deterioro o perjuicio del Artículo 10(1) del TCE; sin embargo, el tribunal concluyó que esta demanda estaba conectada con el mismo estándar de la cláusula de TJE y el mismo fundamento fáctico de la demanda de TJE, y por lo tanto, no era necesario decidir sobre la misma.

También desestimó la demanda entablada en virtud de la cláusula paraguas del Artículo 10(1) del TCE, dado que la misma se refiere a la obligación del Estado de cumplir con las obligaciones que haya contraído con los inversores o las inversiones. Asimismo, explicó que tales obligaciones mencionadas en la cláusula paraguas se refieren a compromisos específicos, no a regulaciones generales promulgadas por un Estado. Por consiguiente, el tribunal concluyó que España no asumió ningún compromiso como tal frente a las demandantes y desestimó la demanda a este respecto.

#### Demanda de expropiación desestimada

Al presentar su reclamo de expropiación, las demandantes argumentaron que el 83 por ciento del valor de su inversión de capital había sido destruido debido a las medidas regulatorias de España, resultando en una privación sustancial del derecho a recibir el valor total de la tarifa regulada bajo el RD 661/2007. España refutó que la expropiación no ocurrió ya que las demandantes aun eran propietarias de las plantas fotovoltaicas. Finalmente, el tribunal concluyó que, pese a que las demandantes efectivamente sufrieron graves pérdidas financieras como resultado de las medidas disputadas, las mismas no privaron sustancialmente a las demandantes del valor o uso y goce de sus inversiones.

#### Daños

Habiendo determinado que España incumplió su obligación de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE, el tribunal otorgó a las demandantes EUR 39 millones por daños más un interés compuesto. España también deberá pagar las costas del arbitraje y demás gastos razonables por una suma de EUR 3.900.374,73 y USD 2.997.596,33.

#### Opinión disidente parcial de Vinuesa: Derecho de la UE es pertinente y se aplica a los méritos

En una opinión disidente parcial presentada por Raúl Emilio Vinuesa, este árbitro no coincidió con la mayoría del tribunal sobre la cuestión del derecho aplicable, afirmando que el derecho de la UE forma parte del





derecho internacional y que debería aplicarse a los méritos de la controversia. Vinuesa tampoco estuvo de acuerdo con la conclusión de la mayoría sobre la diligencia debida por parte de las demandantes al momento en que la inversión fue realizada y la consecuente responsabilidad de las mismas.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Michael Moser (presidente designado por SCC), Klaus Sachs (designado por las demandantes) y Raúl Emilio Vinuesa (designado por el demandado). El laudo y la opinión disidente de Raúl Emilio Vinuesa están disponibles en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10142.pdf>

**Kirrin Hough** es abogada estadounidense radicada en Washington, D.C., Estados Unidos.

## Kenia vence en arbitraje de TBI: demandas de inversor británico desestimadas debido a falta de Estudio de Impacto Ambiental

*Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited vs. la República de Kenia, Caso del CIADI No. ARB/15/29*

**Xiaoxia Lin**

El 22 de octubre de 2018, un tribunal del CIADI constituido en virtud del TBI entre el Reino Unido y Kenia emitió su laudo, desestimando todas las demandas y ordenando a los inversores británicos que paguen a Kenia la mitad de sus costas legales, más los costos del arbitraje del CIADI. Es de notar que el tribunal confirmó que la evaluación de impacto ambiental (EIA) fue uno de los requisitos para una inversión lícita según el derecho de Kenia.

### Antecedentes y demandas

Las demandantes fueron Cortec Mining Kenya Limited (CMK), una empresa privada constituida en Kenia, y sus accionistas mayoritarias, Cortec (PTY) Limited y Stirling Capital Limited, dos empresas británicas. Las demandantes comenzaron a invertir en un proyecto minero en Mrima Hill en Kenia desde el 2007 y obtuvieron su Licencia Especial de Prospección (SPL 256) en 2008, la cual expiró en diciembre de 2014 luego de dos renovaciones. Según los inversores, también obtuvieron la Licencia Especial de Minería 351 (SML 351) en marzo de 2013 basada en la SPL 256.

En agosto de 2013, el Gobierno recién electo de Kenia investigó y suspendió varios cientos de licencias mineras emitidas durante el “período de transición”, incluyendo la SML 351 de los inversores debido a “quejas en torno al proceso”. Según los inversores, esto constituyó una revocación de su licencia.

En su solicitud de arbitraje de 2015 y las posteriores presentaciones al tribunal, los inversores reclamaron que la revocación de la SML 351 (su “principal activo”) constituyó una expropiación directa en contraposición a lo establecido en el TBI entre el Reino Unido y Kenia.

### Solicitud prematura de licencia minera por inversores en ausencia de EIA

Antes de abordar las cuestiones jurisdiccionales, el tribunal analizó la relación entre la SPL 256 y la SML 351. Ratificó que la SPL 256 requería a CMK que elaborase un informe sobre la viabilidad del proyecto minero y un EIA antes de solicitar la licencia minera, de conformidad con la Ley de Minería y las Regulaciones sobre Impacto Ambiental (Evaluación y Auditoría) de Kenia (párrafo 104). El tribunal desestimó el Estudio de Viabilidad del Proyecto de Minería realizado precipitadamente por las demandantes, afirmando que no cumplía con las prácticas estándar de la industria (párrafo 129).

Los inversores respondieron que un funcionario del Gobierno de Kenia, el Sr. Langwen, aprobó el EIA cuatro meses después de la emisión de la SML 351 por el Sr. Masibo, Comisionado de Minas y Geología. Alegaron que Masibo también tenía la capacidad de convertir el EIA, de una condición previa a la solicitud de CMK de la licencia minera, en una condición posterior que podría ser cumplida después de la emisión de la SML 351.

Favoreciendo a Kenia, el tribunal afirmó que la licencia del EIA es una condición que precede a la emisión de una licencia especial de minería, conforme al derecho keniano. También concluyó que las “cartas de aprobación” de Langwen demostraban que CMK no tenía la aprobación al momento de emisión de la SML 351 y que en realidad no tenía la autoridad para emitir cartas de esta índole. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que los inversores no condujeron un EIA que les permitiera obtener una licencia minera válida.

### Tribunal trata acusaciones de corrupción por Kenia

Kenia alegó que Jacob Juma, un empresario contratado por las demandantes para solicitar la licencia, trabajó junto con el Delegado Masibo de manera corrupta para



emitir la SML 351. Kenia presentó una declaración de un testigo que demostraba que Juma “tenía un historial de pago de sobornos al Comisionado Masibo” (párrafo 183).

El tribunal no consideró convincente la declaración del testigo como prueba de corrupción. También determinó que Juma había fallecido, y que Masibo no tuvo la oportunidad de explicar su conducta y participar en un careo. El tribunal no se mostró convencido para aceptar la acusación de corrupción contra Masibo en ausencia de un proceso debido.

#### Tribunal afirma que la inversión fue realizada de buena fe

El tribunal confirmó su jurisdicción en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Artículo 8 del TBI entre el Reino Unido y Kenia. También citó el caso *Phoenix vs. La República Checa* y, particularmente, hizo referencia a los criterios utilizados en ese caso (es decir, los activos invertidos de conformidad con las leyes del Estado receptor; y los activos invertidos de buena fe) para definir una “inversión protegida”.

Kenia alegó que la conducta de las demandantes violó el principio de buena fe refiriéndose a los casos *Inceysa vs. El Salvador* y *Khan vs. Mongolia*, los cuales comparten la misma máxima: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (“nadie puede beneficiarse de su propio fraude”).

Sin embargo, el tribunal no se mostró convencido por esta afirmación. Además de reiterar que las acusaciones de corrupción eran infundadas, agregó que otras acusaciones de mala fe de demandantes no fueron comprobadas como para cumplir con el estándar de “cálculo de probabilidades” (párrafo 308). Por lo tanto, el tribunal concluyó que no hubo mala fe.

#### TBI entre el Reino Unido y Kenia contiene obligación implícita de cumplimiento con derecho interno

Citando el caso *Bear Creek vs. Perú*, las demandantes afirmaron que el cumplimiento regulatorio no es un asunto jurisdiccional ya que no hay un requisito expreso de legalidad en el TBI entre el Reino Unido y Kenia (párrafo 314). Kenia, a su vez, se refirió extensamente al caso *Phoenix*, en el cual se determinó que el cumplimiento con el derecho interno es exigido aun cuando esto no se encuentre expresamente requerido en el TBI pertinente.

El tribunal confirmó que tanto el Convenio del CIADI como el TBI únicamente protegían las “inversiones lícitas”. También reconoció la incongruencia en el texto y propósito entre el TBI y el Convenio del CIADI para

determinar si el Estado receptor debería ser responsable por una inversión “creada en desobediencia de sus leyes destinadas fundamental[mente] a proteger intereses de orden público tales como el medio ambiente” (párrafo 333). Se debe remarcar que el tribunal dictaminó que un lenguaje “explícito” a este respecto no era necesario y sostuvo que las inversiones deben ser realizadas “de conformidad con las leyes de Kenia” para estar protegidas (párrafo 333).

#### Tribunal aplica prueba de caso *Kim* para invalidar SML 351 emitida por Masibo

Como un argumento alternativo, las demandantes afirmaron que, aunque el tribunal tratase el cumplimiento como una cuestión de jurisdicción, debería aplicar el principio de proporcionalidad establecido en el caso *Kim vs. Uzbekistán* para rechazar las “ilegalidades” alegadas como fundamento de las “duras consecuencias” de denegar protección en virtud del tratado (párrafo 316). Kenia se basó en un fallo de un tribunal interno que sostiene que Masibo no tenía autoridad para emitir la licencia conforme al derecho keniano. Este fallo judicial, según la opinión de Kenia, no fue sometido al escrutinio del tribunal arbitral.

Tal como lo sugirieron los inversores, el tribunal aplicó el enfoque de tres etapas del principio de proporcionalidad del caso *Kim* para evaluar el impacto de las ilegalidades alegadas. En *Kim*, el tribunal primero evaluó la relevancia de la obligación supuestamente incumplida por el inversor; segundo, analizó la gravedad de la conducta del inversor; y tercero, evaluó si las consecuencias jurídicas de tal conducta son proporcionales a la severidad de denegar acceso a las protecciones del TBI (párrafos 406–408 de la [decisión sobre jurisdicción](#) en el caso *Kim*).

El tribunal del caso *Cortec* primero confirmó la importancia de la legislación ambiental en el proyecto Mrima Hill, el cual presenta una vulnerabilidad ambiental especial. Sostuvo que el incumplimiento con el marco regulatorio para su protección era una falta grave. Si bien algunos expertos jurídicos de Kenia apoyaron las teorías de “esperar y ver” y “convivencia” (“*live together*”) para tratar el EIA, el tribunal no dudó en confirmar que el EIA debería haber sido completado antes de la emisión de la licencia, conforme al derecho keniano.

De esta manera, el tribunal aceptó la conclusión de los tribunales kenianos de que la SML 351 era inválida desde el principio bajo el derecho de Kenia. Como una nota adicional, el tribunal agregó que no debería



otorgarse protección a la SML 351 en base a los méritos aun cuando ésta no fuera inválida, dado que Masibo abusó de su autoridad en contraposición con el derecho keniano.

### Tribunal rechaza demandas de inversores y otorga a Kenia la mitad de los costos reclamados

Después de concluir, tanto en términos de jurisdicción como de los méritos, que la SML 351 no era una inversión protegida, el tribunal desestimó todas las demandas de los inversores. Por lo tanto, ordenó a los mismos el pago de la mitad de los costos reclamados por Kenia, considerando que el alegato de la “objeción por corrupción” y demás conductas relativas a la culpabilidad de Kenia no fueron probados durante el procedimiento arbitral.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Ian Binnie (presidente designado por las partes, nacional canadiense), Kanaga Dharmananda (designado por las demandantes, nacional australiano) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/3974>. La decisión sobre jurisdicción del caso Kim vs. Uzbekistán del 8 de marzo de 2017 está disponible en <https://www.italaw.com/cases/5403>

**Xiaoxia Lin** es Becaria de Finanzas y Desarrollo Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York en el Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

### Tribunal del CIADI determina que Hungría violó cláusula de expropiación en TBI entre Francia y Hungría

*UP and C.D. Holding Internationale vs. Hungría, Caso del CIADI No. ARB/13/35*

#### Sarthak Malhotra

En un laudo del 9 de octubre de 2018, un tribunal del CIADI consideró las demandas presentadas contra Hungría por dos empresas francesas: UP (anteriormente conocida como Le Chèque Déjeuner, una cooperativa) y C.D. Holding Internationale, una filial de total propiedad de UP. El tribunal admitió la demanda de expropiación indirecta bajo el TBI entre Francia y Hungría, otorgando a las demandantes aproximadamente EUR 23 millones en compensación.

#### Antecedentes y demandas

La controversia se relaciona con algunas reformas

jurídicas e impositivas que perjudicaron el negocio de bonos de las demandantes en Hungría. El negocio consiste en la venta de cupones para empleadores que los otorgan a sus empleados como parte de su remuneración. Los empleados pueden utilizar estos cupones en varias empresas afiliadas para comprar productos y servicios.

Los inversores entraron al mercado húngaro a través de su filial Le Chèque Déjeuner Kft (CD Hungary) en 1996 y fueron muy activos principalmente en el negocio de cupones para el sector alimenticio, incluyendo cupones de “comida fría” para utilizarlos en supermercados y despensas, y de “comida caliente” para usarlos en restaurants.

En 2011, Hungría creó dos tipos de cupones de beneficios: (1) tarjetas SZÉP, una alternativa inmaterial a los cupones en papel, que podían ser utilizadas para diferentes alimentos, incluyendo “comida caliente”, y (2) cupones Erzsébet, que podían ser utilizados para pagar “comida fría” (y eventualmente para “comida caliente”). Los inversores no cumplieron con las condiciones legales para emitir tarjetas SZÉP. Los cupones Erzsébet únicamente podían ser emitidos por Magyar Nemzeti Üdülési Alapítvány (MNUA), una entidad del Gobierno.

Según las demandantes, las tarjetas SZÉP y los cupones Erzsébet recibían un beneficio de impuestos más bajos vis-a-vis los cupones emitidos por los inversores, lo cual tornaba sus cupones poco atractivos para los empleadores. El valor de las acciones de CD Hungary bajó en el mercado y sus ingresos disminuyeron, por lo cual tuvo que cesar sus operaciones en 2013. Las demandantes argumentaron que estas reformas dieron como resultado la expropiación de su inversión y violaron la obligación de TJE de Hungría en virtud del TBI entre Francia y Hungría.

#### Decisión del caso *Achmea* del TJEU no aplicable a casos del CIADI

La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU) del 6 de marzo de 2018 en el *caso Achmea* afirmó que un acuerdo internacional celebrado entre los Estados miembros de la UE, que permitía a un inversor de un Estado miembro entablar una demanda contra otro Estado miembro, no era compatible con el derecho de la UE. Hungría se basó en la decisión *Achmea* para establecer que el tribunal no poseía jurisdicción sobre el caso. Argumentó que Hungría ya no estaba obligada por el Convenio del CIADI dado que el fallo del caso *Achmea* tornaba el régimen de solución de controversias del CIADI incompatible con el derecho de la UE.



El tribunal rechazó el argumento de Hungría y sostuvo que la decisión de *Achmea* era diferente al presente caso en muchos aspectos y, por ende, no afectaba la jurisdicción del tribunal.

Primero, la jurisdicción del tribunal se basó en el Convenio del CIADI, es decir en un tratado multilateral del derecho internacional público. De esta manera, su análisis se realizó en un contexto de derecho internacional público y no en un contexto nacional o regional.

Segundo, el tribunal señaló que la decisión de *Achmea* se fundó en algunos aspectos que no están presentes en este caso. El derecho alemán fue aplicado al procedimiento de arbitraje de la decisión *Achmea*, mientras que el Convenio y el Reglamento de Arbitraje del CIADI son aplicables a este procedimiento. Además, la revisión judicial del laudo *Achmea* estaba bajo la competencia de los tribunales alemanes y fue ejercida por los mismos, mientras que la revisión judicial del laudo del presente caso únicamente se encuentra sujeta al procedimiento de anulación bajo el Convenio del CIADI. Además, la decisión del caso *Achmea* fue el resultado del sometimiento de cuestiones preliminares por el Tribunal Federal de Justicia alemán al TJUE.

El tribunal también observó que la decisión de *Achmea* no contenía ninguna referencia al Convenio o al Reglamento del CIADI. Después destacó que no hay una regla en el derecho de la UE que disponga que las obligaciones bajo el Convenio del CIADI fueran incompatibles con el derecho de la UE o que las mismas hayan sido canceladas o reemplazadas por el acceso de Hungría a la UE. El tribunal también afirmó que Hungría no pudo probar su argumentación de una retirada implícita del Convenio del CIADI y que, en todo caso, toda denuncia a dicho Convenio no tendría un efecto retroactivo sobre el retiro de consentimiento a arbitraje por parte de Hungría.

### Hungría expropió indirectamente la inversión de las demandantes

El tribunal rechazó el argumento de Hungría de que la demanda de los inversores en su totalidad estaba basada en la pérdida de rentabilidad económica. En cambio, concluyó que su caso se basaba en la expropiación indirecta de su participación accionaria en CD Hungary por la privación del valor económico de sus acciones. Además observó que la pérdida del valor económico de las mismas debido a medidas estatales puede ser considerada una expropiación indirecta.

De acuerdo con el tribunal, su tarea se centró en

identificar si las medidas disputadas en conjunto tuvieron un efecto que privó a las demandantes de su inversión. Comparó el valor económico de las acciones antes de las reformas con el valor posterior a las mismas para determinar si las demandantes fueron sustancialmente privadas del valor económico a causa de las reformas de Hungría.

En su análisis, el tribunal concluyó que Hungría sabía y tenía la intención de que ninguna empresa, excepto tres bancos húngaros, cumpliera con los criterios de elegibilidad para emitir las tarjetas SZÉP. Además dictaminó que Hungría creó un impuesto diferenciado en favor de las tarjetas SZÉP y los cupones Erzsébet; lo cual perjudicó a CD Hungary. De esta manera, consideró innecesario determinar si sólo este trato impositivo causó la privación de la inversión de las demandantes, porque la privación fue una consecuencia del paquete de medidas tomadas por Hungría (la tarjeta SZÉP, el cupón Erzsébet y las ventajas impositivas).

Habida cuenta de las declaraciones realizadas en el Parlamento húngaro, el tribunal dictaminó que Hungría procuró crear un monopolio estatal y expulsar a CD Hungary del mercado de cupones para alimentos o al menos sabía que el efecto de sus reformas implicaría que nadie podría continuar comprando los cupones de CD Hungary.

Finalmente, el tribunal concluyó que Hungría privó a las demandantes de sus inversiones dado que las reformas generaron una pérdida sustancial del valor económico de las inversiones de CD Hungary.

Posteriormente, el tribunal analizó si la privación de la inversión de las demandantes fue motivada por un propósito lícito. El TBI dispone que una privación como tal podría permitirse por “razones de necesidad pública”. Sin embargo, el tribunal concluyó que el objetivo de las reformas era dejar afuera del mercado de cupones a emisores que no fueran húngaros y deliberadamente apuntó a las inversiones de las demandantes y, por lo tanto, la privación a las mismas de su inversión no fue por un propósito público.

El tribunal sostuvo que Hungría incumplió sus obligaciones con respecto a la expropiación indirecta. Se rehusó a evaluar la demanda de TJE, citando la eficiencia procesal.

### Daños

El tribunal rechazó el argumento de Hungría de que la regla de compensación por expropiación establecida en el





Artículo 5(2) del TBI se aplicaba tanto a una expropiación lícita como a la ilícita. Determinó que la regla de compensación del TBI únicamente se aplicaba a medidas lícitas, y que el derecho consuetudinario internacional regía la cuantificación de daños por expropiación ilícita.

Habiendo concluido que Hungría expropió indirectamente la participación accionaria de las demandantes en CD Hungary, infringiendo el Artículo 5(2), el tribunal otorgó a las demandantes EUR 23.196.000 por daños. Hungría también tuvo que pagar el 75 por ciento de las costas legales y otros gastos de las demandantes y un interés estipulado a una tasa Euribor más el 6,01 por ciento, compuesto anualmente sobre los dos montos.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Karl-Heinz Böckstiegel (presidente designado por las partes, nacional alemán), L. Yves Fortier (designado por las demandantes, nacional canadiense) y Daniel Bethlehem (designado por la demandada, nacional británico). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

**Sarthak Malhotra** es abogado indio radicado en Nueva Delhi, India.

## Tribunal dictamina que medidas de Costa Rica para proteger el ambiente no violaron obligaciones de TJE y expropiación bajo el CAFTA-DR

*David R. Aven y Otros vs. República de Costa Rica, Caso del CIADI No. UNCT/15/3*

**Victoria Khandrimaylo**

En un laudo del 18 de septiembre de 2018, un tribunal arbitral constituido bajo el TLC entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA-DR) analizó las demandas entabladas contra Costa Rica por David R. Aven, quien posee doble nacionalidad italiana y estadounidense, y seis inversores extranjeros, todos nacionales estadounidenses. El tribunal desestimó las demandas de TJE y expropiación indirecta, otorgando a Costa Rica la eximición de los costos del arbitraje.

### Antecedentes y demandas

A principios de la década del 2000 las demandantes decidieron emprender un proyecto turístico en Esterillos

Oeste, en la Costa del Pacífico de Costa Rica (Proyecto Las Olas). Para el mismo, Aven adquirió acciones en varias sociedades con propósito específico (SPV, por sus siglas en inglés), constituidas bajo las leyes de Costa Rica, que poseían un terreno de tierra de aproximadamente 37 hectáreas. Una de estas SPV celebró un contrato de concesión con la Municipalidad de Parrita.

El Proyecto Las Olas comprende áreas designadas para un club de playa, un hotel, 72 lotes residenciales, un área comercial con supermercados y restaurantes y un “condominio” de 288 lotes individuales. Las demandantes alegaron que recibieron todos los permisos y aprobaciones, incluyendo el más importante, el Permiso de Viabilidad Ambiental (VA). Sin embargo, el permiso VA fue emitido por las autoridades de Costa Rica en ausencia del informe elaborado por los subcontratistas de las demandantes, donde se identificaban posibles humedales en el sitio del proyecto.

Debido a reclamos de vecinos en torno al daño causado a los humedales y la tala de árboles, las autoridades costarricenses emprendieron varias inspecciones que dieron como resultado informes contradictorios sobre la existencia de humedales y bosques en el sitio del proyecto. Consecuentemente, las autoridades de Costa Rica dictaron una serie de medidas cautelares para prohibir las obras en el Proyecto Las Olas.

La fiscalía inició un proceso penal contra Aven y Damjanac (director de ventas y marketing del Proyecto Las Olas Project), quienes fueron acusados de violar las leyes forestales y de conservación de la vida silvestre locales. El juzgado penal emitió una Notificación Roja de INTERPOL para extraditar a Aven, dado que se fue de Costa Rica alegando amenazas vía correo electrónico y de haber sido víctima de un tiroteo. Damjanac fue absuelto de todos los cargos, pese a que posteriormente ese fallo fue revocado. Cuando se emitió el laudo arbitral, dicho juicio aún se encontraba pendiente de resolución.

En 2014, las demandantes iniciaron un arbitraje bajo la CNUDMI. Alegaron que la interferencia de Costa Rica con el Proyecto Las Olas constituyó una falta de otorgamiento de TJE y una expropiación ilegal de sus inversiones, violando el CAFTA-DR. Reclamaron compensación por la suma de USD 69,1 millones por daños materiales, más intereses, y USD 5 millones por daño moral a Aven.

### Tribunal confirma jurisdicción sobre la controversia salvo por 67 propiedades enajenadas

Costa Rica objetó la jurisdicción del tribunal por cuatro razones: (1) Aven no está protegido como inversor bajo



el CAFTA-DR debido a que su nacionalidad efectiva y dominante es italiana en vez de ser estadounidense; (2) otros dos demandantes no están protegidos como inversores porque no tenían recursos comprometidos tal como lo requiere el CAFTA-DR; (3) que algunas propiedades en el Proyecto Las Olas no eran de titularidad de las demandantes; y (4) el sitio de la concesión está fuera de la jurisdicción del tribunal ya que el 51 por ciento de las acciones de la SPV concesionaria no pertenece a un nacional de Costa Rica tal como lo requiere el derecho interno, y que la SPV tenía una deuda impositiva.

El tribunal rechazó la interpretación de “nacionalidad dominante y efectiva” planteada por Costa Rica. Señaló que el Artículo 10.28 del CAFTA-DR pretende evitar demandas de un inversor que posee la nacionalidad del Estado receptor, no de un tercer Estado. Dada la doble nacionalidad de Aven y considerando que la inversión fue realizada en Costa Rica, el tribunal concluyó que la disposición no era aplicable. Tales factores como la residencia habitual y el centro de intereses también demostraron que la nacionalidad dominante y efectiva de Aven es estadounidense.

El tribunal rechazó el argumento de Costa Rica de que dos de los demandantes no hicieron ninguna inversión. Concluyó que contribuyeron con su experiencia en ventas y desarrollo de bienes raíces y que su aporte no monetario fue confirmado por certificados de acciones.

En cuanto a las propiedades que presuntamente ya no pertenecían a las demandantes, el tribunal admitió que las demandantes no revelaron la venta en curso de los lotes a terceras partes durante el arbitraje. El tribunal concluyó que una inversión que haya sido dispuesta antes de la fecha de presentación de la notificación de arbitraje no debería estar protegida por el CAFTA-DR. Por lo tanto, el tribunal se abstuvo de ejercer jurisdicción en lo relativo a 67 propiedades.

El incumplimiento por parte de las demandantes con las reglas aplicables al sitio de concesión no impide al tribunal ejercer su jurisdicción. Remarcó que Costa Rica no impugnó la estructura prohibida en cuanto a la propiedad de las acciones y, por lo tanto, la aceptó tácitamente. Asimismo, afirmó que las autoridades de Costa Rica no impugnaron el incumplimiento de pago de impuestos de las demandantes y que dicho incumplimiento no impedía la jurisdicción del tribunal.

**Todas las demandas declaradas admisibles salvo por las demandas de protección y seguridad plenas**

Costa Rica también planteó tres objeciones a la

admisibilidad en base a: (1) la conducta ilícita e ilegal en la gestión de la inversión; (2) el hecho de que las demandantes no hayan planteado una demanda de protección y seguridad plenas; (3) y que no hayan agotado los procedimientos locales.

El tribunal concluyó que Costa Rica no brindó pruebas para demostrar que las demandantes actuaron de manera fraudulenta en el establecimiento de la inversión y sostuvo que el requisito de una conducta ilícita e ilegal no se extiende a las acciones durante la operación de la inversión. Por lo tanto, el tribunal desestimó la impugnación de admisibilidad a este respecto. Sin embargo, concluyó que las demandas de protección y seguridad plenas eran inadmisibles ya que fueron entabladas al cierre de la audiencia en lugar de hacerlo al momento de la notificación del arbitraje.

En torno al agotamiento de los procedimientos locales, el tribunal señaló que el CAFTA-DR no exige el agotamiento de los recursos locales como condición de admisibilidad para acceder a arbitraje internacional. Afirmó que el agotamiento de los recursos locales era necesario para determinar una denegación de justicia y que este tema sería abordado en la etapa de consideración de los méritos.

#### **La protección del inversor está subordinada al derecho del Estado de adoptar y aplicar las leyes y medidas ambientales**

Basándose en el Artículo 10.11 del CAFTA-DR, Costa Rica sostiene que la suspensión del Proyecto Las Olas estaba justificada por las obligaciones de protección ambiental asumidas por Costa Rica bajo el derecho internacional y nacional. Argumentó que toda inconsistencia entre los estándares aplicables reconocidos en el Capítulo 17 (Medio Ambiente) y los estándares reconocidos en el Capítulo 10 (Inversión) debe ser interpretada en favor de aquellos contemplados en el Capítulo 17.

El tribunal concluyó que bajo el CAFTA-DR los derechos de los inversores están subordinados al derecho de Costa Rica para asegurar que las inversiones se efectúen “tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental” (párrafo 412). Sin embargo, sostuvo que esta subordinación no es absoluta, y que el Estado receptor debe implementar y exigir el cumplimiento de sus leyes ambientales “de manera justa y no discriminatoria, en aplicación de dichas leyes al efecto de proteger el medio ambiente, de conformidad con los principios del debido proceso, no solo respecto de su adopción sino también de su cumplimiento” (párrafo 413).

El tribunal determinó que Costa Rica era parte de



convenciones internacionales para la protección de humedales y bosques y que promulgó leyes locales a este respecto. Para el tribunal su función era la de determinar si la aplicación de las leyes era adecuada y lícita.

### TJE, expropiación y denegación de justicia desestimadas

El tribunal señaló que si Costa Rica violó el TJE o expropió ilegalmente la inversión dependía de dos factores: (1) si existían humedales y bosques en el sitio del Proyecto Las Olas cuando las medidas fueron adoptadas; y (2) si dichos humedales y bosques fueron afectados negativamente.

En base al análisis de varios informes de expertos y el derecho de Costa Rica, el tribunal concluyó que había humedales en al menos un lugar del sitio del proyecto, y que las condiciones en el sitio permitían determinar que existía un “bosque” según la definición de la ley forestal.

El tribunal dictaminó que, según el derecho de Costa Rica, las demandantes, como partes interesadas en desarrollar un proyecto inmobiliario, tienen la carga de la prueba para garantizar que no se cause daño al medio ambiente y la obligación de informar a las autoridades un posible daño. El tribunal determinó que no divulgaron la existencia de “áreas anegadas de tipo pantanoso”. Además, concluyó que el fraccionamiento de la tierra no tenía un propósito comercial en sí mismo y que, al hacerlo, las demandantes evadieron ilegítimamente la necesidad de garantizar un permiso VA precisamente en aquella área.

Para el tribunal había suficiente evidencia para determinar que las obras de las demandantes afectaron el humedal y los bosques. Asimismo, concluyó que las medidas adoptadas por Costa Rica para proteger el medio ambiente eran consistentes con el derecho internacional, y no resultaban inconsistentes ni incumplían las obligaciones en virtud del CAFTA-DR.

Asimismo, según el tribunal, las demandantes no cumplieron con la normativa para presentar una demanda por denegación de justicia. De esta manera, determinó que no había pruebas de que el fiscal o el sistema judicial en Costa Rica hubiere actuado o hubiere tomado medidas con respecto a Aven o Damjanac que no estaban de acuerdo con sus leyes internas. Concluyó que la fiscalía tenía motivos razonables para tratar la conducta de las demandantes como delito continuo y que su criterio para emitir la notificación roja de INTERPOL era válido.

### Reconvencción de Costa Rica por Daño Ambiental bajo el CAFTA-DR

Costa Rica presentó una reconvencción solicitando un

resarcimiento por daños de entre USD 500.000 y USD 1 millón para restaurar las condiciones naturales en Las Olas. Alegó que el CAFTA-DR no impide que el tribunal ejerza su jurisdicción sobre una reconvencción en virtud del Capítulo 10. Los inversores objetaron la jurisdicción del tribunal sobre la reconvencción, interpretando que, según las disposiciones de solución de controversias del CAFTA-DR, únicamente los Estados receptores pueden ser demandados.

El tribunal coincidió con que la mayoría de las disposiciones del CAFTA-DR involucra obligaciones de los Estados, lo cual podía respaldar el argumento de las demandantes de que los inversores no pueden ser demandados. Sin embargo, el tribunal analizó las disposiciones del CAFTA-DR sobre protección ambiental y concluyó que imponen implícitamente obligaciones sobre los inversores para proteger el medio ambiente. Determinó que los inversores no son inmunes a ser demandados por incumplir las obligaciones de protección ambiental bajo el CAFTA-DR y admitió su jurisdicción sobre la reconvencción de Costa Rica.

Sin embargo, el tribunal remarcó que el CAFTA-DR no impone ninguna “obligación afirmativa” (párrafo 743) a los inversores y no dispone que el incumplimiento de regulaciones ambientales constituya un incumplimiento del CAFTA-DR que pudiera servir de fundamento a una reconvencción. Por lo tanto, concluyendo que Costa Rica no pudo brindar pruebas para respaldar la reconvencción y el resarcimiento solicitados, tal como lo exigen los Artículos 21 y 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el tribunal declaró inadmisibles las reconvencciones.

### Costos

El tribunal concluyó que, hasta cierto punto, ninguna de las partes venció en la controversia. Reconoció que actuaron de manera adecuada durante el procedimiento, que la complejidad del caso se reflejaba en la inconsistencia de los hechos y que las demandantes no parecen ser inversores institucionales ricos. Por lo tanto, ordenó a los inversores que pagasen todos los costos del arbitraje, pero cada parte deberá pagar sus propias costas y gastos.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por Eduardo Siqueiros (presidente designado por la Secretaría General del CIADI, nacional mexicano), C. Mark Baker (designado por las demandantes, ciudadano estadounidense) y Pedro Nikken (designado por la demandada, nacional venezolano). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/2959>

**Victoria Khandrimaylo** es Candidata a MIDS LL.M. (2018–2019) en la Universidad de Ginebra – Graduate Institute (IHEID).



## Egipto declarado culpable por cierre de planta eléctrica durante levantamiento en 2011

*Unión Fenosa Gas, S.A. vs. República Árabe de Egipto, Caso del CIADI No. ARB/14/4*

**Ksenia Koroteeva**

En un laudo del 31 de agosto de 2018, un tribunal del CIADI analizó las demandas presentadas contra Egipto por Unión Fenosa Gas (UFG), una empresa española. Las demandas se relacionan con la provisión de gas a la Planta Damietta de UFG, la cual fue cerrada luego de una grave crisis económica y protestas civiles en Egipto en 2011. El tribunal desestimó todas las objeciones jurisdiccionales presentadas por Egipto y admitió la demanda de TJE bajo el TBI entre Egipto y España de 1994, otorgando a UFG más de USD 2 mil millones de indemnización.

Egipto presentó varias objeciones a la jurisdicción del tribunal y de admisibilidad de las demandas, las cuales se relacionaban con actos de corrupción, la ausencia de una inversión protegida y la naturaleza contractual de la controversia.

**Corrupción: pese a algunas “señales de alerta”, Egipto no cumplió con carga de la prueba**

Egipto afirmó que UFG obtuvo sus supuestas inversiones a través de medios corruptos e ilegales, por ende, violó derecho egipcio y las políticas públicas internacionales. Egipto además sostuvo que, para conservar su inversión, UFG seleccionó a un subcontratista, quien después fue declarado culpable en Estados Unidos por violación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos, en relación con sobornos y pago de favores.

Además, Egipto argumentó que la obtención de la inversión por UFG estaba plagada de “red flags” o señales de alerta. Específicamente, alegó que la inversión fue realizada en un país conocido por pagos corruptos y que, a fin de desarrollar su inversión, UFG se asoció con una empresa cuyos empleados tenían relaciones personales con funcionarios egipcios.

Antes de analizar la evidencia fáctica, el tribunal realizó varias consideraciones jurídicas importantes. Primero, señaló que la corrupción sería fatal para las demandas de UFG en torno a la jurisdicción, admisibilidad y los méritos. Segundo, determinó que “el cálculo de probabilidades” sería el estándar de prueba aplicable. Tercero, subrayó que el tiempo era importante. Egipto presentó acusaciones de

corrupción más de 15 años después de que UFG realizara su inversión, lo cual plantea dudas acerca de la credibilidad de dichas acusaciones.

El tribunal reconoció que varios pagos recibidos por los socios locales de UFG con respecto al desarrollo de la inversión en efecto eran generosos. Sin embargo, se rehusó a conjeturar sobre las condiciones que detrás de dichos pagos. También reconoció que los socios locales de UFG tenían cierto acceso a responsables jerárquicos de Egipto. Sin embargo, fueron elegidos por UFG principalmente como lobistas, lo cual, ensimismo, no prueba la corrupción, según la opinión del tribunal.

Además, subrayó que los acontecimientos en cuestión sucedieron más de 15 años antes de las acusaciones presentadas por Egipto y, notablemente, que ni UFG ni sus socios locales ni los funcionarios egipcios jamás fueron procesados en Egipto por una conducta delictiva en torno a las inversiones de UFG.

Por lo tanto, el tribunal determinó que el alegato de corrupción presentado por Egipto como objeción a la jurisdicción podría ser parte de un objetivo táctico para su conveniencia. Por consiguiente, desestimó la objeción concluyendo que Egipto no cumplió con la carga de la prueba.

**Jurisdicción sobre objeto de la demanda, naturaleza contractual de la controversia y procedimientos paralelos: tribunal no convencido procede a los méritos**

Luego, Egipto argumentó que UFG no comprobó la existencia de una inversión protegida bajo el TBI, dado que en 2007 UFG presentó como garantía sus acciones y derechos asociados con la inversión en el Banco de Egipto.

Además, Egipto alegó que la controversia era de naturaleza esencialmente contractual y que había sido sometida a arbitrajes basados en el contrato. Afirmó que UFG y sus subsidiarias participaban de una estrategia preparada e impropia de “división de la demanda”. Especialmente, Egipto llamó la atención del tribunal a otros tres arbitrajes bajo los auspicios del centro regional de arbitraje comercial internacional del Cairo (CRCICA, por sus siglas en inglés) y de la CCI, los cuales se superponían significativamente con el arbitraje del CIADI. Por lo tanto, solicitó al tribunal que desestimara las demandas presentadas por UFG o bien suspendiera el procedimiento hasta que los tribunales de la CCI y del CRCICA resolvieran las demandas contractuales.

El tribunal decidió que la adquisición de las acciones





por UFG formaba parte de una transacción comercial más amplia, por lo cual se cumplía con la definición de inversión del TBI, así como la prueba *Salini*, y que la posterior garantía en el banco no afectaba el estatus de las inversiones. Por consiguiente, desestimó la objeción presentada por Egipto.

Además, después de analizar los principios de *res judicata* y *lis pendens*, así con el riesgo de doble indemnización y decisiones incongruentes, el tribunal se rehusó a suspender o postergar el arbitraje en el CIADI a la espera del resultado final de los procedimientos en la CCI y el CRCICA.

#### Méritos: estado de necesidad consuetudinario fracasa nuevamente

UFG respondió que Egipto no otorgó a sus inversiones las protecciones garantizadas por el TBI. Alegó que las mismas sufrieron un daño significativo producto de las decisiones atribuibles a Egipto de reducir y cortar la provisión de gas natural a la Planta Damietta, lo cual finalmente resultó en el cierre total de la misma debido a la falta de gas necesario.

Egipto afirmó que las decisiones disputadas no eran atribuibles al Estado y que, por lo tanto, no podría dar pie a su responsabilidad internacional bajo el TBI.

A su vez, Egipto negó toda violación del TBI y, en todo caso, intentó justificarla alegando un estado de necesidad consuetudinario contenido en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Afirmó que la privatización del servicio eléctrico nacional fue la única manera de salvaguardar los intereses esenciales de un peligro grave e inminente. Según Egipto, cuando la medida disputada fue adoptada, la situación en el país era horrenda. Alcanzó niveles históricos de violencia y se salió de control debido a disturbios y enfrentamientos a lo largo de todo el país. La policía no podía mantener bajo control la situación, lo cual constituía, según Egipto, “una amenaza al funcionamiento básico de la sociedad y al mantenimiento de la estabilidad interna” (párrafo 8.10). Todo esto causó una caída dramática en el abastecimiento de gas natural internamente y para exportación.

El tribunal desestimó el estado de necesidad y concluyó que Egipto frustró las expectativas legítimas de UFG derivadas del compromiso del Ministerio de Petróleo con respecto a la inversión, violando así el estándar de TJE del TBI.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal analizó una

carta del 5 de agosto de 2000, donde el Ministerio de Petróleo egipcio respaldó plenamente el Contrato de Compraventa de Gas Natural firmado entre UFG y EGPC, una empresa estatal de dicho país. Notablemente, en el contrato, EGPC se comprometió a procurar que las autoridades egipcias no interfirieran con los derechos de UFG contenidos en el contrato y que no dictasen o promulgaran ninguna regulación que pudiera afectar los derechos de UFG o que afecten la capacidad de UFG y EGPC para desempeñar sus obligaciones contractuales.

En base a la carta y la disposición contractual antes mencionada, el tribunal concluyó que UFG tenía expectativas legítimas de que Egipto no interfiriera en su relación contractual con EGPC. Sostuvo que, al cerrar la Planta Damietta, la demandada privó a UFG de la posibilidad de cumplir con el contrato, frustrando así sus expectativas legítimas. Al analizar el vínculo entre el estándar de TJE y el concepto de expectativas legítimas, el tribunal se guió por los casos *Phillip Morris vs. Uruguay*, *Parkerings vs. Lituania*, *Glamis vs. Estados Unidos* y *Mobil vs. Canadá*.

Sin embargo, el tribunal decidió que las otras violaciones alegadas por UFG en relación con el desempeño del contrato y acuerdos firmados entre EGPC y UFG no podían atribuirse a Egipto, ya que EGPC era una entidad jurídica separada sin ninguna autoridad para comprometer a Egipto a través de su conducta.

Al calcular el monto apropiado de compensación, el tribunal aplicó el principio de reparación plena bajo el derecho consuetudinario internacional (refiriéndose al caso *Chorzów Factory* y a los Artículos 31 y 36 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI) para subsanar, cuanto sea posible, las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por Egipto. El tribunal concluyó que, como resultado de la conducta ilícita de dicho país, UFG perdió más de USD 2 mil millones en ganancias.

#### Disidencia de Clodfelter: inversor no explica razonablemente asuntos relacionados con corrupción

La principal disidencia presentada por Mark Clodfelter se relaciona con determinar si la inversión fue obtenida por medios corruptos. Coincidió con el hecho de que no había pruebas directas de soborno o dinero pasando entre manos de los socios de UFG a los responsables egipcios. Sin embargo, el árbitro disidente remarcó que existía una discrepancia tremenda e inexplicable entre la participación del socio local en el proyecto y la remuneración que le fue otorgada. Esta clara señal de alerta fue suficiente, según la opinión de este árbitro,



para no trasladar a UFG la carga de probar que no hubo corrupción, sino más bien, exigir a UFG que proporcione al tribunal una explicación plausible y creíble para justificar un aumento tal de los honorarios.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por William Rowley (designado por la demandante, nacional canadiense y británico), Mark Clodfelter (designado por la demandada, nacional estadounidense) y V.V. Veeder (presidente designado por acuerdo mutuo de las partes, nacional británico). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf> y la opinión disidente de Mark Clodfelter está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10062.pdf>

**Ksenia Koroteeva** es candidata a LL.M. en Solución Internacional de Controversias (MIDS) en Ginebra. Anteriormente, trabajó como asesora jurídica y secretaria de tribunal del Centro de Arbitraje Ruso (RAC).

## Tribunal del CIADI acepta jurisdicción sobre demanda de inversor bajo TBI entre Reino Unido y la República Checa, pero falla a favor de Chequia

*A11Y Ltd. vs. República Checa, Caso del CIADI No. UNCT/15/1*

### Trishna Menon

Un tribunal del CIADI falló a favor de la República Checa en un caso iniciado por A11Y Ltd. (A11Y), una empresa que brinda soluciones de tecnología de asistencia (AT, por sus siglas en inglés) para personas con discapacidad visual. El procedimiento fue dividido y el laudo final fue dictado el 29 de junio de 2018.

### Antecedentes y demandas

A11Y, una empresa británica, después de registrar una sucursal en la República Checa, asumió las actividades de soluciones de AT de BRAILCOM o.p.s. (BRAILCOM), una empresa checa que brindaba soluciones tecnológicas a personas no videntes y con discapacidad visual.

La República Checa, en enero de 2012, promulgó la Ley para Proveer Prestaciones a Personas con Discapacidad de Salud (Ley). La Ley dispone el otorgamiento de subsidios a personas con discapacidad, incluyendo a las no videntes. Los subsidios se limitaron a un importe absoluto (CZK 800.000 por solicitante para cinco años) y un importe por una asignación única (CZK 350.000

por asignación). Se requería al beneficiario el pago del 10 por ciento de la asistencia para la cual se solicitaba la prestación. En el Artículo 9(10) se especifican las características de la prestación otorgada como asistencia: (a) en su versión básica, (b) que satisfaga las necesidades particulares del solicitante, y (c) que sea la opción menos económicamente demandante para hacerlo.

El 21 de mayo de 2013, la Oficina de Trabajo checa, a cargo de administrar la Ley, recibió una carta de *Transparency International* (Carta de TI) alegando que BRAILCOM había estado contactando personas elegibles para recibir asistencia bajo la Ley. Según la carta, BRAILCOM sugería a aquellas personas que celebraran un acuerdo con poder notarial para organizar su solicitud para recibir una prestación de asistencia especial con la Oficina de Trabajo. Conforme a dicho acuerdo, como bonificación, la empresa pagaría al solicitante el 10 por ciento del aporte legal.

Después de recibir la carta, el Ministerio de Trabajo (Ministerio) emitió una declaración definiendo los criterios establecidos en la Ley para garantizar que los requisitos fueran evaluados eficazmente en cada solicitud y para permitir que la Oficina de Trabajo adopte un enfoque uniforme para todas las solicitudes (Declaración de julio). Particularmente, estipulaba que, cuando la asistencia solicitada consistía en varios elementos individuales funcionalmente independientes, el solicitante debía presentar una lista de elementos y sus precios respectivos. Además, otros servicios, tales como entrenamiento, o productos accesorios, tales como fundas protectoras o bolsos de computadoras portátiles, no podrían ser considerados como la versión básica de una asistencia y, por lo tanto, no se encontraban cubiertos por la Ley.

A11Y inició un arbitraje contra la República Checa en 2014 en virtud del TBI entre el Reino Unido y la República Checa. Alegó que, después de la Declaración de julio, cuatro medidas supuestamente tomadas por la República Checa destruyeron su inversión en el país y provocaron su insolvencia: (a) en reiteradas ocasiones, representantes checos indicaron a muchos clientes de A11Y que solicitaran sus prestaciones AT a los competidores de A11Y, (b) la República Checa denunció a A11Y en la televisión nacional en horario estelar por aplicar “sobrepeso”, (c) dio información confidencial y de precios de A11Y a sus competidores, y (d) manipuló las evaluaciones independientes de sus soluciones de AT. Asimismo, A11Y reclamó una compensación de CZK 564.719.000 por la violación de la disposición del TBI sobre expropiación indirecta y progresiva.



### Jurisdicción: *know how* y reputación comercial califican como inversiones bajo el TBI

Pese a que el procedimiento fue dividido para abordar las objeciones jurisdiccionales en la primera etapa, el tribunal reservó para la etapa de los méritos su decisión de determinar si A11Y había realizado una inversión calificada en la República Checa al momento de la constitución.

El tribunal hizo referencia al lenguaje llano del Artículo 1(a) del TBI, el cual define la “inversión” como “todo tipo de activos pertenecientes a un inversor...”. De esta manera, remarcó que el TBI no exigía ninguna calificación de la inversión, por ejemplo, que los activos fueran transferidos para su consideración, que haya un flujo de fondos del Reino Unido a la República Checa o que haya una transacción subyacente. Además, remarcó que el procedimiento fue iniciado en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual no tenía un equivalente en el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

Por consiguiente, el tribunal decidió no interpretar una limitación en el TBI dado que no existe ninguna. Sostuvo que los activos de A11Y en la República Checa, tales como *know how* y el reputación comercial, constituían una inversión calificada.

### Análisis de expropiación indirecta y progresiva

A11Y argumentó, primero, que las cuatro medidas adoptadas por la República Checa tuvieron un efecto expropiatorio de sus inversiones; segundo, que las acciones fueron discriminatorias; y tercero, que no estaban motivadas por un propósito público. A su vez, la República Checa argumentó que la insolvencia de A11Y no se dio a causa de las cuatro medidas sino por su propio modelo de negocios.

El tribunal determinó que la Declaración de julio fue una medida regulatoria de buena fe ya que se aplicó a personas con una discapacidad, y no solo a aquellas visualmente discapacitadas. El lenguaje utilizado en la Declaración de julio, explicó el tribunal, estaba dirigido uniformemente a todas las empresas que brindan asistencia a diferentes grupos de personas con discapacidad y no apuntaba a A11Y. Pese a que la Declaración en cuestión fue emitida después de la recepción de la Carta de TI, el tribunal concluyó que no estaba dirigida ni discriminó a A11Y.

El tribunal concluyó, a partir de la evaluación de los testigos, que el modelo económico de A11Y era “económicamente insostenible desde una perspectiva a largo plazo” (párrafo 221) en el ambiente regulatorio creado por la Declaración de julio. Remarcó que,

en la implementación de esta Declaración, algunos empleados de la Oficina de Trabajo actuaron de manera indebida, presionando a los clientes para que dejaran de comprar a A11Y y que solicitaran las prestaciones de sus competidores y compartiendo la información de propiedad comercial de A11Y con los competidores de dicha empresa. También aceptó que el informe de TV perjudicó a A11Y y provocó la pérdida de más clientes y órdenes de compra.

Pese a que el tribunal intentó separar el efecto de la pérdida de clientes y órdenes de A11Y producto de las acciones indebidas de los empleados de la Oficina de Trabajo del efecto de la reducción significativa en los precios de A11Y y la falta de cobertura de extras, tales como entrenamiento como resultado de la Declaración de julio, este no logró hacerlo.

### Decisión y costos

Consecuentemente, el tribunal sostuvo que la evidencia presentada resultaba inapropiada para concluir que la conducta de República Checa y la resultante pérdida de clientes y órdenes hubieran causado la desaparición del negocio de A11Y, independientemente del efecto de la Declaración de julio. Por lo tanto, A11Y no cumplió con la carga de la prueba para demostrar que la República Checa, por medio de sus acciones, expropió indirecta e ilícitamente la inversión de A11Y. El tribunal ordenó a A11Y el pago de todos los costos del arbitraje y a cada parte sus respectivas costas legales.

*Notas:* El tribunal estuvo compuesto por L. Yves Fortier (presidente, designado conjuntamente por los co-árbitros, nacional canadiense), Stanimir A. Alexandrov (designado por la demandante, nacional búlgaro) y Anna Joubin-Bret (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/cases/5183>

**Trishna Menon** es asociada de Clarus Law Associates, Nueva Delhi, India.



## RECURSOS Y EVENTOS

### RECURSOS

#### **Transformando la Agricultura en África y Asia: ¿Cuáles son las políticas prioritarias?**

Por Kieran McDougal y Carin Smaller, publicado por IISD e International Food Policy Research Institute (IFPRI), octubre de 2018

Este informe utiliza un marco analítico único en su clase que rastrea el desempeño de 117 países a lo largo de 45 años para entender cuáles políticas han tenido éxito y cuáles no. A partir de esto, se concluyó que la transformación de la agricultura comienza cuando los países eliminan las políticas de precios que penalizan a la agricultura. Asimismo, se determinó que la inversión pública en investigación, servicios de extensión, electricidad y riego es importante, pero la calidad de dichos servicios puede ser más relevante que la cantidad. Otra conclusión es que la reforma agraria, las instituciones de investigación y mejorar el acceso a créditos también es crucial, pero finalmente ningún país logra hacerlo sin una combinación de políticas e inversiones públicas que se complementen. El principal hallazgo del informe es que lograr erradicar la pobreza a través de la agricultura depende de si un país posee suficientes tierras cultivables, cuán fértiles son y la magnitud de la presión demográfica. Disponible en <https://www.iisd.org/library/transforming-agriculture-africa-asia-what-are-policy-priorities>

#### **Formulando Políticas de Contenido Local en Países Ricos en Minerales**

Por Isabelle Ramdoo, publicado por IISD, octubre de 2018

Este informe aporta mayor claridad sobre las principales características y retos de las políticas de contenido local. No intenta proponer una definición del contenido local. Pretende brindar un mejor entendimiento de los diferentes tipos de instrumentos utilizados, como los contenidos actualmente en marcos jurídicos e institucionales y basados en las experiencias específicas de algunos países. El objetivo es destacar

los prerequisites necesarios para tomar decisiones informadas sobre si es conveniente formular políticas de contenido local o no, y guiar a los lectores sobre los tipos de políticas que sería mejor adoptar, teniendo en cuenta el ambiente específico en materia de políticas de sus respectivos países. Disponible en <https://www.iisd.org/library/designing-local-content-policies-mineral-rich-countries>

#### **La Formulación e Identificación de Reglas del Derecho Consuetudinario Internacional en el Derecho Internacional de las Inversiones**

Por Patrick Dumberry, publicado por Cambridge University Press, diciembre de 2018

Este libro brinda un análisis integral del fenómeno de derecho consuetudinario internacional en el campo del derecho internacional de las inversiones. Para esto examina dos cuestiones: cómo se crean las reglas consuetudinarias en este campo y cómo pueden identificarse. El libro analiza los tipos de manifestación de la práctica estatal que deberían ser considerados como evidencia pertinente para la formulación de reglas consuetudinarias, y el grado en que se diferencian de las actuales reglas bajo el derecho internacional en general. También examina el concepto de opinio juris en el arbitraje relativo a las inversiones. Disponible en <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/formation-and-identification-rules-customary-international-law-international-investment-law>

#### **Cláusulas de Estabilización en el Derecho Internacional de las Inversiones: Un enfoque de desarrollo sostenible**

Por Jola Gjuzi, publicado por Springer, 2018

Este libro analiza la tensión entre el compromiso de los estados receptores para brindar estabilidad regulatoria a los inversores extranjeros y sus compromisos hacia los ciudadanos en torno a la protección del medio ambiente y el bienestar de la población. Argumenta que la antinomia entre las





cláusulas de estabilización y el poder regulatorio contradice el contenido y el fundamento del desarrollo sostenible. Para conciliar esta antinomia en la toma de decisiones y la solución de controversias, utiliza un “enfoque constructivo de desarrollo sostenible”, basándose en principios jurídicos tales como no discriminación, proceso debido, proporcionalidad, buena gobernanza y el estado de derecho. Reconceptualiza las cláusulas de estabilización en términos de diseño (ex-ante) y de interpretación (ex-post), protegiendo la estabilidad para los inversores extranjeros mientras se mitigan los efectos negativos en el poder de regular del estado receptor. Disponible en <https://www.springer.com/gp/book/9783319972312>

### **Responsabilidad Estatal por Incumplimiento de Contratos de Inversión**

Por Jean Ho, publicado por Cambridge University Press, diciembre de 2018

Esta publicación aborda la necesidad de un estudio detallado donde se investiguen y analicen las fuentes, contenidos, características y la evolución de la legislación sobre responsabilidad estatal por incumplimiento de contratos de inversión. Argumenta que esta legislación ha forjado una trayectoria única y diferente de la vía tradicional del derecho internacional, desarrollándose principalmente a partir de laudos arbitrales e imitando, en gran medida, el derecho internacional general en cuanto a la protección de los extranjeros y sus bienes. Disponible en <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/state-responsibility-breaches-investment-contracts>

### **Gobernanza Internacional y el Estado de Derecho en China bajo la Iniciativa Belt and Road**

Por Yun Zhao (Ed.), publicado por Cambridge University Press, noviembre de 2018

Esta publicación analiza el papel de China en el campo de la gobernanza internacional y el estado de derecho bajo la Iniciativa Belt and Road de una forma holística. Pretende utilizar marcos analíticos alternativos que tengan en cuenta las ideologías e ideales jurídicos así como la demanda local y las circunstancias socio-políticas. Evalúa de manera crítica los cambios que la Iniciativa Belt and Road podría generar en el campo

del derecho y la gobernanza internacional y explora posibles enfoques para tratar las cuestiones jurídicas resultantes. Disponible en <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-governance-and-rule-law-china-under-belt-and-road-initiative>

### **Retos Internacionales en el Arbitraje de Inversiones**

Por Mesut Akbaba y Giancarlo Capurro (Eds.), publicado por, septiembre de 2018

El arbitraje de las inversiones es muy utilizado alrededor del mundo y debe lidiar con las demandas de procedimientos cada vez más complejos. Al mismo tiempo, ha sido sometido a un minucioso escrutinio público en el medio de un acalorado debate político. Ambos factores han provocado constantes cambios en la protección de las inversiones, planteando un sinnúmero de retos para su interpretación y aplicación. Este libro recaba temas de debate recientes en el derecho de las inversiones y aborda las cuestiones fundamentales que subyacen en la intersección entre el arbitraje de las inversiones y el derecho internacional. Disponible en <https://www.routledge.com/International-Challenges-in-Investment-Arbitration/Akbaba-Capurro/p/book/9781138298729>



## EVENTOS EN 2019

### 24 y 25 de enero

**6ta CONFERENCIA CONJUNTA DE ITA-IEL-ICC SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE ENERGÍA**, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institute for Energy Law (IEL) del Center for American and International Law & ICC International Court of Arbitration, en Houston, TX, Estados Unidos, <https://iccwbo.org/event/6th-ita-iel-icc-joint-conference-international-energy-arbitration>

### 13 y 14 de febrero

**2da REUNIÓN REGIONAL ENTRE LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI SOBRE LA REFORMA DE LA ISDS**, en Santo Domingo, República Dominicana, [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

### 27 de febrero al 1 de marzo

**12to FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO**, IISD, South Centre y el Gobierno de Colombia, en Cartagena, Colombia, <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

### 8 y 9 de marzo

**FORO DE INVESTIGACIÓN SOBRE LOS AVANCES DE ADR COMPARATIVO & TRANSNACIONAL: INVESTIGACIÓN EN PRÁCTICA**, Facultad de Derecho de la Universidad de Hong Kong, en Hong Kong, China, <https://adrinasia.wordpress.com/2018/11/15/call-for-papers-advances-in-comparative-transnational-adr-research-into-practice>

### 1 al 5 de abril

**37ma SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI**, “Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”, CNUDMI, Nueva York, NY, Estados Unidos, [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)



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

### **Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)**

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

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

### **Investment Treaty News (ITN)**

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Martin Dietrich Brauch a [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

**Para suscribirse a ITN, por favor visite: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development