



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

NÚMERO 2. TOMO 9. JULIO 2018



**El Borrador del Modelo de TBI Holandés
de 2018: Una evaluación crítica**

Bart-Jaap Verbeek y Roeline Knottnerus



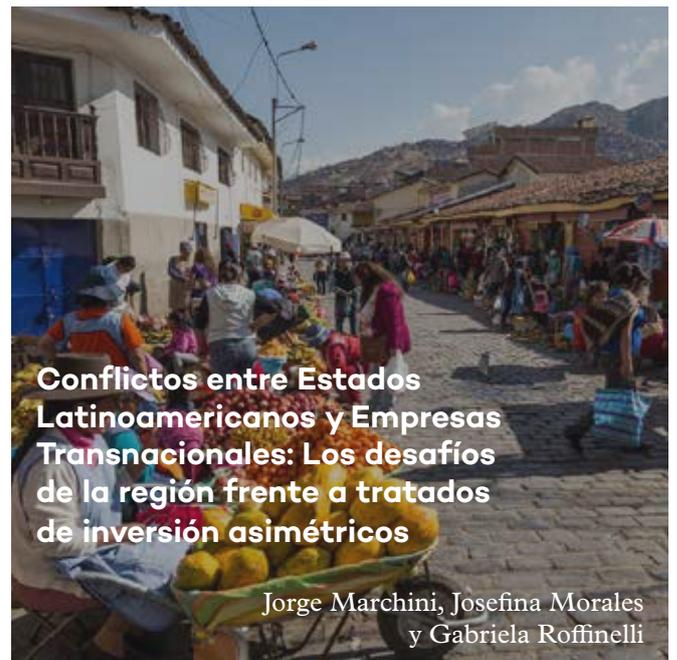
**Argumentos Contra el Financiamiento
por Terceros en el Arbitraje de Inversión**

Frank J. García



**Haciendo que el Derecho a Regular en
el Derecho de las Inversiones Trabaje
para el Desarrollo: Reflexiones de las
experiencias de Sudáfrica y Brasil**

Fabio Morosini



**Conflictos entre Estados
Latinoamericanos y Empresas
Transnacionales: Los desafíos
de la región frente a tratados
de inversión asimétricos**

Jorge Marchini, Josefina Morales
y Gabriela Roffinelli





Contenido

ARTÍCULO 1 El Borrador del Modelo de TBI Holandés de 2018: Una evaluación crítica.....	3
ARTÍCULO 2 Argumentos Contra el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje de Inversión	7
ARTÍCULO 3 Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil	11
ARTÍCULO 4 Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales: Los desafíos de la región frente a tratados de inversión asimétricos.....	15
NOTICIAS EN BREVE	20
Comunicado de la Comisión Europea sobre la protección de la inversión intra-UE rechaza el TCE como fundamento de la ISDS intra-UE	20
Actualización sobre las negociaciones de comercio e inversión de la UE: Japón, Vietnam, Australia, Nueva Zelanda, México	20
Representante de Comercio de los Estados Unidos describe plan para negociar modelo de tratado de libre comercio con país de África subsahariana	20
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continúa debatiendo inquietudes sobre la ISDS y la reforma multilateral	21
LAUDOS Y DECISIONES	22
Tribunal del CIADI concluye que España violó el estándar de TJE bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía.....	22
Objeciones jurisdiccionales de Kosovo prevalecen sobre las demandas de inversor alemán.....	24
Tribunal de la CNUDMI declina jurisdicción ya que TBI entre Francia y Mauricio no se aplica a inversor con doble nacionalidad	25
Tribunal de CIADI determina que inversor debe pagar CAD 9 millones al gobierno de Canadá tras fracasar su demanda bajo el TLCAN.....	27
Se otorgan EUR 53,3 millones a un fondo de Luxemburgo por violación de TJE a raíz de recorte de programa de incentivos para energías renovables por España	29
RECURSOS Y EVENTOS	32

INVESTMENT TREATY NEWS

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Design (PDF)
PortoDG

Redactora, edición en español
Marina Ruete



ARTÍCULO 1

El Borrador del Modelo de TBI Holandés de 2018: Una evaluación crítica

Bart-Jaap Verbeek y Roeline Knottnerus



El 16 de mayo de 2018, el Ministerio de Asuntos Exteriores holandés publicó el borrador de su nuevo modelo de tratado bilateral de inversión (TBI)¹. El borrador del modelo, que estuvo a disposición para comentarios públicos hasta el 18 de junio de 2018, busca reemplazar el modelo de TBI de 2004 y ser utilizado para la renegociación de los 79 TBIs holandeses existentes con países no pertenecientes a la UE y para la negociación de acuerdos futuros.

La idea de revisar el modelo de TBI se remonta a principios de 2015², y forma parte de una idea de repensar más ampliamente los acuerdos de comercio e inversión por parte del Gobierno holandés³. Lamentablemente, el tan esperado nuevo modelo de TBI aún no alcanza a satisfacer la promesa de lograr un “reseteo de políticas” que colocaría al desarrollo sostenible en primer lugar. Pese a algunas mejoras que han sido bienvenidas, el modelo en general desaprovecha una oportunidad de oro para romper con el régimen actual de protección de las inversiones en base a un tratado y abordar de manera significativa sus desequilibrios sistemáticos.

Un informe recientemente compilado por el *Centre for Research on Multinational Corporations* (SOMO), entre otros, concluyó que el 12 por ciento de todos los casos públicamente conocidos de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) son presentados por inversores que alegan que su país de origen es los Países Bajos, y que el 17,5 por ciento del monto total de las demandas proviene de supuestos inversores holandeses, aunque los Países Bajos son parte únicamente del 3 por ciento de todos los tratados de inversión. El informe calculó que las empresas transnacionales y otros inversores que utilizan a los Países Bajos como su sede central han presentado demandas de inversión que alcanzan una suma de USD 100 mil millones⁴. Esto convierte a los Países Bajos en el segundo estado de origen más popular —después de los Estados Unidos— en las demandas de ISDS.

Sólo el 13 por ciento de estos inversores son, de hecho, holandeses: el 84 por ciento de las demandas provienen de empresas no holandesas y el 3 por ciento tienen origen desconocido. El 77 por ciento de todas las demandas supuestamente holandesas son iniciadas por empresas fantasma, sin presencia comercial u operativa sustancial en los Países Bajos. La cobertura de 90 tratados de inversión torna a los Países Bajos un país muy atractivo para los inversores para establecer una subsidiaria, especialmente en combinación con el clima fiscal atractivo que también ofrece el país⁵.

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden>

² Carta del Ministro de Comercio Exterior y Desarrollo al Presidente de la Cámara de Representantes, Kamerstuk 21 501-02, nro. 1481, Den Haag, 9 de abril, 2015. Disponible en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-1481.html>

³ Ploumen, L. (Septiembre, 2016). *The Netherlands: Reforming EU trade policy: protection, not protectionism*. Non-paper. Extraído de <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/handelsverdragen-europese-unie/documenten/vergaderstukken/2016/09/01/reforming-eu-trade-policy-protection-not-protectionism>.

⁴ Knottnerus, R., Van Os, R., Verbeek, B.-J., Dragstra, F., & Bersch, F. (13 de enero, 2018). *50 jaar ISDS. Een wereldwijd machtsmiddel voor multinationals gecreëerd en groot gemaakt door Nederland*. Amsterdam: TNI, SOMO, BothEnds, Milieudefensie. Extraído de <https://www.somo.nl/nl/50-jaar-isds-een-mondiaal-machtsmiddel-voor-multinationals>.

⁵ Van Os, R. & Knottnerus, R. (Octubre, 2011). *Dutch bilateral investment treaties: A gateway to “treaty shopping” for investment protection by multinational corporations*. Amsterdam: SOMO. Extraído de <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2011/10/Dutch-Bilateral-Investment-Treaties.pdf>; Los números del FMI muestran que los Países Bajos es el país número uno del mundo en términos del flujo de inversiones que ingresan al país y el número dos en términos de inversión exterior, por delante de otras economías mucho mayores. Véase <http://data.imf.org/?sk=40313609-F037-48C1-84B1-E1F1CE54D6D5&Id=1482247616261>.



En los últimos años, varios países expresaron su disconformidad con el enfoque holandés después de enfrentar una o más demandas de ISDS iniciadas bajo los tratados holandeses. Bolivia, Ecuador, India, Indonesia, Sudáfrica, Uganda y Venezuela incluso decidieron cancelar unilateralmente sus TBIs con los Países Bajos. Varios de estos países han formulado enfoques progresivos alternativos a la protección de las inversiones, buscando alcanzar un mayor equilibrio entre los derechos de las multinacionales y su responsabilidad social, incluyendo establecer requisitos específicos para que los inversores respeten los derechos humanos y contribuyan al desarrollo sostenible del país receptor y las comunidades locales.

Una mirada más cercana del nuevo modelo holandés de TBI, en efecto, muestra que éste ha fallado ampliamente para dar un paso similar. A continuación analizaremos algunas de las definiciones y derechos sustantivos otorgados a los inversores en el nuevo modelo holandés de TBI, muchos de los cuales emulan el enfoque de la UE adoptado en sus tratados recientes, notablemente el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la UE y Canadá.

1. Alcance: definición más restringida de inversor, aunque incluye la definición más amplia posible de inversión

En términos de las inversiones cubiertas, el borrador del modelo utiliza una lista ilustrativa que cubre no sólo todo tipo de propiedad o créditos pecuniarios sino también todo desempeño contractual que posea un valor económico, derechos de propiedad intelectual, categorías de activos tales como buena voluntad y *know-how*, y todos los derechos otorgados bajo un contrato. Los derechos de prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales son mencionados explícitamente como inversiones cubiertas. No hay intento alguno por reducir su alcance: el borrador del modelo sigue basándose en la definición de inversión más amplia posible que cubre “todo tipo de activos” (Art. 1(a)).

El Art. 1(b)(iii) requiere que las personas jurídicas posean “actividades comerciales sustantivas” en el territorio del estado de origen. En una nota al pie se aclara que las indicaciones de tener una actividad comercial sustancial incluyen una oficina y administración registradas, sede y gestión, una oficina, planta de producción o laboratorio de investigación, número de empleados y rotación generada en el Estado. Esto marca un quiebre radical de la actual práctica de tratados en Holanda y es posible que limite el abuso

de empresas fantasma. Aun debemos observar cuán efectivos serán estos requisitos en el contexto de la ISDS. Los Países Bajos fomentan un sector próspero de firmas fiduciarias que pueden asistir a las compañías ficticias extranjeras para que cumplan con los requisitos sustantivos necesarios⁶.

El modelo de TBI establece que los Estados pueden denegar beneficios a un inversor que ha cambiado su estructura corporativa con el principal objetivo de presentar una demanda “en un momento en el tiempo donde ya surgió o era predecible que surja una controversia” (Art. 16(3)). Sin embargo, podría tener más sentido tratar el asunto de la reestructuración corporativa como un tema jurisdiccional: si un inversor cambiara su estructura corporativa para presentar una demanda, el tribunal no tendría jurisdicción.

2. No hay ratificación del *deber* de los Estados de regular — pero al menos hay una disposición sobre el *derecho* a regular

El nuevo modelo de TBI sigue dejando que los árbitros decidan, con amplia discreción, si una medida impugnada adoptada por un Estado parte recae dentro de la definición de una acción *necesaria* para lograr objetivos *legítimos* de políticas. No alcanza a cubrir el pedido de la sociedad civil holandesa de reafirmar el *deber* de los Estados de regular en pos del interés público⁷. Sin embargo, el modelo de TBI sí pretende consagrar de manera más eficaz el derecho a regular, señalando que “el mero hecho de que una parte contratante regule, incluyendo la modificación de sus leyes, de manera que afecte negativamente una inversión o interfiera con las expectativas de un inversor, incluyendo sus expectativas de rentabilidad, no constituye una violación de una obligación asumida bajo este Acuerdo” (Art. 2(2)).

3. Se amplía el TEJ con las “expectativas legítimas” del inversor

Las disposiciones sobre trato nacional y de nación más favorecida (NMF), trato justo y equitativo (TJE)

⁶ Encuesta parlamentaria sobre estructuras fiscales, (5 de junio, 2017). *Report of public hearings*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 566, nro. 4. Extraído de <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2017D20244>.

⁷ Knottnerus, R., Van Os, R., Van der Pas, H., Vervest, P. (Enero, 2015). *Socialising losses, privatising gains. How Dutch investment treaties harm the public interest*. Amsterdam: SOMO, BothEnds, Milieudefensie, TNI. Extraído de <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2015/01/Socialising-losses-privatising-gains.pdf>.



y expropiación indirecta siguen ampliamente la línea del texto del AECG. Al igual que el AECG, el Art. 9 permite que los tribunales arbitrales “tomen en consideración si una Parte Contratante realizó una representación específica a un inversor, para inducir una inversión que creó una expectativa legítima”, lo cual resulta problemático en el hecho de que otorga gran discreción a los tribunales. Además, el Art. 9(5) estipula que “[c]uando una Parte Contratante ha asumido un compromiso por escrito con inversores de la otra Parte Contratante en torno a una inversión específica, esa Parte Contratante no debe [...] incumplir dicho compromiso a través del ejercicio de su autoridad pública de manera que cause una pérdida o daño al inversor o a su inversión”. Esta disposición actúa como una cláusula paraguas, elevando las obligaciones contractuales a nivel internacional. La redacción del artículo, por consiguiente, amplía el entendimiento ya elusivo de lo que constituye el TJE en el derecho consuetudinario internacional.

4. Poca intención de promover el desarrollo sostenible, ninguna obligación para los inversores

El borrador del modelo requiere que las inversiones posean ciertas características, incluyendo una duración determinada, un compromiso de capital o de otros recursos, la presunción de riesgo y la expectativa de ganancias o rentabilidad. Sin embargo, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor, uno de los criterios *Salini*, notablemente está ausente⁸. Las partes meramente se comprometen a una obligación de hacer su mejor esfuerzo para “procurar fortalecer la promoción y facilitación de las inversiones que contribuyan al desarrollo sostenible” a través de consultas e intercambios de información en cuanto a las oportunidades de inversión (Art. 3(3)); sin mayor aclaración al respecto.

El artículo sobre desarrollo sostenible (Art. 6) es injustificablemente débil y carece de ambición alguna. Sí menciona los Convenios fundamentales de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Acuerdo de París sobre cambio climático, pero únicamente los Estados que son parte reafirman sus compromisos bajo estos acuerdos siempre y cuando sean parte de los mismos (Art. 6.5) —sin exigir su ratificación e implementación.

De hecho, el único lenguaje “estricto” con respecto al desarrollo sostenible parece proteger los derechos económicos y crear más derechos para los inversores frente a los Estados, en lugar de expresar una intención de promover la sostenibilidad. El Art. 6.4 reza: “Una Parte Contratante no debe adoptar ni aplicar leyes internas que contribuyan al objetivo de desarrollo sostenible de manera que constituya una discriminación injustificable o una restricción disfrazada sobre el comercio”. Esta redacción está abierta a una amplia interpretación.

Al igual que el AECG, el nuevo modelo holandés de TBI limita el alcance de la ISDS si la inversión fue “realizada a través de una representación errónea y fraudulenta, encubrimiento, corrupción o una conducta similar de mala fe que constituya un abuso de proceso” (Art. 16(2)). Esta restricción podría y debería ser extendida a las obligaciones de derechos humanos, estándares laborales y medioambientales así como a la conducta empresarial responsable alineada con los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático.

En cuanto a la responsabilidad social empresarial (RSE), en el nuevo modelo, las Partes meramente reafirman la importancia de alentar a los inversores que operan en el territorio o sujetos a la jurisdicción de una Parte a incorporar voluntariamente en sus políticas internas aquellos estándares, directrices y principios internacionalmente reconocidos de responsabilidad social empresarial a los cuales han adherido o en los que se haya apoyado dicha Parte (Art. 7). Por lo tanto, el modelo falla no solo en establecer una obligación vinculante, sino también al menos para alzar la vara y someter a los inversores al nivel más estricto de RSE aplicado en cualquiera de las Partes⁹.

Un tribunal puede, al determinar la compensación, tomar en cuenta el incumplimiento de cualquier inversor en referencia a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Directrices para Empresas Multinacionales (Art. 23) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). Sin embargo, una posible reducción en la compensación parece inadecuada para subsanar violaciones de derechos humanos. Además, no se instruye al tribunal a que tome estos temas en cuenta; solo se permite que lo haga.

⁸ *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. vs. Reino de Marruecos*, Caso del CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio, 2001, párrafo 52. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

⁹ Véase, por ejemplo, el TBI de 2016 entre Nigeria y Marruecos: <https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/5409.pdf>



5. Aumento de la transparencia, designación de autoridades para nominar árbitros, prohibición de “doble cargo” —pero, no obstante, se mantiene la ISDS tradicional

El borrador del modelo brinda a los inversores la posibilidad de entablar demandas de ISDS por la violación de los principales estándares de protección del TBI. Prevé el futuro establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones (TMI), disponiendo que “las disposiciones de ISDS dejarán de aplicarse con la entrada en vigor de un acuerdo internacional que establezca un [TMI]” (Art. 15). Mientras tanto, estas demandas pueden ser presentadas únicamente bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) (o del Mecanismo Complementario del CIADI) o bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entendiéndose que la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) debe administrar el procedimiento (Art. 19(1)).

Más significativo es que el modelo parte de enfoques establecidos de ISDS ya que dispone la designación de tres miembros de un tribunal arbitral por una autoridad nominadora —la Secretaría General del CIADI para arbitrajes del CIADI, o la Secretaría General de la CPA para los arbitrajes de la CNUDMI (Art. 20). Esto pondría fin a la práctica de nominación de árbitros por las partes contendientes en tribunales bajo TBIs nuevos o renegociados por Holanda. Sin embargo, la selección de estas dos autoridades nominadoras no necesariamente se traducirá en una fuente más diversa de árbitros.

El Reglamento de Transparencia de la CNUDMI se encuentra incorporado en el Art. 20(11), y el nuevo texto del modelo no busca abordar el problema de “doble cargo” por parte de los árbitros y el conflicto de intereses asociado con esta práctica, estableciendo que los árbitros no pueden haber actuado como defensa legal durante los cinco años anteriores. Sin embargo, el modelo no adopta el mismo enfoque que el AECG, el cual también prohíbe que los miembros del tribunal actúen en calidad de experto nominado por una parte o testigo en otras controversias de inversión.

El borrador del modelo no incluye una disposición que permita a los Estados presentar contrademandas en contra de los inversores basándose en obligaciones internacionales de derechos humanos o medio ambiente. Tampoco permite que terceras partes se sumen a un

caso con plenos derechos y sobre bases iguales a las principales partes de la controversia. De esta manera, la ISDS continúa basándose en un régimen asimétrico donde los inversores extranjeros son otorgados derechos sin ser acompañados por obligaciones ejecutables.

Conclusión

Mientras que cada vez más países y regiones se están enfocando en obligaciones vinculantes para los inversores, en pos del desarrollo sostenible, el modelo revisado de TBI holandés parece haber perdido la oportunidad de ajustar sustancialmente la protección de las inversiones en base a un tratado y lograr un mejor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los inversores extranjeros. El TBI holandés es decepcionante, ya que el “reseteo de políticas comerciales” anunciado por el Ministerio de Asuntos Exteriores había generado esperanzas de un enfoque más innovador para acelerar el desarrollo sostenible.

Autores

Bart-Jaap Verbeek y Roeline Knottnerus son investigadores del *Centre for Research on Multinational Corporations* (SOMO), una organización independiente sin fines de lucro con sede en Ámsterdam, Países Bajos.



ARTÍCULO 2

Argumentos Contra el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje de Inversión

Frank J. García



El financiamiento de litigios por terceros (*third-party litigation funding*, TPF) es una industria en rápida expansión conformada por inversores especuladores que invierten en una demanda jurídica reclamando el control de un caso y una contingencia en la recuperación¹. Como consecuencia de la crisis financiera mundial y la demanda de financiamiento especulativo para crear nuevos vehículos de inversión, el TPF ha descubierto el régimen de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) con sus mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (por sus siglas en inglés, ISDS).

Los elevados costos y potenciales daños que caracterizan a los casos de ISDS, lo ha convertido en un nuevo mercado altamente atractivo para el TPF. Resulta difícil estimar la escala de TPF en la ISDS actualmente, ya que los financiadores de TPF generalmente prefieren no revelar su identidad a otras partes o a los árbitros. Sin embargo, la evidencia disponible sugiere que ya están jugando un papel importante, con una presencia (real o supuesta) de TPF en varios casos de ISDS recientes². Al

observar que muchas jurisdicciones están comenzando a reconocer el impacto del TPF y su papel único en el arbitraje internacional de inversiones, es importante considerar si el TPF es coherente con los objetivos del régimen del derecho de las inversiones y los valores e intereses que los Estados deben promover y proteger.

Un mecanismo de explotación que perjudica en lugar de promover el acceso a la justicia

Los defensores de TPF alegan que este tipo de financiamiento brinda un número de beneficios a través de una variedad de plataformas de solución de controversias, incluyendo la promoción del acceso a la justicia y el filtrado de casos no meritorios. Independientemente de los méritos de TPF en el litigio civil y comercial, en el contexto del arbitraje de inversiones, las justificaciones tradicionales han sido trastocadas y los riesgos magnificados. El contexto jurídico de la ISDS (tratados asimétricos) y su economía política (los laudos son pagados por los Estados a través de fondos públicos, y los casos son resueltos o perdidos por los Estados en dos tercios de las controversias) se plantean cuestiones importantes sobre el TPF que son únicas en el contexto del arbitraje de inversiones.

El TPF dentro de un sistema tan poco equilibrado como es el régimen del derecho que rige las inversiones es, para decirlo sin rodeos, una explotación. La explotación ha sido definida como una forma de “sacar ventaja injustamente”³. El TPF se encuentra explícitamente diseñado para sacar ventaja de la estructura asimétrica del régimen de inversiones para el beneficio del financiamiento especulativo. El modelo de financiamiento se basa en un sistema donde los Estados no poseen derechos sustantivos bajo los tratados, los demandantes tienen una opinión directa en la selección de los árbitros y no hay derecho a apelar⁴. Además, el clima mundial de inversión torna arriesgado ignorar un laudo arbitral para todo Estado demandado preocupado

¹ Véase en general Steinitz, M. (2011). Whose claim is this anyway? Third party litigation funding, *Minnesota Law Review*, 95, 1268.

² Véase *Abaclat v. la República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, (4 de agosto, 2011); *Abaclat v. la República Argentina*, Caso del CIADI No. ARB/07/5, Opinión Disidente, Georges Abi-Saad, (28 de octubre, 2011); *RSM Production Corp. v. Granada*, Caso del CIADI No. ARB/05/14, Procedimiento de Anulación, (28 de abril, 2011); *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. la República de Georgia*, Caso del CIADI No. ARB/07/15, Laudo (3 de marzo, 2010); *ATA Constr., Indust. & Trading Co. v. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso del CIADI No. ARB/08/2, Procedimiento de Anulación, (Agosto de 2011) (no publicado), reportado por Hepburn, J. (agosto, 2011). El procedimiento de anulación del CIADI ha sido discontinuado en el caso de la constructora en Jordania, ya que el financiamiento por terceros está nuevamente destacado. *Investment Arbitration Reporter*.

³ Véase Wertheimer, A. (1996). *Exploitation*. New Jersey: Princeton University Press.

⁴ Véase García, F. J., Ciko, L., Gaurav, A., & Hough, K. (2015). Reforming the international investment regime: Lessons from international trade law. *Journal of International Economic Law*, 18(4), 861–892.



por su calificación para recibir inversiones.

El TPF otorga a una reducida clase de inversores aún más recursos para entablar demandas poco equilibradas en contra de Estados muy limitados. Estas demandas tienen un costo importante para los países receptores y sus ciudadanos, ya que estas demandas finalmente serán pagadas por una amplia clase de actores interesados que poseen muy poca representación: el público, que como contribuyentes son los “portadores residuales de los riesgos” en el actual sistema. Los demandados de los países en desarrollo son particularmente vulnerables. Las investigaciones sugieren que la vasta mayoría (88 por ciento) de todos los inversores demandantes provienen de países con altos ingresos, y los países en desarrollo generalmente ganan solo la mitad de los casos con respecto a los países desarrollados⁵. Los financiadores de TPF han admitido que estos factores son tenidos en cuenta en su evaluación preliminar de una posible demanda o “inversión”⁶.

"El TPF efectúa una transferencia de riquezas en favor de los financiadores de TPF y sus inversores a costa de los ciudadanos de los Estados demandados a través de la operación del régimen de TBI / ISDS. Tales transferencias no son lo que el régimen de inversión estaba destinado a lograr."

El TPF, por lo tanto, efectúa una transferencia de riquezas en favor de los financiadores de TPF y sus inversores a costa de los ciudadanos de los Estados demandados a través de la operación del régimen de TBI / ISDS. Tales transferencias no son lo que el régimen de inversión estaba destinado a lograr. Por el contrario, tales transferencias parecen ser lo opuesto al espíritu del principio básico de inversión de no expropiación sin compensación. Además,

esta transferencia de riquezas parecería ir en contra de la norma ampliamente aceptada de equidad, constituyendo una toma sin compensación de los menos favorecidos para el beneficio de unos pocos privilegiados.

Los defensores de TPF en la ISDS han buscado una justificación en el razonamiento tradicional de TPF, alegando que el financiamiento de las demandas de inversión brinda acceso a la justicia para aquellos inversores que buscan una reparación pero que carecen de recursos financieros suficientes. Esta es una visión que favorecen los financiadores, ya que describe su papel de financiadores como vital, que facilita y contribuye a la justicia económica mundial. Sin embargo, en el contexto de la ISDS, este razonamiento es esencialmente defectuoso —el papel de TPF en la ISDS no puede equipararse con el otorgamiento de financiamiento a los demandantes menos favorecidos⁷.

Tradicionalmente, el acceso a la justicia ha posibilitado el desarrollo de capacidades para la justicia social, es decir, la provisión de financiamiento u otro apoyo a las partes que carecen de recursos humanos y financieros para litigar. En contraposición, el TPF en la ISDS se trata primordialmente de un manejo de balance financiero, ofreciendo a los demandantes con recursos la capacidad de minimizar el riesgo asociado con la presentación de una demanda, y no se enfoca en brindar financiamiento a demandantes insolventes o desfavorecidos⁸.

Según las palabras de un importante financiador de TPF, “gran parte del foco actual del mercado del litigio financiero se encuentra en la creciente utilización corporativa del financiamiento por parte de grandes entidades con muchos recursos, que buscan maneras de manejar los riesgos, reducir los presupuestos jurídicos o extraer los costos de arbitraje del balance financiero, o por otras razones comerciales para no asignar recursos para financiar un asunto de arbitraje”⁹.

De hecho, cuando se considera el acceso a la justicia en un contexto social más amplio, el TPF en realidad

⁵ Schultz, T., & Dupont, C. (2014). Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study. *European Journal of International Law*, 25(4), 1147–1168.

⁶ Mesa de Debate sobre Financiamiento por Terceros en la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado con el Grupo de Trabajo ICCA/Queen Mary sobre Financiamiento por Terceros en el Arbitraje Internacional, Columbia Ctr. for Sustainable Inv., en la Ciudad de Nueva York, N.Y. (17 de octubre, 2017).

⁷ Véase Santosuosso, T. & Scarlett, R. (2018). *Third-party funding in investment arbitration: Misappropriation of access to justice rhetoric by global speculative finance*. Boston College Law School Law and Justice in the Americas Working Paper No. 8. Extraído de <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/8>

⁸ Ibid.

⁹ Bogart, C. P. (14 de octubre, 2016). Third-party financing of international arbitration. En Global Arbitration Review (pub.), *The European Arbitration Review 2017*. Extraído de <https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-arbitration-review-2017/1069316/third-party-financing-of-international-arbitration>. Christopher Bogart es co-financiador y CEO de Burford Capital.



perjudica el acceso a la justicia para los Estados demandados de países en desarrollo y sus ciudadanos. El financiamiento TPF exacerba la inherente falta de equilibrio del régimen de TBI, afectando de manera desproporcionada la capacidad de los Estados ya en desventaja para controlar el cambio regulatorio dentro de sus fronteras y brindar importantes beneficios de bienestar social. En cambio, el TPF hace un cambio de poder y recursos hacia los inversores privados, lo cual a su vez tiene un impacto negativo en los asuntos políticos y de bienestar social de los países en desarrollo. Las medidas de salud, seguridad pública y protección ambiental han sido impugnadas bajo el régimen de TBI/ISDS. Los Estados de los países en desarrollo a duras penas podrán soportar el peso sobre el presupuesto público que crearán las demandas de arbitraje relativas al bienestar social incluso de carácter no público cuando sean pagadas a costas del fisco público¹⁰.

El camino a seguir sobre el TPF en la ISDS: Opciones de políticas

Por todas estas razones, el TPF tal como se encuentra actualmente diseñado, no puede jugar un papel constructivo en el arbitraje de inversión hasta que el TPF sea regulado y que el régimen de TBI/ISDS sea significativamente reformado. Permitir que las finanzas especulativas tengan una participación en el resultado y una participación en la determinación de qué casos presentar, qué árbitros elegir y qué casos resolver constituye nada menos que una explotación deliberada de los defectos del régimen de TBI para el beneficio de los especuladores y a costa de los Estados demandados, sus contribuyentes y ciudadanos.

"Los Estados deberían considerar prohibir completamente el TPF, por lo menos hasta que el régimen internacional de inversiones pueda ser reformado para lograr acuerdos más equilibrados."

Los Estados deberían considerar prohibir completamente el TPF, por lo menos hasta que el régimen internacional de inversiones pueda ser reformado para lograr acuerdos más equilibrados. Los Estados que actualmente no permiten el TPF en sus sistemas jurídicos nacionales deberían conservar esta prohibición, al menos en el caso del TPF en el arbitraje de inversiones. Los Estados también deberían tomar medidas para prohibir el TPF en sus TBIs y en los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio (TLCs). Finalmente, los Estados deberían buscar oportunidades de acción colectiva para ejercer el liderazgo multilateralmente, y deberían trabajar para apoyar la prohibición del TPF en el reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otros. Al actuar de manera concertada, los Estados pueden minimizar cualquier riesgo real o percibido de alejar la inversión extranjera o del negocio del arbitraje de inversiones a través de prohibiciones unilaterales.

Si el TPF ha de ser permitido en la ISDS, el régimen debería requerir la divulgación obligatoria y expansiva de los acuerdos de TPF, junto con una garantía obligatoria para cubrir los costos¹¹. Si bien hay un creciente consenso de que la existencia e identidad de un financiador de TPF debería ser revelada, tal divulgación debería ir más allá para incluir los términos de los acuerdos de financiamiento. Tal divulgación concuerda con la tendencia institucional general hacia una mayor transparencia y destaca las disposiciones de los acuerdos de financiamiento que crean incentivos perversos. Una divulgación tan expansiva también brindará datos muy necesarios para una investigación futura de los beneficios y daños involucrados en el TPF y permitirá que se lleve a cabo una regulación más eficaz a medida que se avanza. La garantía obligatoria para cubrir los costos puede ayudar a desincentivar a los financiadores del TPF de buscar casos débiles meramente por el valor de su solución.

Pese a que actualmente no hay un requisito generalizado para divulgar la presencia o identidad

¹⁰ Véase en general Eberhardt, P. & Olivet, C. (27 de noviembre, 2012). Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones. Extraído de <https://www.tni.org/es/publicacion/cuando-la-injusticia-es-negocio>

¹¹ Véase Thrasher, R. D. (2018). The regulation of third party funding: Gathering data for future analysis and reform. *Boston College Law School Law and Justice in the Americas Working Paper No. 9*. Extraído de <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/9>

¹² Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA). (Abril de 2018). *Report of the ICCA–Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Extraído de http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf



de los financiadores del TPF, se han tomado algunas medidas prometedoras. El Informe sobre Financiamiento por Terceros del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA)/ Queen Mary, aunque tímido en su evaluación y en términos de recomendaciones, hace un llamado a una divulgación limitada¹². En el frente regulatorio, el Artículo 8.26 del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea incluye la divulgación obligatoria de la presencia e identidad de financiadores de TPF, mientras que el Artículo 23(1) del reglamento de la Comisión de Arbitraje de Inversiones de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés) otorga al tribunal la potestad discrecional para ordenar la divulgación de los detalles del acuerdo. Los Estados deberían basarse en estas iniciativas, reconociendo que los beneficios de la divulgación vienen a costa de aceptar mientras tanto una creciente presencia de TPF en la ISDS y prescindiendo de los amplios beneficios sistémicos de una prohibición de TPF.

"Si el TPF ha de ser permitido en la ISDS, el régimen debería requerir la divulgación obligatoria y expansiva de los acuerdos de TPF, junto con una garantía obligatoria para cubrir los costos."

Conclusión

Resulta sumamente importante que los Estados, sus negociadores, académicos y la sociedad civil consideren, de manera cuidadosa, pública, transparente y sostenida, los riesgos que plantea el TPF para el público en general y para el régimen de inversión en sí mismo. En vez de ser posicionado como un *fait accompli*, el TPF debería ser regulado apropiadamente, si no eliminado directamente. De lo contrario, corremos el riesgo de ver este período, tal como lo hicimos en el preludio de la crisis financiera mundial, como una historia de oportunidades perdidas.

Autor

Frank J. García es Profesor y Becario del Decanato de Global Fund, Facultad de Derecho del Boston College. El autor desea agradecer a Kirrin Hough por su excelente asistencia en la elaboración de esta nota de investigación. El autor es el principal investigador en un [proyecto de investigación colaborativa sobre TPF del Boston College](#) y reconoce gratamente la contribución fundamental de Tara Santosuosso y Randall Scarlett, y de Rachel Denae Thrasher de Pardee School de la Universidad de Boston, en el desarrollo de estos argumentos. El autor agradece asimismo a Lise Johnson y Brooke S. Güven de Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) por su participación en este proyecto y su trabajo pionero en la reforma del derecho de las inversiones.



ARTÍCULO 3

Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil

Fabio Morosini



1. Introducción

El derecho a regular puede ser definido como el derecho soberano de los Estados a regular en busca del interés público —su espacio de políticas. Debido a que los acuerdos internacionales de inversión (AIIs) fueron creados para limitar algunos aspectos del derecho a regular de los países, la primera ola de AIIs inhibió la experimentación regulatoria de los países receptores que podría perjudicar los derechos de los inversores extranjeros. La crecientes críticas internas y el temor a cuestionamientos ante tribunales arbitrales contra países desarrollados les hizo forjar un poco de espacio de políticas dentro de los AIIs bajo la rúbrica del derecho a regular¹. Este avance en el derecho de las inversiones ha beneficiado principalmente a los países que desean recuperar el espacio de políticas en áreas tales como medio ambiente, salud y seguridad².

Dentro de este amplio debate, los enfoques basados en el desarrollo, fundamentales para los países del Hemisferio Sur, no han recibido el mismo nivel de atención. Desde la

perspectiva de los países en desarrollo, una reforma honesta para promover un mayor espacio de políticas debería ser capaz de albergar cuestiones de desarrollo, dando lugar a la experimentación de políticas en una variedad de áreas, desde la justicia distributiva hasta la política industrial. En este ensayo, propongo ampliar la noción del derecho a regular en los AIIs para incluir una dimensión de desarrollo, y lo hago observando las experiencias de Sudáfrica y de Brasil. Las reformas que se están dando en estos dos países emergen en un contexto de creciente oposición al modelo tradicional de protección de las inversiones y podrían influir en las reformas orientadas hacia un mayor espacio de políticas para el desarrollo.

2. El enfoque basado en el desarrollo de Sudáfrica al derecho a regular

Sudáfrica, un país que todavía está luchando contra la desigualdad, depende en gran medida del capital extranjero. Como parte de su estrategia para atraer la inversión extranjera directa (IED), el país se apresuró a firmar tratados bilaterales de inversión (TBIs) con países exportadores de capital con el fin de mostrar su compromiso con el capitalismo mundial³. La formulación de TBIs estándar deja un espacio de políticas muy reducido para los países receptores y sin duda ningún espacio para la promoción de políticas basadas en temas raciales potencialmente perjudiciales para los derechos de los inversores. Dispuesto a unirse al sistema capitalista mundial después de años de aislamiento y con una necesidad desesperada de capital, Sudáfrica no evaluó plenamente las posibles externalidades negativas de los TBIs en su espacio de políticas sino hasta mucho más tarde, cuando recibió una demanda en su contra, abriendo una caja de Pandora para controversias con motivaciones similares⁴. En el caso *Foresti*, los inversores privados

¹ En términos prácticos, si una medida recae dentro de una de estas categorías, hay posibilidades de que el gobierno no tenga que compensar por daños causados a los inversores extranjeros (2004). *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2004) Working Papers on International Investment, 2004/04). Extraído de https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf.

² Titi, A. (2014). *The right to regulate in international investment law*. Munich: Nomos.

³ Morosini, F. & Sanchez Badin, M. R. (Eds.) (2017). *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴ Forere, M. (2017). *The new South African Investment of Protection Act*. En F. Morosini & M. R. Sanchez Badin (eds.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.



impugnaron la Ley de Desarrollo de Recursos Minerales y Petrolífero de Sudáfrica (Mineral and Petroleum Development Act, MPDA) y el Acta de Minería por la supuesta expropiación de la inversión para adaptarse a los requerimientos de la Ley de Empoderamiento Económico de los Negros (Black Economic Empowerment Act)⁵.

En 2009, Sudáfrica emitió un informe a fin de evaluar críticamente su política de inversión, sugiriendo que se retome el equilibrio entre los derechos del inversor y el espacio regulatorio⁶ y sirviendo como base para la legislación nacional, la Ley de Protección de las Inversiones de 2015 de Sudáfrica. Esta ley objeta la formulación general de regulaciones sobre inversión y establece la intención del Gobierno de no renovar sus TBIs, denominados de primera generación, y de únicamente celebrar nuevos TBIs por razones económicas y políticas imperiosas⁷. La ley abarca cambios sustantivos, tales como la limitación de la definición de inversión y de inversor, excluyendo el trato justo y equitativo (TJE), limitando la protección y seguridad plenas y reemplazando el arbitraje entre inversionista y Estado por la adjudicación de tribunales nacionales y el arbitraje entre Estados después del agotamiento de los recursos locales.

Algo que resulta de suma importancia es que la Ley somete los derechos de propiedad a la Constitución de la República. La Constitución de Sudáfrica garantiza los derechos de propiedad pero, tal como sucede con cualquier otro derecho constitucional, está sujeto a limitaciones de utilidad pública. Específicamente, el Artículo 25(2) de la Constitución permite la expropiación de propiedad por utilidad pública sujeto al pago de justa indemnización. Otro aspecto importante de la Ley es que conlleva la obligación de tomar medidas para proteger o colocar a las personas históricamente en desventaja en el centro del acuerdo: tanto en el preámbulo, como en la disposición del derecho a regular y como una excepción a la obligación de trato nacional.

En un sentido similar, Sudáfrica se involucró activamente en el diseño del modelo de TBI de 2012 de

la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés), la cual, entre otros, contiene una dimensión de desarrollo en su disposición sobre el derecho a regular y otra disposición específica sobre los derechos de un Estado parte para alcanzar los objetivos de desarrollo, que incluye tomar las “medidas necesarias para atender las disparidades económicas históricamente sufridas por grupos étnicos y culturales identificables debido a medidas discriminatorias u opresivas contra tales grupos”⁸.

"La Ley de Protección de las Inversiones de 2015 de Sudáfrica objeta la formulación general de regulaciones sobre inversión y establece la intención del Gobierno de no renovar sus TBIs, denominados de primera generación, y de únicamente celebrar nuevos TBIs por razones económicas y políticas imperiosas."

Al momento de elaborar de este escrito, se ven nuevos desafíos por delante. Hay legislación pendiente y un candente debate público sobre la posibilidad de expropiación de tierras sin indemnización. Esto trae otro elemento de tensión al debate en Sudáfrica. Si bien las medidas anteriormente adoptadas por el Gobierno se centraban en violaciones de compromisos de TBI, estas nuevas medidas que intentan expropiar tierras sin indemnización también parecen entrar en conflicto con el Artículo 25 de la Constitución, que requiere que la expropiación sea realizada a cambio de una indemnización.

3. El enfoque basado en el desarrollo en Brasil al derecho a regular

Brasil ha sido capaz de mantener un espacio de políticas fuera del régimen general de las inversiones. La vinculación del país con políticas de inversión ha variado desde resistirse a los TBIs estándar de los 90s hasta desarrollar un nuevo modelo de acuerdos

⁵ Piero Foresti, Laura de Carli y Otros v. La República de Sudáfrica, Caso del CIADI No. ARB(AF)/07/01, Laudo, 4 de agosto, 2010. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>

⁶ República de Sudáfrica. (2009). *Bilateral investment treaty policy framework review*. Informe que establece una Posición del Gobierno. Extraído de http://www.dtps.gov.za/documents-publications/category/94-vodacom.html?download=441:annexure-c_repofsa_bit-policy-framework_june2009.

⁷ International Institute for Sustainable Development (IISD). (2015). Meeting report: Investment treaties in a state of flux: Strategies and opportunities for developing countries (Río de Janeiro, 16 al 18 de noviembre, 2015). Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/material/IISD%209o%20Foro%20Anual%20Informe%20de%20la%20Reunion%20Español.pdf>

⁸ Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC). (Julio, 2012). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*, Artículo 21. Gaborone: SADC. Extraído de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>



de inversión en 2015, reemplazando el paradigma de protección de las inversiones por un paradigma basado en la cooperación y facilitación de las inversiones. En ambas ocasiones, el Gobierno de Brasil se ha preocupado principalmente por proteger el espacio regulatorio frente a los compromisos de inversión.

"Recientemente, Brasil ha decidido iniciar un programa de tratados de inversión que se aleja del lenguaje estándar de tratados de inversión que tienen la protección de la inversión extranjera como único, o primordial, objeto."

En los noventa, durante apogeo del neoliberalismo, Brasil se resistió a firmar cualquier tratado de inversión, aunque firmó 14 de estos acuerdos que nunca ratificó⁹. Estos tratados, en su mayoría con economías desarrolladas, reproducían las formulaciones estándar de TBI.

En 2003, Lula da Silva fue electo presidente y despertó un Estado desarrollista que estaba dormido, resucitando la política industrial brasileira con importantes efectos secundarios en las inversiones¹⁰. Principalmente a través del financiamiento del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil (BNDES), el Gobierno apuntó a un grupo de voceros nacionales y fomentó la emergencia de un nuevo sector: corporaciones multinacionales brasileiras¹¹. Esta política tuvo un efecto directo en las actividades extranjeras de estas corporaciones. Entre el 2005 y el 2010, el flujo de salida de inversión extranjera directa (IED) se multiplicó en casi nueve¹².

Pese a ser discutible en la literatura, se ha argumentado que el financiamiento del BNDES fue un factor relevante para fomentar los flujos de salida de las

inversiones brasileiras durante los gobiernos del Partido de los Trabajadores. Esta política podría haber sido restringida y las multinacionales brasileiras podrían haberse visto negativamente afectadas si Brasil hubiera sido parte de los AIIs. Fuera de este gran programa de financiamiento del Gobierno, los inversores extranjeros también podrían haber impugnado el derecho de Brasil a regular en cuestiones tan diversas como la política fiscal hasta la provisión de agua, tal como lo han experimentado varios países en desarrollo. Por otro lado, Brasil optó por llevar a cabo una estrategia de desarrollo que no incluía la firma de TBIs tradicionales, mientras siguió siendo el principal receptor de IED, desafiando el actual discurso sobre la necesidad de TBIs para atraer la IED.

Recientemente, Brasil ha decidido iniciar un programa de tratados de inversión que se aleja del lenguaje estándar de tratados de inversión que tienen la protección de la inversión extranjera como único, o primordial, objeto. El nuevo enfoque basado en la cooperación y la facilitación de las inversiones enfatiza: 1) la creación de mecanismos tales como defensores del pueblo o comités conjuntos para monitorear las relaciones de inversión y evitar controversias, y 2) la creación de acuerdos abiertos o convenios marco que puedan ser adaptados a lo largo del tiempo para satisfacer las necesidades de desarrollo de los Estados partes a través de programas de trabajo temático¹³. Desde marzo de 2015, Brasil ha firmado nueve Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) con otros países en desarrollo (Angola, Chile, Colombia, Etiopía, Malawi, México, Mozambique, Perú y Surinam) así como el Protocolo de Inversiones intra-MERCOSUR. Además, los acuerdos de facilitación de inversiones, el tipo de acuerdos apoyados por Brasil, han sido discutidos en foros multilaterales, tales como el G20 y la Organización Mundial del Comercio (OMC), con el

⁹ Morosini, F. & Xavier Junior, E. C. (2015). *Regulação do investimento direto no Brasil: Da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório*. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 421–448.

¹⁰ Trubek, D. M., Alviar Garcia, H., Coutinho, D. R. & Santos, A. (Eds.) (2013). *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹¹ Amann, E. (2009). Technology, public policy and the emergence of Brazilian multinationals. En: L. Brainard & L. Martinez-Diaz (Eds.) *Brazil as an economic superpower? Understanding Brazil's changing role in the global economy*. Washington, D.C.: Brookings Institution, pp. 187–220.

¹² Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2018). *UNCTADstat*. Extraído de <http://unctadstat.unctad.org>.

¹³ Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (Septiembre, 2015). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. Extraído de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; y Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (Agosto, 2015). El Acuerdo brasileiro de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?. *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements>; Martins, J. H. V. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. Extraído de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-veira-martins/>



apoyo abierto de China¹⁴.

La búsqueda de promoción del desarrollo por parte de Brasil por fuera del régimen tradicional de las inversiones y a través de un marco regulatorio alternativo actualmente se encuentra en suspenso. La actual administración ha estado adoptando medidas drásticas, eliminando muchos elementos del Estado desarrollista de Brasil¹⁵. Este país ha emprendido una agenda de reforma neoliberal llevada a cabo por el Ministerio de Finanzas, la cual incluye: 1) aprobar un recorte presupuestario por 20 años que afecta la inversión en educación y salud; 2) limitar los derechos laborales; 3) intentar aprobar una reforma a los fondos de pensión; y 4) solicitar el acceso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Conforme a esta nueva agenda, las políticas de inversión de Brasil, consideradas por algunos como un legado de la administración anterior, corren el riesgo de perder tracción.

4. Reflexiones finales: ¿prevalecerá el desarrollo?

La experimentación de Sudáfrica y Brasil en las políticas y el derecho de las inversiones para promover el desarrollo enfrentan grandes desafíos. Externamente, sus prácticas van en contra del régimen predominante basado en más de 3.000 acuerdos diseñados a la sombra del enfoque neoliberal a la regulación de las inversiones. Si bien recientemente han habido indicios de que el enfoque tradicional podría permitir algunos cambios, tal como sucedió en el caso de algunas medidas ambientales y sanitarias, resulta menos probable que acepte un enfoque basado en el desarrollo que desafíe el razonamiento de la protección de las inversiones.

"Las experiencias de Sudáfrica y Brasil demuestran que hay margen para reinventar el régimen de inversión de manera genuina, donde los intereses de los inversores se adapten a los intereses de desarrollo de los países receptores."

Además, tanto Sudáfrica como Brasil enfrentan desafíos internos para implementar sus políticas de inversión. Después de la renuncia del Presidente Zuma, ahora es responsabilidad del Presidente Ramaphosa llegar a un equilibrio entre atender las desigualdades raciales históricas del país —el ADN del Congreso Nacional Africano— y el sistema capitalista mundial donde se encuentran arraigados los TBI. La experimentación de Brasil con políticas heterodoxas, incluyendo las de inversión, para promover un modelo alternativo de desarrollo es menos clara con el despertar de un gobierno neoliberal. En un contexto como tal, el futuro de las políticas de inversión de Brasil seguirá siendo incierto hasta que un nuevo Gobierno electo asuma el poder en 2019.

Pese a los desafíos, las experiencias de Sudáfrica y Brasil demuestran que hay margen para reinventar el régimen de inversión de manera genuina, donde los intereses de los inversores se adapten a los intereses de desarrollo de los países receptores. A fin de lograr un equilibrio entre posibles intereses en conflicto, es necesario que los países sean creativos y diseñen alternativas más flexibles que trasciendan la protección del espacio de políticas sobre medio ambiente, salud y seguridad, e incluyan otras prioridades económicas nacionales.

Autor

Fabio Morosini es Profesor Adjunto de Derecho en la Universidad Federal de Río Grande do Sul y becario en investigación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología (CNPq) de Brasil. El autor desea agradecer a Malebakeng Forere, Martin Dietrich Brauch y Nathalie Bernasconi-Osterwalder por sus comentarios sobre borradores anteriores. Una versión más extensa del presente artículo será publicada en un capítulo del libro de Kennedy, D. W., Santos, A., Thomas, C., & Trubek, D. M. (Eds.) (en curso). *Rethinking trade and investment law*. Londres: Anthem Press.

¹⁴ Berger, A. (23 de abril, 2018). What's next for investment facilitation?, *Columbia FDI Perspectives*, 224. Extraído de <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-224-Berger-FINAL.pdf>

¹⁵ Singer, A. (2017). The failure of the developmentalist experiment in three acts. *Critical Policy Studies*, 11(3), 358–364.



ARTÍCULO 4

Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales: Los desafíos de la región frente a tratados de inversión asimétricos

Jorge Marchini, Josefina Morales y Gabriela Roffinelli



1. Introducción

Los posicionamientos políticos y las legislaciones en cuanto a las inversiones extranjeras han estado polarizadas en dos perspectivas contrapuestas. Por un lado, existe una suposición de que las inversiones extranjeras directas (IED) son esenciales para lograr que las economías de los países periféricos den un salto en su desarrollo, impulsando por lo tanto su promoción y hasta generando competencia entre los países para brindar mayores atractivos para ellas. Por otro lado, existen aquellos que consideran que los países deben legislar y regular las IED de forma de priorizar intereses nacionales y generar estrategias y dinámicas propias de desarrollo económico y social sostenible y de defensa del patrimonio nacional. Consideran también que estas estrategias y dinámicas no deben estar subordinadas al mero interés de la maximización de ganancias ni a las lógicas de decisión, siempre cambiantes, e inciertas del capital privado extranjero.

El análisis de las políticas, normas y el tratamiento de las inversiones extranjeras ha sido tema recurrente de debate para los países latinoamericanos a lo largo de su historia. Desde la emancipación colonial de América Latina en el siglo XIX, el tratamiento de las IED y el enfoque a la resolución de conflictos ha ido cambiando al compás de las transformaciones políticas y económicas de la región.

A partir del siglo XIX crecieron significativamente conflictos por parte de los países centrales a partir de su imposición recurrente de protección diplomática

a sus inversiones en la región. En estos conflictos, la asociación entre empresas y Estados originarios de la inversión convirtió las disputas de inversores de países centrales en los países latinoamericanos en confrontaciones impositivas o imperiales. Ello significaba en un principio la negación de la capacidad legal de los Estados latinoamericanos y de la existencia de los derechos nacionales para legislar y laudar en forma independiente; y, en otros casos, evolucionó en la subordinación al aceptar el status privilegiado de las IED apoyado en relaciones de fuerza por medios políticos, económicos y militares.

2. La generalización de los tratados bilaterales de inversión y América Latina

Con el auge del neoliberalismo en los noventa, la inhibición del debate sobre el desarrollo llevó a confiar en mercados abiertos. La falta de avances armónicos en acuerdos multilaterales llevó a la generalización de acuerdos bilaterales de inversión entre países, los denominados tratados bilaterales de inversión (TBIs), ganando especial impulso en América Latina.

De acuerdo a estadísticas que lleva la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), de un total de 2947 TBIs actuales a nivel mundial, 414 corresponden a países latinoamericanos, además de 280 tratados de libre comercio (TLCs) que también contemplan disposiciones vinculadas al tratamiento de inversiones¹.

Los TBIs tradicionales son jurídicamente acuerdos entre dos países para brindar un marco de referencia jurídica común a las inversiones. Tienden a contener cláusulas similares: nación más favorecida, trato nacional, trato justo y equitativo, prohibición de requisitos de desempeño, restricciones a cambios legislativos, libre transferencia de fondos, eliminación de requisitos de

¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ii>



contenido nacional y no obligación de consumos y contrataciones locales o de compras nacionales.

En general los TBI entre países centrales y periféricos no incluyen cláusulas vinculantes que podrían ser de interés especial para estos últimos, como cláusulas laborales, de migración, ambientales y de derechos humanos. Tampoco incluyen cláusulas de trato especial y diferencial, con mecanismos y apoyos explícitos de los países desarrollados para brindar apoyo para el salto de nivelación de condiciones productivas y de vida entre los países.

Bajo el mecanismo establecido para la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) en los TBIs, los inversores extranjeros pueden eludir el sistema judicial del país receptor y denunciar, ante tribunales arbitrales, al Estado anfitrión por el incumplimiento de las cláusulas anteriormente mencionadas. Los dictámenes de los tribunales arbitrales, como los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), parte del Grupo del Banco Mundial, incluyen indemnizaciones de ejecución obligatoria para las partes afectadas.

3. Necesidad de volver al multilateralismo

Las masivas movilizaciones en repudio a las políticas neoliberales a principios del presente siglo en América Latina forzaron a los países latinoamericanos a cambios políticos sustanciales que impulsaron, a su vez, cambios para las condiciones económicas y financieras de las inversiones. Ello dio pie a un aumento de demandas contra los Estados en tribunales arbitrales ad hoc, previstos en los TBIs.

"Ante la convicción de que el tratamiento de las inversiones extranjeras resulta central para América Latina, es necesario volver a bregar para retomar posiciones en común y propuestas consistentes entre los países de la región."

Se generaron fuertes polémicas y críticas por la magnitud multimillonaria de las demandas, la falta de control e información pública de los procesos establecidos por los tribunales arbitrales, en particular los del CIADI, y las dudas en relación a la imparcialidad de sus árbitros

por la existencia de conflictos de interés. En un clima de denuncias y disconformidad manifiesta, Bolivia, Ecuador y Venezuela plantearon la discontinuidad de todos o muchos de sus TBIs, aun cuando estos mantienen su vigencia por la existencia de cláusulas de ultra-actividad.

El Gobierno de Ecuador inició una búsqueda notable para un mayor entendimiento de las condiciones de los TBI y de alternativas. En octubre de 2013, con la participación de expertos internacionales, puso en marcha una Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA)². En la presentación de su informe final en mayo de 2017, la presidenta de la comisión, Cecilia Olivet, afirmó:³

Es totalmente lógico que Ecuador avance con la denuncia de sus acuerdos de protección de Inversiones, ya que como nuestro informe revelará estos han resultado muy costosos para el país. Los TBI no contribuyeron a atraer inversiones extranjeras, y desviaron millones de dólares de las arcas públicas para luchar contra demandas millonarias. A su vez, han socavado sistemáticamente la regulación social y ambiental.

Ante la convicción de que el tratamiento de las inversiones extranjeras resulta central para América Latina, es necesario volver a bregar para retomar posiciones en común y propuestas consistentes entre los países de la región. Es decir, es necesario retomar un tratamiento multilateral y no problemáticamente bilateral de la temática de las inversiones extranjeras.

4. Grupo de investigación de CLACSO y conclusiones preliminares

Para atender a esta necesidad, el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) ha puesto en marcha un grupo especial multidisciplinario. Entre otros propósitos se encuentra la construcción de una base de datos amplia y suficiente sobre el estado de situación de los TBIs suscritos por los países miembros de la Conferencia Ministerial sobre Estados y

² Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA). (Mayo 2017). *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador: Informe ejecutivo*. Extraído de <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>

³ Olivet, C. (2017, May 4). *Comisión de Auditoría emitirá informe mientras que Ecuador da pasos para retirarse de los tratados de inversión*. Extraído de <https://www.tni.org/en/node/23493>



Transnacionales y por países observadores de la región latinoamericana. También dará seguimiento, a los litigios con inversionistas extranjeros que afectan a los países por invocación de los compromisos asumidos en esos TBIs.

Se propuso incluir en esta base información sobre la estructura y condicionamientos de los TBIs, como también sobre las consecuencias que enfrentan los países firmantes en ámbitos legales, institucionales y económicos en relación con su aplicación. Con la base de datos se busca comenzar a informar periódicamente

sobre el estado de los litigios internacionales en materia de inversiones y permitir a los países involucrados contar con herramientas jurídicas y políticas para el análisis y posibles mecanismos de defensa, en orden a proteger eficientemente sus intereses en el marco de contratos comerciales y de tratados de inversión.

En el mapa a continuación, se destacan algunos de los resultados de la investigación acerca de algunos de los casos ISDS contra países latinoamericanos.



Argentina

El país registra 60 casos, el mayor número de casos en tribunales internacionales.

Caso Repsol. La petrolera española demandó a la Argentina por la expropiación del 51 por ciento del capital accionario de YPF de propiedad de la transnacional española Repsol. Alegando la violación del TBI Argentina-España de 1992, Repsol sostuvo que Argentina, mediante el acto expropiatorio, había violado el trato justo y equitativo, la no discriminación, y la protección y seguridad plenas contemplados en el TBI. Inicialmente altos funcionarios del gobierno alegaron que la expropiación “saldría gratis” a raíz de la falta de cumplimiento de los compromisos de inversión de Repsol en el pliego de privatización así como por los pasivos ambientales generados por la empresa. Finalmente y tras arduos procesos judiciales paralelos, el gobierno acordó el pago de un monto indemnizatorio por fuera del ámbito del CIADI de US\$ 5.000 millones más intereses. El pago se realizó finalmente por US\$ 6.770 millones en 2015.



Colombia

Demanda interpuesta en marzo de 2016 por la multinacional suiza Glencore International: rechaza la sanción interpuesta por la Contraloría General de la República por ajustes irregulares en los contratos de concesión de las minas de carbón.

Otras tres demandas que se encuentran en etapa de arreglo directo:

1. La empresa canadiense Eco Oro Mineral por prohibición de la Corte Constitucional de realizar explotación minera en zona del Paramo de Santurbán.
2. La empresa mexicana América Móvil denuncia cambio de reglas de juego en el sector de telecomunicaciones.
3. La compañía de los Estados Unidos Tobie Mining por prohibición de realizar explotación minera en el recién creado Parque Nacional Natural Yaigojé-Apaporis.



El Salvador

En 2009, el Estado fue demandado ante un tribunal del CIADI por las empresas Commerce Group Corp y San Sebastián Gold Mines por daños y perjuicios en la explotación minera en San Sebastián, municipio de Santa Rosa de Lima, en el departamento de La Unión. Estas empresas realizaron la actividad minera durante más de siete décadas, en las que se causó un daño irreversible al medio ambiente, principalmente a las fuentes de agua que se contaminaron por los químicos que se desprendieron como arsénico, plomo, hierro y manganeso. El río San Sebastián se conoce como el Río Muerto pues su agua no se puede utilizar por la alta concentración de químicos. Esta demanda la desestimó el CIADI en el año 2013.

En octubre de 2016, el tribunal del CIADI emitió laudo favorable a El Salvador en el caso de la demanda de la compañía minera Pacific Rim Cayman LLC (Pac Rim).



México

Entre 1997 y 2016, México registró 20 casos como demandado bajo el TLCAN; 17 son de empresas de Estados Unidos y tres de Canadá. Sólo dos casos se presentaron ante el tribunal de la ONU (UNCITRAL) y el resto se presentó ante el CIADI. De los juicios realizados, nueve fallaron en favor del gobierno mexicano. A diferencia de otros países latinoamericanos donde predominan las demandas en el sector minero o energético, en este país las demandas más costosas provienen de empresas agroindustriales (fructuosa) y las más numerosas se encuentran en el sector servicios. Se han presentado conflictos en el sector minero pero que se arreglaron fuera de las cortes. De los siete casos bajo TBIs, cinco están concluidos y dos pendientes.



Puerto Rico

Puerto Rico no presenta casos ISDS ante el CIADI. Los casos contra Puerto Rico se radican en el Tribunal Superior de Puerto Rico y en la corte federal de Estados Unidos. Excepto seis casos relacionados a impuestos, todos los otros casos registrados son recientes (2016).

Existen 21 casos registrados de disputas entre empresas transnacionales y el gobierno de la isla: seis relacionados a impuestos; dos sobre temas de precios de transferencia; uno de cuestionamiento del poder de la Isla para reglamentar las operaciones de las empresas internacionales en su territorio; y 13 son sobre fondos buitres.

En 19 casos, las empresas demandantes son de capital de Estados Unidos.



Venezuela registra 41 casos, uno en 1996, y el resto entre 2000 y 2016; cerca de la mitad (20) en 2011 y 2012. Por sectores se encuentran ocho en petróleo, gas y minería; y cinco son exclusivamente en minería. Entre los países de origen de los demandantes se destacan Canadá, España y el Reino de los Países con cinco demandas cada uno. En la mayoría las demandas (19) son por expropiación no negociada. Dieciséis demandas alcanzaron un monto total de 7.755 millones de dólares. Se registran en el CIADI 18 procesos concluidos, aunque varios todavía están pendientes de cumplir los dictámenes.

5. Conclusiones

El análisis del equipo de CLACSO apunta para algunas conclusiones preliminares:

- En términos generales los TBIs y otros acuerdos internacionales de inversión materializan la integración subordinada de los países a los requerimientos del mercado mundial. Establecen la liberación de las inversiones, otorgando privilegios a los inversores por sobre los derechos públicos y nacionales; con énfasis en los servicios financieros, compras estatales y derechos de propiedad intelectual.
- Se practica un liberalismo asimétrico y sin reciprocidad. La regla no es la negociación de los tratados, sino la imposición vía presiones extraeconómicas, de tipo político y, según sea conveniente, militar. Al mismo tiempo, se mantiene como presupuesto la desintegración (o bloqueo) de proyectos de integración previos.
- Se establecen foros de arbitrajes ISDS con la intención de desnacionalizar la resolución de conflictos en asuntos estratégicos para el interés de los países.

Autores

Jorge Marchini, Josefina Morales y Gabriela Roffinelli son coordinadores del grupo de investigación de CLACSO acerca de las controversias entre Estados y empresas transnacionales en Latinoamérica.

En la primera etapa de la labor emprendida por CLACSO se trabajó en la elaboración de la base de datos sobre los casos nacionales de Argentina (Javier Echaide y Luciana Giotto), Colombia (Carolina Jiménez, José Francisco Cuello-Socarrás y David Saiz Idarraga), Ecuador (Piedad Mancero), El Salvador (Sandra Núñez), México (M. Teresa Gutiérrez Haces), Puerto Rico (Maribel Aponte García, Carmen Correa Matos, Amílkar Cruz, J.D. y Yarlier Y. López Correa) y Venezuela (Oly Millán Campos, Paulino Nuñez y Guillermo Moro).



NOTICIAS EN BREVE

Comunicado de la Comisión Europea sobre la protección de la inversión intra-UE rechaza el TCE como fundamento de la ISDS intra-UE

El 19 de julio de 2018, la Comisión Europea (CE) publicó un comunicado al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea (UE) titulado *Protección de la Inversión Intra-UE*.

La CE remarcó su postura de larga data de que los tratados bilaterales de inversión (TBI) intra-UE no son compatibles con el derecho de la UE. Subrayó que la sentencia del 8 de marzo de 2018 del caso *Achmea*, en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sostuvo que las cláusulas de arbitraje entre inversionista y Estado en los TBIs intra-UE son ilícitas. Para la CE, la decisión del caso *Achmea* también es pertinente para la aplicación del *Tratado sobre la Carta de Energía (TCE)*. Según la visión de la CE, el TCE no puede ser utilizado como fundamento para introducir la solución de controversias entre inversores de la UE y los Estados miembros de la UE.

El comunicado evoca los estándares sustantivos y procesales más pertinentes del derecho de la UE para las inversiones transfronterizas dentro de la UE. Pretende disipar toda percepción de que, como resultado del fallo *Achmea*, el derecho de la UE no brinda salvaguardias adecuadas para los inversores intra-UE.

Actualización sobre las negociaciones de comercio e inversión de la UE: Japón, Vietnam, Australia, Nueva Zelanda, México

El 17 de julio de 2018, el Presidente de la CE, Jean-Claude Juncker y el Primer Ministro japonés, Shinzo Abe, firmaron el Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y la Unión Europea. Las negociaciones habían sido concluidas en diciembre de 2017. Luego de la firma se llevará a cabo el procedimiento de ratificación tanto en el ámbito de la UE como de Japón.

Dado que la protección de las inversiones y la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) fueron excluidas del acuerdo, los problemas jurídicos a nivel de la UE y la oposición política en los

Estados miembros de la UE podrían ser evitados. La CE espera que el acuerdo entre en vigor a principios de 2019.

Si bien no se encuentra incluida en el acuerdo, la inversión sigue siendo negociada entre los socios. El 11 de julio de 2018, los principales negociadores de ambos socios reconocieron un “alto grado de convergencia entre los estándares de protección de las inversiones”, pero remarcaron que algunas posiciones todavía necesitan ser reconciliadas, particularmente en torno a la solución de controversias. La Unión Europea está comprometida a avanzar con su propuesta de un Sistema de Tribunales de Inversiones (STI), pero Japón presuntamente no está dispuesto a aceptar esto.

La CE anunció el 26 de junio de 2018 que la revisión jurídica de su tratado de libre comercio (TLC) con Vietnam ha sido concluida, allanando el camino para la firma, celebración y ratificación del acuerdo. Las negociaciones del TLC, que incluye el STI, finalizaron en diciembre de 2015 y el texto fue publicado en febrero de 2016.

La CE lanzó las negociaciones de TLCs, incluyendo capítulos de inversión, con Australia y Nueva Zelanda el 18 y el 21 de junio de 2018, respectivamente. El Consejo de la Unión Europea publicó los mandatos otorgados a la CE el 25 de junio de 2018. Dichos mandatos no incluyen la ISDS. La primera ronda de negociaciones entre ambos países fue concluida en julio.

El 21 de abril de 2018, la Unión Europea y México llegaron a un acuerdo en principio sobre la modernización del Acuerdo Global entre la UE y México de 1997. Los textos, publicados el 26 de abril, revelan que este es el cuarto acuerdo de la UE que incluye el STI, después de los firmados con Canadá, Singapur y Vietnam.

La CE publica y actualiza periódicamente una descripción de sus negociaciones comerciales.

Representante de Comercio de los Estados Unidos describe plan para negociar modelo de tratado de libre comercio con país de África subsahariana

El 17mo Foro sobre la Ley sobre Crecimiento y Oportunidades para África (AGOA, por sus siglas



en inglés), organizado por los Estados Unidos para los países de África subsahariana, fue celebrado en Washington, D.C. del 9 al 12 de julio de 2018. El evento fue titulado “Forjando Nuevas Estrategias para el Comercio y la Inversión entre Estados Unidos y África”.

En su declaración en el plenario de apertura del 11 de julio, el Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés), Robert Lighthizer, se dispuso abordar “una estrategia nueva y muy específica —el deseo de la Administración de Trump de **negociar un modelo de tratado de libre comercio** con un país de África subsahariana—”.

La estrategia, tal como la describió Lighthizer, está “basada en tres objetivos principales: (1) perseguir un acuerdo bilateral con un socio dispuesto; (2) garantizar que este acuerdo sea elaborado para que sirva como un modelo que pueda ser extendido a otros socios dispuestos de África subsahariana en el futuro; y (3) garantizar que el modelo del acuerdo fortalezca la integración regional y continental en África”.

Lighthizer señaló que no se tomó una decisión final sobre con qué país o países sería negociado el acuerdo modelo, pero subrayó que: “Somos serios y pretendemos avanzar rápidamente. Espero anunciar conversaciones preliminares pronto”.

Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continúa debatiendo inquietudes sobre la ISDS y la reforma multilateral

El Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) continuó el debate sobre la posible reforma de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS) en su 35ta sesión, celebrada del 23 al 27 de abril de 2018 en Nueva York. En la reunión participaron representantes de 50 de los 60 Estados miembros de la CNUDMI y 36 Estados no miembros con estatus de observadores, así como organizaciones internacionales y no gubernamentales.

En las **Declaraciones generales** al inicio de la sesión se destacó la importancia de la tarea del grupo de trabajo para los países en desarrollo, considerando el impacto que tiene la inversión extranjera y la ISDS en el desarrollo sostenible. En varias declaraciones se subrayó la necesidad de que toda reforma de la ISDS alcance un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados y los inversores y se destacó la importancia de considerar una posible reforma de la ISDS a nivel multilateral, con la participación de los Estados tanto de

países en desarrollo como desarrollados. Contribuciones fueron dirigidas al fondo fiduciario de la CNUDMI para permitir la participación de los países en desarrollo en las deliberaciones del grupo de trabajo.

Durante la semana, **el grupo de trabajo discutió** la cuestión de la coherencia y la uniformidad de los resultados de la ISDS. También consideró la preocupación en torno al nombramiento de los árbitros así como los requisitos éticos, incluyendo lo que respecta al limitado número de personas que se nombra reiteradas veces como árbitros, la falta de transparencia en el proceso de nombramiento, la actuación de algunas personas como asesores y árbitros en diferentes procesos (“*double hatting*” o doble mandato) y la percepción de que los árbitros son menos conscientes de los temas de interés público que los jueces que ocupan un cargo público. Otros temas planteados incluyen la financiación por terceros, falta de divulgación y cauciones para garantizar el pago de los costos.

El grupo de trabajo presentó su informe de progreso en la 51era sesión de la CNUDMI, celebrada en Nueva York del 25 de junio al 13 de julio de 2018. La 36ta sesión del grupo de trabajo en principio está programada para realizarse desde el 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018 en Viena. En la próxima sesión del grupo de trabajo, los Estados miembros de la CNUDMI comenzarán a identificar y discutir las áreas donde, según su visión, una reforma multilateral de la ISDS resulta conveniente. Más información y documentos oficiales se encuentran disponibles en el [sitio web del grupo de trabajo](#).



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del CIADI concluye que España violó el estándar de TJE bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. vs. El Reino de España, Caso del CIADI No. ARB/14/1

Trishna Menon

En el laudo final del 16 de mayo de 2018, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) concluyó que España violó el estándar de trato justo y equitativo (TJE) en virtud del Artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), en un caso iniciado por Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. (Masdar), una empresa constituida en los Países Bajos.

Antecedentes y demandas

Una de las políticas de España para estimular la inversión en el sector de energías renovables fue el Real Decreto 661 de 2007 (RD661/2007), bajo el cual los generadores de energías renovables se beneficiarían de una prima establecida por el Gobierno español por encima del precio de mercado mayorista. La base de la remuneración para los generadores era la Tarifa Regulada (*Feed-In Tariff*, FIT) a lo largo de la vida de las instalaciones mediante un presunto compromiso de estabilidad: el Artículo 44.3 del RD661/2007 impediría cambios futuros en el régimen de tarifas que afecten a las instalaciones registradas y comisionadas antes del 1 de enero de 2012.

Masdar rebatió que, debido a una serie de medidas impugnadas que fueron promulgadas entre 2012 y 2014, España abolió el régimen del RD661/2007 e introdujo un régimen mucho menos favorable, que regía a todas las instalaciones comisionadas bajo el régimen del RD661/2007 de la misma manera.

Masdar realizó sus inversiones en tres plantas de energía solar concentrada (ESC), basándose en el RD661/2007. Reclamando que sus inversiones se vieron afectadas por las medidas impugnadas, Masdar inició un arbitraje solicitando una declaración de que España había violado el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE. También solicitó plena reparación por el perjuicio causado a sus inversiones bajo la forma de restitución plena, restableciendo la situación que existía antes de las presuntas violaciones del TCE por parte de España,

junto con la compensación por todos los daños sufridos antes de la restitución.

Tribunal desestima la mayoría de las objeciones de España

Objetando la jurisdicción personal del tribunal (*ratione personae*), España alegó que la conducta de Masdar, en virtud de indicios de control general, era atribuible a los EAU, que no son parte del TCE. Dado que la controversia surgió entre dos estados, España argumentó que no se cumplieron los requisitos del Artículo 26 del TCE y el Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). El tribunal desestimó esta objeción, señalando que España no aportó pruebas para respaldar su argumento de control y que ya había admitido que Masdar no poseía poder gubernamental.

La objeción de España a la jurisdicción del tribunal por el objeto de la controversia (*ratione materiae*) se basó en su argumento de que Masdar no poseía una “inversión” en España a los fines del Artículo 1(6) del TCE y del Artículo 25 del Convenio del CIADI. El tribunal señaló que, en un número sustancial de laudos recientes, tales como los casos *Abaclat v. Argentina* y *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ucrania*, se considera que el término “inversión” tiene un significado inherente con el cual debe cumplir toda inversión alegada, así como también debe recaer bajo una de las categorías de activos mencionados en los tratados bilaterales de inversión (TBIs). Esencialmente, el tribunal dictaminó que dilucidar el significado del término “inversión” en el Artículo 1(6) del TCE era parte de la interpretación de esta disposición. Se constató que Masdar había realizado una “inversión” acorde con el significado de los casos antes mencionados.

España se basó en las versiones en español e italiano del TCE para argumentar que el Artículo 17 del TCE requiere que el inversor posea actividades empresariales importantes en su estado de origen. Planteó una objeción al consentimiento (*ratione voluntatis*), alegando que la presencia de Masdar en los Países Bajos no satisfacía este criterio. El tribunal rechazó esta objeción dado que no fue probada por evidencia.

Otra objeción *ratione voluntatis* se relaciona con un



“impuesto introducido sobre el valor de producción de electricidad de naturaleza directa y real”, a lo cual España argumentó que el impuesto fue de buena fe, al cual se aplicaba la exención de medidas impositivas tal como lo dispone el Artículo 21(1) del TCE. El tribunal estuvo de acuerdo y concluyó que no poseía jurisdicción para atender demandas surgidas por la introducción de un impuesto.

Para el tribunal, *Achmea* no aplica en tratados multilaterales de los cuales la Unión Europea es parte

España planteó una última objeción alegando que el Artículo 26 del TCE no aplicaba en controversias intra-UE: dado que Masdar era una empresa holandesa, el derecho de la UE tendría primacía sobre el TCE. El tribunal concluyó que ninguna parte del texto del TCE excluye las controversias intra-UE de su ámbito de aplicación y que el derecho de la UE no es incompatible con la disposición de arbitraje entre inversionista y estado contenida en el TCE. Los dos dictámenes jurídicos podrían aplicarse juntos con respecto a este arbitraje, ya que únicamente el TCE trata el arbitraje entre inversionista y estado y ninguna legislación del derecho de la UE puede interpretarse como que excluye el arbitraje entre inversionista y estado bajo el TCE y el Convenio del CIADI.

Después del fallo del TJUE en el caso de la *República de Eslovaquia vs. Achmea BV* del 6 de marzo de 2018, España solicitó al tribunal que reabriera el arbitraje. Pidió que se registre el fallo *Achmea* alegando que este confirma la objeción intra-UE planteada. Sin embargo, el tribunal sostuvo que el fallo *Achmea* se aplicaba a TBIs, pero no a tratados multilaterales de los cuales la misma Unión Europea es parte, tal como el TCE (párrafo 679).

Trato justo y equitativo bajo el 10(1) del TCE

De acuerdo con Masdar, la promulgación de las medidas impugnadas llevó al desmantelamiento del régimen bajo el RD661/2007, el cual elimina la estabilidad prometida en base a la cual Masdar realizó sus inversiones. España respondió basándose en *Charanne v. España* alegando que las disposiciones de estabilización contenidas en la legislación general, o en comunicados de prensa y otros, no pueden crear expectativas legítimas para los inversores.

En su análisis, el tribunal afirmó que un estado tiene la libertad indiscutida de modificar su legislación. Indicó que el TJE no podría incluir la estabilidad económica y jurídica, y que los inversores extranjeros no podrían esperar esto legítimamente, a menos que se extiendan compromisos explícitos directamente al inversor (párrafo 485). No obstante, el tribunal también advirtió que este

derecho no era incondicional.

Para determinar si España violó las expectativas legítimas del inversor, el tribunal consideró las dos corrientes de pensamiento desarrolladas en el caso *Charanne*. La opinión de la mayoría en ese caso sostuvo que únicamente compromisos específicos pueden dar lugar a expectativas legítimas. A su vez, la opinión disidente expresó que, si los inversores se basan en la legislación general como fuente de sus expectativas legítimas, deberían probar que emprendieron la diligencia debida para entender el sistema jurídico.

El tribunal del caso *Masdar* concluyó que el inversor emprendió la diligencia debida necesaria para entender el sistema jurídico y presentar una demanda de expectativas legítimas en base a la legislación general. Aunque no estaba obligado a respetar la opinión de la mayoría del caso *Charanne* y, por ende, no necesitaba considerar la existencia de compromisos específicos, el tribunal también concluyó que existía un compromiso específico bajo la forma de una resolución emitida por España dirigida específicamente a cada una de las empresas operadoras (párrafo 520).

Dado que existían compromisos específicos, además de compromisos generales, que según se consideró ambos dieron lugar a expectativas legítimas, el tribunal decidió no escoger entre las distintas corrientes de pensamiento y concluyó que España se encontraba en violación de sus obligaciones de TJE conforme al Artículo 10(1) del TCE.

Decisión y costos

El tribunal decidió que España violó el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE y que Masdar estaba facultada para recibir reparación plena. Considerando que otorgar la restitución del régimen RD661/2007 afectaría materialmente el poder legislativo de España, el tribunal decidió otorgar reparación a través de una compensación monetaria. El tribunal ordenó a España el pago de EUR 64,5 millones más intereses compuestos pre- y post-laudo.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por John Beechey (Presidente, designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional británico), Gary Born (nominado por la demandante, ciudadano estadounidense) y Brigitte Stern (designada por el demandado, nacional francesa). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>.

Trishna Menon es B.Sc., LL.B. (con honores) graduada de la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India.



Objeciones jurisdiccionales de Kosovo prevalecen sobre las demandas de inversor alemán

ACP Axos Capital GMBH vs. la República de Kosovo (Caso del CIADI No. ARB/15/22)

Kirrin Hough

En un laudo del 3 de mayo de 2018, un tribunal de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó las demandas entabladas por la empresa alemana, ACP Axos Capital GMBH (Axos), contra Kosovo después de la cancelación, por parte de dicho país, de la licitación y venta del 75 por ciento de las acciones de Post and Telecom of Kosovo (PTK). El tribunal concluyó que carecía de jurisdicción sobre el arbitraje fundamentando que no había un contrato válido entre Axos y Kosovo bajo el derecho de Kosovo.

Antecedentes de hecho y demandas

Después de la independencia en 2008, Kosovo decidió en 2011 privatizar la autoridad estatal de comunicación postal, PTK, y estableció un Comité de Privatización del Gobierno (CPG) para conducir la licitación y venta del 75 por ciento de las acciones de PTK. Kosovo posteriormente realizó una invitación pública para participar en el proceso de licitación. En respuesta a tal invitación, el consorcio compuesto por Columbia Capital V LLC (Columbia) y Axos, presentó una oferta y se convirtió en uno de los cinco postulantes pre-calificados.

En septiembre de 2012, los postulantes pre-calificados recibieron las Instrucciones para los Participantes de la Licitación (IPL) y borradores de los documentos de transacción, incluyendo un contrato de compraventa de acciones (CCA), que debían ser firmados para completar la licitación y venta. En diciembre de 2012, Columbia anunció que se retiraba del consorcio, lo cual convirtió a Axos en el principal miembro, y la empresa Najafi Companies, LLC (Najafi) entró como nuevo miembro.

El 3 de abril de 2013, el consorcio Axos/Najafi presentó una oferta para la compra de las acciones de PTK. El 18 de abril de 2013, los asesores de la transacción informaron a Axos a través de una carta que el consorcio sería seleccionado como el oferente más calificado. La semana siguiente Najafi se retiró del consorcio.

Durante el verano de 2013, Axos intentó negociar los términos de los documentos de transacción y expresó su preocupación por el desempeño financiero de PTK. Kosovo se rehusó a modificar cualquier parte de los documentos de transacción, pero le garantizó a Axos

que estaba comprometido con el éxito del proceso de privatización. El CPG posteriormente solicitó a la Asamblea de Kosovo que revisara un informe donde se detallaba el proceso de privatización en relación con PTK. Después de meses de revisión por parte de la Asamblea y una extensión de la fecha de firma, la Asamblea no pudo garantizar el quórum sobre el informe de privatización.

Siendo el 30 de diciembre de 2013 la fecha límite para firmar el CCA, el CPG concluyó que no poseía un fundamento jurídico para posponer la fecha de firma. Consecuentemente, el CPG decidió cancelar el proceso de privatización de PTK y, por ende, la transacción con Axos.

El 30 de enero de 2014, Axos notificó a Kosovo su intención de ir a arbitraje, reclamando que Kosovo había expropiado su inversión y que no le otorgó trato justo y equitativo (TJE), perjudicando la inversión de Axos al tomar medidas arbitrarias y al incumplir sus obligaciones con Axos, en violación del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Alemania y Yugoslavia.

Kosovo objeta la jurisdicción del tribunal: no hay inversión protegida

Kosovo argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción, porque Axos no había establecido una inversión protegida conforme al significado del Artículo 1(1) del TBI ni al significado del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI).

A su vez, Axos alegó que celebró un contrato válido para la venta de acciones de PTK en base a intercambios entre Kosovo y Axos ocurridos en abril de 2013. La existencia de tal contrato, según argumentó Axos, constituía una inversión bajo el TBI, estableciendo, de esta manera, la jurisdicción sobre el arbitraje.

No hay oferta ni aceptación bajo el Derecho de Kosovo

Para determinar si existía un contrato válido para la venta de acciones entre Axos y Kosovo, el tribunal primero abordó el argumento de Axos de que la oferta presentada el 3 de abril de 2013 constituía una oferta dentro del significado del Ley de Kosovo sobre Obligaciones. Observando que la oferta fue realizada bajo las IPL y que en las IPL se dejó en claro que la oferta no era una oferta para adquirir acciones de PTK, el tribunal concluyó que la presentación de dicha oferta era meramente una propuesta para ser escogido como "Oferente Seleccionado", y no una oferta para celebrar



un contrato de venta de acciones.

El tribunal posteriormente analizó el argumento de Axos de que la carta enviada el 18 de abril de 2013 al consorcio de Kosovo, donde se informaba a Axos que había sido seleccionado como el oferente más calificado, constituía una aceptación para crear un contrato entre las partes. El tribunal concluyó que la carta no era más que una indicación de que el consorcio había sido escogido como el Oferente Seleccionado. Concluyó que la firma del CCA se dio como un paso subsecuente a la selección del Oferente Seleccionado, y que la carta enviada por Kosovo no constituía una aceptación de celebrar un contrato para la venta de las acciones.

Demandante no puede adjudicarse derechos que no le pertenecen

El tribunal además concluyó que, dado que la presentación de la oferta fue realizada por el consorcio, todos los derechos del Oferente Seleccionado pertenecían al consorcio Axos/Najafi. De este modo, ya que Najafi había dejado el consorcio, Axos carecía de capacidad para ejercer unilateralmente cualquiera de estos derechos como Oferente Seleccionado ya que no había indicio alguno de que Axos fuera el sucesor legal de los derechos.

Derecho incondicional de Kosovo para cancelar la privatización de PTK

En su análisis, el tribunal concluyó que, conforme a los términos de las IPL, Kosovo tenía el derecho sin restricciones de cancelar el proceso de privatización de PTK en cualquier momento antes de la fecha de firma, sin deber indemnización a los oferentes. El tribunal concluyó que, dado que no había un contrato, Kosovo estaba en su derecho de cancelar la licitación hasta el último momento antes de la firma de los documentos de transacción.

No se cumplen requisitos del derecho público de Kosovo

Kosovo planteó el caso de que, aunque había un acuerdo entre el consorcio y Kosovo, un contrato como tal no era válido ya que no se había ejecutado de acuerdo con la legislación de Kosovo sobre Asociaciones Público-Privadas (APP). De hecho, la ley requiere que el representante autorizado del socio privado y el más alto representante del Estado (es decir, el ministro que preside el CPG) firmen el acuerdo. El tribunal concluyó que, faltando la firma del ministro, no había un contrato válido.

Conducta de la demandante confirma que no se celebró contrato vinculante

Finalmente, al determinar si Axos y Kosovo celebraron

un contrato vinculante, el tribunal analizó la conducta de las partes tras el sistema de selección. Así el tribunal concluyó que, si Axos hubiera creído que existía un contrato vinculante, habría firmado u ofrecido firmar inmediatamente los documentos de transacción. En cambio, Axos pretendió negociar los términos de los documentos de transacción y sólo propuso firmar estos documentos varios meses después. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la conducta de Axos no sugería que se había celebrado un contrato vinculante.

No hay jurisdicción sobre las demandas de Axos; Kosovo obtiene laudo del total de los costos

Basándose en su conclusión de que no había un contrato válido entre Axos y Kosovo para la venta de acciones de PTK, el tribunal concluyó que no existía ninguna inversión conforme al significado del Artículo 1(1) del TBI y, por ende, que no tenía jurisdicción sobre la controversia. A la luz de la defensa exitosa de Kosovo, el tribunal sostuvo que Axos debía asumir todos los costos del arbitraje y los gastos y costas legales razonables de Kosovo, ordenando a Axos el pago a Kosovo la suma de USD 1.713.349,40 y EUR 132.446,20.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Philippe Pinsolle (Presidente nominado por el Secretario General del CIADI, nacional suizo y francés), Michael Feit (nominado por la demandante, ciudadano suizo e israelí) y J. Christopher Thomas (nominado por la demandada, nacional canadiense). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9648.pdf>

Kirrin Hough es abogado estadounidense en Washington, D.C., Estados Unidos.

Tribunal de la CNUDMI declina jurisdicción ya que TBI entre Francia y Mauricio no se aplica a inversor con doble nacionalidad

Dawood Rawat vs. La República de Mauricio, Caso de la CPA 2016-20

Pietro Benedetti Teixeira Webber

En el procedimiento iniciado por el Sr. Dawood Rawat contra Mauricio, un tribunal constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de 1976 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) dictaminó que carecía de jurisdicción para tratar una demanda entablada por un inversor bajo el tratado bilateral de inversión (TBI)



entre Francia y Mauricio de 1973. El arbitraje fue administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, y el laudo emitido el 6 de abril de 2018.

Antecedentes y demandas

El Sr. Rawat reclamó que controlaba “uno de los más innovadores y dinámicos grupos financieros de Mauricio” (Declaración de la Demanda, párrafo 29), que operaba en el sector bancario. Alegó que, poco después de las elecciones generales de 2014 en Mauricio, comenzó a enfrentar una serie de acciones ilícitas por parte del gobierno, incluyendo la revocación de su licencia bancaria (que posteriormente fue transferida a una empresa estatal) y el arresto de algunos de sus familiares. Reclamando que Mauricio violó los Artículos 2 y 3 del TBI (cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo), el Sr. Rawat solicitó la restitución de sus bienes y el pago de compensación.

Mauricio no rebatió que algunas de las acciones alegadas por el Sr. Rawat habían ocurrido, pero sostuvo que estaban justificadas por una investigación jurídica de un programa de lavado de dinero coordinado por el Sr. Rawat y miembros de su familia. Antes de considerar el fondo de los argumentos, Mauricio planteó objeciones preliminares a la jurisdicción del tribunal, solicitando que rechace las demandas del Sr. Rawat.

Pese a que el Sr. Rawat nació en Mauricio y que poseía nacionalidad mauriciana, el tribunal concluyó que había pruebas sustanciales para demostrar que se convirtió en ciudadano francés después de casarse con una mujer francesa. De esta manera, las partes cuestionaron si el Sr. Rawat calificaba como inversor francés autorizado para iniciar un arbitraje contra Mauricio bajo el TBI. Por lo tanto, el tema clave que debía determinar el tribunal era si el TBI entre Francia y Mauricio podía aplicarse al caso considerando la doble nacionalidad del demandante.

No hay una exclusión expresa de doble nacionalidad en la cobertura de TBI

Los árbitros explicaron que no podrían “agregar condiciones al TBI, como fue redactado y ratificado por Francia y Mauricio” (párrafo 170). Destacaron que no había una exclusión expresa en torno a la doble nacionalidad en las protecciones del TBI, a diferencia de otros tratados firmados por los mismos estados, tales como el TBI de 1984 entre Francia y China y el TBI de 2014 entre Mauricio y Egipto, y consideró que esto llevaría a considerar que el Sr. Rawat se encontraba protegido bajo el TBI entre Francia y Mauricio.

Interpretación de TBI conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El tribunal se remitió a la interpretación del TBI con respecto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VLCT, por sus siglas en inglés). Consideró que “el objeto y propósito del TBI entre Francia y Mauricio también apuntarían al resultado de incluir, en lugar de excluir, la doble nacionalidad” (párrafo 172), ya que en el preámbulo del TBI se subraya que el objetivo del tratado es “proteger y estimular la inversión” sin hacer una distinción entre las posibles fuentes de inversión.

En cuanto a la interpretación a los efectos del contexto (Art. 31(2) VLCT), el tribunal consideró necesario examinar las disposiciones pertinentes del TBI. Interpretó el Artículo 9 del TBI como que requiere que los acuerdos relacionados con las inversiones realizadas en el territorio de los estados contratantes *deben* incluir una cláusula de arbitraje ante el CIADI. El Artículo 25(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), a su vez, excluye expresamente a las personas con doble nacionalidad del concepto de “*ressortissant*” (en español, “nacional”) en la versión oficial en francés.

El tribunal concluyó que el Artículo 9 del TBI “establece una obligación, a diferencia de una opción, tendiente a que los Estados Contratantes incluyan una cláusula de arbitraje ante el CIADI en los contratos de inversión” (para. 178). Por lo tanto, se observa una concordancia estricta entre el concepto de “*ressortissant*” bajo el TBI y el Convenio del CIADI.

En conclusión, el tribunal consideró que Francia y Mauricio, en referencia al Convenio del CIADI, excluyen implícitamente la doble nacionalidad del ámbito de aplicación del TBI. Consecuentemente, dictaminó que no poseía jurisdicción sobre la controversia.

Interpretación de TBI conforme al principio de *effet utile*

Según el tribunal, el principio de *effet utile* reforzaría esa conclusión. Los árbitros hicieron referencia al caso *Cemex v. Venezuela* (Caso del CIADI nro. ARB/08/15) y sostuvieron que el efecto útil, pese a no estar provisto expresamente en la VLCT, “está generalmente aceptado, que procede del principio de interpretación de los tratados en buena fe tal como lo dispone el Artículo 31(1) de la VLCT” (párrafo 182).

Dado que el TBI hacía referencia al Convenio



del CIADI, conforme al cual no hay lugar para un arbitraje que involucre inversores con doble nacionalidad (Art. 25(2)), las cláusulas de arbitraje serían inoperantes. Por ende, la aplicación del principio *effet utile* llevaría a la misma conclusión: no tendría sentido interpretar el TBI en virtud de que disponga el arbitraje entre inversores con doble nacionalidad, de Francia y Mauricio.

Establecimiento de jurisdicción a través de cláusula de NMF

Era indiscutible que no había una cláusula de arbitraje entre inversionista y Estado en el TBI entre Francia y Mauricio. Sin embargo, el Sr. Rawat argumentó que Mauricio consintió arbitrar con inversores franceses de dos maneras. Primero, aceptó la cláusula de NMF del TBI entre Francia y Mauricio, la cual permitía a un inversor “beneficiarse de todas las disposiciones más favorables que aquellas contenidas en [el TBI] que pudieran ser resultado de compromisos internacionales ya asumidos o que sean asumidos en el futuro” (Art. 8 del TBI). Segundo, Mauricio celebró un tratado de inversión con Finlandia que dispone el arbitraje directo. Por lo tanto, el demandante invocó la cláusula de NMF del TBI entre Francia y Mauricio para establecer la jurisdicción del tribunal.

Mauricio refutó que no había consentimiento a arbitraje, alegando que únicamente uno puede basarse en la cláusula de NMF después de establecer la jurisdicción del tribunal en virtud del tratado. Dado que el TBI no hacía referencia al arbitraje entre inversionista y Estado, no podría considerarse como un “asunto” regido por el tratado.

El tribunal consideró que el Sr. Rawat no estaba cubierto por el TBI entre Francia y Mauricio, sosteniendo que el demandante no podría beneficiarse de las protecciones sustantivas otorgadas por el TBI. No obstante, el tribunal propuso criterios para decidir si la jurisdicción podría ser establecida a través de la cláusula de NMF.

El “núcleo del test *ejusdem generis*” (párrafo 187), según los árbitros, sería definir el alcance de la expresión “los asuntos cubiertos por este acuerdo” (Artículo 8 del TBI) y si los asuntos cubiertos por el TBI entre Francia y Mauricio y por el TBI entre Finlandia y Mauricio eran del mismo tipo. Esto implicaría hacer una distinción entre *asuntos* y *tratamiento* evaluando el “nivel de detalle” con el que se consideran los asuntos. Una diferencia pertinente a este respecto sería “los asuntos no pueden ser ‘mejorados’ en virtud de las cláusulas de NMF; el ‘tratamiento’ de los asuntos sí podría” (párrafo 187).

Decisión y costos

El tribunal concluyó que carecía de jurisdicción sobre la controversia, y ordenó al Sr. Rawat el pago de un tercio de los honorarios y gastos totales de Mauricio en la fase de objeción jurisdiccional. No determinó otro reembolso en cuanto a los costos del arbitraje, ya que ninguna de las partes tuvo éxito en sus solicitudes anteriores de medidas provisionales.

Notas: El tribunal arbitral estuvo compuesto por Lucy Reed (árbitro presidente nominada por las Partes, nacional estadounidense), Jean-Christophe Honlet (designado por el demandante, ciudadano francés) y Vaughan Lowe (nominado por la demandada, nacional británico). El laudo sobre jurisdicción del 6 de abril de 2018 está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9618.pdf>

Pietro Benedetti Teixeira Webber está en el último año de la facultad de derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Brasil.

Tribunal de CIADI determina que inversor debe pagar CAD 9 millones al gobierno de Canadá tras fracasar su demanda bajo el TLCAN

Mercer International Inc. vs. El Gobierno de Canadá, Caso del CIADI No. ARB(AF)/12/3

Matthew Levine

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), constituido en virtud del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha llegado a la etapa de dictado del laudo. En una controversia iniciada por la empresa estadounidense, Mercer International Inc. (Mercer), el tribunal se pronunció a favor de Canadá. Como parte ganadora, Canadá fue otorgado la suma total de CAD 9 millones por costas legales. El laudo fue dictado en marzo de 2018 y publicado en mayo del mismo año después de la redacción de información comercial.

Antecedentes y demandas

Mercer es una empresa establecida bajo las leyes del estado de Washington, Estados Unidos. A través de sus filiales canadienses, posee y opera una fábrica de pasta de papel en Castlegar, en la provincia canadiense de British Columbia (la Fábrica Celgar).

La Fábrica Celgar procesa viruta de madera de



aserraderos locales para convertirla en pasta de papel. Esta actividad utiliza grandes cantidades de electricidad, que compraba a la tarifa vigente a FortisBC, la compañía eléctrica local. Además de fabricar pasta de papel, la Fábrica Celgar también produce un producto derivado que podría ser transformado en electricidad a partir de biomasa.

Hasta el 2009, Mercer vendía la electricidad de biomasa a una tarifa mucho mayor que la tarifa a la que compraba electricidad. De esta manera, con las ganancias de la electricidad vendida subsidiaba parte de las operaciones para fabricar pasta de papel. Después de un supuesto cambio de políticas a nivel provincial, se estableció una nueva base de referencia para el generador de la Fábrica Celgar. Esto fue registrado en un contrato de compraventa de energía eléctrica (CCE) celebrado en 2009 entre la Fábrica Celgar y British Columbia Hydro and Power Authority (BC Hydro).

Como resultado de la nueva base de referencia del generador, la Fábrica Celgar tuvo que utilizar toda la electricidad autogenerada, antes de comprarla a FortisBC a una tarifa industrial más barata.

Según Mercer, el resultado fue que Canadá no le otorgó un trato no discriminatorio y el nivel mínimo de trato conforme a lo dispuesto en el TLCAN. Mercer inició un arbitraje contra Canadá en enero de 2012, reclamando CDN 232 millones en daños más intereses.

Demandas de CCE disputadas bajo el límite de tiempo del TLCAN, pero únicamente se desestiman aquellas relacionadas con un “estándar relativo”

La primera objeción de Canadá a la jurisdicción del tribunal giró en torno a una demora por parte de Mercer para presentar la solicitud de arbitraje. En particular, Canadá objetó la jurisdicción sobre demandas surgidas del CCE.

El tribunal observó que los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN disponen que el inversionista “no podrá presentar una demanda si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversionista [o empresa] tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos”.

Entonces, la cuestión era determinar la fecha exacta en que el inversor y sus filiales tuvieron, o debieron haber tenido conocimiento por primera vez de la presunta violación, y de las pérdidas o daños incurridos.

Citando la decisión adoptada en el caso *Grand River*

vs. Estados Unidos en virtud del TLCAN, Canadá argumentó que el límite de tiempo comenzó a correr cuando el inversor “ejerciendo un cuidado y diligencia razonables [...] habría tenido conocimiento” (párrafo 6.10). Para el inversor, no obstante, el límite de tiempo comenzó a correr recién cuando su demanda era “propicia”, es decir, cuando la medida impugnada realmente entró en vigor (párrafo 6.13). El tribunal se basó en la fecha en que el CCE entró en vigencia contractual —enero de 2009— y concluyó que Mercer conocía las implicancias de la nueva base de referencia del generador para esa fecha.

Sin embargo, el tribunal concluyó que la prescripción comenzó a regir en enero de 2009 únicamente en referencia a algunas de las demandas de Mercer. En este punto, hizo una distinción entre las demandas de Mercer, relativas a que los términos del CCE eran arbitrarios, injustos o inequitativos, estableciendo estándares que no eran relativos sino que podían ser evaluados por el demandante inmediatamente sin la necesidad de un comparador, de las demandas “en torno a lo que se describe ampliamente como ‘trato discriminatorio’, enabladas bajo los Artículos 1102, 1103 y 1105 del TLCAN. Estas son invocadas por el Demandante como estándares relativos” (párrafo 6.18).

El tribunal sostuvo que las demandas del primer tipo estaban prescriptas, pero que las demandas del segundo tipo dependían de un conocimiento real o constructivo sobre, al menos, otra fábrica de papel de BC en circunstancias similares que haya recibido un trato más favorable. Finalmente, en base a los hechos, el tribunal no desestimó estas demandas por estar prescriptas.

Más demandas prescriptas bajo la excepción de adquisición del TLCAN

La segunda objeción jurisdiccional fue que las demandas por trato discriminatorio (en presunta violación de los Artículos 1102 y 1103 del TLCAN) se relacionaban con las adquisiciones y que, por lo tanto, estaban excluidas. El Artículo 1108(7)(a) del TLCAN dispone que tales artículos “no se aplican a las adquisiciones realizadas por una Parte o por una empresa del estado”.

El tribunal aceptó que debía aplicar el sentido común a la palabra “adquisición” y que BC Hydro había adquirido electricidad de la Fábrica Celgar a través del CCE. Para el tribunal, no se infiere automáticamente que una disposición específica del CCE —es decir, la disposición sobre la base de referencia del generador— estuviera excluida de la aplicación de los Artículos 1102 y 1103 del TLCAN. Sin embargo, tras un análisis más



profundo, concluyó que la disposición sobre la base de referencia del generador comprendía la “función de la adquisición” (párrafo 6.47) del CCE y, por lo tanto, estaba excluida de la jurisdicción del tribunal.

Fracasa demanda pendiente por discriminación

Como resultado de sus conclusiones sobre la jurisdicción, el tribunal tuvo que considerar únicamente algunas de las demandas originales de Mercer sobre trato discriminatorio en virtud de los Artículos 1102 y 1103.

Sobre el estándar jurídico para determinar la discriminación, el tribunal aclaró que la expresión “en circunstancias similares” de los Artículos 1102 y 1103 del TLCAN se refiere al trato otorgado al inversor en referencia con otros inversores. El tribunal aceptó considerar dos fábricas de pasta de papel de energía autogenerada en British Columbia —Skookumchuck y Port Mellon— como comparadores ostensibles. La primera es de propiedad nacional y la segunda extranjera.

En base a los hechos, el tribunal concluyó que la Fábrica Celgar no fue discriminada.

Discriminación no cubierta por el Artículo 1105

Mercer también presentó demandas por trato discriminatorio, a diferencia de la discriminación en sí, en virtud del artículo 1105 (nivel mínimo de trato). La mayoría del tribunal, sin embargo, se mostró escéptico y concluyó que el nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional no sumaba nada a la solicitud de indemnización de la demandante.

El árbitro Orrego Vicuña indicó en una opinión disidente que la prohibición de trato discriminatorio debía ser considerada como parte del Artículo 1105. Se basó en conclusiones de otros tribunales de inversión, en lugar de citar *opinio juris* y práctica estatal para respaldar su postura.

Se otorgan CAD 9 millones a Canadá por costas legales

Las partes expresaron críticas mutuas por conducta maliciosa durante el arbitraje, pero el tribunal caracterizó los acontecimientos en cuestión como incidentes inocentes y demoras surgidos en parte por la controversia, que era complicada y difícil. Ninguna parte de la decisión del tribunal sobre costos contenía un elemento punitivo. En cambio, el factor primordial para asignar los costos legales fue el éxito de las partes en el arbitraje. El tribunal determinó que Canadá, como la parte ganadora, en principio debería recuperar sus costos legales de Mercer. Pese a que Canadá reclamó

CAD 9.154.166,56 como gastos legales, el tribunal consideró razonable un laudo de CAD 9 millones.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por V.V. Veeder (presidente designado por las partes, nacional británico), Francisco Orrego Vicuña (nominado por la demandante, nacional chileno) y Zachary Douglas (designado por el demandado, ciudadano australiano). El laudo final del 6 de marzo de 2018 está disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651_0.pdf

Matthew Levine es abogado canadiense y colabora en el Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible.

Se otorgan EUR 53,3 millones a un fondo de Luxemburgo por violación de TJE a raíz de recorte de programa de incentivos para energías renovables por España

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. El Reino de España, Caso de la CCE No. 063/2015

Gladwin Issac

En un procedimiento iniciado por Novenergia, un fondo de inversiones de Luxemburgo, un tribunal del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) dictaminó que a causa de las reformas introducidas al sector de electricidad, España incumplió su obligación de otorgar trato justo y equitativo (TJE) bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). En particular, el tribunal afirmó que las acciones de España “recaían fuera del rango aceptable de conducta legislativa y regulatoria y transforma[ron] y altera[ron] el ambiente jurídico y comercial bajo el cual la inversión fue decidida y realizada” (párrafo 695). El laudo fue emitido el 15 de febrero de 2018.

Antecedentes y demandas

Después del régimen especial adoptado por España para apoyar las energías renovables bajo la Ley 54/1997 y el Real Decreto RD 661/2007, el demandante invirtió en ocho plantas fotovoltaicas (FV) en España el 13 de septiembre de 2007. El régimen especial garantizado a todas las plantas FV registradas en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica (RAIPRE), comprendía una tarifa regulada (*Feed-In-Tariff*, FIT) a los productores de



energías renovables durante la vida de las plantas FV.

Sin embargo, debido a la crisis económica y al establecimiento de una tarifa eléctrica regulada menor que la del programa FITs, este programa de apoyo se convirtió en un gran peso financiero y fue reemplazado por un régimen menos favorable en 2013. Novenergia inició un arbitraje reclamando compensación por la violación de las obligaciones del TCE asumidas por España, particularmente la obligación de otorgar TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE.

Tribunal desestima objeción intra-UE

España alegó que el tribunal carecía de jurisdicción para atender controversias intra-UE. Primero, subrayó que el Artículo 26 del TCE sobre arbitraje cubre las controversias entre “una Parte Contratante” y “un Inversor de otra Parte Contratante”, y argumentó que dado a que tanto España como la Unión Europea son partes del TCE, la condición prevista en dicho artículo no se encuentra satisfecha. Segundo, basándose en el caso *Flaminio Costa vs. ENEL*, España alegó que, ya que la controversia involucra relaciones intra-UE, el derecho de la UE debería prevalecer y desplazar cualquier otra legislación, incluyendo el TCE. Sin embargo, el tribunal no estuvo de acuerdo y señaló que su jurisdicción deriva únicamente del TCE y no del derecho de la UE.

Aplicabilidad de la exención impositiva

Además, España argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción para administrar la demanda relacionada con el impuesto establecido en la Ley 15/2012 dado que España no había consentido específicamente a someter el asunto a arbitraje. Asimismo, afirmó que el impuesto fue concebido en buena fe y que cubría la exención de medidas impositivas bajo el Artículo 21(1) del TCE de sus obligaciones bajo el Artículo 10(1) del mismo tratado. El tribunal concordó con el hecho de que la Ley 15/2012 era una medida impositiva y rechazó los argumentos del demandante de que la medida no era *bona fide*. Consecuentemente, denegó su jurisdicción para atender las demandas surgidas de dicho impuesto.

Violación del estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE

Novenergia alegó que España revocó retroactivamente el régimen especial, truncando sus expectativas legítimas creadas mediante las garantías e incentivos de España. También reclamó que el TCE contenía una obligación reforzada de crear y mantener condiciones estables

y transparentes en virtud de la primera oración del Artículo 10(1), lo cual fue infringido por España. El tribunal coincidió con España, no obstante, en que la obligación de estabilidad y transparencia era simplemente una ilustración de la obligación de respetar las expectativas legítimas de los inversores a través del estándar de TJE, en lugar de ser una obligación separada. Por consiguiente, el tribunal no evaluó esta obligación de manera separada, sino como parte del estándar de TJE.

En cuanto a la violación del TJE en sí misma, el tribunal decidió que la conducta de España había dado lugar a una expectativa legítima y razonable de que no podría haber ningún cambio radical o esencial en el régimen especial establecido en el RD 661/2007. Sin embargo, sostuvo que los cambios promulgados por España en 2013 y 2014 abolieron el programa fijo FIT a largo plazo y lo hicieron retroactivamente. Concluyó que las leyes promulgadas posteriormente por España constituían una violación de su obligación de otorgar TJE al inversor bajo el Artículo 10(1) del TCE, facultándolo a recibir compensación.

Revocación del régimen especial no constituye expropiación

Novenergia argumentó que la completa eliminación del régimen especial y el gravamen de un impuesto a los productores de energías renovables también constituyó la expropiación de su inversión, en violación del Artículo 13(1) del TCE sobre expropiación.

Sin embargo, el tribunal sostuvo que la demanda de expropiación no estaba bien fundada. Explicó que los activos de Novenergia que podrían haber sido expropiados eran sus propiedades industriales y las acciones de las empresas involucradas en la inversión que eran de su propiedad o se encontraban bajo su control directa o indirectamente. Consideró que, aunque el valor de estos activos disminuyó como resultado de las medidas estatales, los bienes como tales no fueron expropiados ni afectados por medidas que tuvieran un efecto equivalente a una expropiación, y que Novenergia se mantuvo ileso como el dueño de sus plantas y el tenedor directo o indirecto de las acciones de las empresas y capital pertinentes. El tribunal concluyó que, pese a estar en violación del estándar de TJE, las medidas de España no afectaron los derechos de propiedad de Novenergia.

Daños y costos

El tribunal ordenó a España el pago de EUR 53,3 millones por daños debido a la violación del Artículo 10(1) del TCE y un monto adicional de EUR 2,6



millones por los gastos de arbitraje incurridos por el demandante, más intereses compuestos.

Acontecimientos post-laudo: se emite decisión del caso *Achmea*, se solicita aclaración pero es desestimada, se mantiene ejecución

El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) emitió un fallo en el caso *La República Eslovaca vs. Achmea BV*, afirmando que las cláusulas de arbitraje entre inversionista y Estado de los TBIs intra-UE no son compatibles con el derecho de la UE. Sin embargo, el fallo no es claro en cuanto a si aplica a las demandas intra-UE entabladas en virtud del TCE.

El 13 de marzo de 2018, España solicitó que se rectifique, aclare y complemente el laudo final, incluyendo la aplicabilidad y pertinencia del derecho de la UE y su relación con las disposiciones del TCE. Sin embargo, el tribunal concluyó que no tenía la facultad para realizar una nueva evaluación del caso de España sobre los méritos y desestimó la solicitud el 9 de abril de 2018.

El 16 de mayo de 2018, el inversor presentó una petición al Tribunal de Distrito de Columbia, Estados Unidos, para que confirme la orden y el fallo, reconociendo y ejecutando el laudo. Sin embargo, el mismo día, a solicitud de España, el Tribunal Segunda Instancia de Svea, Suecia, sostuvo la ejecución del laudo basado en la decisión del caso *Achmea*.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Johan Sidklev (Presidente designado por la CCE), Antonio Crivellaro (designado por el demandante) y Bernardo Sepúlveda Amor (nominado por el demandado). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>.

Gladwin Issac es graduado de la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Guía del IGF para los Gobiernos: Políticas de contenido local

Por el Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF), Publicado por el IISD, julio de 2018

La guía está enfocada en las políticas de contenido local del sector minero —una serie de políticas destinadas a potenciar la inversión minera para, por ejemplo, incrementar el empleo local, fomentar las compras locales de las empresas mineras y promover emprendimientos en los sectores no mineros. Procura ayudar a los países ricos en recursos para que dejen de depender de las materias primas y diversifiquen su base económica. Las políticas de contenido local están siendo cada vez más utilizadas, particularmente bajo la forma de revisión gubernamental, o revisión de sus códigos y contratos mineros y de inversión. El documento guía también cubre tres temas transversales: garantizar que los objetivos sean alcanzados de manera equitativa en términos de género, explorar la relación entre las políticas de contenido local y las obligaciones de los países en virtud del derecho comercial y de las inversiones, y examinar las implicancias de los avances tecnológicos en el éxito de las políticas de contenido local. Disponible en <https://www.iisd.org/library/igf-guidance-governments-local-content-policies>

Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018: Inversión y nuevas políticas industriales

Por UNCTAD, Publicado por UNCTAD, junio de 2018

El Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 presenta las tendencias y perspectivas de la inversión extranjera directa (IED) a nivel mundial, regional y nacional; analiza los últimos avances de las medidas de políticas nacionales sobre inversión; destaca las tendencias de los tratados de inversión y la solución de controversias de inversión; y expone el progreso y los nuevos pasos para la reforma del régimen de los tratados de inversión. El informe argumenta que las

políticas industriales modernas, especialmente aquellas destinadas a posicionar la nueva revolución industrial, instan una revisión estratégica de las políticas de inversión. Si bien la IED continúa siendo la mayor fuente externa de financiamiento para los países en desarrollo, los flujos mundiales de IED cayeron un 23 por ciento llegando a USD 1.430 mil millones, con un ritmo de expansión de la producción internacional más lento y una baja en la tasa de rendimiento de la inversión extranjera de un 6,7 por ciento con respecto al 8,1 registrado en 2012. El informe también indica que el crecimiento de las cadenas de valor mundial se ha detenido y que las proyecciones muestran un crecimiento frágil de la IED mundial en 2018. Disponible en <http://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2018>

Nota Temática sobre AI: Solución de Controversias entre Inversionista y Estado: Revisión de avances en 2017

Por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Publicado por UNCTAD, junio de 2018

La revisión anual de la UNCTAD sobre la solución de controversias entre inversionistas y estados (ISDS) contiene una descripción general de los casos iniciados en virtud de acuerdos internacionales de inversión (AIIs), los resultados generales de los casos y brinda un análisis profundo de las decisiones. En 2017, se registraron al menos 65 arbitrajes basados en tratados, llegando a un total de 855 casos conocidos. Los inversores presentaron muchos de los casos nuevos en virtud de AIIs que se remontan a las décadas de 1980 y 1990. Esto apunta a la importancia de abordar los tratados de la “antigua generación” como parte de la denominada Fase 2 de la Reforma de AI. Las decisiones emitidas en 2017 generalmente cubren los cambios regulatorios bajo el trato justo y equitativo (TJE), la doctrina del poder policial, expropiación indirecta, las disposiciones que limitan el acceso a la ISDS, cumplimiento del derecho del Estado receptor, el alcance de la cláusula de nación más favorecida (NMF) y cláusula paraguas. Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1188>



El Surgimiento del Arbitraje entre Inversionista y Estado: Política, derecho y consecuencias imprevistas

Por Taylor St John, Publicado por Oxford University Press, mayo de 2018

¿Por qué los gobiernos crearon un régimen jurídico especial por medio del cual los inversores extranjeros pueden iniciar casos directamente contra los Estados? Este libro lleva a los lectores en un recorrido por las principales decisiones que crearon arbitrajes entre inversionistas y Estados, basándose en documentos internos de varios gobiernos y extensas entrevistas para ilustrar las cuestiones políticas que subyacen a este nuevo régimen jurídico. Argumenta que, en el momento de la creación del régimen entre inversionista y Estado, el lobby de las corporaciones y firmas jurídicas que hoy dominan el arbitraje entre inversionistas y Estados no estaba presente. Demuestra que los Estados poderosos no tenían una preferencia por un régimen específico de solución de controversias y que no había evidencia de que el mismo fuera a facilitar la inversión. El libro explica cómo las acciones de los funcionarios internacionales para mantener la paz y alcanzar los objetivos de desarrollo pusieron en marcha un proceso de desarrollo institucional gradual. Argumenta que las instituciones no determinan los propósitos que deberían estar destinadas a cumplir e ilustra que pueden surgir consecuencias imprevistas y por qué las instituciones subsisten independientemente de un objetivo predeterminado. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/the-rise-of-investor-state-arbitration-9780198789918>

Derecho Internacional de las Inversiones y Arbitraje: Comentarios, laudos y otros materiales

Por Chin Leng Lim, Jean Ho & Martins Paparinskis, Publicado por Cambridge University Press, mayo de 2018

Este libro presenta una introducción general al derecho internacional de las inversiones y a la solución de controversias. Exponiendo hechos de la práctica jurídica diaria y los objetivos inalterados de este tema junto con una gran selección de laudos importantes y materiales originales, se discuten los acontecimientos históricos en el contexto de las cambiantes direcciones que ha tomado la jurisprudencia arbitral y el actual debate sobre la reforma de los tratados y el arbitraje. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-investment-law-and-arbitration-commentary-awards-and-other-materials>

Nota Temática sobre AII: Avances Recientes en el Régimen Internacional de Inversiones

Por UNCTAD, Publicado por UNCTAD, mayo de 2018

La nota destaca que el número de los nuevos AIIs celebrados en 2017 fue el más bajo desde 1983, y que, por primera vez, el número de tratados rescindidos efectivamente sobrepasó el de AIIs nuevos. La reforma se encuentra en camino a través de todas las regiones. Desde el 2012, más de 150 países han tomado medidas para formular una nueva generación de AIIs orientados al desarrollo sostenible. Han revisado sus redes y modelos de tratado y están comenzando a modernizar los tratados existentes de la antigua generación. Más países están emitiendo interpretaciones, reemplazando y consolidando sus acuerdos anteriores. Muchos también se han involucrado en los debates de la reforma multilateral, incluyendo la ISDS. Después de mejorar el enfoque a los nuevos tratados y modernizar los existentes, esta publicación urge el último paso en el proceso de reforma (Fase 3): garantizar la coherencia con las políticas nacionales de inversión y con otros organismos del derecho internacional. Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1186>

La OMC y el Derecho Internacional de las Inversiones: Sistemas convergentes

Por Jürgen Kurtz, Publicado por Cambridge University Press, abril de 2018

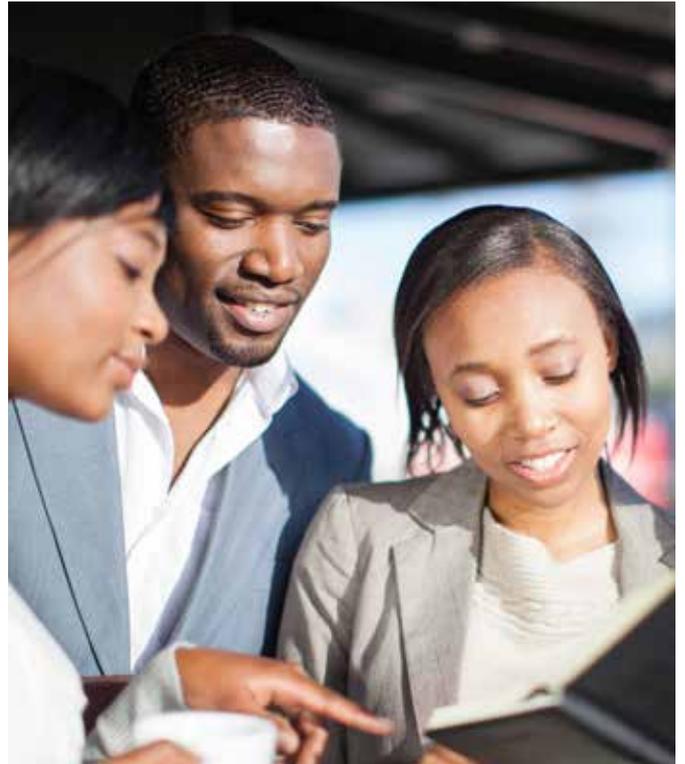
El derecho internacional históricamente ha regulado el comercio exterior y la inversión extranjera de forma diferente, lo cual ha llevado a una variación en la forma de los tratados, la cultura institucional y la solución de controversias. Sin embargo, los factores económicos, jurídicos y sociológicos ahora están uniando ambos sistemas. Jürgen Kurtz explora las dinámicas de este fenómeno de convergencia, proponiendo un marco para entender la relación cada vez más profunda entre ambos. El libro ofrece ideas y posibilidades de reforma, brindando reflexiones teóricas y modelos doctrinales que pueden guiar a los actores en el desarrollo de puntos en común entre los dos sistemas jurídicos. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/wto-and-international-investment-law-converging-systems>



Informe sobre la Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional del Grupo de Trabajo conjunto del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA)– Universidad Queen Mary

Por ICCA & Institute for Regulation and Ethics, School of International Arbitration, Universidad de Londres Queen Mary, Publicado por ICCA, abril de 2018

El Grupo de Trabajo sobre Financiación por Terceros de ICCA-Queen Mary, compuesto por representantes de todos los actores involucrados y miembros interesados de ICCA, se reunieron para estudiar sistemáticamente y emitir recomendaciones en torno a los procedimientos, ética y asuntos de políticas relacionadas con la financiación por terceros en el arbitraje internacional. Este informe presenta las conclusiones y recomendaciones del grupo de trabajo. Disponible en <http://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html>



EVENTOS 2018

30 de julio al 9 de agosto

FORMACIÓN DE EJECUTIVOS SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN Y ARBITRAJE PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), en la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/07/30/executive-training-on-investment-treaties-and-arbitration-for-government-officials>

11 de septiembre

FORO DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA 2018, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), Secretaría de la Carta de la Energía (ECT) & Corte Permanente de Arbitraje (PCA), en el Banco Mundial, París, Francia, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Events.aspx?CID=179>

24 de septiembre

ENERGÍAS RENOVABLES Y LOS ODS: EXPLORANDO LOS VÍNCULOS ENTRE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS, LA AGRICULTURA Y EL USO DE LA TIERRA, Red Temática sobre Buena Gobernanza de Recursos Extractivos y Agrarios de la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Red Temática SDSN), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) & asociados, en la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/09/24/renewable-energy-and-the-sdgs-exploring-links-with-extractives-agriculture-and-land-use>

27 y 28 de septiembre

DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES & COLOQUIO SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Centro de Derecho Internacional Público de Atenas de la Universidad Nacional y Kapodistriana de la Facultad de Derecho de Atenas, Centro de Investigaciones de



la Universidad de Paris II Panthéon-Assas (CERSA), Centro de Investigaciones de la Universidad de Burgundy (CREDIMI), Centro Nacional para la Investigación Científica de Francia (CNRS), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España, <https://eventos.unizar.es/16674/detail.html>

13era CONFERENCIA ANUAL SOBRE INVERSIÓN INTERNACIONAL DE COLUMBIA, “Multinacionales en la Era del Desarrollo Sostenible: Nueva Concepción del Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión”, CCSI, en la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/09/27/13th-annual-columbia-international-investment-conference-multinationals-in-the-age-of-sustainable-development-new-thinking-on-the-role-of-international-investment-agreements>

1 al 5 de octubre

21era SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <https://www.ohchr.org/sp/Issues/Business/Pages/WGSessions.aspx>

13 de octubre

FORO DE INFRAESTRUCTURA MUNDIAL 2018, “Descubriendo la Infraestructura Tecnológica Inclusiva, Resiliente y Sostenible”, Asian Development Bank (ADB), en Laguna Villas, Bali, Indonesia, <https://www.adb.org/news/events/2018-global-infrastructure-forum>

15 al 19 de octubre

REUNIÓN GENERAL ANUAL 2018, Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://igfmining.org/agm-2018/>

COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL CFS 45, Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Roma, Italia, <http://www.fao.org/cfs/home/plenary/cfs45>

22 al 26 de octubre

FORO SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO 2018, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://worldinvestmentforum.unctad.org>

23 al 25 de octubre

8ava CONFERENCIA SOBRE ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN, Ministerio de Finanzas de la República Checa & KPMG República Checa, en Lichtenstein Palace, Praga, República Checa, <https://home.kpmg.com/cz/en/home/insights/2018/10/8th-investment-treaty-arbitration-conference.html>

29 de octubre al 2 de noviembre

36ta SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA UNCITRAL, “Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Viena, Austria, http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Investor_State.html



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

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

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

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development