



Los Méritos y Limitaciones de las Cláusulas de Excepción en la Práctica Contemporánea de los Tratados de Inversión

por Levent Sabanogullari



6



9



Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

Expertos en Reunión de la UNCTAD Dan Forma a las Opciones de Reforma de AII por James Zhan and Diana Rosert

Derecho de las Inversiones y el 1%: ¿De qué Lado Estar? por Howard Mann

Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) entre Brasil y Mozambique y entre Brasil y Angola: Una Descripción General por Martin Dietrich Brauch

Medida de Fuerza Antimonopolio de China Golpea a Qualcomm con Multa de US\$975 Millones: ¿Qué pueden aprender otros Estados anfitriones de esta historia? por Joe Zhang



12



14

También en este número: Comisión Europea aborda preocupación sobre el TTIP en reunión del Parlamento Europeo; Capítulo de Inversión del TPP; Modelo Indio de TBI; Convención de la CNUDMI sobre Transparencia; Bilcon v. Canadá; Tidewater v. Venezuela; Owens-Illinois v. Venezuela; Awdi v. Rumania

contenido

3 Artículos

Los Méritos y Limitaciones de las Cláusulas de Excepción en la Práctica Contemporánea de los Tratados de Inversión
Levent Sabanogullari

6 Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

9 Expertos en Reunión de la UNCTAD Dan Forma a las Opciones de Reforma de AII

James Zhan and Diana Rosert

12 Derecho de las Inversiones y el 1%: ¿De qué Lado Estar?

Howard Mann

14 Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) entre Brasil y Mozambique y entre Brasil y Angola: Una Descripción General

Martin Dietrich Brauch

17 Medida de Fuerza Antimonopolio de China Golpea a Qualcomm con Multa de US\$975 Millones: ¿Qué pueden aprender otros Estados anfitriones de esta historia?

Joe Zhang

19 Noticias en Breve

Comisión Europea aborda preocupación sobre el TTIP en reunión del Parlamento Europeo;
Capítulo de Inversión del TPP: Reedición del TBI de Estados Unidos, con excepciones de ISDS;
India lanza Modelo de TBI para comentarios;
Estados Unidos presiona para negociar;
Convención de la CNUDMI sobre Transparencia abierta a la firma en Mauricio.

20 Laudos y Decisiones

31 Recursos y Eventos

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

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactor, edición en español
Javier Echaide

Traductora, edición en español
Maria Candeli Conforti

Diseño
PortoDG | www.portodg.com.br

artículo 1

Los Méritos y Limitaciones de las Cláusulas de Excepción en la Práctica Contemporánea de los Tratados de Inversión

Levent Sabanogullari



El régimen de los acuerdos internacionales de inversión (AIs) está recibiendo una atención pública sin precedentes. Los principales ejemplos son los debates en torno a la celebración del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés) y a las actuales negociaciones del Acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión entre los Estados Unidos y la Unión Europea (TTIP, por sus siglas en inglés). En Alemania, por ejemplo, ambos acuerdos han captado una cantidad única de atención pública en toda la historia de la elaboración de tratados de inversión. Llevar la protección de las inversiones en el marco de estos tratados a una audiencia más amplia resulta una tarea loable, siempre y cuando se encuentre acompañada por discusiones informadas sobre los méritos y las limitaciones de los AIs.

Una de las principales preocupaciones de la sociedad civil es que los AIs restringen indebidamente el derecho de los Estados receptores a regular en pos del interés público. El problema no es nuevo, pero es el resultado de la creciente complejidad de las controversias surgidas de la inversión. Si bien el foco inicial de los AIs se centraba en la protección contra la expropiación ilegal, los inversionistas extranjeros actualmente están utilizando los AIs para recusar una amplia gama de políticas regulatorias de los Estados anfitriones, incluyendo las relativas a la protección del medio ambiente y la salud pública. Los árbitros no solo están tomando decisiones en torno a la dimensión jurídica de una controversia, sino también sobre fundamentos más amplios de políticas asociadas con medidas estatales. Esto genera cuestionamientos tanto a la pericia como al mandato de los árbitros para evaluar las políticas públicas. Agravando el problema, sólo algunos tribunales han considerado las justificaciones de interés público expresadas por los Estados receptores, mientras que otros adoptan un punto de vista puramente económico.

Si son considerados en conjunto, estos acontecimientos han generado una profunda insatisfacción por parte de los Estados con el actual régimen de AI. Si bien algunos decidieron, en cierto grado, dar la espalda al régimen,

otros están explorando los instrumentos necesarios para garantizar que la protección de las inversiones en los futuros AIs no restrinja la flexibilidad regulatoria. Entre dichos instrumentos se encuentran disposiciones expresas sobre el derecho a regular del Estado anfitrión, así como declaraciones interpretativas, obligaciones de inversión con estrecho ámbito de aplicación para evitar interpretaciones excesivamente amplias, lenguaje introductorio por medio del cual se subraya la importancia de asuntos relativos a políticas públicas, y cláusulas de excepción¹.

Estas cláusulas están destinadas a eximir a los Estados anfitriones de la responsabilidad surgida de un tratado por medidas tomadas en buena fe en pos de objetivos de bienestar público. Existen dos modelos diferentes de excepciones generales en los AIs —uno que sigue el enfoque del Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)² y el otro que se encuentra elaborado en base al Artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés)³—. En algunas ocasiones, los AIs también hacen referencia a ambas disposiciones, contienen una combinación de ambas o cuentan con una disposición de excepción única. Habitualmente, estas cláusulas comparten tres elementos:

1. Una lista exhaustiva de objetivos de políticas permisibles; por ejemplo, la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o la conservación de los recursos naturales;
2. Un requisito que sirva de nexo, denotando el vínculo entre una medida estatal y un objetivo permisible; los requisitos frecuentemente utilizados incluyen “necesario para”, “relativo a” y “diseñado y aplicado para”; y
3. Una prohibición de aplicación discriminatoria o arbitraria.

Los fundamentos y riesgos de las cláusulas de excepción en los AIs

Las razones para incluir cláusulas de excepción en los AIs son duales. Por un lado, las cláusulas están destinadas a aumentar la flexibilidad regulatoria, permitiendo que los Estados anfitriones regulen la inversión extranjera sin incurrir en responsabilidad internacional por sus acciones. Si bien el grado de flexibilidad dependerá de la manera en que los tribunales de inversión interpreten la cláusula, hasta la fecha no hay arbitrajes de inversión públicamente conocidos que involucren excepciones generales. Sin embargo, lo que a menudo desatendido en los debates, es que la redacción de los tratados también puede influir en el grado de flexibilidad. Por ejemplo, cuanto más amplia sea la lista de objetivos permisibles, mayor flexibilidad regulatoria le otorgará la cláusula al Estado anfitrión. Similarmente, requisitos más indulgentes tales como “relativo a” o “diseñado y aplicado para” ofrecen más libertad de acción a los Estados anfitriones

que el umbral que denota una “necesidad”, más frecuentemente utilizado y mucho más estricto.

Por otro lado, las excepciones están destinadas a aumentar la seguridad jurídica en la adjudicación de las inversiones. Al brindar puntos de referencia expresos a los cuales se pueden adjuntar consideraciones de interés público, se ayuda a los Estados receptores a garantizar que los tribunales consideren los fundamentos relacionados con el interés público de una medida recusada. A la inversa, estas excepciones permiten que los inversionistas extranjeros pongan un precio al riesgo de una acción estatal adversa en las áreas de políticas cubiertas por dichas excepciones, al calcular los costos de la inversión antes de realizarla.

Aun así, muchos comentaristas siguen siendo críticos en cuanto a incluir excepciones generales en los AII. Si bien algunos se muestran preocupados por el riesgo de invocaciones abusivas, la mayoría entiende que las cláusulas de excepción no brindarán una mayor flexibilidad regulatoria que la ya existente en la jurisprudencia actual⁴, o que la lista exhaustiva de objetivos permisibles y prerequisites que presuntamente son excesivamente rígidos incluso podrían limitar la flexibilidad existente⁵. Según mi entender, estos riesgos son exagerados.

El riesgo de abusos es meramente teórico. Demostrar que los prerequisites de la cláusula sean cumplidos en buena fe ha probado ser un umbral alto en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y es poco probable que esto varíe significativamente en los arbitrajes de inversión.

En cuanto a la flexibilidad, primero, no puede afirmarse que los tribunales de inversión actualmente tomen en cuenta el interés público de manera sistemática: si bien algunos tienen la voluntad de considerar las justificaciones relativas al interés público, otros las rechazan categóricamente. Segundo, no todas las disposiciones de inversión son igualmente susceptibles a una lectura de este tipo. En algunas ocasiones, los tribunales han tomado en cuenta el interés público en virtud de algunas disposiciones de tratado, pero en el caso de otras disposiciones no han podido hacerlo, declarando la responsabilidad del Estado. En contraste, las cláusulas de excepción habitualmente se aplican a todas las obligaciones indistintamente. Por último, los críticos parecen asumir que los tribunales interpretarán las cláusulas de excepción como estipulaciones taxativas de interés público en un AII, adoptando una visión puramente económica en su investigación sobre la violación de otras disposiciones de tratado. Sin embargo, no hay ningún elemento de una cláusula de excepción por medio del cual se prohíba a los tribunales ir más allá de la flexibilidad otorgada por las excepciones explícitas, que no tienen que ser consideradas como estipulaciones taxativas, sino más bien como apoyos complementarios.

Cláusulas de Excepción General en la práctica estatal contemporánea

Si bien los méritos de las excepciones generales en los AII

aún son controvertidos, los Estados están incorporándolas cada vez más en los acuerdos de este tipo negociados últimamente. De acuerdo con el Informe sobre las Inversiones en el Mundo de 2014, publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés, UNCTAD), 15 de los 18 AII celebrados en 2013, cuyos textos se encuentran disponibles, presentan excepciones generales⁶. Hay cifras similares para años anteriores, revelando, por ejemplo, 10 de 17 AII en 2012, cuyos textos están disponibles⁷, e incluso 7 de un total de 47 AII firmados en 2011, poseen excepciones generales⁸. Estas cifras no pueden ocultar el hecho de que los AII con cláusulas de excepción todavía constituyen una minoría en el gran océano de más de 3.200 AII celebrados para fines de 2013⁹. Sin embargo, sugieren que las excepciones generales se convertirán cada vez más en un elemento común dentro de futuros AII.

También vale destacar que los defensores de incluir excepciones generales en los AII son geográficamente diversos. Incluyen tanto a países importadores de capital, tales como Colombia, Honduras, Panamá, Tailandia y Vietnam, como a países exportadores de capital, tales como Australia, Canadá, Corea del Sur, Japón y Nueva Zelanda. Geográficamente, hay una preponderancia de países de la Región de Asia y el Pacífico y Sudamérica. Sin embargo, las cláusulas de excepción también están presentes en los programas de tratado de países tales como Canadá, Mauricio y Turquía, así como en acuerdos multilaterales tales como el Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA, por sus siglas en inglés), tornándolo así en un fenómeno verdaderamente mundial.

Cláusulas de Excepción General en el CETA

Uno de los AII que dio lugar al debate actual es el CETA. Lo que generalmente se omite es que el CETA emplea varios instrumentos para abordar el debido equilibrio entre la protección de las inversiones y los intereses no económicos; entre los cuales se encuentran las excepciones generales. Hasta la fecha, Canadá es el único país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que habitualmente incorpora las disposiciones sobre excepciones generales del Artículo XX del GATT dentro de su programa de AII. Pese a su considerable experiencia, Canadá no ha logrado incluir una cláusula de excepción similarmente amplia en las negociaciones del CETA con la Unión Europea. Este Acuerdo abarca dos disposiciones de excepción general aplicables a las obligaciones relativas a la inversión. Una de ellas incorpora el Artículo XX del GATT, mientras que otra se encuentra formulada en base al Artículo XIV del GATS. Ambas se encuentran expresadas en el Capítulo 32, Artículo X.02 (1) y (2) del CETA¹⁰.

A diferencia de la disposición contenida en el modelo de 2012 del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (por sus siglas en inglés, FIPA), las excepciones sólo se aplican a determinadas secciones del capítulo de inversión. Más específicamente, los Estados anfitriones sólo pueden acogerse a las excepciones en

la defensa de una violación de las Secciones 2 (“Establecimiento de las Inversiones”) y 3 (“Trato No Discriminatorio”). Esto significa que la violación de otras disposiciones tales como la prohibición de la expropiación ilegal o de la norma de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET) (ambas contenidas en la Sección 4) no puede ser remediada recurriendo a las excepciones. Debido a que estas últimas son disposiciones en las que se basan los inversionistas más frecuentemente —y con mayor éxito—, la aplicación limitada de las excepciones generales bajo el CETA limita seriamente su potencial de aumentar la flexibilidad. En cambio, los redactores del CETA optaron por incluir declaraciones interpretativas, delimitando el alcance de aplicación de las disposiciones sobre expropiación y FET. Una razón de esta decisión podría ser la falta de certeza sobre si y cómo las excepciones generales pueden aplicarse a la violación de estas dos normas¹¹. Por otro lado, las excepciones se aplican a las disposiciones de no discriminación, Trato Nacional y el Trato de la Nación más Favorecida (NMF), pese a la falta de certeza similar en torno a la aplicación de excepciones generales con respecto a disposiciones que en sí mismas prohíben el trato arbitrario y discriminatorio. Asimismo, Canadá generalmente implementa ambos instrumentos en su programa FIPA¹², donde cualquiera de las dos puede servir de apoyo si una medida estatal no satisface los prerrequisitos de las cláusulas de excepción. Por lo tanto, resulta lamentable que el alcance de aplicación de la cláusula de excepciones generales se encuentre tan limitado en el CETA.

Sin embargo, este Acuerdo incluye aclaraciones interpretativas en sus excepciones generales destinadas a garantizar que los tribunales tomen en cuenta el interés público. En vez de meramente “copiar y pegar” las disposiciones de la OMC, los redactores agregaron lenguaje tendiente a guiar la interpretación de las excepciones generales, incluyendo medidas ambientales necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, y que se aplican tanto a los recursos naturales vivos como no vivos. Estas modificaciones surgieron a raíz de los informes del Órgano de Apelación de la OMC, entre ellos los casos *Comunidades Europeas — Amianto*¹³ y *Estados Unidos — Camarones*¹⁴, donde se muestra cómo los redactores de tratado no solo pueden diseñar las excepciones de la OMC a medida de sus necesidades regulatorias en el área de inversión, sino también codificar y, por lo tanto, respaldar la jurisprudencia de la OMC en el proceso de redacción de los AII.

Mirando hacia adelante

El debate público sobre los méritos y limitaciones del régimen de AII se encuentra en plena marcha. En ausencia de borradores oficiales, todavía es muy pronto para especular si en el TTIP, como segundo punto de referencia de AII cuyas negociaciones han encendido el debate público, se incluirán excepciones generales aplicables a la inversión. Considerando que ni los Estados Unidos ni la Unión Europea poseen reputación como defensores individuales de las cláusulas de excepción en los AII, la in-

clusión de las mismas resulta poco probable. Aun así, la práctica estatal sugiere que las cláusulas de excepción serán cada vez más comunes en futuros AII. Según mi opinión, el perfil de defensa de un Estado anfitrión puede beneficiarse en gran medida de la posibilidad de invocar disposiciones de este tipo en los arbitrajes que involucren el interés público. Junto con otros instrumentos promisorios que los redactores de tratados tienen a su disposición, las cláusulas de excepción pueden resultar muy útiles para ayudar a salvaguardar las políticas de los Estados anfitriones.

Autor

Levent Sabanogullari es aspirante a PhD. en la Universidad de Heidelberg y asistente legal del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, Alemania. Anteriormente, obtuvo un título de grado LL.M. en Estudios Legales Internacionales en la Universidad de New York.

Notas

¹ Para obtener una explicación concluyente de las diferentes estrategias véase Spears Spears, S. A. (2010). The quest for policy space in a new generation of international investment agreements, *Journal of International Economic Law*, 13(4), 1037–1075.

² El texto del Artículo XX del GATT se encuentra disponible en https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX.

³ El texto del Artículo XIV del GATS está disponible en https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm#articleXIV.

⁴ Véase, por ejemplo, Newcombe, A. (2011). General exceptions in international investment agreements. En M-C. C. Segger, M. Gehring, & A. Newcombe (Eds.), *Sustainable development in world investment law* (pp. 351–370). The Hague: Kluwer International Law, pp. 355, 369–370.

⁵ Véase, por ejemplo, Lévesque, C. (2013). The inclusion of GATT XX exceptions in IIAs: A potentially risky policy. En R. Ehandi, & P. Sauvé (Eds.), *Prospects in international investment law and policy* (pp. 363–370). Cambridge: Cambridge University Press, p. 364. La crítica se remonta a una perspicaz comparación del Artículo XX del GATT y de la jurisprudencia acerca de trato nacional en el derecho de inversión hecha por DiMascio, N. A., & Pauwelyn, J. (2008). Non-discrimination in trade and investment treaties: Worlds apart or two sides of the same coin? *American Journal of International Law*, 102, 48–89, pp. 76, 82–83. Extraído de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669333.

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2014). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2014: Invertir en los objetivos de desarrollo sustentable: Plan de acción*, p. 116. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf.

⁷ UNCTAD. (2013). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2013: Las cadenas de valor mundiales: Inversión y comercio para el desarrollo*, p. 102. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf.

⁸ UNCTAD. (2012). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2012: Hacia una nueva generación de políticas de inversión*, pp. 84, 90. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf.

⁹ UNCTAD (2014, p. 114).

¹⁰ El texto del CETA está disponible en inglés en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

¹¹ Véase, por ejemplo, Lévesque (2013, p. 368), y Newcombe (2011, pp. 368–369).

¹² Véase, por ejemplo, Artículo XVII y Anexo B del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Canadá y Rumania que entró en vigor el 23 de noviembre de 2011, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/631>.

¹³ *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, extraído de https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm.

¹⁴ *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, extraído de https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm.

Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

artículo 2



La solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) es un concepto no muy conocido para el público en general y, hasta hace solo un año, incluso para los formuladores de políticas. La ISDS está adquiriendo mayor notoriedad, especialmente a medida que la Unión Europea y los Estados Unidos contemplan la inclusión de este mecanismo en el Acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés), que actualmente se encuentra bajo negociación. Asimismo, se está observando una mayor conciencia pública sobre el sistema supranacional de resolución de controversias dado que, durante las dos últimas décadas, ha cobrado mayor importancia y ha permitido que las empresas y otros inversores recusen actos soberanos de los gobiernos en el marco del arbitraje internacional. Hasta el 2014, se sabe que los inversores han entablado 608 casos (aunque es probable que el número real de casos sea significativamente mayor), y un total de 101 Estados han enfrentado reclamaciones presentadas en virtud de tratados de inversión¹. El papel y la formulación de este tipo de disposiciones nunca fueron debidamente debatidos, quizás debido al hecho de que los Estados no puedan predecir cómo los inversores (que van desde empresas nucleares a tenedores de bonos y accionistas minoritarios, entre otros) utilizarán la disposición ISDS para recusar una amplia gama de medidas (incluyendo las relativas a la protección de la salud pública y el medio ambiente, medidas impositivas y decisiones de la corte suprema de un país). Esto dio como resultado un régimen que ha tomado forma conforme a la práctica, bajo control principalmente de los inversores y sus abogados, y de los árbitros². Generalmente, los Estados se encuentran como parte demandada, y suelen ser condenados a aceptar un régimen que fue diseñado y que ha evolucionado sin su participación activa, y ante el cual se están tornando extremadamente vulnerables.

No obstante, esta situación está cambiando. Actualmente, muchos Estados están intentando tomar el control para redefinir las actuales reglas y reevaluar el papel que desempeña la solución de controversias entre inversionista y Estado, su relación con la toma de decisiones democrática y su impacto en el espacio de políticas. Al hacerlo, este sistema de arbitraje ha mostrado profundas fallas, a las que están respondiendo de diferentes maneras³.

Los Estados y regiones han tomado y están adoptando

medidas haciendo uso de sus relaciones bilaterales y regionales. Ya pueden observarse nuevos enfoques a la solución de controversias tanto en los textos de negociaciones concluidas como en modelos de tratados de inversión nacionales o regionales. En la Parte 1 de este artículo se presentan varias propuestas para mejorar el actual régimen, tanto en sus aspectos procesales como sustantivos. En la Parte 2 se aborda brevemente la importancia de la legislación y de los procesos internos, como así también la solución de controversias entre Estados —dos alternativas fácilmente disponibles para reformar el régimen actual—.

Más allá de la idea de enmendar el régimen o de recurrir a alternativas existentes, en la Parte 3 del presente artículo se da un paso hacia atrás y se plantea un nuevo pensamiento, comenzando por una pregunta fundamental: ¿Cómo deberían ser los mecanismos de solución de controversias relativos a inversión si hubieran de ser reconstruidos por completo?⁴

1. Mejorando el régimen de ISDS

Abordar determinados temas para mejorar el arbitraje entre inversionista y Estado y tornarlo más transparente

Varios Estados intentan subsanar su disconformidad con el actual sistema de arbitraje entre inversionista y Estado introduciendo ciertas mejoras al proceso de arbitraje mientras siguen utilizando el mismo como punto de partida y la principal manera de resolver sus controversias. Por ejemplo, Estados Unidos y Canadá se percataron tempranamente de que el arbitraje de inversión no podría ser tan secreto como las reglas de arbitraje aplicables le permitían ser —incluyendo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y otros reglamentos—. Por lo tanto, introdujeron reglas de transparencia a sus tratados de inversión. Muchos Estados actualmente están haciendo lo mismo. Asimismo, en un intento por mejorar el actual sistema de arbitraje, la Unión Europea ha tratado de abordar el conflicto de intereses y la (percibida) falta de independencia de los árbitros, incorporando un código de conducta y una lista de árbitros de dónde poder seleccionarlos. En los textos negociados hasta el momento, sin embargo, los problemas siguen sin solución alguna. Por ejemplo, el sistema de listado de árbitros puesto en vigor por la Unión Europea dentro del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) con Canadá es muy endeble y sólo dispone la posibilidad de reforma de manera marginal. Además, la Unión Europea no resuelve el problema de ambivalencia en las reglas y alegatos arbitrales relativos a inversión. En cambio, en su plantilla del Modelo de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) de 2012, la Comunidad de Desarrollo de África Austral (Modelo de la SADC, por sus siglas en inglés), propone opciones más eficaces a este respecto, incluyendo el requisito de que un árbitro no actúe de manera concurrente en calidad de defensor en otro arbitraje entre inversionista y Estado en virtud de un tratado⁵.

Exigir el agotamiento de instancias locales

Cada vez con mayor frecuencia, los Estados están reincorporando el requisito de que los inversionistas agoten los

remedios o instancias locales antes de entablar reclamaciones contra los Estados. Tal es el caso del modelo de TBI de la India (Modelo Indio)⁶ así como el del Modelo de la SADC. Varios Estados miembros de la UE también solicitan que este requisito sea incluido en los tratados de la UE. El agotamiento de los remedios locales apareció por primera vez en el contexto de la responsabilidad internacional y la protección diplomática. Se trata de uno de los requisitos jurídicos para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática conforme al derecho consuetudinario internacional.

Establecer un mecanismo de apelación

Los Estados, así como la comunidad empresarial, están expresando su interés por establecer un mecanismo de apelación en el marco de la ISDS, y ya hay ejemplos concretos de iniciativas como tales. La Unión Europea ha incluido disposiciones explícitas sobre un posible mecanismo de apelación por medio del cual la se pueda recusar la rectitud jurídica de las decisiones arbitrales⁷. Estados Unidos también ha incluido disposiciones sobre el potencial establecimiento de un mecanismo como tal en tratados firmados en el pasado⁸. Sin embargo, estas disposiciones de Estados Unidos nunca fueron implementadas, y no está claro cuándo, si y cómo la Unión Europea aplicará sus propias disposiciones. En lugar de establecer en primer lugar, un proceso que sea operable, la Unión Europea ha seguido adelante y cerrado varias negociaciones que incluyen la ISDS, pero sin que haya otra opción de apelación en funcionamiento⁹.

Mejorar los derechos sustantivos en virtud de los tratados de inversión

Naturalmente, no se están adoptando nuevos enfoques únicamente con respecto a la solución de controversias. Quizás sea más importante notar que hay una evolución en el pensamiento sobre los derechos y obligaciones sustantivas. El alcance y definiciones están siendo formulados de manera más cautelosa y detallada tal como sucede con las garantías de los inversores. Los tratados son redactados más equilibradamente y se está comenzando a incluir responsabilidades positivas de los inversores. El Modelo de India es un ejemplo importante de estos avances⁶, que a su vez ha seguido el ejemplo del Modelo de la SADC. Brasil también ha hecho público su enfoque más innovador sobre los tratados de inversión, que se aparta de la protección de las inversiones y el litigio para enfocarse, en cambio, en la facilitación de las mismas¹⁰.

Redefinir las obligaciones sustantivas en los tratados resulta fundamental para la reforma, ya que las mismas apuntalan el derecho internacional de las inversiones. Pero hasta tanto estos tratados sigan basándose y erigiéndose en los actuales mecanismos procesales para la solución de controversias, la reforma seguirá estando incompleta. Mejorar la sustancia sin perfeccionar el sistema que interpreta la sustancia constituye una solución incompleta.

2. Recurriendo a las alternativas existentes del régimen

Fortalecer el derecho y los procesos internos

Algunos Estados se están retirando del actual marco jurídico internacional que rige la inversión y están construyendo marcos internos más fuertes. Sudáfrica, por ejemplo, está incorporando un nuevo código de inversión¹¹ para reempla-

zar sus tratados de primera generación, cuya cancelación se está realizando de manera sucesiva, y está trabajando para mejorar las leyes y procesos sustantivos, tanto de índole administrativa como judicial. Este país ha sido y continúa siendo muy activo en este campo a nivel regional.

Recurrir a la solución de controversias entre Estados

Varios Estados han optado y están considerando recurrir a la solución de controversias entre Estados como único mecanismo para el arreglo de diferencias (y no aparte de la ISDS). Ejemplos incluyen a Australia y las Filipinas en algunas instancias. Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de Australia con los Estados Unidos, y en el de las Filipinas con Japón, los asuntos relativos a la inversión están sujetos a la solución de controversias entre Estados. El Modelo de la SADC también subraya que la solución entre Estados es la opción preferida para el arreglo de diferencias. Este tipo de solución de diferencias puede tomar la forma de un arbitraje o basarse en mecanismos judiciales ya existentes, tales como el de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o de tribunales regionales. Brasil, por ejemplo, ha introducido el arbitraje entre Estados en dos tratados de inversión recientemente firmados con Angola y Mozambique¹⁰.

3. Estableciendo nuevos procesos y mecanismos

Instituir un tribunal de inversión

Más recientemente, los debates han ido más allá de sólo enmendar el sistema actual. Esto se ha hecho particularmente evidente en el Foro Mundial de Inversiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), celebrado en octubre de 2014, y en la Reunión de Expertos sobre la Transformación del Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión de la misma Comisión realizada en 2015, donde una reforma más profunda, incluyendo la idea de un tribunal de inversión, ocuparon gran parte del debate.

La propuesta de establecer un nuevo tribunal de inversión para la ISDS también se ha convertido en un importante punto de discusión dentro de la Unión Europea. La Comisionada de Comercio de la Unión Europea, Cecilia Malmström, expresó su apoyo a la creación de un tribunal permanente de inversión en el TTIP y reconoció que, como parte de una solución a mediano plazo más amplia, "un tribunal multilateral contribuiría a un uso más eficiente de los recursos y tendría mayor legitimidad"¹².

Si bien la idea de un tribunal de inversión resulta más interesante, pareciera que al vincular este debate sobre el establecimiento de un tribunal como tal a un solo tratado de comercio se estaría desaprovechando una gran oportunidad. Asimismo, parecería que la Unión Europea estuviera vinculando esta discusión a la decisión predeterminada de que dicho tribunal tratará la solución de controversias entre inversionista y Estado en base a un tratado. Este esfuerzo parece ser muy limitado.

Yendo más allá del tribunal: Instaurar un mecanismo para la solución de controversias

Un mejor enfoque sería el de crear un mecanismo innovador que mire hacia el futuro para tratar las controversias relativas a inversión. ¿Pero este mecanismo debería limitarse a los tipos de controversias que están siendo resueltas actualmente mediante el arbitraje entre inversionista y Esta-

do en base a un tratado, y a cumplir con el único propósito de permitir que un inversor entable un reclamo jurídico para obtener compensación de un Estado por la presunta violación de las garantías del inversor? ¿O un nuevo mecanismo debería cumplir una función más amplia—la de tratar las relaciones entre una serie más extensa de actores involucrados—: relación entre el inversor o la inversión y el gobierno, entre la inversión y la comunidad local, relaciones individuales entre la inversión y la población local empleada o que reside en las cercanías de la inversión? Estas relaciones se basan en derechos, responsabilidades y obligaciones que pueden ir en ambas direcciones entre las partes involucradas, o sólo en una. Parece ser que los esfuerzos para crear un mecanismo nuevo y alternativo para resolver controversias deberían ir más allá de una negociación en particular y de una forma determinada de resolver diferencias, intentando que sea más abierto y multifacético que los sistemas disponibles en la actualidad.

Un nuevo mecanismo podría garantizar no solo un mayor acceso a la justicia y mejor capacidad para resolver las diferencias entre diferentes actores involucrados, sino que sus funciones también podrían ser mejor formuladas. Por ejemplo, se podría establecer una amplia gama de “servicios”, tales como la mediación y la conciliación. La mediación sería diferente a la que actualmente se refiere en algunos tratados de inversión, que habitualmente prevén la mediación entre un Estado y un inversor. Un mecanismo nuevo podría proponer un proceso de mediación que involucre a diferentes actores, incluyendo, por ejemplo, a comunidades afectadas. Más allá de la mediación, también podría incorporar una función de investigación e indagación profunda, inspirado en procesos ya existentes tales como los paneles de inspección instituidos en algunos de los bancos de desarrollo.

Un mecanismo para la solución de controversias relativas a inversión como tal no necesariamente estaría vinculado a un determinado cuerpo de leyes sustantivas. Tal como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la jurisdicción podría basarse en un acuerdo específico entre todas las partes involucradas para someter una determinada controversia al mecanismo internacional de solución de controversias. A diferencia de la CIJ, la jurisdicción personal podría ser más amplia y basarse en un acuerdo para resolver las diferencias que surjan entre los Estados, inversores, individuos, comunidades locales y otros grupos interesados. Además, la jurisdicción podría basarse en un tratado, contrato u otro instrumento pertinente. Instrumentos tales como contratos o tratados de inversión, acuerdos de desarrollo comunitario o cualquier otro futuro instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos, por ejemplo, podrían remitir las diferencias a un mecanismo de solución de controversias como el antes descrito.

Las distintas alternativas para financiar un mecanismo como tal deberían ser exploradas a través de contribuciones de los Estados y del sector privado, o de ambos. En particular, sería importante garantizar el acceso a la justicia para todos, incluyendo los sectores más desfavorecidos.

Observaciones finales

La solución de controversias relativas a inversión se encuentra en constante cambio. Los gobiernos están reconociendo las fallas del sistema actual que afectan los procesos y la toma de decisiones democráticos y su

impacto en el espacio de políticas. Los problemas inherentes al sistema de arbitraje, tales como la transparencia, la falta percibida o real de independencia de los árbitros y la preponderancia de la finalidad de los laudos frente a su rectitud jurídica también se están tornando evidentes. Hay un resurgimiento del debate sobre la necesidad de establecer un mecanismo judicial, un tribunal, para tratar los conflictos entre inversionistas y Estados. Si bien se está discutiendo mucho sobre la consideración de los méritos de un tribunal, este debate debería ser ampliado. Los conflictos relacionados con la inversión van mucho más allá del tipo de relación unidireccional que establecen los tratados de inversión al permitir que los inversores presenten recusaciones contra los Estados. Los grupos de actores involucrados en proyectos de inversión y los asuntos surgidos a raíz de los mismos son muy variados. Todo mecanismo a ser debatido debería ser diseñado independientemente de las negociaciones de los tratados de inversión, para que su arquitectura no refleje únicamente la relación unidireccional que la mayoría de estos tratados actualmente abordan. En cambio, tratar las controversias relativas a inversión surgidas en virtud de un tratado sería una de muchas otras situaciones que el nuevo tribunal o mecanismo podría resolver.

Notas

1 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015, febrero). Recent trends in IIAs and ISDS. *IIA Issues Note No. 1*, p. 5. Extraído de http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (en inglés).

2 Para consultar una investigación acerca de cómo los árbitros de inversión han ejercido su autoridad en la jurisprudencia reciente, véase Van Harten, G. (2013). *Sovereign choices and sovereign constraints: Judicial restraint in investment treaty arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

3 Sobre problemas específicos en el sistema de arbitraje, véase Bernasconi-Osterwalder, N., & Rosert, D. (2014, 12 de marzo). *Investment treaty arbitration: Opportunities to reform arbitral rules and processes*. Ginebra: IISD. Extraído de <http://www.iisd.org/publications/investment-treaty-arbitration-opportunities-reform-arbitral-rules-and-processes> (en inglés).

4 Este fue el punto de partida de los debates conducidos durante una reunión de expertos que tuvo lugar en Montreux en octubre de 2014. Para mayor información, véase: International Institute for Sustainable Development (IISD). (2015, febrero). *Investment-related dispute settlement: Reflections on a new beginning, Results of an IISD expert meeting held in Montreux, Switzerland, October 17–18, 2014*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/publications/investment-related-dispute-settlement-reflections-new-beginning> (en inglés).

5 Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC). (2012, julio). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*. Gaborone: SADC. Extraído de <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> (en inglés).

6 Véase Texto del Modelo Indio de Tratado Bilateral de Inversión, disponible en https://mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf.

7 Véase, por ejemplo, el Artículo X.42 del Capítulo 10, Sección 6, del actual Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA), disponible en inglés en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, y el Artículo 9.33(1)(c) del actual texto del borrador del Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur (TLC), disponible en inglés en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152844.pdf.

8 Véase, por ejemplo, Artículo 15.19(10) del TLC de Estados Unidos y Singapur, disponible en https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf, y el Artículo 10.20(10) del TLC de la República Dominicana-América Central-Estados Unidos (CAFTA-DR), disponible en https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf.

9 Véase, por ejemplo, Capítulo 10, Sección 6, del actual texto del CETA, disponible en inglés en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

10 El texto del Acuerdo de Facilitación y Cooperación en materia de Inversiones entre Brasil y Mozambique (ACFI) está disponible en portugués en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR; el texto del ACFI entre Brasil y Angola, también en portugués, está disponible en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280.

11 Sudáfrica publicó un borrador del proyecto de ley para la promoción y protección de las inversiones (*Promotion and Protection of Investment Bill*) cuando fue abierto a comentarios públicos el 29 de octubre de 2013. Se espera que una revisión del proyecto de ley sea presentado al Parlamento en 2015. Véase el borrador original, disponible en inglés en http://www.thedti.gov.za/news2013/Protection_Investment_Bill2013.pdf.

12 Malmström, C. (2015, 18 de marzo). *Discussion on investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament*. Extraído de http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm. [La traducción de la cita textual al español pertenece a la traductora.]

artículo 3

Expertos en Reunión de la UNCTAD Dan Forma a las Opciones de Reforma de AII

James Zhan and Diana Rosert



Más de 300 expertos y delegados de Estados miembros, organizaciones internacionales, ONGs, del sector privado y académicos asistieron a la Reunión sobre la Transformación del Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), realizada del 25 al 27 de febrero de 2015 en Ginebra. Trabajando en sesiones plenarias e informales, los expertos exploraron opciones para la reforma del régimen de AII y la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS por sus siglas en inglés), para que cada vez se pueda contribuir más al desarrollo sustentable.

En el transcurso de los debates anteriores, incluyendo la Conferencia sobre AII que tuvo lugar durante el Cuarto Foro Mundial de Inversiones (WIF, por sus siglas en inglés) de la UNCTAD en octubre de 2014, surgió un amplio consenso entre los representantes gubernamentales y otros actores involucrados en torno a que la reforma de este régimen debería ser sistemática y abarcativa, aunque siguiendo una secuencia gradual y adecuada. Debido a esto, en el debate se pudo ir más allá de la mera cuestión de “reformar o no reformar” y se procedió a discutir “cómo reformar”.

El objetivo de la Reunión de Expertos era avanzar sobre la gran cantidad de temas difíciles que rodean a la reforma del régimen de AII. Los expertos participaron en debates inclusivos, constructivos y orientados a soluciones, concentrándose en cuatro temas más amplios: el contenido sustantivo de los AII, la dimensión de desarrollo sustentable de los AII, herramientas para modernizar la red de AII y la solución de controversias relativas a inversión. Al compartir experiencias, identificar las mejores prácticas y el aporte de nuevas ideas, los expertos desarrollaron un rico menú de opciones y estrategias para los gobiernos, los encargados de formular políticas y negociadores.

La transformación del régimen de AII

Hubo un amplio acuerdo con respecto a que el desarrollo sustentable debería ser el objetivo general y el principio que guíe la reforma de los AII. Entre otros, esto ayudaría a maximizar la contribución de los AII a la implementación

de la agenda de desarrollo post-2015, que actualmente está siendo formulada a través de Objetivos de Desarrollo Sustentable (SDGs, por sus siglas en inglés) y de los preparativos para la tercera Conferencia Internacional sobre Financiamiento para el Desarrollo. Algunos expertos enfatizaron que el proceso de reforma no debería menoscabar el papel de los AII para contribuir a que haya marcos regulatorios transparentes, estables y predecibles en los Estados anfitriones.

Advirtiéndoles las limitaciones de los países para emprender la reforma de los AII, los expertos valoraron las posibilidades de la participación multilateral sobre este tema. Dada la complejidad del régimen y los compromisos a largo plazo asumidos en virtud de los AII, consideraron que sería conveniente adoptar un enfoque paso por paso a dicha reforma.

Muchos delegados brindaron sus reflexiones, a partir de experiencias nacionales, con respecto a procesos de revisión ya concluidos o en curso de sus respectivos modelos de acuerdos de inversión. Un país presentó un nuevo modelo de acuerdo enfocado en la promoción y facilitación de las inversiones, mitigación de los riesgos de inversión y la prevención de controversias. Varios delegados destacaron que la revisión de sus modelos involucraba una amplia gama de actores involucrados afectados.

Mejorando el contenido sustantivo de los AII

En cuanto a las disposiciones sustantivas de los AII, los expertos destacaron la necesidad de promover una mayor claridad sobre los términos, definiciones y conceptos utilizados en disposiciones específicas de los tratados.

Al debatir sobre el alcance y las definiciones, los expertos sugirieron que las definiciones de “inversión” e “inversionista” debían estar cuidadosamente circunscriptas en los AII. Consideraron la utilidad de excluir determinados tipos de inversión (por ejemplo, carteras de inversión, derechos contractuales) y de incluir criterios adicionales para los inversores cubiertos (por ejemplo, exigir operaciones comerciales sustantivas en el Estado receptor y regular la doble nacionalidad de personas físicas). Otra opción podría ser excluir a los inversores que hayan hecho un abuso de derechos en virtud de la cobertura de un tratado o que apliquen una cláusula de denegación de justicia por un tratado más conveniente (*treaty shopping*).

Se propusieron varias opciones para brindar más claridad y orientación en cuanto al trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) en tratados futuros, tales como la inclusión de una lista exhaustiva de obligaciones estatales o una lista negativa, vinculando la norma FET con el estándar internacional de nivel mínimo de trato, reemplazando el FET por un término diferente (por ejemplo, “trato administrativo justo”) y no incluir la disposición FET en primer lugar, o incluir la como una norma operativa política en vez de ser una norma jurídica.

Los expertos consideraron de utilidad agregar lenguaje explicativo sobre lo que constituye la expropiación indirecta, en línea con la práctica reciente de tratados. Sin embargo, se ha cuestionado si el nuevo lenguaje resultará efectivo y operativo en el contexto del arbitraje de los tratados de inversión. Un tema transversal que generó gran preocupación fue la cláusula de nación más favorecida (NMF), dado que tiene el potencial de ser utilizada en los arbitrajes de

inversión para evadir o menoscabar tratados que contienen estándares más precisos.

Con respecto a la reciente tendencia de un mayor uso de compromisos relacionados con el trato nacional antes del establecimiento de la inversión en los AII, se discutió el enfoque de lista negativa para asumir tales compromisos. Se advirtieron varios desafíos, tales como la necesidad de llevar a cabo una auditoría interna extensiva y minuciosa de las medidas de no cumplimiento ya existentes, y sobre la incapacidad de prever el surgimiento de nuevos sectores económicos en el futuro. También se consideró el enfoque de lista positiva y las cláusulas de mejores esfuerzos en la liberalización de la inversión.

Reforzando la dimensión de desarrollo sustentable de los AII

Los expertos remarcaron que las excepciones relativas a las políticas públicas constituyen una herramienta importante para los AII. La preocupación por que estas excepciones puedan otorgar mayor discreción a los Estados y generar una mayor falta de certeza y riesgo de abuso podría ser superada formulando cláusulas que eviten la arbitrariedad y discriminación. También podrían crearse mecanismos para aplicar las cláusulas de excepción (por ejemplo, comités conjuntos de partes contratantes). Finalmente, los expertos discutieron si las excepciones deberían abordar temas generales de políticas a lo largo de todos los sectores o sólo en sectores o áreas específicas.

Asimismo, expresaron diferentes puntos de vista sobre la necesidad de incluir, en los AII, normas de responsabilidad social empresarial (RSE1 o CSR, por sus siglas en inglés) y las obligaciones del inversor, y sobre su posible naturaleza (vinculante versus voluntaria) y contenidos. Una opinión fue que las normas pertinentes para regir la conducta del inversor deberían estar establecidas en leyes nacionales y que la inclusión de las obligaciones de los mismos en los AII podría generar desventajas competitivas para los inversionistas extranjeros. Otra opinión apoyó la inclusión de obligaciones del inversor. Una propuesta fue la de incorporar dichas obligaciones en la definición de inversión o en una cláusula de denegación de beneficios como la base de las objeciones jurisdiccionales a las reclamaciones de ISDS; otra fue la de tomar en cuenta el incumplimiento de las obligaciones del inversor en la etapa de consideración de los méritos y determinación de daños y permitir la presentación de contrademandas por parte de los Estados sobre este tema.

Con respecto a las reglas para la promoción de las inversiones que favorecen el desarrollo sustentable, algunos expertos destacaron el papel de la legislación nacional para lograr un clima comercial seguro y señalaron que los AII no constituyen la única o principal herramienta disponible. Si bien se subrayó la importancia de las cláusulas de protección dentro de los AII, también podrían incorporarse reglas específicas para la promoción de las inversiones. Se remarcó que determinadas disposiciones de los AII (por ejemplo, prohibición de requisitos de desempeño) podrían restringir el espacio de políticas a este respecto.

Al discutir si los AII deberían abordar los incentivos, algunos expertos expresaron que los incentivos constituirían un asunto de legislación nacional. Otros sugirieron que el otorgamiento y retiro de incentivos potencialmente podría convertirse en un tema a debatir en el contexto de la expropiación y el principio de no discriminación dentro de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Los expertos

remarcaron que algunos tipos de incentivos y una carrera por el primer puesto en términos de incentivos podrían ser contrarios a los objetivos de desarrollo sustentable.

Para aclarar la relación entre los AII y otras áreas del Derecho Internacional, los expertos consideraron la inclusión de una lista cerrada o abierta de otros tratados en el anexo de los AII, creando un mecanismo institucional de consulta entre las partes contratantes sobre potenciales conflictos entre los diferentes tratados, y para remitir tales conflictos a otro órgano o institución para su interpretación autoritativa. Generalmente, el potencial de conflicto fue considerado como limitado, dado que Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados brindaría suficiente guía a este respecto. Al mismo tiempo, se señaló que no siempre se toma suficiente consideración de otras áreas del Derecho Internacional en los arbitrajes de inversión.

Evaluando las herramientas para modernizar la red de AII

Los expertos consideraron que la creciente tendencia hacia el regionalismo podría servir como un medio para armonizar el fragmentado régimen de AII. Sin embargo, se expresó gran preocupación por que, tanto en procesos multilaterales como regionales, los Estados más “poderosos” podrían imponer su voluntad por sobre Estados menores o menos desarrollados. Se realizó una propuesta para otorgar estatus de observadores a los Estados no participantes durante las negociaciones y para aumentar la transparencia general en las negociaciones regionales.

Los expertos discutieron las oportunidades surgidas de los enfoques multilaterales para lograr una mayor consolidación del régimen de AII y apoyar los esfuerzos para la reforma. En vista de la limitada posibilidad de llegar a un consenso multilateral sobre la reforma del régimen de AII en un futuro cercano, los expertos consideraron la renegociación de los tratados como una forma viable para seguir avanzando. Si bien esto permitiría a las partes contratantes coordinar la reforma, también podría plantear problemas de capacidad para algunos países y dependería del consentimiento mutuo. Otra propuesta fue la intervención multilateral para comenzar con instrumentos más flexibles, tales como leyes modelo, mejores prácticas, directrices, recomendaciones, cajas de herramientas y listas de control para los negociadores de AII, y de ese modo, seguir avanzando para encontrar más puntos de concordancia.

La interpretación de tratados, sin modificar el lenguaje de los mismos, fue considerada como una alternativa útil para la renegociación. Podría enfocarse en las cláusulas más controvertidas a las cuales los tribunales han atribuido significados contradictorios (por ejemplo, NMF, FET, cláusulas paraguas). Entre otros, las partes contratantes de un tratado podrían emitir declaraciones interpretativas para un tratado específico o las partes contratantes no contendientes en procedimientos de ISDS podrían realizar presentaciones para asistir la interpretación. Los tiempos de las notas de interpretación, es decir, si una nota fue emitida antes, durante o después de una controversia, fue advertido como un tema que podría plantear asuntos de equidad.

Los expertos remarcaron que las preocupaciones políticas y económicas pueden hacer que los Estados desistan de terminar los tratados. Sin embargo, la terminación de los mismos no necesariamente reduciría su atractivo, ya que estas inquietudes pueden ser superadas a través de leyes nacionales y facilitación de las inversiones. También se discutió que las partes contratantes podrían tomar la decisión conjunta de revocar la cláusula de supervivencia antes de la

terminación o de establecer diferentes plazos de aplicación continua en futuros tratados (dependiendo, por ejemplo, de las necesidades de los diferentes sectores).

En repetidas ocasiones se sugirió que una forma posible de avanzar podría semejarse al enfoque de consentimiento previo de la Convención sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés). Este enfoque posiblemente podría ser utilizado para abordar otros temas clave, tales como el FET o la expropiación indirecta, y permitir a los Estados mejorar por completo sus carteras de tratados de inversión de forma inmediata. Sin embargo, los expertos se encontraron con el desafío de llegar a un consenso sobre las disposiciones sustantivas más controvertidas entre todos los Estados; las diferencias de redacción encontradas en la miríada de AIs complicarían aún más tales esfuerzos.

Reformando la solución de controversias relativas a inversión

Los expertos discutieron la necesidad de reformar los actuales mecanismos de ISDS, compartiendo sus experiencias nacionales para tomar medidas a este respecto.

De esta manera, consideraron que un único mecanismo permanente de apelación sería más conveniente que los mecanismos *ad hoc*, ya que se abordaría de mejor manera la falta de coherencia y predictibilidad de las decisiones arbitrales. Sin embargo, en vista de las diferencias de lenguaje entre los AIs, un mecanismo de apelación sería incapaz de resolver los problemas de manera integral, aun cuando se aumente considerablemente la legitimidad del régimen. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) fue considerado como un modelo posible, y el Centro Internacional de Solución de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), como un foro posible, pese a que con algunas limitaciones. Sería necesario realizar un análisis más detallado de las diferentes formas en que se podría establecer el mecanismo de apelación, sobre el potencial alcance de la revisión de las apelaciones y otros temas específicos.

Algunos expertos consideraron que un tribunal internacional de inversión podría resolver cuestiones relacionadas con la legitimidad de la ISDS en general y la independencia e imparcialidad de los árbitros, incluyendo brindar acceso a otros actores involucrados que no sean inversionistas y Estados (por ejemplo, comunidades afectadas por los proyectos de inversión). Sin embargo, se remarcó que la creación de un tribunal como tal podría plantear temas de soberanía entre los Estados, involucrar mayores costos para una amplia gama de países y contribuir a la politización de las controversias. También se remarcó que se requiere considerable voluntad política para su creación. Varios delegados alentaron la conducción de más investigaciones por parte de la UNCTAD y otras instituciones sobre el eventual tribunal (enfocándose, por ejemplo, en la relación entre la ISDS y los procedimientos de Estado a Estado; jurisdicción; remedios y mecanismos de aplicación así como las mejores prácticas de las cortes, tribunales y mecanismos regionales e internacionales).

Con respecto al acceso de los inversores a la ISDS, una opinión fue que la solución de controversias ya no debería estar disponible; teniendo en cuenta las deficiencias ya conocidas del régimen, en primer lugar deberían buscarse,

como mínimo, remedios locales (es decir, por un tiempo determinado o hasta su agotamiento). Los expertos compartieron sus experiencias nacionales para circunscribir el acceso de los inversores a la ISDS y para cambiar el foco hacia una mayor confianza en los remedios internos. La otra opinión acentuó las dificultades que enfrentan los inversionistas al momento de invertir en el extranjero y que, en respuesta, los AIs han internacionalizado temas relativos al Estado de derecho². Se realizaron varias propuestas para mejorar los mecanismos de ISDS, por ejemplo, a través de una mayor transparencia; un código de conducta para los árbitros; mejor uso de períodos de enfriamiento (*cooling-off periods*); mecanismos de apelación, acciones colectivas por parte de inversores menores y la pronta desestimación de reclamaciones frívolas; disposiciones de bifurcación de instancias (*fork-in-the-road provisions*); reglas claras sobre el cálculo de intereses y asignación de costos y el fortalecimiento de disposiciones sobre el derecho a regular.

Los expertos consideraron importante que los Estados receptores y las instituciones arbitrales propugnen las ventajas de una mayor transparencia para los inversores. Otras sugerencias incluyen proyectos piloto sobre transparencia con determinados países, restringir la aplicación de los laudos arbitrales que no se encuentren públicamente disponibles, utilizando la adhesión al Reglamento de Transparencia de la CNUDMI como una condición para el otorgamiento de préstamos de instituciones financieras internacionales y aplicar reglas de transparencia a la solución de controversias.

Los caminos que conducen la reforma de AI

Existe un desafío inherente al intentar desarrollar un plan comprensivo y coordinado para reformar la red de AIs, que posee múltiples capas, es multifacética y altamente atomizada. Se necesitan algunos principios rectores para emprender el largo camino de la reforma. El desarrollo sustentable debería ser el objetivo general de la reforma del régimen de AI, mientras que el foco de acción debería centrarse en las deficiencias sistémicas y debería garantizarse la sinergia con otros procesos de formulación de políticas públicas. Las acciones futuras deberían ser colaborativas en espíritu, beneficiarse de la sabiduría colectiva de todos los actores involucrados y estar orientadas a encontrar soluciones concretas. Se necesita mayor participación de actores múltiples, multilateral y multidisciplinaria sobre el asunto en cuestión.

Los debates de actores múltiples continuarán en la próxima conferencia de AI durante el Foro Mundial de Inversiones, a ser celebrado en marzo de 2016 en Lima, Perú.

Información y documentos relacionados con la Reunión de Expertos, incluyendo una nota de antecedentes, el resumen de la presidencia, presentaciones y sinopsis de los relatores y los resultados del proyecto del “informe volver” de la UNCTAD, se encuentran disponibles en <http://unctad-worldinvestmentforum.org/followup-events/single-year-expert-meeting/>.

Autores

James Zhan es Director de la División de la Inversión y la Empresa de la UNCTAD y Editor en Jefe del Informe sobre las Inversiones en el Mundo. **Diana Rosert** es Oficial Adjunta de Asuntos Jurídicos de la División sobre Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD.

Notas

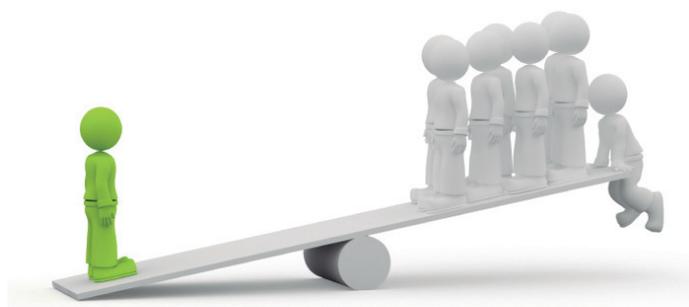
¹ Nota del Editor: La responsabilidad social empresarial (RSE) también suele ser conocida como responsabilidad social corporativa (RSC). A los fines de este texto ambas denominaciones son utilizadas como sinónimos.

² Nota del Editor: *Rule of law*, en el original.

Derecho de las Inversiones y el 1%: ¿De qué Lado Estar?

artículo 4

Howard Mann



La creciente concentración de la riqueza —a menudo referida como “el tema del 1%” — plantea cuestiones graves. El Foro Económico Mundial, en sus diez principales tendencias de 2015, afirmó que:

En el tope de la lista de este año se encuentra el agravamiento de la desigualdad en los ingresos. Mientras que los más ricos del mundo siguen acumulando riquezas en cifras record, la clase media está experimentando muchas dificultades. Actualmente, el 1% de la población recibe un cuarto de los ingresos en los Estados Unidos. Durante los últimos 25 años, el ingreso promedio del 0,1% ha crecido 20 veces en comparación con el del ciudadano promedio. El año pasado, esta tendencia ha ocupado el segundo puesto en las Perspectivas; este año llegó al primer lugar¹.

El Informe sobre Riqueza en el Mundo de 2014 (*2014 Global Wealth Report*) de Credit Suisse muestra que los números son cada vez más crudos: el 0,7 por ciento de la población mundial controla el 44 por ciento de la riqueza en el mundo, mientras que un 69 por ciento solo posee el 2,9 por ciento de la riqueza mundial².

Comenzando por la premisa de que resulta importante abordar la desigualdad en los ingresos, la cuestión es determinar si el derecho internacional de las inversiones, como principal fuente de derecho que rige el movimiento de capital, promueve una mayor concentración de capital o la distribución del mismo.

El alcance del actual régimen jurídico que rige las inversiones se limita a ampliar los derechos de los inversores para que los mismos puedan invertir a nivel internacional (liberalización de las inversiones) y para proteger los derechos de los mismos (propietarios de capital) cuando realizan movimientos de capital de un país a otro. Esencialmente, el régimen está orientado a proteger los bienes de los inversores y a otorgarles más derechos para utilizar aquellos bienes en su propio beneficio económico.

Una teoría que subyace a este enfoque es que la promoción de los derechos del inversor permitiría a los Estados atraer más inversión extranjera directa (IED). Considerando que actualmente esta teoría generalmente se encuentra desacreditada³, el abordaje de la relación entre este enfoque y el crecimiento equitativo e inclusivo —factores clave para lograr el desarrollo sustentable— se está tornando cada vez más importante.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) ha remarcado que:

Esta nueva generación de políticas de inversión se viene preparando desde hace algún tiempo, y se refleja en la dicotomía de tendencias políticas observada estos últimos años — con movimientos

simultáneos de mayor liberalización de los regímenes de inversión y de fomento de la inversión extranjera, por un lado, y de regulación de la inversión para perseguir objetivos de las políticas públicas, por otro. Refleja el reconocimiento de que, para que genere resultados de desarrollo sustentable, la liberalización debe ir acompañada —o incluso precedida— de la instauración de marcos reguladores e institucionales adecuados⁴.

¿El derecho de las inversiones actualmente apoya o inhibe la capacidad de los gobiernos para establecer dichos marcos regulatorios mientras guarda relación con el desarrollo económico equitativo e inclusivo? Si bien varios elementos del derecho de las inversiones —libre transferencia de capital, protección de los inversores, restricciones sobre los requisitos de desempeño, y otros— tienen un impacto sobre diferentes cuestiones relativas a la distribución de los ingresos, este artículo se avoca al tema del 1% a través de una lente de desarrollo más específica: la capacidad de los gobiernos para:

1. Regular el establecimiento de las inversiones
2. Exigir ciertos niveles de dispersión de la propiedad de las inversiones extranjeras
3. Proteger a las industrias nacientes o fomentar el desarrollo de actores económicos locales exigiendo a los inversores extranjeros asociarse con ellos
4. Exigir a los inversores extranjeros la creación de vínculos económicos locales

El control de estos temas puede ser importante para promover el crecimiento equitativo e inclusivo. ¿Los tratados de inversión permiten a los gobiernos controlar estos temas o restringen su capacidad para hacerlo?

1. Derecho de establecimiento

Más acuerdos de inversión están incluyendo disposiciones que admiten los derechos de entrada de los inversores extranjeros sobre la misma base que los inversores nacionales. Estas reglas de liberalización de las inversiones impiden que los gobiernos favorezcan a los inversionistas locales por encima de los inversores extranjeros. En muchas economías, existen sectores en los cuales proteger a los pequeños comerciantes frente a la competencia internacional o tratar de promover el desarrollo de firmas nacionales competitivas adquiere un buen sentido económico y social a fin de, entre otras cosas, resguardarlos temporariamente de la competencia extranjera. Tal como sucede con cualquier otra herramienta económica, no siempre se trata de una buena estrategia y puede generar ineficiencias en el mercado y la captura política. Sin embargo, las reglas de liberalización de los derechos de los inversores extranjeros para entrar en los mercados pretenden prevenir la discriminación aun cuando esta tenga un buen sentido en términos de políticas.

Para los países en desarrollo, esto implica que algunas oportunidades de inversión simplemente podrían estar abiertas al mejor postor, y los inversores nacionales no tendrían ventaja en los mercados internos. Esto es especialmente importante en el caso de los principales proyectos de infraestructura y recursos naturales que a menudo son puestos a licitación. Pero la idea también se aplica a otros sectores; por ejemplo, la competencia por otros mercados minoristas o que involucran a otros consumidores donde los inversores extranjeros a gran escala a menudo pueden capturar una mayor parte del mercado en comparación con los pequeños minoristas locales, lo cual tiene un impacto social y económico significativo.

Otro tema relacionado es el aumento de las restricciones sobre las cuotas de inversión extranjera. Originalmente establecidas en relación con la inversión en servicios, conforme al Acuerdo Económico Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés) y el acuerdo entre Singapur y la Unión Europea, las nuevas prohibiciones impuestas sobre las cuotas de inversión en el mercado cubren todos los sectores. Asimismo, crea un requisito similar a un interruptor de luz: un sector está abierto o cerrado. Esto impide al gobierno reservar cierta parte de los sectores económicos para los actores nacionales o las empresas nacientes.

La IED puede ser una fuente crucial de recursos para el desarrollo y la distribución de productos y métodos de producción sustentables necesarios para el ambiente mundial. La cuestión no es si el gobierno debería abrirse a la IED, sino si los tratados de inversión pretenden imponer un único enfoque para todos⁵ que impida a los gobiernos poder juzgaren torno a cuándo y en qué sectores la IED será beneficiosa o perjudicial para las economías.

2. Propiedad accionaria

Algunos acuerdos recientemente celebrados también impiden que los gobiernos puedan regular los requisitos de propiedad accionaria. Por ejemplo, las leyes que exigen niveles mínimos de participación accionaria interna para las inversiones en un país están siendo abolidas, tal como sucede con las cuotas impuestas sobre el número de inversores extranjeros que pueden entrar a invertir en un sector determinado. Si estos nuevos acuerdos hubieran sido aplicados, por ejemplo, en Sudáfrica, los mismos hubieran abolido la Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra (*Black Economic Empowerment Act*), una característica fundamental de la política social post-Apartheid. Sin embargo, este país no está celebrando acuerdos de este tipo para garantizar, entre otras cosas, que no generen esta clase de resultados. La prohibición se aplicaría igualmente a obligaciones generales o más específicas, por ejemplo, a la propiedad accionaria de los sindicatos o de comunidades locales.

Es cierto que los requisitos de propiedad accionaria tienen resultados mixtos. Por ejemplo, cuando la propiedad se concentra en un pequeño número de grupos de elite nacionales, se generan pocos beneficios en términos de crecimiento equitativo e inclusivo. Pero tales ejemplos, o incluso el abuso deliberado, no deberían impedir esfuerzos transparentes para promover una participación accionaria más amplia como parte de una estrategia de desarrollo, especialmente cuando son utilizados para reparar décadas de opresión económica sobre los actores nacionales.

3. Empresas conjuntas obligatorias

Los requisitos de empresas conjuntas constituyen otra herramienta para promover el desarrollo de actores económicos nuevos o más fuertes. Pueden ayudar a crear “campeones” nacionales o labrar el espacio para los actores nacionales en sectores considerados fundamentales para los intereses del país anfitrión, desarrollar la capacidad competitiva entre los socios nacionales y mejorar las prácticas de manejo y acceso a los canales de comercialización mundial⁶.

Algunos de los nuevos tratados de inversión —tales como el CETA y el acuerdo entre Singapur y la Unión Europea— buscan prohibir esta opción en todos los sectores. La capacidad de los gobiernos para promover nuevos actores o fortalecer a los existentes se ve restringida en favor de los propietarios de capital ya existentes. Los requisitos relativos a las empresas conjuntas han sido abusados o mal utilizados y a menudo pueden ser más eficaces para crear vínculos políticos para los inversores que cualquier otra cosa. Pero cuando son empleados adecuadamente, pueden

ser muy útiles para desarrollar la capacidad, desarrollar y transferir tecnología, crear mayores empresas y demás.

4. Requisitos de desempeño

Finalmente, el derecho de los gobiernos para imponer requisitos de desempeño (“performance requirements” o PRs, por sus siglas en inglés) sobre los inversores se encuentra bajo presión, en términos de alcance y geografía. Los PRs impuestos por un gobierno, tales como la adquisición de suministros y servicios locales o el entrenamiento de empleados para puestos directivos, pueden generar externalidades en la comunidad local o en el país en su conjunto. Los efectos multiplicadores económicos de la inversión extranjera pueden ser fundamentales para lograr estos beneficios, a pesar de que el incremento de las prohibiciones en los PRs está impidiendo que los gobiernos multipliquen estos efectos. Esto privilegia la libertad de los inversores para maximizar sus ganancias a expensas de la capacidad del gobierno nacional para obtener otros beneficios económicos de dicha inversión.

Conclusión

Las tendencias actuales en los tratados de inversión muestran un mayor foco en la expansión de los derechos del inversor para establecer y operar las inversiones de tal manera que se está apoyando una mayor concentración de la riqueza. De hecho, si bien hay muchas conversaciones acerca de mejorar el espacio de políticas en torno a temas de protección ambiental y salud humana, los Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá y otros jugadores importantes en la negociación de tratados de inversión están procurando una creciente y deliberada limitación del espacio de políticas gubernamentales destinadas a mejorar el desarrollo equitativo e inclusivo.

Durante mucho tiempo ha ocurrido que el derecho internacional de las inversiones ha reflejado los derechos y recursos legales de un grupo de actores involucrados en los procesos de globalización: los propietarios de capital. Si bien esto no los empodera para bloquear a nuevos actores, y que por supuesto han surgido nuevos actores, efectivamente se está impidiendo, cada vez más, que los gobiernos tomen medidas para garantizar un mayor equilibrio económico.

Autor

Howard Mann es Abogado Senior en Derecho Internacional del IISD.

Notes

1 World Investment Forum. (2015). *Outlook on the global agenda 2015*, pág. 7. Extraído de http://www3.weforum.org/docs/GAC14/WEF_GAC14_OutlookGlobalAgenda_Report.pdf. Véase también, por ejemplo, OXFAM. (2015, enero). *Wealth: Having it all and wanting more* (OXFAM Issue Briefing). Extraído de <http://oxfamlibrary.openrepository.com/oxfam/bitstream/10546/338125/8/lib-wealth-having-all-wanting-more-190115-en.pdf>. [La traducción de la cita pertenece a la traductora.]

2 Credit Suisse Research Institute. (2014, octubre). *Global wealth report 2014*, p. 24. Extraído de <https://www.credit-suisse.com/ch/en/news-and-expertise/research/credit-suisse-research-institute/publications.html>. [La traducción de la cita pertenece a la traductora.]

3 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2009). *The role of international investment agreements in attracting foreign direct investment to developing countries* (UNCTAD Series on International Investment Policies for Development). Nueva York y Ginebra: UNCTAD. Extraído de http://unctad.org/en/docs/diaei20095_en.pdf; Sauvants, K. P., & Sachs, L. E. (2009). *BITs, DTTs, and FDI flows: An overview*. In K. P. Sauvants & L. E. Sachs (Eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* (párrafos xvii–lxii). New York: Oxford University Press. Extraído de <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/Overview-SachsSauvants-Final.pdf>; Yackee, J. W. (2010–2011). *Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence*. *Virginia Journal of International Law*, 51(2), 397–442. Extraído de <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol51/issue2/Yackee.pdf>; Poulsen, L. N. S. *The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: Revisiting the evidence*. In K. P. Sauvants (Ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2009/2010* (párrafos 539–574). New York: Oxford University Press. Extraído de <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=laug-poulsen>.

4 UNCTAD. (2012). *Investment policy framework for sustainable development*, pág. 5. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf.

5 Esto está sujeto a la capacidad de especificar las excepciones en anexos denominados “lista negativa” en la mayoría de los casos. No obstante, establezca un punto de partida para negar el espacio de políticas gubernamentales destinado a controlar la entrada de actores económicos en base a orígenes nacionales o extranjeros.

6 Véase Cosbey, A., Mann, H., & Cunningham, M. (2014). *Bilateral investment treaties, mining and national champions: Making it work*. Winnipeg: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/publications/bilateral-investment-treaties-mining-and-national-champions-making-it-work>.

artículo 5

Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) entre Brasil y Mozambique y entre Brasil y Angola: Una Descripción General

Martin Dietrich Brauch



El 30 de marzo de 2015, Brasil y Mozambique firmaron el primer Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) basado en el nuevo modelo de tratado bilateral de inversión (TBI) de Brasil. El segundo fue celebrado el 1 de abril de 2015, entre Brasil y Angola.

A diferencia de los TBIs tradicionales, que están orientados a la protección del inversor, los ACFIs se enfocan principalmente a la cooperación y facilitación de las inversiones. Promueven formas amistosas de resolver diferencias y proponen la solución de controversias entre Estados como respaldo; notablemente, no incluyen disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado.

A lo largo de la década de 1990, Brasil ha firmado 14 TBIs tradicionales, que su Congreso Nacional se ha rehusado a ratificar. Basándose en las razones de dicha negativa, Brasil decidió que sólo negociaría acuerdos de inversión que salvaguardaran de manera expresa el derecho a regular, excluyendo la cobertura de inversiones de cartera y la expropiación indirecta, y disponiendo únicamente la solución de controversias entre Estados¹.

Las negociaciones de los primeros ACFIs fueron iniciadas en 2013. Según lo informado, las negociaciones con Malawi ya fueron finalizadas², pero el texto aun no fue publicado. Brasil también está negociando con Algeria, Chile, Colombia, Marruecos, Nigeria, Perú, Sudáfrica y Túnez³.

El Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC) de Brasil lideró la elaboración del modelo, en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Trabajo y Empleo, el Banco Central de Brasil, la Confederación Nacional de la Industria (*Confederação Nacional da Indústria* [CNI]) y la Federación de Industrias del Estado de San Pablo (*Federação das Indústrias do Estado de São Paulo* [FIESP]). También se realizaron consultas a representantes del sector privado⁴. Este proceso llevó varios años. En 2013, Brasil compartió el índice del nuevo modelo y algunas reflexiones sobre el contenido del mismo⁵.

Si bien Brasil no ha publicado una plantilla, los textos de ambos acuerdos concluidos nos permiten conocer las principales líneas del nuevo modelo que Brasil ha estado promoviendo durante los últimos años⁶.

Preámbulo

Las partes desean profundizar los lazos de amistad y el espíritu de cooperación, reafirmando ampliamente su autonomía legislativa y el espacio de política pública. También reconocen la importancia de un ambiente de inversión transparente, expeditivo y amistoso, procurando un diálogo técnico e iniciativas gubernamentales tendientes a aumentar

las inversiones entre los países. Fortalecer los lazos entre el sector privado y el gobierno constituye otra meta enunciada. Asimismo, las partes reconocen el “papel esencial que desempeñan las inversiones en la promoción del desarrollo sustentable” y otros objetivos de política pública, y expresan su entendimiento de que una asociación estratégica sobre inversión aportará amplios beneficios a ambas partes.

Disposiciones Generales (Sección I)

Objeto (Art. 1). El objeto del ACFI con Angola es *facilitar y fomentar las inversiones*, para intensificar y aumentar las oportunidades y actividades comerciales entre las partes, mientras que el objeto del ACFI con Mozambique es *la cooperación* entre las partes para facilitar y fomentar las inversiones.

Mecanismos de Aplicación (Art. 2). Las instituciones gubernamentales de los Estados y el Comité Conjunto (descrito más abajo) creado conforme a los ACFIs están a cargo de ejecutar los acuerdos. Tienen el mandato de desarrollar agendas temáticas para la cooperación y facilitación, mecanismos para reducción de riesgos y prevención de controversias, entre otros instrumentos.

Definiciones (Art. 3). El ACFI con Angola establece que todas las definiciones estarán sujetas al derecho interno.

A su vez, el ACFI con Mozambique adopta una definición de “inversión” basada en activos, cuya primera parte es similar a la del Modelo de TBI de Estados Unidos de 2012: inversión es “todo tipo de activo o derecho de propiedad o control directo o indirecto perteneciente a un inversor de una de las Partes en el territorio de la otra Parte”. No obstante, en lugar de utilizar las características de inversión presentadas en el Modelo de TBI de Estados Unidos, el ACFI califica la inversión con el “propósito de establecer relaciones económicas duraderas” y “destinada a la producción de bienes y servicios”. A esto le sigue una lista no exhaustiva de activos, incluyendo sociedades, empresas, participación en sociedades o empresas, bienes muebles o inmuebles y cantidades invertidas en derechos de concesión empresariales.

Conforme al ACFI con Mozambique, “inversores” pueden ser: (i) personas físicas que sean nacionales de las partes; (ii) personas jurídicas estructuradas conforme al derecho del Estado receptor, (iii) personas jurídicas controladas por un inversor conforme a los incisos (i) o (ii); (iv) personas jurídicas cuya oficina central y el centro de sus actividades económicas se encuentren en el territorio de una de las partes; (v) personas físicas o jurídicas que realicen una inversión y se encuentren autorizadas para hacerlo conforme al derecho de una de las partes.

Gestión Institucional o Gobernanza (Sección II)

Comité Conjunto (Art. 4). Cada ACFI crea un Comité Conjunto de representantes gubernamentales de ambas partes, responsable de monitorear e implementar el ACFI, discutir y compartir oportunidades de inversión y coordinar la ejecución de las agendas de cooperación y facilitación.

El Comité Conjunto puede invitar a miembros del sector privado y la sociedad civil a participar cuando lo estime apropiado. Las partes también pueden crear grupos de trabajo *ad hoc*, donde, con el permiso del Comité Conjunto, el sector privado pueda participar. Otra función es buscar el consenso y resolución amistosa de cuestiones o conflictos relativos a la inversión.

El ACFI con Angola permite expresamente que el Comité Conjunto invite a organizaciones no gubernamentales (ONGs) a que realicen presentaciones sobre asuntos determinados. También establece que el Comité Conjunto defina o elabore un procedimiento estándar de solución de controversias por medio del arbitraje entre Estados.

Puntos Focales u Ombudsmen (Art. 5). Cada parte establecerá un Punto Focal dentro del gobierno para que brinde su apoyo a los inversores extranjeros. Los Puntos Focales deben respetar las directivas del Comité Conjunto (ACFI con Mozambique) o realizar esfuerzos por seguir sus recomendaciones (ACFI con Angola). Los Puntos Focales interactuarán entre ellos y con otras autoridades gubernamentales, recomendando y reportando al Comité Conjunto sobre las medidas adoptadas para abordar las sugerencias y reclamos recibidos de los inversores extranjeros. Asimismo, deben brindar información a las partes sobre asuntos jurídicos relacionados con la inversión y responder pronta y atentamente sus solicitudes. Por último, juegan un papel importante en prevenir controversias relativas a inversión y facilitar su resolución.

Intercambio de Información (Art. 6). Las partes se comprometen a intercambiar información relevante sobre oportunidades de negocios y procedimientos y condiciones para las inversiones, particularmente por medio del Comité Conjunto y de los Puntos Focales. Para esto, se comprometen a compartir información que pueda crear condiciones favorables de inversión, tales como tratados, leyes y políticas sobre varios asuntos (inversión, cambio de divisas, trabajo, inmigración), incentivos específicos, regímenes aduaneros y tributarios, información estadística sobre mercados, infraestructura y servicios públicos disponibles, y proyectos regionales de inversión. También acuerdan discutir la manera de fortalecer la inversión en Asociaciones Público-Privadas (APPs) a través de una mayor transparencia y acceso más rápido a regulaciones. Todo el intercambio de información está sujeto al nivel de protección requerido por el Estado que proporciona dicha información.

Relación con el Sector Privado (Art. 7). Las partes acuerdan difundir entre los sectores comerciales pertinentes información sobre inversiones, leyes en vigencia y oportunidades de negocios en el territorio de la otra parte. También alientan la participación del sector privado, “como un interviniente fundamental”.

Agendas Temáticas (Sección III: Art. 8)

El Comité Conjunto tiene el mandato de desarrollar agendas temáticas para la cooperación y facilitación en áreas relevantes para promover e incrementar las inversiones bilaterales y para coordinar su ejecución a través de compromisos específicos. En el Anexo I se presentan listas iniciales de temas y objetivos, que los Estados discutirán en miras a llegar a un entendimiento común y celebrar protocolos o acuerdos adicionales.

Mitigación de Riesgos y Prevención de Controversias (Sección IV)

Expropiación, Nacionalización y Compensación (Art. 9). Este artículo está diseñado conforme al Modelo de TBI de Estados Unidos. Prohíbe la expropiación o nacionalización de las inversiones extranjeras, excepto que se realicen: (i) a los fines y por motivo de intereses o servicios públicos, (ii) de manera no discriminatoria, (iii) mediante el pago de compensación justa, adecuada y efectiva y (iv) de conformidad con el debido proceso (párrafo 1).

La compensación debe (i) ser pagada sin demora, conforme al derecho del Estado receptor; (ii) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente después de la expropiación; (iii) no reflejar un cambio negativo en el valor de mercado debido al conocimiento de la intención de expropiar antes de la fecha de la expropiación; y (iv) ser plenamente ejecutable y libremente transferible, de acuerdo con el Artículo sobre Transferencias (párrafo 2).

Si el valor justo de mercado es determinado en una moneda de curso legal internacional, la compensación no debe ser menor a ese valor con más los intereses devengados desde

la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago (párrafo 3); si no, la compensación debe incluir los intereses y un ajuste inflacionario (párrafo 4); en cualquier caso, de conformidad con el derecho de la Parte receptora.

El lenguaje presente en ambos tratados sólo hace referencia a la “expropiación”. Si bien en el pasado Brasil aclaró que desea que sus tratados cubran únicamente la expropiación directa, esta formulación podría ser interpretada a los efectos de incluir y extenderse a la expropiación indirecta.

Responsabilidad Social Empresarial (Art. 10). Los inversores y las inversiones extranjeras tienen la obligación de realizar todos los esfuerzos “para llevar a cabo el mayor nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado receptor y la comunidad local”, mediante la adopción “de un alto grado de prácticas socialmente responsables”. Los principios y estándares voluntarios indicados en el Anexo II cubren la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, los derechos humanos y la construcción de capacidad local, entre otras áreas.

Trato a los Inversores y a las Inversiones (Art. 11). Conforme al ACFI con Mozambique, cada parte, de conformidad con su derecho interno, se compromete a permitir y alentar las inversiones de la otra parte y a crear condiciones favorables para las mismas. Según el ACFI con Angola, “cada parte debe promover y aceptar las inversiones de los inversores de la otra Parte, y puede restringir determinadas inversiones según lo determinado por legislación interna”.

La disposición sobre trato nacional (TN) determina que “cada Parte, de acuerdo con la legislación aplicable, debe permitir a los inversores de la otra Parte establecer sus inversiones y conducir negocios bajo condiciones no menos favorables que las establecidas para los inversores nacionales” (párrafo 2). La obligación de trato de nación más favorecida (NMF) dispone que “cada Parte debe permitir a los inversores de la otra Parte establecer sus inversiones y conducir negocios bajo condiciones no menos favorables que las establecidas para otros inversores extranjeros” (párrafo 3). Los tratados también aseguran que ni la disposición de TN ni la de NMF son interpretadas como una obligación de otorgar a los inversores extranjeros el beneficio de un trato, preferencia o privilegio resultante de cualquier área de libre comercio, unión aduanera, mercado común o convenio de doble imposición, existente o futuro, respecto del cual el Estado receptor sea o se convierta en una Parte.

Por lo tanto, el TN en relación a establecimiento parece estar sujeto al derecho interno, mientras que el trato de NMF no. Notablemente, a diferencia de muchos tratados firmados recientemente, los ACFIs no contienen ninguna excepción explícita con respecto a la obligación de NMF en el trato sustantivo o procesal dispensado bajo otros tratados de inversión.

El ACFI con Angola posee tres párrafos adicionales:

- El Estado receptor puede establecer, conforme al derecho interno, formalidades especiales en relación con las actividades de inversión de los inversores del otro Estado, siempre y cuando dichas formalidades no afecten la sustancia de sus derechos y los principios de no-discriminación (párrafo 6).
- El Estado receptor debe otorgar a los inversores del otro Estado TN o NMF “respecto al acceso a las cortes de justicia y agencias administrativas, o, incluso, en relación con la defensa de los derechos de tales inversores” (párrafo 7).
- El párrafo 8 señala que “[c]ada Parte debe cumplir con las obligaciones expresamente asumidas en relación con las inversiones de los inversores de la

otra Parte”. Esta es una cláusula paraguas, que ha sido interpretada para equiparar la violación de un contrato de inversión entre el Estado receptor y el inversor con la violación de un tratado.

Compensación (Art. 12). Este artículo establece que los inversores extranjeros que sufren la pérdida de sus inversiones debido a una guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia, rebelión, insurgencia o disturbios, deben ser dispensados — respecto a la restitución, compensación u otra solución — lo más favorable del NT o NMF. El pago de dicha compensación debe ser transferible con prontitud en una moneda de curso libre (párrafo 1). Los inversores extranjeros que sufran daños en cualquiera de las situaciones mencionadas, ya sea como resultado de la requisición o destrucción de la inversión, tienen derecho a recibir una restitución o compensación pronta, adecuada y efectiva (párrafo 2).

Transparencia (Art. 13). Las partes acuerdan garantizar que las medidas que afecten a las inversiones sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial. También garantizan que las leyes y regulaciones relativas a las inversiones sean publicadas con prontitud y, cuando sea posible, en formato electrónico. Además, aceptan asumir el compromiso de hacer su mejor esfuerzo para dar una oportunidad razonable a los actores involucrados de ser escuchados sobre medidas propuestas en relación con la inversión. Por último, se comprometen a hacer público el ACFI.

Transferencias (Art. 14). Al igual que las disposiciones de transferencia de los TBIs tradicionales, este artículo permite la transferencia de fondos relativos a la inversión, sujeta al cumplimiento con procedimientos de registro y autorización establecidos conforme al derecho interno. Entre los fondos listados se encuentran contribuciones de capital, ganancias directamente relacionadas con la inversión, ingresos a raíz de su venta o liquidación total o parcial, amortización de préstamos y el monto de compensación por expropiación o requisición de la inversión. El párrafo 2 salvaguarda el derecho de los Estados a adoptar medidas regulatorias no discriminatorias que restrinjan las transferencias durante una crisis en el balance de pagos, el derecho a utilizar medidas cambiarias y otros derechos conferidos bajo los Artículos de Acuerdo del Fondo Monetario Internacional.

Prevención y Solución de Controversias (Art. 15). Los ACFIs ordenan a los Puntos Focales y al Comité Conjunto que prevengan, manejen y resuelvan las controversias surgidas entre los Estados. En particular, antes de la iniciación de un procedimiento arbitral, toda controversia debe ser sometida a una evaluación, por medio de consultas y negociaciones, y a una examinación preliminar del Comité Conjunto. También se establece un procedimiento para que un Estado presente una reclamación ante el Comité Conjunto en nombre de un inversor. Si bien el Comité Conjunto puede expedirse sobre los detalles procesales, las principales líneas de procedimiento son las siguientes:

- El Estado de origen del inversor presenta una solicitud por escrito ante el Comité Conjunto, especificando el nombre del inversor y las recusaciones o dificultades enfrentadas.
- El Comité Conjunto tiene 60 días, prorrogables por acuerdo mutuo y mediante justificación por otros 60 días, para presentar información pertinente al caso.
- Los representantes del inversor, entidades gubernamentales y ONGs involucrados pueden participar en las reuniones.
- El proceso de diálogo y consultas bilaterales es concluido por iniciativa de cualquiera de los Estados con la presentación de un informe sumario en la siguiente reunión del Comité Conjunto.

- El informe resumido debe incluir la identificación del Estado y de los inversores involucrados, la descripción de la medida recusada y la postura de los Estados en torno a dicha medida.
- El Comité Conjunto celebrará reuniones extraordinarias para considerar los temas que le fueron presentados y puede emitir una recomendación.
- Sólo si la controversia no es resuelta por la recomendación, las dos partes pueden recurrir al arbitraje entre Estados.
- A excepción del informe resumido, todos los documentos y reuniones del procedimiento son confidenciales.

Aplicación del Acuerdo (Art. 16). Común a ambos ACFIs se encuentra la prohibición de invocarlos para cuestionar las controversias finalmente resueltas, antes de su entrada en vigor, y la garantía de que no restrinjan los derechos a beneficios conferidos a los inversores extranjeros conforme al derecho interno. El ACFI con Mozambique se aplica expresamente a las inversiones realizadas antes o después de su entrada en vigencia.

El ACFI con Angola contiene una cláusula de denegación de beneficios: una parte puede denegar los beneficios del ACFI a una persona física que no sea nacional o residente permanente de la otra parte. También puede denegar la aplicación del ACFI a una persona jurídica que (a) no se encuentre constituida conforme al derecho de la otra parte, no posea oficinas en la otra parte y no lleve a cabo actividades sustanciales allí, o que (b) no se encuentre bajo la propiedad o control efectivo, directa o indirectamente, de nacionales o residentes permanentes de la otra parte.

Disposiciones Finales y Provisionales (Art. 17). El Comité Conjunto y los Puntos Focales no reemplazan a los intercambios diplomáticos. Su principal propósito es “alentar el manejo institucional de la inversión, por medio del establecimiento de un foro específico y de canales técnicos que actúen como facilitadores entre los gobiernos y el sector privado”.

Los ACFIs entrarán en vigencia 30 días después de la recepción de la última notificación de ratificación de los mismos. El ACFI con Mozambique estará vigente por 20 años, y el de Angola, por 10 años. Ambos tratados son renovables automáticamente por períodos iguales y sucesivos. Una parte puede denunciar el tratado mediante notificación con por lo menos 12 meses de anticipación.

Autor

Martin Dietrich Brauch trabaja desde Brasil como Asesor en Derecho Internacional y Asociado del Programa de Inversiones del IISD.

Notes

1 Informe del 4^o Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en vías de Desarrollo, extraído de https://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_report.pdf.

2 Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil. (2015, 31 de marzo). *Brasil e Moçambique assinam Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*. Blog Diplomacia Pública. Extraído de <http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/22-assuntos-economicos-e-financeiros/124-brasil-e-mocambique-assinam-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>.

3 Presidencia de la República Federativa de Brasil. (2015, enero). *Mensagem ao Congresso 2015*, pág. 44. Extraído de <http://www.casacivil.gov.br/aceso-a-informacao/mensagem-presidencial/mensagem-ao-congresso-2015.pdf/@download/file/Mensagem%20ao%20Congresso%202015.pdf>.

4 Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio de Brasil. (2015, 1 de abril). *Brasil e Angola assinam Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)*. Extraído de <http://www.mdic.gov.br/portalmidic/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=13688>; Ministerio de Finanzas de Brasil. Secretaría de Asuntos Internacionales. (2015). *Investimentos: Assinatura dos dois primeiros acordos ACFI*. Extraído de http://www.sain.fazenda.gov.br/estrutura_home_site/bloco_tres.

5 Informe del 7^o Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en vías de Desarrollo, extraído de: https://www.iisd.org/pdf/2013/7th_annual_forum_report.pdf.

6 El texto del ACFI entre Brasil y Mozambique está disponible en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR; el texto del ACFI entre Brasil y Angola, en http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520&acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280

Medida de Fuerza Antimonopolio de China Golpea a Qualcomm con Multa de US\$975Millones: ¿Qué pueden aprender otros Estados anfitriones de esta historia?

artículo 6 Joe Zhang



En febrero de 2015, Qualcomm Inc. (Qualcomm), el principal fabricante de chips para celulares, con su sede central en California, fue ordenado a pagar una multa de RMB 6.088 mil millones (aproximadamente US\$975 millones) por la autoridad antimonopolios de China a raíz de delitos monopólicos contra consumidores chinos¹, luego de una investigación de 14 meses de duración sobre las prácticas anticompetitivas de la empresa. Considerada por muchos como una de las investigaciones antimonopolio más contenciosas desde que China promulgó su Ley Antimonopolio en 2008, se trata de la multa más onerosa impuesta por entes reguladores chinos en esta área.

La Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (*National Development and Reform Commission*, NDRC), uno de los tres entes reguladores de China, lanzó oficialmente la investigación contra Qualcomm en noviembre de 2013, después de varios reclamos entablados contra la empresa durante los pasados años. Antes de esto, la empresa también había sido investigada por autoridades antimonopolio de Japón y de Corea del Sur. El comienzo de la investigación realizada por la autoridad china atrajo inmediatamente la atención mundial ya que la misma se relaciona con el principal modelo comercial de Qualcomm, es decir, el cobro de altos aranceles de licencia y la imposición de condiciones poco razonables para licenciar sus patentes. Un ejemplo son los criterios utilizados por Qualcomm para calcular las regalías. Una práctica común de los titulares de patentes es la de calcular las regalías en base a donde la patente es utilizada en un aparato, en lugar de basarse en el valor total del mismo. Por ejemplo, si una empresa posee una patente de neumáticos para camiones pesados, muy probablemente cobrará un porcentaje del valor de los neumáticos donde la patente es utilizada en lugar de hacerlo sobre el valor total del camión. Sin embargo, lo que hizo Qualcomm fue cobrar un porcentaje del precio mayorista de todo el aparato. Por ejemplo, si un licenciataria utiliza la patente de Qualcomm para producir un chip para celular iPhone, Qualcomm podría calcular la regalía de dicha patente basándose en el precio mayorista del iPhone, aun cuando el teléfono tenga muchos otros componentes.

Pese al intento de Qualcomm de “defenderse vigorosa-

mente”², la NDRC concluyó que esta empresa abusó de su posición dominante en el mercado y que las prácticas comerciales recusadas restringían y excluían la competencia, obstaculizaban la innovación y el desarrollo de tecnología, perjudicaban los derechos e intereses de los consumidores y, por lo tanto, violaban las reglas antimonopolio de China¹.

En consecuencia, además del pago de esta multa cuyo monto no tiene precedentes, Qualcomm también deberá implementar un plan de rectificación que modifique determinados aspectos de sus prácticas comerciales en China para cumplir con los requisitos establecidos por la NDRC.

Después de una lectura detallada de la decisión y del plan de rectificación tal como fue aprobado por la autoridad china, se podría concluir que la penalidad impuesta es onerosa aunque bastante amigable, dado que el resultado podría haber sido peor para Qualcomm.

Primero, la Ley Antimonopolio de China permite a los entes reguladores imponer multas de hasta un 10 por ciento de los ingresos del infractor correspondientes al año fiscal anterior a la emisión de la decisión. Sin embargo, la suma de la multa impuesta fue calculada en base al 8 por ciento de las ventas de Qualcomm en China en 2013, mucho menor que el monto máximo permitido por la ley. Segundo, si bien los entes reguladores de China tenían autoridad para forzar a Qualcomm a licenciar su patente gratuitamente, en este caso, se rehusaron a hacerlo. Tercero, pese a que Qualcomm acordó cesar su práctica más controvertida de calcular las regalías sobre el precio mayorista de todo el aparato, sólo se comprometió a reducir la base de cálculo un 65 por ciento del precio mayorista del dispositivo, en lugar de reducirlo al precio de la menor unidad vendible con ejercicio de patente, que es la práctica más común en esta industria.

La NDRC luego explicó a los medios de comunicación chinos que, al cooperar plenamente durante la investigación, Qualcomm se merecía términos más indulgentes³. Según el comunicado de prensa de Qualcomm, dichos términos reflejaban el “reconocimiento del valor y la importancia de la tecnología y muchas contribuciones de Qualcomm a China” por el ente regulador chino⁴.

De particular interés en este caso, es el hecho reportado de que Qualcomm se defendió agresivamente contra las acusaciones presentadas por los entes reguladores chinos. Como parte de su estrategia de defensa en la investigación, la empresa contrató a uno de los redactores de la Ley Antimonopolio de China, Zhang Xinzhu. Al momento de la redacción, era asesor del Grupo de Consulta de Expertos del Comité Antimonopolio del Consejo Estatal, pero posteriormente fue relevado de su cargo debido a un aparente conflicto de intereses. De acuerdo con Zhang, Qualcomm fue la primera empresa en presentar una defensa seria contra el gobierno chino⁵.

Qualcomm finalmente llegó a un acuerdo con dicho gobierno y se comprometió, según lo señalado en su comunicado de prensa, a “no entablar ningún otro proceso judicial para refutar las conclusiones de la NDRC”⁴. Los entes reguladores chinos atribuyeron esto al alto nivel de transparencia y comunicación con Qualcomm durante

todo el proceso indagatorio. Al mismo tiempo, también resulta muy difícil hacer caso omiso al hecho de que la mitad de los ingresos de Qualcomm provienen de China⁶, un mercado que no puede darse el lujo de perder, especialmente considerando que, tal como se discutió anteriormente, el ente regulador chino ya había realizado ciertas concesiones al dictarse su decisión sobre el caso.

Línea Cronológica de la Investigación de Qualcomm

Noviembre 2013

El ente regulador chino, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (NDRC), hizo una redada en las oficinas de Qualcomm en Pekín y Shanghai después de recibir múltiples reclamos en contra de la empresa.

Diciembre 2013

La NDRC anunció oficialmente que Qualcomm se encontraba bajo investigación por la presunta violación de las leyes antimonopolio. El mismo día, la empresa emitió un comunicado de prensa negando las acusaciones.

Julio 2014

La NDRC determinó que Qualcomm posee un monopolio en el mercado de China y comenzó a indagar las cifras financieras de las oficinas comerciales ubicadas en China. El presidente de Qualcomm, Derek Aberle, también fue interrogado por la NDRC.

Octubre & Diciembre 2014

Una delegación de Qualcomm liderada por Derek Aberle realizó dos visitas más a NDRC para discutir la posibilidad de un arreglo. A lo largo de toda la investigación, la NDRC tuvo 28 reuniones con la delegación de Qualcomm para intercambiar opiniones.

Febrero 2015

La NDRC anunció su decisión, afirmando que Qualcomm violó la Ley Antimonopolio de China al abusar de su posición dominante en el mercado. Esta decisión incluyó una multa por RMB 6.088 mil millones (US\$975 millones) y exigió a Qualcomm que modificara algunas de sus prácticas. En un comunicado de prensa, Qualcomm anunció que no recusaría la decisión y realizó el pago total de la multa durante los tres días posteriores a la decisión.

Fuentes: Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma, China News Network.

El resultado de la decisión de Qualcomm —el monto de la multa combinado con la voluntad de la NDRC de dar seguimiento a causas contenciosas— parece confirmar la determinación de la autoridad china para afrontar complejas prácticas anticompetitivas. Esto se encuentra en línea con la reciente tendencia mundial de la comunidad legislativa en materia de competencia⁷ —un número creciente de economías de mercado emergentes están intensificando sus esfuerzos para establecer o reformar los regímenes jurídicos que rigen la competencia—. Por ejemplo, Brasil reformó su régimen de competencia en 2012. Rusia también adoptó un importante paquete de reformas de su régimen alrededor del mismo año. En 2014, al menos 20 países africanos comenzaron a desarrollar sus regímenes. Asimismo, un proyecto de ley para modificar la ley de competencia de Indonesia —extendiendo su aplicación a empresas extranjeras e incorpo-

rando más multas financieras por infracciones— recibió aprobación parlamentaria varios meses atrás. La creciente globalización de la ley de competencia se dio a raíz del reconocimiento de que un régimen de competencia bien diseñado puede contribuir en gran medida al crecimiento económico sustentable de un país.

Sin embargo, lo que queda claro del ejemplo de Qualcomm es que las empresas pueden recusar las acciones de nuevos entes reguladores que aún están aprendiendo a llevar a cabo esta tarea. Si están implementando la ley, bajo revisión de los tribunales nacionales es una cosa; pero estamos comenzando a oír especulaciones de que las empresas también podrían recusar la implementación de nuevas leyes de competencia en virtud de los tratados de inversión. Seguramente, los Estados no tuvieron la intención de otorgar a los tribunales de inversión el papel que desempeñaría un organismo supervisor en materia de competencia cuando negociaron sus tratados de inversión. Hasta el momento, no se conocen reclamaciones entabladas contra China, en el marco de tratados de inversión, para recusar la aplicación de la decisión del caso Qualcomm. Sólo puede suponerse que la decisión fue tomada a raíz de consideraciones comerciales en vez de barreras jurídicas. A nivel internacional —pese a que China no ha celebrado ningún tratado bilateral de inversión con los Estados Unidos— a Qualcomm no le debe haber llevado mucho tiempo identificar un medio apropiado para entablar la reclamación en virtud de los más de 130 tratados bilaterales de inversión firmados por China con otros países.

Pese a que no hay ningún indicio que muestre que China haya enfrentado alguna de estas amenazas, la implementación de las nuevas leyes de competencia en economías en vías de desarrollo o emergentes, y los potenciales litigios, han de ser tomados con cuidado y vigilados de cerca tanto en el ámbito nacional como internacional.

Autor

Joe Zhang es Asesor Jurídico del Programa de Inversión del IISD.

Notes

¹ Véase *National Development and Reform Commission Administrative Sanction Decision* (Fagaibanjiajianchufa [2015] No. 1), disponible en el sitio web de NDRC en http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html (en chino).

² Véase Bradshaw, T. (2014, 6 de noviembre). Qualcomm faces two new antitrust probes. *The Financial Times*. Extraído de <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/fa223b00-6543-11e4-91b1-00144feabdc0.html> (en inglés).

³ Véase Li, L. (2015, 10 de febrero). Details of Qualcomm antitrust investigation: The reason for the 8% fine. *China News Network*. Extraído de <http://finance.chinanews.com/cj/2015/02-10/7051881.shtml> (en chino).

⁴ Qualcomm. (2015, 9 de febrero). *Qualcomm and China's National Development and Reform Commission reach resolution*, Comunicado de prensa. Extraído de http://files.shareholder.com/downloads/QCOM/3864235320x0x808060/382E59E5-B9AA-4D59-ABFF-BD-FB9AB8F1E9/Qualcomm_and_China_NDRC_Resolution_final.pdf (en inglés).

⁵ Véase Clover, C. (2015, 25 de enero). China: Monopoly position. *The Financial Times*. Extraído de <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/22704a96-9ff2-11e4-9a74-00144feab7de.html> (en inglés).

⁶ Zacks Equity Research. (2015, 10 de febrero). *Qualcomm settles Chinese antitrust charges, ups guidance*. Extraído de <http://www.zacks.com/stock/news/163900/qualcomm-settles-chinese-antitrust-charges-ups-guidance> (en inglés).

⁷ Lex Mundi Report. (2015). *Changing competition regimes: Organizational best practices for navigating cross-border legal and political risks*. Houston: Lex Mundi. Un extracto del informe se encuentra disponible en http://www.lexmundi.com/lexmundi/Changing_Competition_Regimes_Report_Preview.asp (en inglés).

noticias en breve

Comisión Europea aborda preocupación sobre el TTIP en reunión del Parlamento Europeo

En una reunión celebrada el 18 de marzo de 2015 por la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo, Cecilia Malmström, Comisionada de la Unión Europea en esta área, presentó **cuatro “ideas preliminares”** para abordar la preocupación pública sobre las inversiones en el marco del Acuerdo de Asociación Transatlántica (TTIP, por sus siglas en inglés) que se encuentra bajo negociación entre la Unión Europea y los Estados Unidos.

Para evitar un conflicto de intereses debido al papel ambivalente (árbitro–abogado) del arbitraje entre inversionista y Estado, la Comisionada subrayó la importancia de listados de árbitros. También apoyó la idea de un tribunal permanente de inversión —pero se refirió a la creación de un tribunal multilateral, como objetivo paralelo a mediano plazo—.

La Comisionada también sugirió la incorporación de un órgano de apelación en el TTIP, compuesto por miembros permanentes a cargo de la revisión de las decisiones arbitrales y de garantizar su coherencia. Además, para evitar otorgar a los inversores “una segunda chance para revocar las decisiones de tribunales nacionales”, propuso la inclusión de disposiciones tendientes a aclarar la relación entre los sistemas internos y el arbitraje entre inversionista y Estado.

Malmström también discutió las cláusulas necesarias para abordar la preocupación “de que el arbitraje de inversión en el TTIP sea una barrera para la noble tradición de Europa en cuanto a la alta calidad de la regulación”. Esta inquietud es cada vez más generalizada en Europa. El 18 de abril, miles de personas en varias ciudades alemanas **protestaron en contra del TTIP** temiendo la erosión de estándares alimenticios, laborales y ambientales.

En el Parlamento Europeo, el Partido Popular Europeo favorece el arbitraje entre inversionista y Estado en el TTIP, pero **seis comisiones han redactado opiniones** en contra. Si bien no son vinculantes, estas opiniones serán tenidas en cuenta en el informe de la Comisión de Comercio Internacional, que será votado el 28 de mayo y presentado ante el Parlamento en junio de 2015.

Capítulo de Inversión del TPP: Reedición del TBI de Estados Unidos, con excepciones de ISDS

El 25 de marzo de 2015, se filtró un borrador de negociación del **Capítulo de Inversión** del Acuerdo Estratégico Trans-pacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés) datado el 20 de enero del corriente año.

El TPP ha estado bajo negociación durante cinco años entre Australia, Brunei, Canadá, Chile, los Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Dado que los borradores de los textos no fueron publicados, aquellos observadores interesados deben confiar en los documentos que se filtran periódicamente.

La mayor parte del último capítulo que se filtró fue un documento copiado y pegado del modelo de tratado bilateral de inversión (TBI) de Estados Unidos, con algunas diferencias. Las autorizaciones y contratos de inversión, normalmente dentro del ámbito de aplicación de los TBIs de Estados Unidos, aparecen entre corchetes, indicando que su inclusión aun no fue confirmada. Los requisitos de desempeño se encuentran ampliamente prohibidos, pero se agregó una excepción que cubre las “medidas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público”. Y los Estados reconocieron que la responsabilidad social empresarial debe ser alentada.

Varios países negociadores excluyeron ciertas medidas y sectores del ámbito de aplicación de la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés). Notablemente, en una nota al pie se indica expresamente que la ISDS no estará disponible para los inversores australianos ni para ser utilizada en contra de Australia. Sin embargo, esta referencia se encuentra seguida por una nota

bastante desconcertante: “la eliminación de la nota al pie está sujeta a determinadas condiciones”. No está claro qué Australia negociaría en cambio de su postura anti-ISDS.

India lanza Modelo de TBI para comentarios; Estados Unidos presiona para negociar

El 24 de marzo de 2015, el gobierno de la India publicó un borrador de su **modelo de tratado bilateral de inversión (TBI)** para recibir comentarios públicos a este respecto. Para el 11 de abril, fecha límite de entrega, 185 comentarios fueron publicados en el **foro online** de dicho gobierno. El nuevo texto reemplazará al modelo de 1993 del Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones Bilaterales (BIPA, por sus siglas en inglés) y los resultados del proceso de revisión inter-ministerial que comenzó a mediados de 2012.

El nuevo modelo de India incluye obligaciones, para los inversores y las inversiones extranjeras como así también para el Estado receptor, destinadas a garantizar que la inversión contribuya al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Los inversores y las inversiones que violen obligaciones relativas a corrupción, divulgación y tributación no recibirán los beneficios del tratado —y estarán sujetos a enfrentar contrademandas del Estado anfitrión—. Si bien conserva las disposiciones relativas a la solución de controversias entre inversionista y Estado, el modelo exige que el inversor extranjero agote los remedios administrativos y judiciales antes de iniciar arbitraje contra el Estado receptor.

Cada vez más preocupada por el arbitraje entre inversionista y Estado, **se ha reportado que India está considerando renegociar o denunciarsus TBIs** (actualmente, 83 firmados, 72 en vigencia). Pese a que dicho país no ha celebrado ningún tratado de inversión con los Estados Unidos, se sabe que, desde 2008, se han llevado a cabo negociaciones esporádicas. La finalización del nuevo modelo de la India ha motivado una **nueva ronda de conversaciones**, tal como lo indicó en marzo de 2015, la Secretaria de Estado Adjunta de Estados Unidos, Nisha Desai Biswal.

Convención de la CNUDMI sobre Transparencia abierta a la firma en Mauricio

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado fue abierta a la firma en una ceremonia oficial el 17 de marzo de 2015 en Mauricio.

Ahora también conocida como la **Convención de Mauricio sobre Transparencia**, el tratado es el resultado del trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la transparencia en los arbitrajes de inversión que se remonta al año 2010.

Otro producto de este trabajo, el **Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia** en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas en el marco de un tratado, fue adoptado en 2013 y ha estado en vigencia desde el 1 de abril de 2014. En el mismo, se exige la publicación de información básica, divulgación de documentos clave (incluyendo las decisiones del tribunal) y audiencias abiertas. El reglamento se aplica automáticamente a todos los procedimientos de arbitraje de la CNUDMI en virtud de un tratado celebrado después del 1 de abril de 2014.

Al firmar la Convención sobre Transparencia, un Estado se compromete a aplicar los estándares de transparencia establecidos en el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia a todo procedimiento de arbitraje entre inversionista y Estado en virtud de aquellos tratados celebrados *antes* del 1 de abril de 2014, aun cuando dichos tratados no se refieran al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Los primeros signatarios de la Convención de Mauricio fueron Alemania, Canadá, los Estados Unidos, Finlandia, Francia, Mauricio, el Reino Unido y Suecia. La misma entrará en vigor seis meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación.

Laudos y Decisiones

Tribunal de la CNUDMI concluye que evaluación ambiental conducida por Canadá violó el nivel de trato mínimo conforme al derecho internacional y el estándar de trato nacional

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware Inc. v. Gobierno de Canadá, CNUDMI

Marquita Davis

Antecedentes

En un laudo emitido el 17 de marzo de 2015, la mayoría de un tribunal regido por el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), compuesto por Bruno Simma (presidente) y Bryan Schwartz (nominado por el inversor), concluyó que la evaluación ambiental conducida por Canadá sobre el proyecto de una cantera y una terminal marítima propuesto por los inversores violó las disposiciones de nivel mínimo de trato y de trato nacional en virtud del capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El árbitro nominado por Canadá, Donald McRae, disintió firmemente con el análisis realizado por la mayoría del tribunal sobre los hechos y la aplicación del estándar contenido en el Artículo 1105 del TLCAN. Asimismo, el tribunal postergó el cálculo de los daños; los inversores —cuatro ciudadanos de Estados Unidos y una empresa constituida conforme al derecho estadounidense— inicialmente reclamaron \$300 millones.

En abril de 2002, se emitió un permiso para construir y operar una cantera en la provincia canadiense de Nova Scotia. En 2004, a través de una filial canadiense, la empresa demandante (Bilcon) adquirió la cantera y una terminal marítima en Whites Point (el Proyecto). Canadá y Nova Scotia establecieron un Panel de Revisión Conjunta (*Joint Review Panel*, JRP) para conducir una evaluación ambiental (EA) del Proyecto. Basándose en un informe del JRP de 2007, Nova Scotia y luego Canadá rechazaron el Proyecto por su incompatibilidad con “los valores fundamentales de la comunidad”*. Bilcon inició el arbitraje en junio de 2008, alegando defectos en el proceso y en el informe del JRP y en el consecuente rechazo del proyecto por parte de Canadá.

Al comienzo del análisis arbitral, el tribunal abordó las objeciones jurisdiccionales presentadas por Canadá, incluyendo que algunos demandantes no calificaban como “inversionistas”, que algunos reclamos eran extemporáneos y que los actos del JRP no podrían ser atribuidos a Canadá. Sin embargo, el tribunal admitió su jurisdicción y emprendió el análisis de los principales aspectos sustantivos del caso.

Mayoría declara que el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional se encuentra vinculado con la Nota de la Comisión de Libre Comercio, pero decide que el estándar ha evolucionado desde el caso Neer

Los inversionistas alegaron que el estándar de trato justo y equitativo (FET) del Artículo 1105 del TLCAN debe ser interpretado como una norma autónoma que comprende las expectativas legítimas del inversor, protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias y un requisito general de que el Estado “actúe razonablemente” (párrafo 359). Canadá refutó que el estándar no incluía obligaciones independientes tales como las expectativas legítimas, pero que las Notas Interpretativas de Ciertas Disposiciones del Capítulo Once de la Comisión de Libre Comercio (CLC) del TLCAN restringían el estándar FET al nivel mínimo de trato conforme al derecho consuetudinario internacional. El tribunal concordó con

Canadá que se encontraba obligado por la interpretación establecida en la Nota de la CLCy que había un “alto umbral” para la aplicación del Artículo 1105 (párrafo 441).

Posteriormente, el tribunal determinó que el estándar general para interpretar el Artículo 1105 tal como se encuentra articulado en *Waste Management* era la interpretación más apropiada. De acuerdo con *Waste Management*, “el nivel mínimo de trato del trato justo y equitativo es violado por una conducta atribuible al Estado y resulta perjudicial para el demandante si la conducta es arbitraria, manifiestamente inequitativa, injusta o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a un prejuicio sectorial o racial, o que involucra una falta de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la circunspección judicial” (párrafo 442).

Pero luego el tribunal decidió que una violación internacional no se limitaba a una conducta estatal “atroz”, porque el nivel mínimo actual de trato conforme al derecho internacional había evolucionado para brindar mayor protección que la dispensada en el caso *Neer*. Determinó que un tribunal debe ser sensible a los hechos, lo que incluye sopesar las representaciones elaboradas por el Estado receptor razonablemente consideradas por los inversores para determinar si hubo una violación del Artículo 1105 (párrafo 444).

Mayoría declara que Canadá infringió el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

Basándose en declaraciones específicas de funcionarios de Nova Scotia, e incluso en material relativo a la promoción de las inversiones y declaraciones de políticas generales de la provincia, el tribunal sostuvo que los inversionistas claramente fueron alentados en repetidas ocasiones a emprender el Proyecto. De acuerdo con el tribunal, Canadá llevó a los inversionistas a creer razonablemente que, sujeto al cumplimiento de las leyes federales y provinciales, el área de Whites Point no constituía una zona de “exclusión” de inversiones (párrafo 590), tal como concluyó la mayoría del tribunal a raíz de la evaluación del Panel de Revisión Conjunta (JRP, por sus siglas en inglés). En su opinión disidente, McRae alegó que el hecho de que los funcionarios de Nova Scotia alentaran la inversión minera y toda “expectativa legítima” consecuente, resultaba irrelevante para determinar si el JRP había cumplido con los estándares establecidos en el Artículo 1105. Afirmó que cualquier inversor hubiera tenido la expectativa de que las leyes canadienses fueran debidamente aplicadas durante una evaluación ambiental y que esta expectativa no tenía nada que ver con las garantías o estímulos brindados por los funcionarios provinciales.

La mayoría concluyó que la revisión era arbitraria debido a que el JRP no pudo determinar la viabilidad del Proyecto en base a criterios relativos a los “probables efectos adversos significativos después de la mitigación”. De acuerdo con la mayoría, el JRP excedió su mandato al adoptar, sin la debida notificación o autoridad jurídica, un nuevo estándar de evaluación sobre “los valores fundamentales de la comunidad”, que la mayoría del tribunal comparó con un referendo público sobre el proyecto.

Pese a que la mayoría del tribunal aclaró que un “mero error en el análisis jurídico o factual” (párrafo 594) no sería suficiente para alcanzar el alto umbral de responsabilidad internacional, determinó que la violación en este caso sí llegó a ese nivel. Primero, la mayoría consideró que los inversores tenían expectativas razonables e invirtieron recursos sustanciales y su reputación en el proceso del JRP. Segundo, tomó en cuenta la falta de notificación a los

inversionistas sobre el estándar de evaluación de los “valores fundamentales de la comunidad”. Por último, consideró que el JRP fundamentalmente se apartó del estándar de evaluación requerido por el derecho canadiense.

McRae criticó que la mayoría se haya basado en lo expresado por los expertos y testigos de los inversores para decidir sobre los asuntos alegados en el proceso de audiencia del JRP, señalando que no examinó los expedientes reales de la audiencia. Según el árbitro disidente, la mayoría del tribunal interpretó erróneamente la explicación del JRP sobre los “valores fundamentales de la comunidad”. Afirmó que un examen más detallado del informe real demostraba que el uso de los términos “valores fundamentales” y “valores fundamentales de la comunidad” por parte del JRP simplemente eran nombres dados para abordar los “efectos ambientales humanos”, un término que resultó ser un elemento clave dentro de los términos de referencia del JRP (párrafo 15). En su análisis, el JRP concluyó que los inversores no abordaron los efectos ambientales humanos en su Declaración de Impacto Ambiental, aun cuando en los términos de referencia el JRP se destacó la necesidad de atender dichos efectos. McRae rechazó la conclusión de la mayoría de que el JRP en efecto tomó una “decisión sobre la zonificación”, alegando que sus recomendaciones estaban basadas en detalles específicos del proyecto de los inversores (párrafo 27). También señaló que el JRP había brindado razones suficientes para justificar su decisión de no incluir medidas individuales de mitigación. Por último, McRae afirmó que la conclusión de la mayoría de que las acciones del JRP habían sido arbitrarias no se encontraba respaldada por ninguna evidencia o fundamento.

Finalmente, McRae alegó que aunque el informe del JRP fuera incompatible con el derecho interno, esto no resultaba suficiente para probar una violación del TLCAN, ya que dicha infracción no cumplió con el alto umbral establecido en el estándar de *Manejo de Residuos*. McRae afirmó que las acciones del JRP no eran arbitrarias, y que la mayoría del tribunal no pudo demostrar que se cumplieran otros elementos del estándar establecido en el *Manejo de Residuos*. McRae argumentó que, “[a]l tratar una posible violación del derecho canadiense como una violación del Artículo 1105 del TLCAN en sí misma [,] la mayoría de hecho introdujo una posibilidad de reclamar daños por lo que sería una violación del derecho canadiense, cuando éste no establece el reclamo de daños por una violación como tal” (párrafo 43).

Mayoría concluye que Canadá no dispensó trato nacional a la inversión de Bilcon

Bilcon alegó que Canadá le dispensó un trato menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales, al someterla aun método de revisión casi nunca utilizado por el JRP y al no aplicar el estándar sobre “probables efectos adversos significativos después de la mitigación”. Si bien el tribunal desestimó el primer reclamo por ser extemporáneo, admitió el segundo.

La mayoría del tribunal se rehusó a aceptar el intento de Canadá de restringir los comparadores de las inversiones o de los inversionistas en “circunstancias similares”, tales como aquellas que estaban experimentando el JRP más riguroso o aquellos proyectos obstaculizados por la comunidad local. Determinó, asimismo, que el lenguaje amplio contenido en el Artículo 1102 y en el objetivo general del TLCAN para incrementar materialmente las inversiones implicaba que la variedad de comparadores también debía ser más amplia.

De los casos comparados que involucraban canteras y que se desarrollaban en áreas costeras sensibles, al menos tres fueron sometidos a una evaluación de “significativos efectos posiblemente adversos”. Para la mayoría, esto no era suficiente para demostrar que los mismos recibieron un trato más favorable que los inversores. De esta manera, determinó que un Estado podría justificar su trato diferencial y adverso conforme a la prueba del caso *Pope & Talbot*, pero concluyó que Canadá no pudo justificar de manera convincente sus acciones.

McRae también objetó esta conclusión, señalando que los inversores fueron tratados de conformidad con el derecho canadiense.

Se desestiman otros reclamos de los inversores y la mayoría hace una salvedad del fallo

Los inversores reclamaron otras cuestiones relacionadas con la evaluación del JRP, pero la mayoría del tribunal dictaminó que estos factores no alcanzaban el nivel de responsabilidad internacional.

También decidió que era innecesario estimar si Canadá violó la disposición de nación más favorecida (NMF) ya que esto no afectaría la medida relativa a los daños.

Asimismo, la mayoría del tribunal se empeñó en subrayar que su conclusión en favor de los inversores no constituía una evaluación de leyes ambientales sustantivas de Canadá, sino que su decisión fue basada en los hechos específicos de los reclamos de los inversores y en el incumplimiento del informe del JRP con respecto a las leyes antes mencionadas.

McRae discrepó, señalando que la mayoría agregó un control a nivel internacional para que los inversores pudieran recusar las decisiones emitidas por paneles de revisión ambiental domésticos. Advirtió que se trataba de “una intrusión significativa a la jurisdicción interna y que crearía una paralización en las operaciones de los paneles de revisión ambiental” (párrafo 48). En su opinión, el aspecto más problemático de la decisión de la mayoría era que el Estado fue declarado responsable por los daños infringidos a un inversor por asignar gran valor a la manera en que el proyecto afectaba el ambiente humano y por tomar en cuenta la articulación de la comunidad para defender sus propios intereses y valores.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Bruno Simma, Bryan Schwartz y Donald McRae. El laudo dictado por la mayoría está disponible en <http://www.italaw.com/cases/documents/2984> y la opinión disidente en <http://www.italaw.com/cases/documents/2985>.

Tribunal del CIADI determina que confiscación de 2009 por Venezuela es una expropiación lícita y otorga US\$46,4 millones en compensación

Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/5

Matthew Levine

Una diferencia por servicios de soporte marítimo de gas y petróleo con Venezuela ha dado como resultado un laudo arbitral dictado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

El tribunal concordó con las demandantes, dos empresas del grupo Tidewater, en que la confiscación emprendida por el gobierno venezolano en 2009 constituyó una expro-

piación en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Barbados y Venezuela. De esta manera, otorgó US\$46,4 millones en compensación más intereses compuestos desde la fecha de la expropiación.

La suma por daños otorgada fue mucho menor a los US\$234 millones solicitados por las demandantes. El tribunal no admitió que la expropiación fuera ilícita en virtud del TBI en cuestión. Además, el análisis de los flujos de caja descontados (DCF, por sus siglas en inglés) llevaron a una evaluación del precio justo de mercado que resultó ser significativamente menor que la sugerida por las demandantes.

Antecedentes

SEMARCA, una empresa venezolana del grupo Tidewater, ha prestado servicios de transporte marítimo desde 1958. Desde 1975 en adelante, SEMARCA brindó estos servicios a filiales de la empresa petrolera estatal de Venezuela, PDVSA, en el marco de varios contratos.

El 7 de mayo de 2009, Venezuela promulgó la “Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos” (Ley de Reserva). Al día siguiente, el 8 de mayo de 2009, el gobierno venezolano emitió la Resolución No. 51, que identificó a las Demandantes, junto con otros 38 prestadores de servicios, como sujetos a la Ley de Reserva. Casi inmediatamente, los activos de SEMARCA en el Lago de Maracaibo, incluidos su sede central y 11 buques, fueron confiscados por las filiales de PDVSA y, posteriormente sus cuatro buques en el Golfo de Paria. Tidewater inició arbitraje en febrero de 2010.

En su Decisión sobre Jurisdicción de febrero de 2013, el tribunal desestimó los reclamos de seis de las ocho demandantes del grupo Tidewater. El tribunal admitió su jurisdicción únicamente sobre los reclamos presentados por Tidewater Caribe, C.A., una empresa venezolana propietaria de SEMARCA en todo momento, y por Tidewater Investment SRL, una empresa de Barbados propietaria de Tidewater Caribe, C.A., desde 2009 (conjuntamente referidas como Tidewater).

La confiscación de los activos de Tidewater tuvo efecto expropiatorio

El tribunal evaluó si la confiscación de los buques de Tidewater constituía una expropiación. Remarcó que el Artículo 5 del TBI sobre expropiación incluía una cláusula que es común en muchos tratados de inversión. Asimismo subrayó la cuestión del “efecto”, afirmando que “está admitido en el derecho internacional que la expropiación no necesita involucrar una toma del título de propiedad. Es suficiente que las medidas del Estado tengan un efecto equivalente” (párrafo 104).

Al determinar si las medidas del corriente caso tuvieron un efecto equivalente a la expropiación, el tribunal consideró de utilidad invocar los factores en los que se basó el tribunal del caso *Pope & Talbot*, es decir, si:

- La inversión ha sido nacionalizada o la medida es confiscatoria;
- El Estado ha tomado control de la inversión y dirige sus operaciones cotidianas;
- El Estado en este momento supervisa el trabajo de los empleados de la Inversión; y
- El Estado se queda con el producto de las ventas

de la compañía.

En la evidencia, incluyendo las declaraciones de los testigos de Tidewater y de las filiales de PDVSA, el tribunal concluyó que la expropiación había ocurrido debido a la confiscación física de los buques.

El tribunal también señaló que, “[m]ientras que la confiscación les habría tomado por sorpresa”, era natural que las Demandantes no aceptasen de manera inmediata este efecto. Además agregó que “el alcance de ese efecto sobre las inversiones de las Demandantes no fue finalmente claro hasta la confiscación de los buques restantes en Corocoro [en el Golfo de Paria] alrededor de dos meses más tarde. En estas circunstancias, los documentos de las Demandantes que confirman la continuidad de sus operaciones en este período de intervención son consistentes con una comprensión incipiente de que sus operaciones habían sido nacionalizadas” (párrafo 109).

Tidewater no puede determinar que la expropiación fuera ilícita

Tidewater intentó convencer al tribunal de que la falta de pago de indemnización por parte del gobierno tornaba ilícita a la expropiación en virtud del TBI. Analizando los alegatos de las partes, el tribunal revisó la jurisprudencia internacional desde el caso *Chorzow Factory* en adelante, en torno a la legalidad de una confiscación que no haya involucrado el pago de compensación justa. Asimismo, destacó arbitrajes de inversión recientes que han respetado el mismo enfoque. El tribunal del caso *Goetz v. Burundi*, por ejemplo, sostuvo que “al haberse cumplido todas las demás condiciones para una toma de posesión lícita, la ausencia de pago de una pronta y adecuada indemnización no era suficiente ‘para estigmatizar a esta medida como ilícita en virtud del derecho internacional’” (párrafo 135).

En este caso, Tidewater alegó que la toma era ilícita dado que el nivel de indemnización contemplado por Venezuela conforme a la Ley de Reserva no concordaba con el nivel requerido por el TBI. El tribunal observó que, si bien el TBI define que la indemnización que debe pagarse por expropiación es el valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación, la determinación del valor de mercado es delegada al tribunal.

Reclamo sobre Trato Justo y Equitativo rápidamente desestimado

Dado que el verdadero eje del reclamo no radica en la justicia procesal del trato dispensado por Venezuela a las demandantes, sino en la confiscación de sus bienes, el tribunal consideró simplemente impertinentes los reclamos de violación de trato justo y equitativo y los argumentos basados en trato nacional y de nación más favorecida.

Factores materiales de valor justo de mercado, tales como riesgo país, son determinados por el tribunal

El tribunal concluyó que determinar el valor justo de mercado por vía de referencia al valor de liquidación de los activos de la empresa o al valor contable de dichos activos, tal como propuso Venezuela, sólo sería apropiado si la misma no fuera una probada empresa en operación. Más bien, dado que SEMARCA no era una sociedad que cotizaba en bolsa y su negocio se limitaba a un país y a un cliente, un análisis de Flujos de Caja Descontados (DCF, por sus siglas en inglés) resultaba el método adecuado.

Dado que los informes de los expertos de las partes ten-

dían a contener cálculos extremadamente optimistas, el tribunal realizó su propia evaluación de cada una de las seis principales variables del análisis DCF; a saber: ámbito de actividad, cuentas por cobrar, flujos de caja históricos, riesgo de capital, riesgo país y riesgo comercial. En términos del riesgo país, el experto de las demandantes adoptó una prima de riesgo país del 1,5 % para atraer posibles compradores antes de la confiscación de 2009; mientras que los expertos de la demandada, se encontraron en la difícil posición de descontar un 14,75 % con respecto a los riesgos políticos percibidos. El tribunal consideró razonable la postura de la demandada adoptando una prima de riesgo país del 14,75%. En definitiva, el valor de mercado de los bienes expropiados fue significativamente menor al reclamado.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Campbell McLachlan QC (Presidente nominado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, ciudadano de Nueva Zelanda), Andrés Rigo Sureda (designado por la demandante, ciudadano español) y Brigitte Stern (nominada por la demandada, ciudadana francesa). El laudo final del 13 de marzo de 2015 se encuentra disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4206_0.pdf.

Se ordena a Venezuela el pago por expropiación ilegal de las inversiones de Owens-Illinois

OI EuropeanGroup B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/25

Martin Dietrich Brauch

Venezuela tuvo que pagar US\$372.461.982, más intereses, a una empresa de Owens-Illinois Group, uno de los mayores productores de contenedores de vidrio del mundo, por la expropiación de sus inversiones en Venezuela. Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) emitió el laudo respectivo el 10 de marzo de 2015.

Antecedentes y reclamos

La demandante, OI EuropeanGroup B.V. (O-I), es una empresa constituida conforme al derecho holandés. A través de dos empresas bajo su control –Owens-Illinois de Venezuela C.A. (OldV) y Fábrica de Vidrios los Andes C.A. (Favianca)– O-I poseía la mayor planta industrial de producción, procesamiento y distribución de contenedores de vidrio de Venezuela.

La intención de Venezuela de expropiar OldV y Favianca fue dada a conocer el 25 de octubre de 2010, cuando el entonces Presidente Hugo Chávez –durante una transmisión televisiva– ordenó al Vice Presidente la toma de las empresas. El Decreto de Expropiación fue emitido al día siguiente, indicando a la Procuraduría General que iniciase el procedimiento adecuado conforme a la Ley de Expropiación de 2002. Contingentes armados de la Guardia Nacional Bolivariana fueron enviados a las plantas para monitorear el acceso a las mismas y velar por los bienes expropiados.

Ante el apremio de los empleados, Venezuela tomó el manejo de las plantas pocos días después del Decreto de Expropiación, y la producción nunca se detuvo. La recientemente creada empresa estatal, Venvidrio, ha estado administrando las empresas desde el 30 de abril de 2011. Al momento de la emisión del laudo arbitral, el procedimiento de expropiación aún estaba en curso, y no se pagó compensación alguna.

En septiembre de 2011, O-I inició un arbitraje contra Venezuela en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Venezuela y los Países Bajos, alegando que dicho país violó las cláusulas y estándares del TBI sobre expropiación, trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), plena protección y seguridad física, libertad de transferencia y la cláusula paraguas (por medio de la violación de la Ley de Inversiones de Venezuela). O-I también solicitó resarcimiento por daños indirectos y morales, reclamando una suma total por daños de no menos de US\$929.544.714, más intereses.

Tribunal rechaza dos objeciones jurisdiccionales de Venezuela

Venezuela objetó que O-I no tenía una inversión cubierta, pero el tribunal razonó que los activos de O-I, por su propia naturaleza, cumplen con la definición de “inversión” conforme al TBI y al Convenio del CIADI y al objetivo de los tratados de promoción del desarrollo económico. Refiriéndose al caso *KT Asia v. Kazakhstan*, Venezuela refutó que, al adquirir las empresas a través de una reestructuración societaria, sin una contribución efectiva, O-I no realizó una “inversión”. Sin embargo, el tribunal también rechazó este argumento, señalando que O-I y Owens-Illinois Group habían adquirido las empresas legítimamente, que realizaron importantes contribuciones de capital y reinvertieron dividendos.

O-I también solicitó el resarcimiento de daños por US\$50 millones debido a las pérdidas que sufriría por causa de Venvidrio en el mercado brasilero. En la segunda objeción, Venezuela afirmó que los daños infringidos a las empresas de O-I fuera de Venezuela recaían fuera del ámbito de competencia del tribunal. Explicando que las cuestiones relativas a los daños estaban intrínsecamente ligadas a la determinación de la violación, el tribunal decidió tratar la objeción de Venezuela en la etapa de consideración de los méritos.

Tribunal sostiene que la expropiación fue ilegal

El principal reclamo de O-I era que Venezuela le expropió su inversión de manera ilícita. El tribunal concluyó que la expropiación fue llevada a cabo en pos del interés público (para favorecer el desarrollo interno) y que no fue discriminatoria, sino que se trató de una decisión estratégica, considerando que las empresas de O-I tenían el 60 por ciento del mercado de contenedores de vidrio. Sin embargo, también concluyó que la expropiación no había sido conducida conforme al debido proceso, ya que los bienes a ser expropiados no fueron precisamente identificados, y que Venezuela había demorado el pago de la compensación injustificadamente.

Expropiación ilegal también constituye violación FET, declara el tribunal

Después de realizar un análisis de la cláusula FET contenida en el TBI, el tribunal sostuvo que este estándar impone la obligación a Venezuela de tratar a los inversores extranjeros de conformidad con el derecho internacional y, en particular, sin arbitrariedad o discriminación. Para el tribunal, dado que la expropiación era ilícita porque Venezuela no cumplió con el debido proceso y que no indemnizó a O-I, también violó el FET, “ya que resulta difícil imaginar una expropiación directa ilícita que no implique una violación de ese estándar” (párrafo 501). Venezuela también fue responsabilizada de haber actuado de manera arbitraria al tomar el control de las plantas de producción de O-I

a través de actos administrativos infundados, cuyo verdadero fin fue el de evitar la obtención de una orden judicial tal como lo requiere la Ley de Expropiación.

Reclamos de plena protección y seguridad, libertad de transferencias y cláusula paraguas

El tribunal concordó con la defensa de Venezuela de que, al enviar a la Guardia Nacional a las plantas durante las primeras semanas posteriores a la expropiación, el país estaba asegurando el cumplimiento del estándar de plena protección y seguridad en lugar de violarlo. También favoreció a Venezuela al afirmar que O-I renunció a su derecho a la libre transferencia amparado por el tratado cuando optó por transferir fondos a través del mercado cambiario paralelo. Sin embargo admitió el reclamo relativo a la cláusula paraguas, considerando la violación de la Ley de Inversiones por parte de Venezuela como una violación de tratado.

No hay fundamentos suficientes para respaldar reclamo de daños morales

O-I demandó US\$10 millones por daños morales que, según alegó la empresa, sufrió durante los seis meses siguientes a la expropiación. Alegando que la conducta fue “atroz” (párrafo 904) durante dicho período, O-I hizo referencia a algunos de los hechos antes reclamados como violaciones de los estándares FET y plena protección y seguridad. Sin embargo, el tribunal sostuvo que O-I no describió apropiadamente los hechos y sus efectos. Concluyó que la demandante no podría demostrar que los funcionarios venezolanos acosaron o amenazaron a los empleados para que siguieran trabajando en las plantas, o que fueran físicamente agresivos o amenazantes al tratar con las empresas, o que hayan causado un sufrimiento físico o pérdida de la reputación a O-I o a sus agentes.

Daños, costos y costas

El tribunal analizó en profundidad el cálculo de los daños pagaderos a O-I por la expropiación. Finalmente adoptó el método de flujo de caja descontado (FCD), y concluyó que el valor de mercado de las empresas expropiadas, tal como fue calculado por los expertos, era razonable y fue confirmado por metodologías alternativas. El valor de ambas empresas fue estimado en US\$510.340.740. Tomando en cuenta la participación accionaria de O-I de un 72,983 por ciento de las empresas, el tribunal le otorgó a O-I la suma de US\$372.461.982 por daños. También aplicó una tasa de interés anual LIBOR más 4%, e intereses compuestos, debiendo dicho monto ser capitalizado anualmente desde la fecha del Decreto de Expropiación hasta la fecha del pago.

Al momento de determinar los costos, el tribunal consideró que O-I tuvo éxito en la mayoría de sus reclamos. Ordenó a Venezuela que reembolse a O-I por su contribución de US\$500.000 para cubrir los costos del procedimiento, y que pague US\$5.750.000 por gastos razonables de defensa, más intereses posteriores al laudo.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Juan Fernández-Armesto (Presidente nominado por el Presidente del Consejo Administrativo, ciudadano español), Alexis Moure, (designado por las demandantes, ciudadano francés) y Francisco Orrego Vicuña (nominado por la demandada, ciudadano chileno). El laudo se encuentra disponible, sólo en español, en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4209.pdf>.

Tribunal declara que Rumania infringió el Trato Justo y Equitativo

Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. & Alpha El Corporation v. Rumania, Caso CIADI No. ARB/10/13
Joe Zhang

En un laudo dictado el 2 de marzo de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) concluyó que Rumania violó el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) celebrado entre Rumania y Estados Unidos en 2012. El tribunal otorgó a los demandantes más de €7,7 millones en compensación y costas y costos del arbitraje, más intereses, desestimando los reclamos de expropiación por más de €400 millones.

Antecedentes

El procedimiento fue iniciado en 2010 por Hassan Awdi (ciudadano de Estados Unidos) y por dos empresas estadounidenses controladas por el mismo. Los demandantes alegaron que Rumania violó el TBI a raíz del trato dispensado a sus inversiones, es decir a Rodipet S.A., una empresa minorista de distribución de prensa anteriormente de propiedad estatal adquirida por los inversores a través de un proceso de privatización, y Casa Bucur, una propiedad histórica que compraron a Rumania y la remodelaron para transformarla en un lujoso hotel y restaurant.

En particular, los demandantes recusaron dos decisiones judiciales de Rumania. Primero, la decisión del Tribunal Constitucional de dicho país, por medio de la cual se declaró inconstitucional la Ley 442. Esta ley otorgaba a Rodipet el derecho de concesión a largo plazo sobre las tierras que comprendían 1.400 quioscos de periódicos y revistas ya existentes en todo el país y los que construyera con posterioridad. Segundo, la decisión emitida por la Corte Suprema de Rumania determinando que la Casa Bucur debía ser restituida a sus dueños originales.

Al comienzo del procedimiento, Rumania objetó la jurisdicción del tribunal y la admisibilidad de los reclamos, alegando varias razones. Descartando todas las objeciones jurisdiccionales, el tribunal declaró culpable a Rumania de violar el estándar FET en dos ocasiones diferentes, pero rechazó los reclamos presentados por los demandantes respecto a la expropiación y denegación de justicia.

Nueva revisión de la “inversión” en virtud del Convenio del CIADI

Rumania objetó la jurisdicción del tribunal afirmando que la presunta inversión del Sr. Awdi y del grupo de empresas (AwdiGroup), de las cuales era propietario directa e indirectamente, era “un carrusel de transacciones vertiginosas” destinado a “despojar a Rodipet de sus negocios y bienes” (párrafo 137). Rumania también reclamó que, durante la privatización de Rodipet, ninguno de los demandantes hizo una contribución activa en el país y alegó que su práctica constituía una desinversión más que una inversión.

El tribunal rechazó la objeción de Rumania de que según los criterios *Salini*, en particular, el requisito de contribuir al desarrollo del Estado receptor, debería ser interpretado como parte del término “inversión” en el marco del Convenio del CIADI. Remarcó que, en cambio, el significado del término “inversión” debería ser interpretado exclusiva y estrictamente como se encuentra expresado en el TBI, sin lugar a adición o sustracción alguna. Prosiguió afirmando que la definición abierta, basada en bienes, contenida en el TBI tornaba suficiente el vínculo entre los demandantes y las inversiones a los fines de determinar la jurisdicción del tribunal.

Rumania también recusó la jurisdicción alegando que el Sr. Awdi sólo poseía una participación minoritaria en Rodipet a través de un acuerdo indirecto. Subrayando que el TBI cubría las inversiones “de propiedad o bajo control directo o indirecto de nacionales o empresas de la otra Parte”, el tribunal rechazó la objeción de Rumania. Reconociendo que tanto los accionistas minoritarios como los indirectos tienen derecho a “entablar reclamos relativos al tratado de inversión [...] dentro de los límites de su participación accionaria” (párrafo 194), el tribunal concluyó que el Sr. Awdi, pese a ser un accionista minoritario, dominaba la estructura de toma de decisiones de la entidad que adquirió Rodipet y, por lo tanto, poseía el control *de facto* suficiente para establecer la jurisdicción.

Proceso penal en curso insuficiente para admitir recusación relativa a la inadmisibilidad

Rumania objetó la admisibilidad de los reclamos, alegando que las inversiones de los demandantes eran ilícitas y que fueron realizadas de mala fe. El Sr. Awdi fue sometido a tres investigaciones y procesos penales diferentes en Rumania. Fue absuelto por el tribunal de primera instancia en uno de los procedimientos relacionados con acusaciones de tráfico de personas, pero fue hallado culpable en otro procedimiento, confirmado por un tribunal de apelación. El tercer procedimiento aún estaba pendiente de resolución. El tribunal determinó que esta divergencia en los resultados de las investigaciones y procedimientos tornaba imposible establecer una evidencia convincente para probar los argumentos presentados por Rumania.

Se desestima recusación relativa a bifurcación debido a la falta de litigio paralelo

Rumania también presentó objeciones de admisibilidad alegando que los demandantes habían intentado resolver la diferencia en torno a la Casa Bucur ante los tribunales rumanos, y que por lo tanto, deberían ser impedidos de presentarla a este tribunal, dado que el TBI contiene una cláusula de bifurcación. Remarcando que el proceso legal fue anulado debido a la falta de pago de las costas por parte de los demandantes y que la diferencia nunca fue atendida por dichos tribunales, el tribunal del CIADI rechazó la recusación presentada por Rumania y determinó que no había un litigio paralelo, y por ende, esto no daba lugar a la aplicación de la cláusula de bifurcación.

Revocación de la Ley 442 constituyó una violación de FET, pero no hubo expropiación ni denegación de justicia

Avocándose a los méritos, el tribunal rechazó el argumento de los demandantes de que la Ley 442 en sí misma constituía una concesión de tierras, pero concordó con la objeción presentada por Rumania de que la ley solamente le otorgaba derecho a negociar tal concesión, que no estaba cubierta por el TBI como una inversión, y por lo tanto, no podía ser objeto de reclamos de expropiación. Además, rechazó el alegato de los demandantes de que el procedimiento del Tribunal Constitucional rumano por medio del cual se revocó la Ley 422 era “tan notoriamente erróneo bajo el derecho internacional” que garantizaría una determinación de denegación de justicia o un trato arbitrario o discriminatorio (párrafo 326).

Aun así, el tribunal consideró que la revocación de la Ley 442, combinado con la falta de Rumania al no brindar ninguna medida alternativa para remediar la situación, constituía una violación de los compromisos asumidos por dicho país conforme al Contrato de Privatización de Rodipet, de hacer “todos los esfuerzos razonables” para facilitar la concesión de las

tierras de Rodipet, en los cuales se basaron los demandantes para realizar la inversión. De acuerdo con el tribunal, dicha falta de acción, después de que la promulgación de la Ley 442 creara expectativas legítimas relevantes, dieron como resultado una violación del estándar FET en virtud del TBI.

La restitución de Casa Bucur a su dueño original no constituye expropiación, pero los demandantes tenían una expectativa legítima de recuperar el precio de compra

El tribunal también declaró responsable a Rumania de otra violación de trato justo y equitativo en relación con la disputa sobre la Casa Bucur. La compra de esta propiedad fue realizada cuando Rumania estaba reformando su legislación de propiedades y restituyendo muchos edificios históricos estatales a sus dueños originales. La evidencia muestra que la Casa Bucur había sido disputada durante mucho tiempo por diferentes partes interesadas. También demostró que los demandantes tenían conocimiento y asumieron expresamente la falta de certeza que existía en torno a la titularidad y el riesgo de restitución de la propiedad al momento de su adquisición. Eventualmente esta propiedad fue tomada y restituida a su dueño original en conformidad con un fallo emitido por la Corte Suprema de Rumania. Los demandantes alegaron que el resultado fue un “ejemplo de libro de una expropiación” (párrafo 426).

El tribunal no concordó con lo antedicho. Concluyó que los demandantes tenían, de hecho, pleno conocimiento de los riesgos y falta de certezas al comprar la propiedad. Sin embargo, el tribunal remarcó que los demandantes tenían una expectativa legítima de que, si el riesgo se materializaba, al menos el precio de compra les sería devuelto. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que Rumania, al no restituir a los demandantes el precio de compra, infringió el estándar FET bajo el TBI.

Daños

El tribunal otorgó a los demandantes aproximadamente €7,5 millones en compensación por la violación del trato justo y equitativo con relación a Rodipet y aproximadamente €147.000 en el caso de Casa Bucur. Ambas sumas fueron basadas en los costos irre recuperables por los demandantes. Además, el tribunal también determinó que Rumania debía reembolsar a los demandantes US\$ 1 millón como parte de las costas y costos legales y otorgó a los mismos aproximadamente €482.000 por la mitad de los gastos incurridos para obtener acceso a documentos confiscados por el gobierno. Todos los otros fundamentos para determinar la compensación, a solicitud de los demandantes, incluyendo la pérdida de ganancias y de posibles ventas futuras, fueron rechazados por el tribunal.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Piero Bernardini (Presidente nominado por acuerdo de los co-arbitros, ciudadano italiano), Hamid Gharavi (designado por los demandantes, ciudadano francés e iraní) y Rudolf Dolzer (nominado por la demandada, ciudadano alemán). El laudo está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4208.pdf>.

Tribunal declara abuso de proceso en reestructuración societaria de demandantes; Perú recupera gastos

Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. v. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/11/17

Martin Dietrich Brauch

En un laudo dictado el 9 de enero de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó por razones jurisdiccionales el reclamo presentado por Renée Rose Levy (ciudadana francesa)

y Gremcitel S.A. (Gremcitel) contra Perú. El tribunal concluyó que hubo un abuso de proceso en la reestructuración societaria llevada a cabo por las demandantes, cuyo único objetivo era el de obtener acceso a arbitraje contra Perú en virtud del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Francia y Perú.

Antecedentes fácticos

El Morro Solar es un sitio histórico de Perú, protegido por el derecho peruano desde 1977. En 1995, Levy Group compró terrenos en las inmediaciones del Morro Solar para desarrollar el proyecto de bienes raíces y turismo Costazul. Entre 2003 y 2004, los terrenos y los derechos del proyecto fueron consolidados bajo la empresa demandante Gremcitel, incorporada por Levy Group en Perú.

En 2001, Levy Group presentó una propuesta ante el Instituto Nacional de Cultura del Perú (INC) para la delimitación histórica del Morro Solar. En 2013, el INC decidió que no había razones para retirar el estatus de protección del sitio, exigiendo a Levy Group que presentase un proyecto especificando la prospección y excavación de los terrenos en el lugar, y subrayando que cualquier plan de desarrollo urbano dependería de la aprobación del INC.

El INC también creó una comisión para estudiar la delimitación del Morro Solar. Los estudios fueron concluidos con el informe de 2005, y una resolución de 2007, basada en dicho informe, formalizó la delimitación. Justo un día después de que la resolución de 2007 fuera emitida, el control directo de Gremcitel fue transferido a la demandante, la Sra. Levy.

Levy y Gremcitel presentan reclamos de FET

Para la Sra. Levy y Gremcitel, la resolución de 2007 imponía sobre sus tierras un estatus de intangibilidad que no existía anteriormente, frustrando sus expectativas legítimas para el desarrollo del proyecto Costazul. En mayo de 2011, iniciaron el arbitraje, alegando que Perú había violado el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) en el marco del TBI y solicitando una indemnización por daños, cuantificados por un experto en US\$41 mil millones.

El estatus de las demandantes como “inversoras” cuando surgió la controversia

La primera objeción de Perú a la jurisdicción del tribunal fue que las demandantes no habían demostrado que eran “inversoras” conforme al significado del TBI y del Convenio del CIADI cuando los acontecimientos dieron lugar a la controversia. El tribunal razonó que el “tratado debe estar en vigencia y el nacional o sociedad ya debe haber realizado su inversión cuando ocurre la supuesta violación, para que el Tribunal tenga jurisdicción sobre una violación de los estándares sustantivos del Tratado” (párrafo 146). Perú también afirmó que “la fecha crítica es aquella en que el Estado adopta la medida controvertida, incluso cuando dicha medida represente la culminación de un proceso o serie de sucesos” (párrafo 146). Estableciendo la fecha de publicación de la resolución de 2007 como la fecha crítica, el tribunal concluyó que tanto la Sra. Levy (en su carácter de ciudadana francesa) como Gremcitel (por ese entonces bajo el control directo de la Sra. Levy) cumplían con los requisitos personales y temporales para calificar como “inversoras”.

Abuso de proceso evita que el tribunal pueda ejercer su jurisdicción

Perú alegó que el control de Gremcitel fue transferido a Levy debido a su nacionalidad francesa, con el único fin de permitir a Levy Group entablar una reclamación de tratado en una diferencia que “era existente o previsible, y por lo demás puramente doméstica” (párrafo 85). Alegando que constituía

un abuso de proceso, Perú objetó la jurisdicción del tribunal.

El tribunal razonó que una reestructuración llevada adelante con la intención de invocar la protección del tratado no es ilegítima en sí misma. Sin embargo, llevar esto a cabo para invocar protecciones de tratado podría constituir un abuso de proceso si una controversia futura específica es “previsible [...] como una probabilidad muy alta y no meramente como una posible controversia”, según la prueba del caso *PacRim v. El Salvador* (párrafo 185). El tribunal coincidió con las demandantes que no podría presumirse un abuso de derecho, sino que requiere que haya un alto umbral que sólo puede ser alcanzado “en circunstancias muy excepcionales,” de acuerdo con el caso *Chevron and Texaco v. Venezuela* (párrafo 186). Posteriormente, citó el caso *Mobil v. Venezuela* al tomar en cuenta “todas las circunstancias del caso” (párrafo 186) para determinar si, cuando Levy adquirió el control de Gremcitel, la diferencia era “previsible como una probabilidad muy alta”.

Para el tribunal, no fue una merca coincidencia que la transferencia de las acciones de Gremcitel a la Sra. Levy fuera perfeccionada “con gran apremio” y un día antes de que la resolución de 2007 fuera emitida. El tribunal estaba convencido de que las demandantes –a través de sus contactos en el INC– tuvieron conocimiento del contenido del informe de 2005 y pudieron prever que la delimitación de los terrenos sería formalizada en 2007.

Las demandantes explicaron que la transferencia de acciones fue el resultado de una decisión familiar de internacionalizar el proyecto. Sin embargo, el tribunal no pudo explicarse como la transferencia de acciones a un miembro de la familia con nacionalidad extranjera internacionalizaría el proyecto; más bien, coincidió con el Perú que la única intención por detrás de la transferencia era internacionalizar la *diferencia doméstica* que cristalizaría de forma inminente para lograr acceso a arbitraje CIADI (párrafo 191).

Además, el tribunal consideró “extremadamente serio” que las demandantes hayan intentado, por medio de documentos que no solo han resultado “no ser fiables, si no claramente engañosos”, demostrar que la Sra. Levy ya era una accionista indirecta de Gremcitel en 2005 (párrafo 194). En la audiencia, la notario pública admitió que en dos ocasiones, por pedido de las demandantes, había alterado la fecha de las resoluciones corporativas relacionadas con la transferencia de las acciones. Las demandantes utilizaron estos documentos para intentar fabricar la jurisdicción del tribunal, lo cual a su entender, adjudica a las demandantes “un patrón de conducta manipuladora que arroja una luz negativa sobre sus acciones” (párrafo 194).

A la luz de las circunstancias, el tribunal concluyó que la reestructuración societaria en virtud de la cual la Sra. Levy se convirtió en la principal accionista de Gremcitel constituyó un abuso de proceso, lo cual impide la jurisdicción del tribunal en esta diferencia. Basándose en consideraciones de economía procesal, el tribunal afirmó que era innecesario abordar la tercer objeción jurisdiccional presentada por Perú –es decir, que las demandantes no poseían una “inversión”, ya que no pudieron demostrar que tenían derecho a desarrollar el proyecto Costazul, y que no hicieron ninguna contribución monetaria ni corrieron riesgo alguno–.

Perú obtiene laudo sobre costos

Basándose en la determinación de un abuso de proceso por parte de las demandantes, el tribunal ordenó que las mismas pagasen la totalidad de los gastos del proceso, incluyendo los honorarios de los árbitros.

Las costas totales de las demandantes se elevan a más de US\$1,5 millones, mientras que las de Perú llegan a casi US\$5,3 millones. Para el tribunal, esta disparidad muestra que las demandantes buscaron minimizar los gastos del proceso, que no es el caso de Perú. Por lo tanto, ordenó a las demandantes pagar a la demandada US\$1,5 millones como aporte a los gastos y honorarios de la misma, o sea la misma suma que las demandantes consideraron necesaria para presentar el caso.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente nominada por el Presidente del Consejo Administrativo, ciudadana suiza), Eduardo Zuleta (designado por las demandantes, colombiano) y Raúl E. Vinuesa (nominado por la demandada, ciudadano argentino y español). El laudo está disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5652_En&caselId=C1640.

Tribunal de la CNUDMI declara denegación de justicia por parte de tribunales indonesios, pero deniega daños al demandante debido a manos sucias

Hesham T. M. Al Warraq v. República de Indonesia, CNUDMI Marquita Davis

En un laudo dictado el 15 de diciembre de 2014, un tribunal regido por el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) declaró que hubo denegación de justicia en un proceso penal en ausencia, llevado a cabo por Indonesia contra el demandante Hesham T. M. Al Warraq, un ciudadano saudita.

Pese a encontrar que Indonesia infringió sus obligaciones de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) conforme al acuerdo de inversión de la Organización de la Conferencia Islámica (Acuerdo OIC), la mayoría del tribunal determinó que la demanda de expropiación presentada por Warraq era inadmisibles dado que violó su obligación de respetar las leyes de Indonesia en virtud del Acuerdo OIC. El tribunal desestimó las contrademandas presentadas por Indonesia en base a los méritos y concluyó que las partes debían asumir sus propios gastos legales y compartir los costos del arbitraje.

Antecedentes

En 2004, Warraq se convirtió en el único accionista de First Gulf Asia Holdings Limited (FGAH), una empresa de las Bahamas, que había adquirido las acciones de tres bancos de Indonesia que eventualmente se fusionaron para convertirse en Bank Century. Al momento del arbitraje, FGAH poseía aproximadamente US\$14 millones en acciones de Bank Century.

En octubre de 2008, Bank Century estaba experimentando inconvenientes en su liquidez. Warraq, como accionista mayoritario, y otros accionistas firmaron una carta de compromiso con Bank Indonesia, el Banco Central de Indonesia, para ejecutar estrategias de rescate. En noviembre de 2008, Bank Century solicitó apoyo de liquidez a corto plazo a Bank Indonesia, que aprobó una operación de rescate de Bank Century y lo sometió a una “supervisión especial” y, posteriormente, a la administración de la Agencia de Seguros de Depósitos de Indonesia.

Se dio inicio a varias investigaciones para atender los reclamos públicos que rodean la ilegalidad de la operación de rescate. Bank Indonesia denunció a Warraq ante la Policía Nacional por irregularidades bancarias. A esto le siguió una investigación penal de Warraq y otros en relación al colap-

so de Bank Century. En diciembre de 2008, se emitió una orden judicial para el arresto de Warraq y en marzo de 2010 fue acusado de fraude bancario, administración fraudulenta y transferencia ilegal de fondos bancarios. Warraq no viajó a Indonesia para el proceso judicial, temiendo no ser sometido a un juicio justo. Su juicio fue conducido en su ausencia, y el 16 de diciembre de 2010 fue condenado por varios delitos; y como resultado, se le confiscaron al rededor de US\$230.000 de sus bienes. Warraq inició el proceso de arbitraje el 1° de agosto de 2011.

Warraq califica como “inversor” conforme al Acuerdo OIC

Warraq alegó que calificaba como inversor en virtud de ser dueño de FGAH y por su ciudadanía saudita, mientras que Indonesia rebatió que el Acuerdo OIC sólo otorgaba protección a “inversiones directas”. Razonando que el Acuerdo OIC no exige explícitamente que los inversionistas posean capital directamente, el tribunal acordó que Warraq calificaba como inversor “por ser accionista indirecto de Bank Century a través de FGAH” (párrafo 517).

Tribunal rechaza reclamo de que el rescate de 2008 constituye una expropiación

Posteriormente el tribunal evaluó el reclamo de que la operación de rescate de Bank Century por Bank Indonesia y su participación resultante en Bank Century constituía una expropiación de la inversión de Warraq. Favoreciendo a Indonesia, el tribunal sostuvo que Warraq tenía pleno conocimiento y consintió los términos del rescate y seguía teniendo el control sobre sus acciones antes dicha operación. Además concluyó que Indonesia tenía la discreción y autoridad para iniciar el rescate.

La supervisión de Bank Century por Bank Indonesia no fue negligente

Warraq alegó que la supervisión negligente de Bank Century por parte de Bank Indonesia constituyó una expropiación. Apoyado por la declaración de un experto de Indonesia, quien afirmó que la debilidad en la supervisión no alcanzó el nivel umbral de negligencia, el tribunal desestimó su reclamación, concluyendo que Bank Indonesia ejerció “la suficiente diligencia en sus funciones supervisoras” (párrafo 538).

Se desestiman reclamos de expectativas legítimas y protección y seguridad adecuadas

Warraq planteó un reclamo sobre expectativas legítimas en torno a la supervisión del Bank Century por parte de Bank Indonesia. El tribunal lo rechazó declarando que el deber de cuidado de Bank Indonesia correspondía en forma primaria respecto de los depositarios y no de los inversionistas de cartera tales como Warraq.

También rechazó el reclamo de que Indonesia violó su obligación de brindar “protección y seguridad adecuadas” durante el rescate y supervisión de Bank Century. Además, señaló que el país receptor tenía la obligación de brindar “una medida de protección no más que razonable, que se podría esperar de un gobierno bien administrado en circunstancias similares” (párrafo 625), y que Indonesia había cumplido con este estándar.

Finalmente, desestimó el reclamo de Warraq de que Indonesia no cumplió con su obligación de brindar protección y seguridad adecuadas cuando infringió los derechos de debido proceso del demandante durante el juicio, porque determinó que la protección solo se extendía a las “inversiones” y no a los “inversores”.

Tribunal rechaza argumento de que el Acuerdo OIC da derecho a los inversores a juicio justo

El Artículo 10 del Acuerdo OIC dispone “derechos básicos” para los inversionistas. El demandante alegó que estos abarcaban “derechos fundamentales” y “derechos humanos, civiles y políticos codificados en el derecho internacional” (párrafo 519), incluyendo el derecho a un juicio justo contenido en el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés).

El tribunal determinó que “derechos básicos” se refiere solo a “derechos básicos de propiedad” relacionados con la propiedad, uso, control y ejercicio de la inversión. Sin embargo, remarcó que reevaluaría el argumento al momento de examinar el reclamo sobre trato justo y equitativo.

Se importa disposición FET a través de cláusula de NMF

Pese a que el Acuerdo OIC no contiene ninguna disposición sobre trato justo y equitativo (FET), Warraq pretendió importar la obligación FET contenida en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre el Reino Unido e Indonesia por medio de la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) del Acuerdo OIC. Indonesia objetó que la disposición de NMF sólo podía aplicarse dentro del contexto de la misma actividad económica y que ambos tratados regían diferentes actividades. El tribunal importó la cláusula FET, razonando que el objeto y propósito del Acuerdo OIC, tal como se subraya en el preámbulo, era la promoción y protección de las inversiones, que confería una amplia gama de derechos a los inversores.

FET y el ICCPR

El tribunal enfatizó que los Estados no tenían obligación bajo el derecho internacional de brindar un “sistema perfecto de justicia sino un sistema jurídico donde se eviten y corrijan errores graves” (párrafo 620). Subrayó que había una vara alta para determinar la denegación de justicia y declaró que este hecho constituía una violación del FET. Según el tribunal, el ICCPR era un vehículo pertinente para medir el cumplimiento de los tribunales de Indonesia de los estándares internacionales de debido proceso para determinar si ocurrió una denegación de justicia. Para esto, sin explicar los elementos de la norma FET en sí misma, el tribunal se basó específicamente en el ICCPR, que interpretó que contenía obligaciones legales vinculantes para Indonesia como Estado parte. También determinó que, más allá de las disposiciones explícitas, el ICCPR impone un principio vinculante general de “buena fe” sobre los Estados.

El tribunal afirmó que “toda persona acusada de un delito penal posee el derecho primario, inalienable de hallarse presente en el proceso y a defenderse” según el ICCPR (párrafo 564), pero declaró que un proceso *in absentia* no constituía una violación automática del ICCPR. Asimismo, concluyó que Warraq no había sido debidamente notificado de la acusación penal o de su condena, no fue llamado a declarar, y no se le permitió designar a un defensor durante el juicio y el proceso de apelación. Por lo tanto, Indonesia no cumplió con las salvaguardias procesales básicas establecidas en el ICCPR, lo cual constituyó una denegación de justicia, violando también la norma FET.

Luego el tribunal desestimó los reclamos de Warraq de que el presunto pedido de coimas por parte de funcionarios de Indonesia constituía una violación del FET, citando tanto la falta de pruebas como de conexión entre la conducta alegada y la privación de la inversión de Warraq.

Violación del Acuerdo OIC por demandante torna inadmisibles reclamos por daños

El Artículo 9 del Acuerdo OIC contiene la obligación explícita de que los inversionistas observen determinadas normas de conducta y que se abstengan de llevar a cabo una actividad ilícita.

El tribunal concluyó que Warraq intervino en seis tipos de fraude bancario e incumplió la obligación asumida en virtud del Artículo 9 de no actuar de manera “perjudicial para el interés público”, al no tener pleno conocimiento de sus obligaciones, bajo el derecho de Indonesia, en su carácter de único miembro de la Junta de Comisionados de Bank Century.

Invocando la doctrina de “manos limpias”, la mayoría del tribunal sostuvo que, debido a que Warraq violó el derecho de Indonesia, él mismo se privó de las protecciones conferidas en virtud del Acuerdo OIC, y por lo tanto, su reclamo por daños fue declarado inadmisibles. Un árbitro objetó que la doctrina de “manos limpias” tornara el reclamo de Warraq inadmisibles, y que su legalidad no guardaba relación con la adquisición de su inversión. Señaló que Warraq debería tener derecho a reclamar daños por los gastos jurídicos incurridos en relación con su errónea condena.

Tribunal confirmó su jurisdicción sobre contrademandas, pero desestimó todas en base a los méritos

Basándose en la autorización específica contenida en el Acuerdo OIC, el tribunal confirmó su jurisdicción sobre las contrademandas de Indonesia en cuanto al presunto fraude bancario de Warraq. Pese a que las contrademandas guardaban estrecha relación tanto con la inversión como con los reclamos que involucraban el rescate, el proceso no pasó la etapa de consideración de los méritos porque Indonesia no pudo determinar la responsabilidad personal de Warraq más allá de todos los individuos y entidades pertinentes que no eran partes del arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Bernardo M. Cremades (Presidente nominado por acuerdo de los co-árbitros), Michael Hwang (designado por el demandante) y Fali S. Nariman (nominado por la demandada). El laudo final se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4164.pdf>.

Después de notificación de retiro presentada por demandante, la República Checa obtiene laudo por costos

Forminster Enterprises Limited (Chipre) v. República Checa, CNUDMI

Joe Zhang

En un laudo final con fecha del 5 de diciembre de 2014, un tribunal regido por el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) determinó que el inversor no podría terminar unilateralmente este proceso arbitral al retirar su notificación de arbitraje y le ordenó reembolsar a la República Checa por todos los costos y gastos incurridos en relación con el mismo.

Antecedentes

El 9 de enero de 2014, la empresa demandante establecida en Chipre, Forminster Enterprise Limited (Forminster), presentó una notificación de arbitraje contra la República Checa, reclamando que este país había expropiado su inversión en violación del tratado bilateral de inversión (TBI) celebrado entre República Checa y Chipre. La República Checa acusó recibo de la notificación de arbitraje el 21 de enero.

Pocas semanas después, el 6 de febrero, Forminster envió

una notificación de retiro a la República Checa, señalando que cambiaría de foro “para tomar otro curso de acción” (párrafo 14). En la misma carta, Forminster reclamó que, dado que el tribunal arbitral no había sido constituido, el proceso debería ser terminado sin perjuicio, luego de la remisión de la carta.

El 26 de febrero, la República Checa respondió la notificación de retiro de Forminster, objetó la cancelación del procedimiento y reservó sus derechos a reclamar los costos del arbitraje. Un mes después, se constituyó un tribunal compuesto por tres miembros bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (Reglamento de la CNUDMI).

El 10 de julio, la República Checa realizó su primera y única presentación, solicitando al tribunal que terminase el procedimiento y dictara a su favor todos los costos y gastos incurridos en el proceso.

Por su lado, en su presentación del 11 de agosto, Forminster alegó que el arbitraje debería haber sido cancelado después de su notificación de retiro, ya sea como consecuencia de la notificación en sí misma, o debido a que el procedimiento se había tornado “innecesario” según lo establecido en el Artículo 34(2) del Reglamento de la CNUDMI. Además, argumentó que no debería dictarse ningún costo a favor de la demandada. Dado que ninguna de las partes refutaron los hechos que dieron origen a la diferencia, el tribunal restringió el objeto del arbitraje a la cancelación del procedimiento y al reclamo de los costos presentado por la República Checa.

Cancelación unilateral inaceptable

El tribunal primero rechazó el argumento de Forminster de que se encontraba facultada para terminar unilateralmente el proceso de arbitraje por medio de una notificación de retiro, antes de y sin la constitución de un tribunal arbitral. El tribunal concluyó que dicho argumento permitiría que Forminster evadiera el reclamo por costos presentado por la demandada, y como resultado, esto sería “inaceptable desde cualquier punto de vista” (párrafo 70).

Pese a reconocer que el Reglamento de la CNUDMI permitía al tribunal la terminación del procedimiento cuando considerara que el mismo se tornara “innecesario”, el tribunal se rehusó a aplicar dicha disposición dado que determinó que la demandante aún tenía “un interés legítimo de hacer valer su reclamo por costos” (párrafo 77) y que el procedimiento no podría ser cancelado antes de la determinación de este reclamo.

Reclamo de la República Checa por costos

El tribunal estableció su jurisdicción para actuar en el reclamo por costos, que la República Checa oportunamente había reservado y posteriormente presentó. Entonces, concluyó que la República Checa incurrió en gastos significativos debido a que Forminster no continuó con su reclamación después de presentar su notificación de arbitraje. En consecuencia, el tribunal declaró que la República Checa tenía derecho a recibir un laudo por costos.

Los gastos reclamados por este país fueron incurridos, en parte, antes de 2014, en el marco de un procedimiento anteriormente iniciado por Forminster. El tribunal rechazó esa parte de la demanda, dado que la República Checa no pudo demostrar cómo esos gastos se relacionaban con el procedimiento de 2014. Sin embargo, el tribunal reconoció a su favor todos los gastos restantes, ya que consideró que “la justicia requiere que la suma de los costos otorgada a la Demandada en relación con el año 2014 no debería ser

más reducida en base a que la Demandante no pudo recuperar ningún gasto [incurridos durante los años anteriores]”.

En suma, los costos otorgados a la República Checa alcanzaron aproximadamente €12.700 por la defensa interna y externa y a €20.000 por los costos del arbitraje depositados por anticipado. El tribunal indicó que, al estudiar el expediente y emitir tres órdenes procesales y el laudo final, los tres árbitros dedicaron al caso 80 horas en total.

Sin embargo, el tribunal no aplicó la tasa de €400 por hora que había establecido anteriormente (párrafo 22), lo cual hubiera dado como resultado un total de €32.000 en costos del arbitraje. En cambio, estableció honorarios de €8.000 para el Presidente del tribunal y €6.000 para cada árbitro nominado por las partes respectivamente, por lo que el tribunal indicó que, de esta manera, se gastó el depósito total de €20.000.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Paolo Michele Patocchi (Presidente designado por acuerdo de los co-árbitros), Martin Hunter (nominado por la demandante) y August Reinisch (nominado por la demandada). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4109.pdf>.

Demanda presentada por inversionista alemán contra las Filipinas por la concesión del Aeropuerto de Manila fracasa por segunda vez ante el CIADI

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de las Filipinas, Caso CIADI No. ARB/11/12

Matthew Levine

Un segundo tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ha llegado a la etapa de dictado del laudo en una controversia que lleva largo tiempo entre la multinacional alemana Fraport y la República de las Filipinas.

El tribunal del CIADI declaró que las ilegalidades asociadas con la inversión inicial de Fraport dieron como resultado una falta de competencia en la materia en virtud del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Alemania y Filipinas de 1997. Al mismo tiempo, el tribunal rechazó su jurisdicción sobre las contrademandas relativas a la presunta corrupción y fraude de Fraport.

El tribunal ordenó a Fraport a pagar US\$5 millones por los honorarios y costos incurridos por las Filipinas, en la aplicación parcial del principio “el que pierde paga”.

Antecedentes

A principios de la década de 1990, el gobierno filipino del entonces Presidente Ramos decidió establecer una tercera terminal de pasajeros en el aeropuerto principal de Manila. Un consorcio local obtuvo la licitación para el proyecto y constituyó Philippines International Air Terminals Co., Inc. (PIATCO) para llevar a cabo el contrato de concesión.

En 1999, Fraport, una operadora aeroportuaria con vasta experiencia, compró acciones tanto en PIATCO y como en una “cascada” de empresas filipinas que poseían intereses en la misma empresa. Entre 2001 y 2002, la relación entre PIATCO y el gobierno comenzó a deteriorarse. En noviembre de 2002, a medida que la construcción de la nueva terminal llegaba a su fin (según Fraport), el entonces Presidente Macapagal-Arroyo anunció que el contrato de concesión era legalmente inválido y que no haría honor al mismo. En consecuencia, la Corte Suprema de las Filipinas declaró que la concesión era nula desde el principio. Conforme al procedimiento de expropiación establecido en

la legislación interna, un tribunal transfirió la posesión de la terminal al gobierno, que comenzó a operarla en 2008. El procedimiento del tribunal nacional para determinar el monto de compensación aún está en curso.

En 2007, un primer tribunal del CIADI desestimó la demanda de Fraport en virtud del TBI entre Alemania y las Filipinas declarando que la misma evadía una ley interna (es decir, la ley “*Anti-Dummy*”). No obstante, en 2010, un comité *ad hoc* del CIADI anuló el laudo de 2007.

Después de la anulación del laudo de 2007, Fraport presentó una nueva solicitud de arbitraje ante el CIADI en 2011.

Admisión como condición precedente a la inversión

Las Filipinas objetó la jurisdicción del tribunal en base a que el negocio de Fraport no había sido aceptado en conformidad con la legislación interna, y por lo tanto, no calificaba como una inversión en el marco del TBI.

El Artículo 1(1) de este Tratado define “inversión” como “todo tipo de activo aceptado de acuerdo con las respectivas leyes y regulaciones de cada Estado Contratante”. Si bien Fraport intentó alegar que el lenguaje debería ser entendido como una “cláusula de admisión”, el tribunal determinó que se trataba de un “requisito de legalidad”. Luego, el tribunal se remitió al caso *EDF International y otros v. Argentina* y observó: “Aunque no esté presente la especie de requisito de legalidad explícita que existe en este caso, aun sería apropiado considerar la legalidad de la inversión. Tal como han reconocido otros tribunales, existe un principio internacional bien establecido que excluye la aplicación de remedios legales internacionales respecto de inversiones ilegales, al menos cuando tal ilegalidad apunte a la esencia de la inversión”* (párrafo 332).

No se admite inversión debido a violación de legislación interna

Las Filipinas argumentaron con éxito que los acuerdos relativos a las acciones a través de los cuales Fraport invirtió en PIATCO y sus afiliadas generaron el incumplimiento de legislación interna. La Ley *Anti-Dummy* prohíbe la intervención extranjera en el manejo, operación, administración o control de un servicio público; sin embargo, los acuerdos de compra de acciones de Fraport dictaban que los accionistas filipinos en PIATCO, en ciertas circunstancias, debían actuar bajo recomendación de Fraport. El tribunal reconoció que estos acuerdos violaron la legislación nacional y que la empresa no había sido “admitida” en conformidad con el Artículo 1(1) del TBI. Por lo tanto, no había una “inversión” a los efectos de dar lugar a la jurisdicción del tribunal.

Fraport sugirió, infructuosamente, que los acuerdos accionarios constituyeran una mera “planificación” para intervenir en el manejo, operación, administración o control de PIATCO y que dicho plan no era una razón suficiente para que el tribunal declarara la violación de la legislación nacional. Fraport también afirmó que había modificado los acuerdos accionarios que se encontraban en falta, pero el tribunal concluyó que, a los efectos de la legislación nacional, la infracción original no podría ser subsanada. Finalmente, el tribunal no aceptó que Fraport hubiera actuado meramente de buena fe conforme a las recomendaciones de la defensa local. En cambio, encontró que lo había hecho a sabiendas de la ilegalidad, y no obstante, decidió tomar el riesgo.

Acusaciones de corrupción y fraude no sustanciadas

El tribunal también consideró si la jurisdicción estaba corrompida y si las demandas eran inadmisibles como resultado de la corrupción y fraude de Fraport. Sostuvo

que, en virtud de la dificultad de probar la corrupción a través de evidencia directa, podría considerarse la prueba circunstancial, pero debe ser clara y contundente como para convencer razonablemente al tribunal de que los hechos habían ocurrido tal como se alegaron. En este caso, luego de examinar las presentaciones y la evidencia subyacente, el tribunal no se mostró satisfecho con el cumplimiento de este estándar.

No hay jurisdicción sobre contrademandas

Las Filipinas entablaron doce contrademandas, basándose primordialmente en el hecho de que la demora en la finalización de la nueva terminal era adjudicable a Fraport o a PIATCO. Alegó que la referencia a “todo tipo de divergencias [...] concernientes a una inversión” en el Artículo 9 del TBI representa el consentimiento de las partes a admitir el arbitraje de contrademandas. Además, argumentó que la estrecha conexión fáctica entre la demanda original y las contrademandas implica que las mismas surgieron directamente del objeto de la disputa conforme a la Regla de Arbitraje 40(1) del CIADI.

Después de declarar que no tenía jurisdicción sobre los reclamos presentados por Fraport, el tribunal concluyó que consecuentemente carecía de competencia para atender las contrademandas presentadas por la accionada, considerando su conexión necesaria con el objeto de la diferencia, conforme al Artículo 46 del Convenio del CIADI.

Principio “el que pierde paga” es apropiado hasta cierto punto

El tribunal remarcó que, si bien tradicionalmente las partes de un arbitraje en materia de inversión deben asumir sus propias costas legales y compartir los costos del arbitraje equitativamente, existe un número de casos que no han seguido este principio, asignando las costas y costos en base al principio de “el que pierde paga”. Bajo las circunstancias de este arbitraje en particular, concluyó que en cierto grado sería apropiado aplicar dicho principio, y ordenó que Fraport pagase US\$5 millones para cubrir los honorarios y gastos incurridos por la demandada.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Piero Bernardini (Presidente designado por acuerdo mutuo de las partes, ciudadano italiano), Stanimir A. Alexandrov (nominado por la demandante, ciudadano búlgaro) y Albert Jan van den Berg (nominado por la demandada, holandés). El laudo final del 10 de diciembre de 2014 se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4114.pdf>.

* La traducción de las citas textuales pertenece a la traductora, ya que no se encontró una traducción oficial del caso al español.

Autores

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

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

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

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

recursos y eventos

Recursos

Manual del IISD sobre la Negociación de Contratos Mineros para Países en vías de Desarrollo, Volumen I: Preparándose para el Éxito

Por Howard Mann, Publicado por el International Institute for Sustainable Development, Abril de 2015

Reconociendo la necesidad de una herramienta para guiar a los países en desarrollo a lo largo de todo el proceso de negociación de contratos de inversión con las empresas mineras, este manual pretende asistir a los funcionarios gubernamentales a identificar sus necesidades y objetivos, y a prepararse para negociar de manera eficaz, con la meta de obtener el máximo valor compartido de la minería. Este trabajo proviene de la experiencia del autor y sus colegas en el desarrollo y entrega de programas de entrenamiento, planes de estudio, modelos de contrato y revisión de las mejores prácticas a nivel internacional en países en desarrollo y con instituciones internacionales. En la Parte 1, la introducción, se brinda orientación y se presenta la estructura del manual. El principal objetivo de la Parte 2 es remarcar cómo los contratos de minería caben en el contexto jurídico bajo tres formas de fuentes jurídicas relacionadas con la inversión minera a largo plazo: derecho interno, tratados de inversión y contratos de minería. En esta Parte también se considera cómo el presente manual se relaciona con el Acuerdo Modelo de Desarrollo Minero (*Model Mining Development Agreement*, MMDA) de la Asociación Internacional de Abogados (*International Bar Association*, IBA). En la Parte 3, al hacer un cambio de paradigma de ganar-perder al de ganar-ganar-ganar, se abordan suposiciones cambiantes, tales como el reconocimiento de la necesidad de exigir una licencia social para operar y de la legitimidad de las necesidades y objetivos de las comunidades involucradas. En la Parte 4 se presentan los principales pasos para prepararse para la negociación, incluyendo: entender el valor económico total del recurso y del proyecto propuesto, identificar las necesidades y oportunidades del país en desarrollo en relación con el proyecto específico, aclarar el papel que juega el derecho interno, prepararse internamente para la negociación (estrategia, objetivos, metas), capacitación del equipo de negociación, manejo del proceso de negociación con la empresa y manejo del aspecto político. Disponible en <https://www.iisd.org/publications/iisd-handbook-mining-contract-negotiations-developing-countries-volume-1>.

Resistencia y Cambios en el Derecho Internacional sobre la Inversión Extranjera

Por M. Sornarajah, Publicado por Cambridge University Press, Abril 2015

Desde la década de 1990, han surgido conflictos dentro del derecho internacional con la inversión extranjera a raíz de varios intereses opuestos. La filosofía neoliberal garantiza la protección inflexible de las inversiones por medio de una red de tratados de inversión interpretados de manera expansiva. Sin embargo, las ONGs avocadas a causas específicas, como los derechos humanos y el medio ambiente, están en contra de la protección inflexible de las inversiones. La creciente prominencia de los argumentos en contra de la fragmentación del derecho internacional también afectó el desarrollo del derecho de las inversiones como un régimen autónomo. Estos factores han dado como resultado la renuncia al sistema de arbitraje por parte de algunos Estados, y otros están elaborando nuevos tratados donde la protección inflexible de las inversiones se ve menos cabada. El sistema de protección de las inversiones en el marco de un tratado, por lo tanto, se ha tornado más tenue, y el cambio ha sido inevitable. Al subrayar los cambios resultantes de la resistencia a un sistema basado en fundamentos neoliberales, en este estudio se observan los recientes avances en esta área. Asimismo, los cambios del derecho internacional de las inversiones en respuesta a esta resistencia son ubicados en su contexto político, también se explica la rapidez de dichos cambios en vista de las teorías económicas y su desmantelamiento cuando las mismas no funcionan, y se

destaca la instrumentación del derecho como proveedor de poder y de teorías económicas. Disponible en <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/private-law/resistance-and-change-international-law-foreign-investment>.

Inversión Extranjera y Medio Ambiente en el Derecho Internacional

Por Jorge E. Viñuales, Publicado por Cambridge University Press, Abril de 2015

Los conflictos entre el derecho que rige la inversión extranjera y el derecho ambiental están siendo cada vez más frecuentes. Por un lado, el surgimiento de regulaciones ambientales plantea importantes desafíos para los inversores extranjeros en varios sectores industriales. Por otro lado, la oleada de procedimientos de arbitrajes de inversión está tornando a los Estados más conscientes sobre los importantes riesgos del litigio a raíz de la adopción de regulaciones ambientales. Este estudio sobre la relación entre estas dos áreas del derecho adopta tanto una perspectiva de políticas como un enfoque práctico. Identifica los principales desafíos que enfrentan los Estados, los inversores extranjeros y sus asesores jurídicos a consecuencia de la potencial fricción entre el derecho de las inversiones y el derecho ambiental, y brinda un análisis detallado sobre los principales asuntos jurídicos en base a un estudio comprensivo de la jurisprudencia de tribunales de inversión, tribunales y organismos de derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS, por sus siglas en inglés), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU, por sus siglas en inglés) y otros mecanismos de adjudicación. En este libro se analiza la jurisprudencia internacional más allá de los casos de inversión, para cubrir las decisiones de muchos tribunales, cortes y organismos diferentes. Por último, se describe de manera equilibrada y confiable el actual estado de derecho evitando el activismo y se esclarece el derecho "imperativo" con respecto al desarrollo progresivo. Disponible en <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/public-international-law/foreign-investment-and-environment-international-law>.

Eventos en 2015

27 de Mayo

ISDS: UN CAMINO HACIA ADELANTE – SEMINARIO CONJUNTO DE AIA, EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE SCC Y LA AGENCIA DIPLOMÁTICA DE BRUSELAS, Vrije Universiteit Brussel, Brussels, Belgium, <http://sccinstitute.com/media/56088/isds-a-way-forward-pdf.pdf>

2-3 de Junio

FORO DE LA OCDE 2015: INVIRTIENDO EN EL FUTURO: PERSONAS, PLANETA, PROSPERIDAD, OCDE, París, Francia, <http://www.oecd.org/forum>

8-19 de Junio

PROGRAMA DE ENTRENAMIENTO EJECUTIVO SOBRE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DESARROLLO SUSTENTABLE, Columbia University, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2013/12/14/executive-training-program-on-extractive-industries-and-sustainable-development>

10 de Julio

FORO GLOBAL DE EXPERTOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y DESARROLLO SUSTENTABLE, University Panthéon-Assas, París, Francia, <http://cred.u-paris2.fr/investmentlaw2015>

13-17 de Julio

ENTRENAMIENTO EJECUTIVO SOBRE ARBITRAJES DE INVERSIÓN PARA FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES, Columbia University, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2013/12/12/executive-training-on-investment-arbitration-for-government-officials>



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

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

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

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

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

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

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