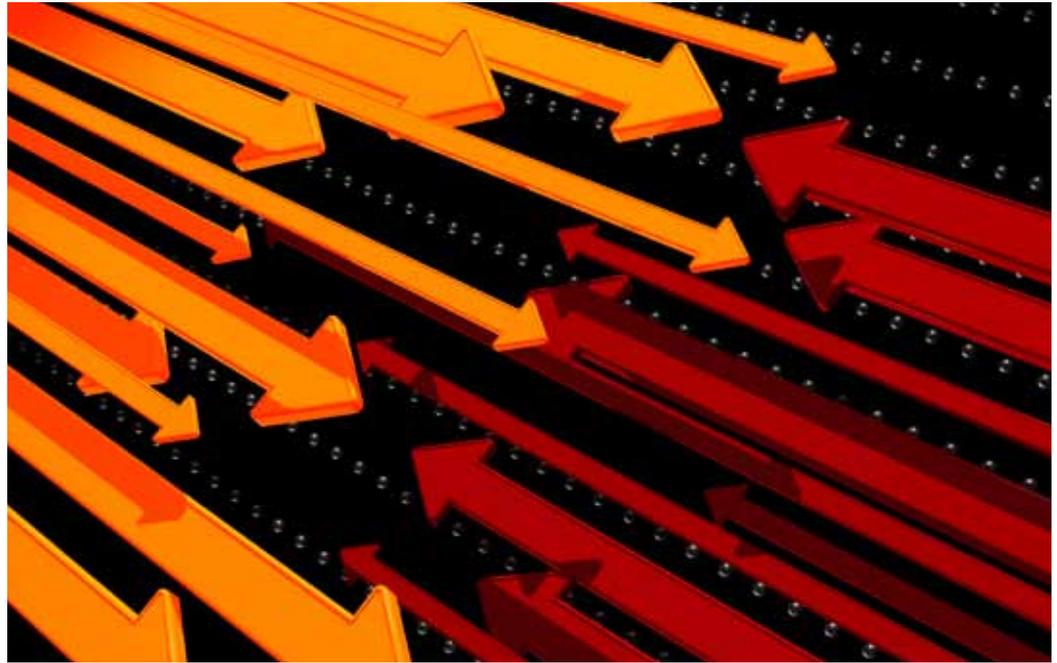




## Reconvenciones presentadas por los Estados en arbitrajes de inversiones

Por Jean E. Kalicki



**La Nueva Política de Transferencia del FMI y el Sistema de Comercio** por Kevin P. Gallagher

**El Sistema implementado por el Perú para la Coordinación y Repuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión** por Ricardo Ampuero Llerena

**El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD: Potencial y Problemas** por Aldo Caliarì

**Sexto Foro Anual de Negociadores de Países en Desarrollo sobre Inversión: Entendiendo y Aprovechando los Nuevos Modelos para la Inversión y el Desarrollo Sostenible** por Chantal Ononaiwu

**Incorporando el Desarrollo Sostenible en los Acuerdos Internacionales de Inversión: Guía del Commonwealth para Negociadores de los Países en vías de Desarrollo** por Veniana Qalo

**También en este número:** Occidental c. la República de Ecuador; Quiborax S.A. y Allan Fosk Kaplú c. Bolivia; Bosh International c. Ukraine; Phillips Petroleum Company Venezuela Limited y ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela

# contenido

- 
- 3 **Artículos**  
Reconvenciones presentadas por los Estados en arbitrajes de inversiones  
*por Jean E. Kalicki*
- 
- 5 La Nueva Política de Transferencia del FMI y el Sistema de Comercio  
*por Kevin P. Gallagher*
- 
- 7 El Sistema implementado por el Perú para la Coordinación y Repuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión  
*por Ricardo Ampuero Llerena*
- 
- 9 El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD: Potencial y Problemas  
*por Aldo Caliarì*
- 
- 11 Sexto Foro Anual de Negociadores de Países en Desarrollo sobre Inversión: Entendiendo y Aprovechando los Nuevos Modelos para la Inversión y el Desarrollo Sostenible  
*por Chantal Ononaiwu*
- 
- 12 Incorporando el Desarrollo Sostenible en los Acuerdos Internacionales de Inversión: Guía del Commonwealth para Negociadores de los Países en vías de Desarrollo  
*por Veniana Qalo*
- 
- 14 **Noticias en Breve:** Canadá recibe reclamación de inversor por políticas provinciales de energía y medio ambiente; La UE aprueba legislación sobre tratados de inversión de estados miembros; España enfrenta otra posible reclamación por recortes en subsidios a la energía renovable
- 
- 16 **Laudos y Decisiones:** Occidental c. la República de Ecuador; Quiborax S.A. y Allan Fosk Kaplú c. Bolivia; Bosh International c. Ukraine; Phillips Petroleum Company Venezuela Limited y ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela
- 
- 21 **Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly es publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible  
International Environment House 29,  
Chemin de Balexert, 5th Floor  
1219, Chatelaine, Ginebra, Suiza

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible  
Nathalie Bernasconi

Redactor  
Damon Vis-Dunbar

Redactor edición francesa  
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa  
Isabelle Guinebault

Redactor edición en español  
Fernando Cabrera

Traductora edición en español  
María Candeli Conforti

Diseño  
The House London Ltd.  
Web: [www.thehouselondon.com](http://www.thehouselondon.com)

# Reconvenciones presentadas por los Estados en arbitrajes de inversiones

por Jean E. Kalicki

## artículo 1



En los arbitrajes relativos a inversiones es bastante común que el Estado demandado incluya en su defensa ante reclamaciones una o más críticas sobre la conducta subyacente del inversionista. Estos “contraataques” pueden incluir argumentos según los cuales la inversión era ilegal desde un principio, o las operaciones en su momento infringieron las leyes locales, o el inversionista incumplió sus obligaciones contractuales directas con el Estado. Sin embargo, aunque estos argumentos predominan en los alegatos de defensa de los Estados, rara vez se presentan como reconvenciones que buscan una reparación afirmativa. La razón puede residir en la preferencia instintiva por parte de los Estados de presentar reclamaciones afirmativas ante sus propios tribunales. Pero también podría residir en la percepción de los límites de jurisdicción que tienen los tribunales internacionales para atender reconvenciones presentadas por Estados. El hecho que la institución del arbitraje en materia de inversiones se perciba como limitada a la presentación de una sola versión de la demanda por parte de los inversionistas, en lugar de ser un medio para escuchar y equilibrar las reclamaciones de ambas partes, ha generado un amplio criticismo del sistema.

En dos decisiones recientes del CIADI, en las cuales se llegó a conclusiones totalmente diferentes sobre el tema de la competencia del Centro en reconvenciones estatales (*Spyridon Roussalis v. Romania*<sup>1</sup> y *Goetz v. Burundi*<sup>2</sup>), es necesario reexaminar el tema de manera más sistemática. En el presente ensayo se abordan brevemente algunos factores jurisprudenciales y de políticas que podrían explicar los resultados divergentes y preparar los casos futuros para un análisis más profundo.

Primero, y para explicar un poco el contexto, hasta no hace mucho muy pocos casos abordaban directamente el tema de la competencia en las reconvenciones presentadas por los Estados. En otros casos anteriores, la competencia sobre reconvenciones se fundaba en contratos en lugar de tratados<sup>3</sup> y, por lo tanto, el tema era simple ya que los contratos generalmente le permiten a cualquiera de las partes entablar una demanda por incumplimiento. En otros casos, los tribunales consideraron que era innecesario abordar directamente el tema de la competencia<sup>4</sup>. El tribunal en *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, un caso anterior, sí consideró estos temas cuidadosamente y concluyó que en principio las reconvenciones pueden ser atendidas en virtud de un tratado que se refiera ampliamente al arbitraje de “todas las diferencias... que conciernen a una inversión” e incorpore el reglamento de la CNUDMI, la cual contempla las reconvenciones de manera directa<sup>5</sup>. Sin embargo, otras dos conclusiones limitaban considerablemente el significado de la decisión. Primero, el tribunal no podía conocer reconvenciones basadas en la violación de un contrato estatal que contuviese su propia cláusula obligatoria para la solución de diferencias. Segundo, el tribunal sólo podría conocer reconvenciones que fuesen consecuencia directa de una inversión hecha por la demandante, y no fundadas en obligaciones generales de derecho aplicables a cualquier

persona dentro del territorio checo. Estas dos reservas predominaron ampliamente en la observación general de las reconvenciones bajo el tratado en cuestión.

Las decisiones en los casos *Roussalis* y *Goetz* ahora han reavivado el debate, al tomar en consideración expresamente la capacidad de los Estados de presentar sus propias reconvenciones ante el CIADI conforme a los TBIs. Los tribunales llegaron a conclusiones diferentes, la mayoría en el tribunal del caso *Roussalis* (Andrea Giardina y Bernard Hanotiau) rechazó su competencia a pesar de la fuerte opinión divergente de Michael Reisman, mientras que en la decisión unánime del tribunal en el caso *Goetz* (Gilbert Guillaume, Jean-Denis Bredin y Ahmed El-Kosheri) mantuvo la competencia sobre las reconvenciones. Las decisiones divergentes han engendrado un gran debate por tratarse de un asunto estrictamente doctrinal, que involucra las fuentes de consentimiento a las reconvenciones estatales en los arbitrajes de inversión, y porque implica un debate político más amplio sobre los objetivos fundamentales del arbitraje de inversiones.

Puesto que el debate político acecha muy de cerca bajo el debate doctrinal, vale la pena ponerlo en primer plano antes de examinar el tema más complejo del consentimiento. Primero, ¿cuáles son las razones para permitir que un Estado presente una reconvención? Son varias. Puede generar mayor eficiencia, centralizar las investigaciones, evitar la duplicación - factores que el Profesor Reisman mencionó en su opinión disidente en el caso *Roussalis*, en la cual argumentó que esos son “los tipos de costos operativos que las reconvenciones y los procedimientos de compensación pretenden evitar”. Puede evitar que se produzcan resultados incoherentes en diferentes foros, lo cual podría crear confusión para las partes y amenazar la legitimidad del sistema. Puede evitar los puntos muertos que son el resultado de entablar actuaciones paralelas contra las actuaciones de un proceso principal, como (por ejemplo) las que plagan los numerosos capítulos del caso *Chevron v. Ecuador*. Y también podría evitar la ironía de que un Estado, que se fue al extremo en su aceptación del arbitraje internacional y lo adoptó como una alternativa a sus propios tribunales nacionales, se vea luego confrontado por un inversionista, el cual (habiendo elegido el arbitraje internacional en lugar de los tribunales nacionales para su propia reclamación) exige que las demandas del Estado sean tratadas exclusivamente por los tribunales locales. En el caso *Roussalis* el Profesor Reisman criticó a la mayoría por “ordenar al Estado demandado que entable sus reclamaciones ante sus propios tribunales donde ahora el propio inversionista, que había buscado un foro externo al aparato estatal, se ve forzado a convertirse en demandado”.

Por otro lado, también hay razones políticas importantes para restringir la presentación de reconvenciones por parte de los Estados en los arbitrajes de inversiones. Puesto que es más probable que la reclamación entablada por un Estado derive de un contrato de concesión y no de las obligaciones relacionadas con los TBIs (por lo general los tratados no imponen obligación directa alguna a los inversionistas) las reconvenciones podrían ser consideradas como una manera de sortear las cláusulas cuidadosamente negociadas de la resolución de diferencias. Las reconvenciones podrían involucrar a los tribunales, más de lo que ya lo están, en disputas que se rigen solamente por la legislación local en lugar del derecho internacional, representando una amenaza potencial a la legitimidad de los tribunales que no pueden atribuirse mayor pericia sobre estos temas de la que poseen los tribunales nacionales. Finalmente, el uso frecuente de las reconvenciones podría llevar a los inversionistas a no recurrir al arbitraje internacional contra los Estados y, por ende, anular el objetivo más amplio de los TBIs, que consiste en tranquilizar a los inversionistas y proporcionar un foro acordado para la presentación de sus propias reclamaciones cuando se encuentren agraviados.

El debate doctrinal sobre las fuentes de consentimiento a las reconvenciones de un Estado se ha materializado considerablemente contra este complejo debate de políticas. La primera pregunta doctrinal es saber si para establecer la jurisdicción es suficiente que ambas partes hayan consentido al arbitraje bajo el Reglamento del CIADI. Para responder es necesario desmenuzar el texto denso del Artículo 46,

Convenio del CIADI<sup>6</sup>, que combina un “deberá” obligante (“el Tribunal deberá... resolver... toda disputa”) con una serie de prerrequisitos (“salvo acuerdo en contrario de las partes,” “que derivan del tema de la disputa”, “a condición que estén en el ámbito del consentimiento de las partes” y “a condición que estén dentro de la jurisdicción del Centro”). Las decisiones recientes se han enfocado principalmente en uno de estos requisitos: que las reconvenções “están dentro del ámbito del consentimiento de las partes”. Para el Profesor Reisman (disidente en el caso *Roussalis*)<sup>7</sup> y para el tribunal del caso *Goetz*<sup>8</sup>, el consentimiento del inversionista a la jurisdicción del CIADI fue suficiente para implicar que hubo consentimiento a la presentación de reconvenções; no fue necesario establecer un consentimiento adicional o afirmativo en el TBI original. Pero aunque este enfoque puede ser satisfactorio desde la perspectiva de las políticas, discutiblemente no es coherente con la referencia que se hace en el Artículo 46 de la expresión “dentro del ámbito del consentimiento” como una condición previa *extrínseca* para que el tribunal atienda reconvenções. Cabe recordar la noción de base, que la ratificación en sí del Convenio por parte de los Estados no otorga consentimiento a la jurisdicción para una disputa en particular. Más bien, el consentimiento a una reclamación determinada debe provenir de un escrito que no sea el Convenio, tal como un tratado, contrato o legislación nacional. Si este es el caso para las reclamaciones de los inversionistas, ¿por qué no rige también para las reconvenções de los Estados? En otras palabras, si el Artículo 46 en sí brindara ese consentimiento, entonces el requisito de consentimiento que contiene (“siempre que estén dentro del consentimiento de las partes”) sería totalmente circular y superfluo.

En este sentido, la conclusión a la que llegó la mayoría en el tribunal del caso *Roussalis*, que el simple registro de una reclamación con el CIADI no es suficiente, de por sí, para crear el consentimiento a una reconvenção, es más sólida, intelectualmente; la mayoría razonó que la expresión “dentro del ámbito del consentimiento” de las partes referida en el Artículo 46 debe ser determinada en referencia a instrumentos externos al Convenio, tales como la cláusula de solución de diferencias contenida en el TBI. Y ciertamente, si examinamos los diferentes TBIs que han estado involucrados en los últimos dos casos, el lenguaje diferente de esos tratados ofrece una explicación más satisfactoria de los resultados divergentes. El TBI entre Grecia y Rumania del caso *Roussalis* establece, en su Artículo 9, que “las diferencias entre un inversionista... y la otra Parte Contratante que conciernen una obligación de este último conforme a este Acuerdo, en relación con una inversión por parte del primero, deberán, si es posible, ser resueltas”, o “el inversionista involucrado puede someter la disputa” a arbitraje (el énfasis es nuestro). La mayoría del tribunal concluyó que esta era una oferta limitada para arbitrar sólo las reclamaciones de los inversionistas, y no un consentimiento para arbitrar las reconvenções entabladas por un Estado—y que además cubre sólo obligaciones “conforme a este Acuerdo” (es decir, aquellas impuestas a los Estados), no las obligaciones impuestas a los inversionistas conforme al derecho local o a un contrato. En cambio, el Artículo 8(1)(b) del TBI entre Bélgica y Burundi en el caso *Goetz*, cubre diferencias que conciernen la interpretación o aplicación de cualquier autorización de inversión otorgada por las autoridades del Estado anfitrión; el tribunal observó que las reclamaciones de Burundi sobre el presunto incumplimiento de un banco respecto a un certificado de operaciones correspondía a esa definición. El Artículo 8(5) del TBI aparentemente también se refería tanto a la legislación nacional como al derecho internacional.

Para los casos futuros, sin embargo, el texto del TBI en cuestión podría ser insuficiente para responder a todas las preguntas relativas a la competencia en las reconvenções presentadas por el Estado. Las cláusulas contractuales de solución de diferencias podrían ser igualmente relevantes y funcionar en una de estas dos maneras. Primero, una cláusula podría ser una fuente independiente de consentimiento a las reconvenções, a pesar de la existencia de una cláusula *limitada* en el TBI: aunque el TBI contenga una cláusula de consentimiento tan limitada como la cláusula en el caso *Roussalis*, si un contrato de concesión estipula que las reclamaciones por incumplimiento pueden ser presentadas ante el CIADI, eso constituiría una fuente independiente de consentimiento, de acuerdo con los dos casos anteriores de Guinea que se discuten arriba (*MINE* y *Atlantic Triton*). Pero igualmente, una cláusula contractual podría funcionar como un potencial “salvo acuerdo en contrario de las partes” conforme al texto del Artículo 46 del Convenio del CIADI, aunque haya una cláusula *amplia* de TBI. Aun cuando un TBI cubra “todas las diferencias que se relacionen con la inversión”, lo cual podría considerarse que refleja el consentimiento a las

reconvenções del Estado conforme al derecho local, si un contrato de concesión delega las reclamaciones contractuales exclusivamente a otro foro, entonces, discutiblemente, ello constituiría una expresión específica de “salvo acuerdo en contrario de las partes”, excluyendo esa clase particular de reconvenções, no obstante el consentimiento más amplio de TBI a las reconvenções más generalmente. Esto es lo que *Saluka* sostuvo en 2004, con respecto a las reconvenções surgidas directamente de un Acuerdo de Adquisición de Acciones. Además de las cláusulas contractuales, los futuros casos también podrían tener que examinar temas de posible renuncia o consentimiento *ad hoc* a reconvenções. En principio, nada de lo establecido en el Artículo 46 requiere que el consentimiento del inversionista a las reconvenções aparezca en el mismo instrumento que contiene el consentimiento del Estado a las reclamaciones del inversionista. Después de todo, el consentimiento sin vínculo legal es un sello distintivo del arbitraje en el CIADI.

Existe, por supuesto, una solución alternativa, la cual consiste en desarrollar un lenguaje para tratados que aborde expresamente la competencia en las reconvenções. Si la jurisprudencia futura—fundada en interpretaciones del Artículo 46 y de los diferentes lenguajes de los TBIs o contratos—no permitiera de manera confiable que las reconvenções del Estado fuesen resueltas en un sólo foro eficaz junto con las reclamaciones de inversionistas que derivan del mismo asunto, entonces los Estados en su momento podrían reformar el sistema para aclarar su intención de que así sea. Esto se podría lograr por medio de notas interpretativas sobre el texto existente del tratado, o más probablemente a través de la negociación de disposiciones específicas para las reconvenções en los nuevos tratados. Algunos países ya están comenzando a considerar tales disposiciones, incluyendo una propuesta de lenguaje en el modelo de TBI que imponga directamente determinadas obligaciones sustantivas a los inversionistas y mencione expresamente la posibilidad de que el Estado entable demandas de incumplimiento contra los inversionistas. En algunos modelos que actualmente se hallan sometidos a revisión el inversionista deberá presentar, como condición previa al registro de su propia reclamación, un instrumento que confirme previamente su consentimiento a las reconvenções que el Estado pueda entablar. Por supuesto, aún falta considerar si tales ideas serán aceptadas en los tratados nuevos y, de ser el caso, si los inversionistas adoptarán esa estructura o, por lo contrario, la considerarán un elemento disuasorio en la estructuración de inversiones a través de vehículos que entran en el ámbito del nuevo lenguaje de tratados. Es un tema que se deberá abordar en otro momento.

#### Autor

Jean Kalicki es socio de Arnold & Porter LLP y se dedica al arbitraje internacional en calidad de árbitro y de abogado defensor.

#### Notas

1 Caso CIADI No. ARB/06/1 (7 de diciembre de 2011).

2 Caso CIADI No. ARB/01/2 (21 de junio de 2012).

3 Véase, por ej., *MINE c. Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4 (6 de enero de 1988) (laudo en favor de Guinea por daños, debido al inicio de un arbitraje AAA por el inversionista en violación de un acuerdo para resolver las diferencias ante el CIADI); *Atlantic Triton Co., Ltd. c. Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1 (21 de abril de 1986) (rechazando la reconvenção de Guinea en base a los méritos).

4 Véase, por ej., *Alex Genin et al. c. Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2 (25 de junio de 2001) (concluyendo que la evidencia presentada no respaldaba la reconvenção de Estonia, sin abordar expresamente el tema de la jurisdicción); *Gustav F.W. Hamster GmbH & Co. v. Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24 (18 de junio de 2010) (concluyendo que Ghana no había continuado con sus reconvenções después de enumerarlas en su solicitud de reparación inicial, y que por lo tanto, no era necesario determinar si las reconvenções recaían en el ámbito del consentimiento).

5 *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, Reconvenção de la República Checa (7 de mayo de 2004).

6 “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenções que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.”

7 Véase opinión disidente en el caso *Roussalis* (“Cuando los Estados Parte de un TBI consienten contingentemente... a la jurisdicción del CIADI, el componente de consentimiento del Artículo 46 es importado *ipso facto* a cualquier arbitraje CIADI que el inversionista elija iniciar”, siempre que el TBI en sí mismo no excluya reconvenções).

8 Véase *Goetz* ¶¶ 278-79 (razonando que al suscribir el TBI, Burundi aceptó que las diferencias podrían ser presentadas a arbitraje ante el CIADI conforme a las condiciones y procedimientos del Convenio, incluyendo que las reconvenções serían evaluadas bajo las condiciones del Artículo 46; al aceptar la oferta, Goetz a su vez consintió; por lo tanto, existe jurisdicción *independientemente* de si el TBI contiene una disposición que otorgue afirmativamente la jurisdicción para atender reconvenções).

# La Nueva Política de Transferencia del FMI y el Sistema de Comercio

por Kevin P. Gallagher

## artículo 2



A fines de 2012, el Fondo Monetario Internacional (FMI) adoptó oficialmente una “perspectiva institucional” sobre el manejo de los flujos de capital. Aun que el FMI seguirá instando a las naciones que eventualmente liberalicen todas las transferencias de capital; de aquí en adelante, el FMI recomendará a las naciones que, bajo ciertas circunstancias, apliquen controles a los flujos de entrada y de salida de capital. El Fondo señaló que en su opinión dicha recomendación podría entrar en conflicto con las obligaciones que las naciones han asumido en sus tratados de comercio e inversión, y ofreció brindar un foro para conciliar estas diferencias. En esta breve nota se presenta una descripción general de la nueva perspectiva del FMI, puntualizando la manera en que esto puede contraponerse a las obligaciones de tratado de los países y se discuten soluciones para llevar a cabo una reforma.

### Qué decidió el FMI

El 3 de diciembre de 2012, el FMI hizo pública una “perspectiva institucional” aprobada por la Junta Directiva sobre la liberalización de las cuentas de capital y el manejo de los flujos de capital. En resumidas cuentas, la nueva “perspectiva institucional” del FMI apunta a que las naciones *eventualmente* y de manera secuencial, abran sus cuentas de capital (IMF, 2012b). De hecho, esto se contradice con su perspectiva de la década de 1990 cuando se exigía, de manera uniforme, que las naciones abriesen sus cuentas de capital independientemente de la fortaleza de sus instituciones. El FMI ahora reconoce que los flujos de capital también generan riesgos, particularmente bajo la forma de oleadas de flujos de capital y ceses repentinos que pueden causar gran inestabilidad financiera. En estas condiciones, y bajo una limitada serie de circunstancias, según su nueva ‘perspectiva institucional’ el FMI podría recomendar el uso de controles de capital para evitar o mitigar la inestabilidad en sus consultas oficiales de país o en sus informes bajo el Artículo IV. En otras palabras, el FMI actualmente avala que su personal y la gerencia recomienden a las naciones el uso de controles de capital bajo ciertas circunstancias. Y bajo muy limitadas circunstancias una nación puede recibir recomendaciones de discriminar los flujos de capital en base a la residencia.

### La perspectiva del FMI y los tratados de comercio e inversión

El FMI es consciente del hecho de que, en ocasiones, podría recomendar controles de capital a naciones que no poseen un espacio de políticas adecuado para implementar tales instrumentos porque las mismas podrían ser demandadas en virtud de un acuerdo de comercio o un tratado de inversión. En el informe final, el FMI establece que:

“Tal como se remarcó, la perspectiva institucional propuesta por el Fondo no alteraría (y legalmente no podría alterar) los derechos y obligaciones asumidos por los miembros bajo otro acuerdo internacional. En cambio, la conformidad con las obligaciones establecidas en otros acuerdos seguiría estando determinada solamente por las disposiciones existentes en los mismos. De esta manera, por ejemplo, *aun cuando la perspectiva institucional propuesta por el Fondo reconociera el uso de mecanismos para control de flujos de capital (CMFs) sobre los flujos de entrada y de salida como una respuesta política apropiada, estas medidas podrían constituir una violación de las obligaciones de un miembro en virtud de otro acuerdo internacional si dicho acuerdo no contuviera disposiciones temporarias de salvaguardia compatibles con la posición del Fondo* (IMF, 2012b, 42) [La traducción nos pertenece]

Esto refleja lo que el FMI afirmó en un informe de la Junta anteriormente el corriente año:

“La limitada flexibilidad otorgada por algunos acuerdos bilaterales y regionales con respecto a las obligaciones de liberalización podría crear desafíos para el manejo de los flujos de capital. Estos desafíos deberían ser sopesados frente a los potenciales beneficios de los acuerdos. En particular, tales acuerdos podrían ser un paso hacia una mayor liberalización. Sin embargo, *en muchos casos estos acuerdos no brindan protecciones apropiadas o una ejecución secuencial de la liberalización*, y de por eso, la reforma para incluir estas protecciones podría brindar importantes beneficios (IMF 2012a, 8)”. [La traducción nos pertenece]

De hecho, el FMI sugiere que la nueva perspectiva institucional podría ayudar a guiar la redacción de futuros tratados de comercio y que el Fondo podría servir como un foro para abordar tales discusiones:

“En particular, la perspectiva institucional propuesta podría ayudar a promover un enfoque más coherente hacia el diseño de un espacio de políticas sobre los CFMs bajo tratados bilaterales y regionales. Reconociendo los objetivos macroeconómicos, del sistema monetario internacional y de estabilidad mundial que apuntalan la perspectiva institucional, *los miembros que redacten acuerdos como tales en el futuro, así como también los varios organismos internacionales que promueven estos acuerdos, podrían tomar en cuenta esta perspectiva para determinar las circunstancias bajo las cuales se podría imponer CFMs tanto sobre los flujos de entrada como de salida dentro del alcance de sus acuerdos. Similarmente—y dependiendo de las etapas de desarrollo de los signatarios pertinentes—el enfoque secuenciado a la liberalización bajo el enfoque integrado podría ser tomado en cuenta para guiar el ritmo y la ejecución secuencial de las obligaciones de liberalización, y la re-imposición de CFMs debido a consideraciones institucionales* (IMF, 2012b, 33)”. [La traducción nos pertenece]

### ¿Qué naciones serán las más afectadas?

En un taller simbólico celebrado en Argentina durante el verano de 2012, (Argentina ha sido sometida a numerosos casos de arbitraje entre inversor y estado a raíz de las medidas tomadas para mitigar la crisis de 2001); economistas, diseñadores de políticas, especialistas en derecho y miembros

de la sociedad civil se reunieron para conducir una “revisión de compatibilidad” en torno al grado en el cual las naciones poseen la flexibilidad necesaria para regular las finanzas transfronterizas bajo las reglas de comercio e inversión a nivel mundial (*Gallagher and Stanley, 2013*).

En la revisión se encontraron numerosas incompatibilidades entre las reglas de comercio y los esfuerzos por regular las finanzas transfronterizas. El grupo advirtió que los tratados bilaterales y regionales son mucho más incompatibles con la capacidad de regular las finanzas transfronterizas que el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Pero aun así hay numerosas inquietudes en torno a la OMC. Bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC (GATS) y bajo los tratados de comercio e inversión de los Estados Unidos, las naciones deben liberalizar en cierto grado sus cuentas de capital. Deben hacerlo parcialmente a fin de permitir el comercio de servicios financieros conforme a sus compromisos del GATS (pese a que muchos países no han asumido compromisos en torno a los servicios financieros) y para permitir que todas las transferencias relativas a la inversión sean realizadas de manera “libre y sin demoras” en los tratados de EUA. Así, en los dos casos, el uso de controles de capital sería demandable. La cuestión es si estos tratados contienen amplias protecciones para el uso prudencial de los controles de capital.

El GATS posee ambas, “exclusiones prudenciales” y “restricciones para proteger la balanza de pagos”, pero hay una preocupación real de que las condiciones bajo las cuales las naciones puedan invocar dichas protecciones sean excesivamente limitadas. Los letrados y diseñadores de políticas apuntan al lenguaje de estas salvaguardias según el cual las naciones deben tomar medidas en caso de “serias dificultades financieras externas y en la balanza de pago, o la amenaza de las mismas” solo en lo relativo a los controles de salida de los flujos de capital en medio de una crisis, y no sobre las medidas impuestas a la entrada de los flujos de capital que prefiere el FMI (Hagan, 2000; Viterbo, 2012). Otros expresan gran preocupación por el hecho de que las medidas sean temporarias y de que tengan que ser sometidas a una “prueba de necesidad” por parte de la OMC para determinar si debería haberse utilizado una medida alternativa.

Estas inquietudes tienen implicancias que van más allá de la OMC, ya que el lenguaje utilizado por esta Organización sirve como base para muchos tratados bilaterales y regionales de comercio e inversión que tienen un alcance mucho mayor que el de la OMC. El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) bajo negociación entre EUA y muchas naciones de la costa del Pacífico (*Pacific Rim nations*), tal como se propone actualmente, exigiría que se permita todas las formas de financiación transfronteriza fluyan “libremente y sin demoras”. El borrador del tratado (como la mayoría de los tratados de EUA) contiene un lenguaje similar a las excepciones prudenciales de la OMC pero las circunstancias bajo las cuales pueden ser invocadas son mucho más limitadas—y no hay una ninguna protección sobre la balanza de pagos (Anderson, 2011). Además, el TPP permitiría que los inversores privados entablasen reclamaciones contra los gobiernos que los regulan, a diferencia de un sistema similar al de la OMC donde las naciones (es decir, los reguladores) deciden si se entablan reclamaciones o no. Por lo tanto, bajo el arreglo de diferencias entre inversores y estados, aquellos sectores que podrían asumir los costos tendrían el poder de externalizar los costos de la inestabilidad financiera a un público más amplio mientras se benefician de los laudos dictados por tribunales privados.

**Hacia una reconciliación entre la regulación financiera y el sistema de comercio.** La perspectiva del FMI recomienda

que el Fondo colabore con otras organizaciones internacionales para coordinar las diferentes posturas frente a los flujos de capital. El Grupo de Trabajo mencionado anteriormente debatió cuatro maneras para conciliar las incompatibilidades entre las regulaciones de las cuentas de capital y los tratados de comercio e inversión:

**No asumir nuevos compromisos bajo regímenes que son incompatibles con la capacidad de aplicar regulaciones sobre las cuentas de capital (*capital account regulations, CARs*).**

Las naciones podrían abstenerse de asumir compromisos del Modo 1 y Modo 3 bajo el GATS, y no firmar TLCs ni TBIs que no contengan las protecciones y disposiciones relativas al arreglo de diferencias apropiadas.

**Adoptar ‘interpretaciones’ del lenguaje actual del tratado.**

Tanto la OMC como los TLCs y los TBIs permiten la introducción de ‘notas interpretativas’ o enmiendas para aclarar o cambiar el lenguaje existente en los tratados actuales.

**Enmendar tratados existentes para reparar las actuales incompatibilidades.** Otro camino para hacer una reforma sería la enmienda formal de los tratados existentes. Las enmiendas al GATS podrían ser presentadas en la Conferencia Ministerial por un miembro o por el Consejo del Comercio de Servicios, y ser adoptadas por consenso o con dos tercios de la mayoría de los votos. Para que una enmienda entre en vigor debe ser ratificada por dos tercios de los miembros de la OMC.

**Diseñar nuevas reglas para los tratados.** Los tratados actualmente bajo negociación o aquellos que puedan celebrarse en el futuro podrían ser diseñados para contener una definición más acotada de inversión, una lista negativa de negociaciones, adecuadas excepciones prudenciales y de balanza de pagos, trato especial y diferenciado, y procedimientos para el arreglo de diferencias que agoten los remedios internos y que tengan un sistema de arreglo de diferencias entre estado y estado que se realice mediante la consulta con autoridades y expertos en macroeconomía y finanzas.

Las actuales negociaciones del Acuerdo de Asociación Transpacífico son una buena oportunidad para iniciar esta reforma. De hecho, negociadores de los mercados emergentes han propuesto el uso de un lenguaje que amplíe el espacio de políticas para el uso de regulaciones de cuentas de capital dentro del tratado. Irónicamente, EUA continúa oponiéndose oficialmente a una propuesta como tal, incluso cuando este país ha aprobado la perspectiva institucional del FMI sobre flujos de capital.

---

**Autor**

Kevin Gallagher es Profesor Adjunto, Departamento de Relaciones Internacionales, Universidad de Boston.

---

**Referencias**

Anderson, Sarah (2011) *Capital Controls and the Trans-Pacific Partnership*, Washington, Institute for Policy Studies.

Gallagher, Kevin P. & Leonardo Stanley (2012), “*Global Financial Reform and Trade Rules: The Need for Reconciliation*” Boston University, *Pardee Task Force on Regulating Capital Flows*.

Gallagher, Kevin P. & Leonardo Stanley (2013), *Capital Account Regulations and the Trading System: A Compatibility Review*, Boston University, *Pardee Task Force on Regulating Capital Flows*.

Hagan, Sean (2000), *Transfer of Funds*, Ginebra, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Fondo Monetario Internacional (2012a), *Liberalizing Capital Flows and Managing Outflows*, Washington, FMI.

Fondo Monetario Internacional (2012b), *The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View*, Washington, FMI.

Viterbo, Anna Maria (2012), *International Economic Law And Monetary Measures, Limitations to States’ Sovereignty and Dispute Settlement*, Londres: Edward Elgar.

# El Sistema implementado por el Perú para la Coordinación y Repuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión

por Ricardo Ampuero Llerena

## artículo 3



Durante los últimos 20 años, Perú ha desarrollado una política clara para atraer inversiones que se ve reflejada, entre otras cosas, en el número de tratados bilaterales de inversión (TBIs) y de tratados de libre comercio (TLCs) que contienen disposiciones de inversión. También se evidencia en el uso de contratos de inversión por parte del Estado peruano con los inversores extranjeros<sup>1</sup>. Ello, aunado a un clima atractivo en lo económico y estable en lo político ha logrado uno de los principales objetivos del país: incrementar significativamente la inversión extranjera directa<sup>2</sup>.

Como se sabe, la mayoría de los instrumentos suscritos para la protección internacional de inversiones prevén que las controversias que puedan surgir entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión serán solucionadas mediante arbitraje. De la misma forma como el Perú se sumó a la tendencia mundial en la suscripción de acuerdos de protección de inversiones, éste no ha sido ajeno al importante crecimiento de las controversias internacionales de inversión que se ha registrado en los últimos años. Esta expansión del arbitraje internacional de inversiones generó que, en consonancia con su política de atracción de inversiones, el Perú estructure un sistema para la atención eficiente y eficaz de las controversias que puedan surgir.

Desde que Perú enfrentó su primer proceso de arbitraje internacional de inversiones en el año 2003 (un primer caso en 1998 culminó en un acuerdo que puso fin a la controversia) se identificaron diversos elementos en la atención y prevención de este tipo de controversias que dificultaban una adecuada defensa de los intereses del Estado. Algunos de ellos eran el incremento en la suscripción de instrumentos de protección de inversiones, falta de coordinación al interior del Estado para recabar información y delimitar correctamente las responsabilidades de las entidades involucradas y la falta de un proceso claro para la contratación de asesoría legal y el pago de los costos legales que estos procesos implicaban.

Luego de analizar estos y otros aspectos, el Perú creó en el 2006 el Sistema de Coordinación y Repuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – en adelante, SICRECI – mediante la Ley N°28933. Los principales objetivos del SICRECI, que se encuentran enumerados en el artículo 2 de la citada norma, son:

- Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.
- Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado

peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.

- Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.
- Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas<sup>3</sup> involucradas en una controversia.
- Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.

Como integrantes del SICRECI están el Coordinador, la Comisión Especial y todas las Entidades Públicas que suscriban acuerdos con inversionistas nacionales o extranjeros en los que se confiera derechos o garantías a estos últimos o que representen al Estado peruano en la suscripción de tratados que contengan disposiciones en materia de inversión.

El Ministerio de Economía y Finanzas del Perú es el Coordinador del SICRECI, siendo sus principales funciones el centralizar la información y coordinación del sistema, conocer el surgimiento de cualquier controversia en materia de inversión, recibir la notificación o alerta de inicio del mecanismo de solución de controversias y de la etapa de trato directo según corresponda y establecer y conducir un registro de carácter informativo y público de los acuerdos y tratados a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

La Comisión Especial es el órgano colegiado interinstitucional que tiene por objeto la representación del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión en todas sus etapas. La Comisión Especial está integrada por los siguientes miembros:

- Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, quien la presidirá.
- Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Un representante del Ministerio de Justicia.
- Un representante de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN.

Adicionalmente, la Comisión Especial cuenta con miembros no permanentes de acuerdo a las siguientes circunstancias:

- Un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, para los casos de controversias surgidas en aplicación de los tratados que contengan disposiciones en materia de inversión.
- Un representante de cada Entidad Pública involucrada en una controversia.

A la Comisión Especial le compete - una vez notificada con la alerta del inicio de una controversia -, entre otras, las siguientes funciones: evaluar las posibilidades de negociación en la fase de trato directo y participar de ella de acuerdo a la estrategia adoptada, solicitar informes técnicos a las entidades involucradas en una controversia respecto de las materias vinculadas a la misma, proponer la contratación de abogados y demás profesionales que sean necesarios, efectuar la designación de árbitros, coadyuvar a la labor de los abogados contratados para el patrocinio del Estado, aprobar la disposición de los recursos necesarios para su participación en la negociación correspondiente así como determinar

la responsabilidad de la Entidad Pública involucrada en la controversia.

Las labores de la Comisión Especial son apoyadas por una Secretaría Técnica que cuenta entre sus principales funciones el realizar una evaluación inicial de la controversia y elaborar un informe preliminar para ser sometido a los demás miembros, elaborar informes relativos a los cursos de acción, estrategia a seguir y otros que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Comisión así como redactar y mantener las actas correspondientes a las sesiones de la Comisión Especial.

En tanto el SICRECI es un sistema integral que no sólo está orientado a la atención de las controversias internacionales de inversión, sino también a su prevención, su norma de creación contempla algunos aspectos que vale la pena resaltar. De esta forma, el SICRECI cuenta con dos procedimientos principales: la comunicación de suscripción de acuerdos y tratados en materia de inversión y la alerta frente al surgimiento de una controversia. El primer procedimiento está contemplado para facilitar el contar con un registro de carácter informativo y público de los acuerdos y tratados en materia de inversión para sensibilizar a los funcionarios públicos de las responsabilidades que ha asumido el Perú hacia los inversionistas. El segundo pretende lidiar directamente con la atención de una controversia en curso.

Por otro lado, el SICRECI establece criterios de observancia obligatoria en la redacción de cláusulas de solución de controversias en los acuerdos en materia de inversión suscritos por Entidades Públicas, con miras a uniformizarlas y facilitar las acciones que el SICRECI contempla para sus integrantes. Los requisitos que dichas cláusulas deben cumplir son las siguientes:

- Establecer un período de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional.
- Establecer el uso de sistemas neutrales de solución de controversias, según lo precise el reglamento de la Ley N° 28933.
- Establecer la responsabilidad entre las partes por la asunción de los gastos que se deriven de su participación en el arbitraje o conciliación.
- Establecer la obligación del inversionista de notificar al Coordinador del Sistema, sin perjuicio de la obligación del inversionista de notificar a su contraparte cuando corresponda, para que surta efecto la comunicación de inicio del período de trato directo.

Cabe destacar que el Coordinador del SICRECI, en atención a la experiencia adquirida en el manejo de Controversias Internacionales de Inversión, viene coordinando con las Entidades Públicas que celebran con inversionistas este tipo de acuerdos en materia de inversión la incorporación de requisitos adicionales para sus cláusulas de solución de controversias como por ejemplo la obligación del inversionista de presentar, junto con la notificación del surgimiento de una controversia, información detallada de la controversia incluyendo (i) antecedentes, (ii) hechos relevantes, (iii) identificación clara de los puntos en controversia, (iv) pretensiones claramente delimitadas y, cuando sea posible, (v) propuestas de alternativas de solución de la controversia. Esto pretende facilitar un entendimiento completo e integral de la controversia por parte de la Comisión Especial ni bien se

notifica su existencia formalmente, lo que se espera generará mayores posibilidades de lograr un acuerdo satisfactorio en la etapa de negociación.

Adicionalmente es importante destacar que junto a la implementación del registro de carácter informativo y público de los acuerdos y tratados en materia de inversión, el Coordinador del SICRECI se encuentra implementando un sistema de alerta temprana que permita actuar de forma eficiente ante una potencial controversia y tomar las medidas pertinentes para evitar que ella termine en una de las controversias que active las funciones de la Comisión Especial.

Las acciones tomadas por el Perú al crear el SICRECI han probado ser eficientes y necesarias, especialmente tomando en consideración el significativo incremento en los casos que viene enfrentando. Perú tiene 9 casos pendientes, 8 de los cuales han surgido desde el año 2010. El diseño del SICRECI ha probado ser efectivo no sólo por el número de casos que enfrenta el Perú, sino también por la amplia naturaleza de los mismos.

En un contexto en el que los casos responden a situaciones, regulaciones y decisiones específicas en diversos sectores e industrias, es de la mayor relevancia poder incorporar en la representación del Estado a las entidades involucradas en la controversia y mantener una adecuada coordinación entre ellas. Ello redundará no sólo en un actuar ordenado, eficiente y coordinado del Estado, sino que permite también delimitar claramente responsabilidades e internalizar los costos de las medidas dictadas por organismos gubernamentales a nivel nacional, regional y local.

Más importante que todo ello inclusive, el SICRECI es una señal clara de la seriedad con que el Perú ha asumido su política de atracción de inversiones. La creación de un sistema de prevención y atención de controversias en materia de inversiones refleja la intención por parte del Perú de crear un clima verdaderamente estable y predecible para las inversiones, entendiendo la importancia que reviste la temprana identificación y solución de controversias así como la adecuada defensa del Estado en estos procesos.

#### Autor

Ricardo Ampuero Llerena es Asesor Legal en la Comisión Especial que representa a la República del Perú en Controversias Internacionales de Inversión. Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan necesariamente el punto de vista ni la política de la Comisión Especial o el Gobierno del Perú.

#### Notas

1 El Perú tiene actualmente en vigencia 37 convenios de promoción y protección recíproca de inversiones, así como acuerdos comerciales de mayor alcance (tales como tratados de libre comercio) que incluyen un capítulo relativo a inversiones. Asimismo, de acuerdo a la Agencia de Promoción de la Inversión – PROINVERSION, existen cerca de 91 contratos de inversión.

2 La página web de PROINVERSION ([www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)) reporta que a diciembre del año 2011 el stock de inversión extranjera directa en el Perú alcanzó los 22,019.52 Millones de Dólares de los Estados Unidos de América. Ello ha significado un incremento del 69.14% en relación a los 13,018.76 Millones de Dólares de los Estados Unidos de América que se reportó como stock de inversión extranjera directa en el Perú a diciembre del año 2001.

3 Ley N° 28933. Artículo 1: Definiciones:

Entidad Pública: todo organismo con personería jurídica comprendido en los niveles de Gobierno Nacional, regional y local, incluidos sus Organismos Públicos Descentralizados y empresas; las empresas en las que el Estado ejerza el control accionario; los Organismos Constitucionalmente Autónomos; los Organismos Reguladores; los Organismos Recaudadores y Supervisores; los Fondos Especiales con personería jurídica; así como cualquier otro organismo de similar naturaleza no mencionado en este párrafo.

# El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD: Potencial y Problemas

por Aldo Caliarì

## artículo 4



La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha lanzado su Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD)<sup>1</sup>. La UNCTAD caracteriza este marco por su énfasis en “un enfoque equilibrado entre el alcance de objetivos de crecimiento puramente económico y la necesidad de proteger a las personas y al medio ambiente”, y pone en relieve los intereses de los países en vías de desarrollo en el diseño de políticas.

En este artículo se realiza una evaluación independiente del IPFSD desde el punto de vista de estas dos proclamaciones. El IPFSD está compuesto por tres partes: Los Principios fundamentales; las directrices para el diseño de políticas de inversión nacionales y opciones para los diseñadores de políticas que están a cargo de negociar tratados internacionales de inversión. En el presente artículo solo se examinan la primera y la última.

### Principios Fundamentales para el Diseño de Políticas de Inversión

Entre los Principios Fundamentales que el IPFSD pretende convertir en directrices de políticas de manera colectiva e individual, el Principio 2 cuenta con una bienvenida llamada a coherencia política. Lamentablemente, no brinda una norma que sirva de guía para establecer una subordinación. Por ejemplo, que en caso de conflicto, deberían prevalecer los compromisos de desarrollo sostenible y derechos humanos asumidos por los países por sobre los compromisos relativos a la inversión.

El Principio 4 versa sobre el diseño dinámico de las políticas: “Las políticas de inversión deberían ser revisadas periódicamente para evaluar su eficacia y pertinencia y ser adaptadas a las cambiantes dinámicas del desarrollo”<sup>\*</sup>.

Este principio contribuye ampliamente al debate actual sobre las reglas de inversión internacional. Brinda una base para promover que los tratados de inversión sean sometidos a una revisión automática y periódica. La necesidad de adaptar las políticas de inversión para incorporar lo aprendido a través de su implementación tiende a estar ausente en los tratados de inversión, que una vez, suscriptos, son muy difíciles de renegociar. Incluso en aquellas instancias limitadas que teóricamente posibilitarían una renegociación, la misma tiende a sufrir obstáculos insondables.

Por otro lado, dos Principios resultan especialmente problemáticos. El Principio 7 sobre la apertura a la inversión, establece que: “*En línea con la estrategia de desarrollo de cada país, las políticas de inversión deberían establecer condiciones abiertas, estables y predecibles*”. Y el principio 8 indica que: “las políticas de inversión deberían brindar una protección adecuada para los inversores establecidos. El trato a los inversores establecidos debe ser no-discriminatorio”.

Ahora bien, el desarrollo sostenible se define como el desarrollo que “satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. La presunción no puede ser automática

en tanto que hoy, *a priori*, un régimen de apertura a la IED (con algunas excepciones) no comprometerá las opciones requeridas para que las generaciones futuras puedan satisfacer sus necesidades. La capacidad de un régimen para respetar el desarrollo sostenible dependerá de la configuración particular del régimen en cuestión y de la combinación entre lo nacional y lo extranjero en un país determinado.

La adopción de políticas de apertura como un principio tampoco puede coexistir muy cómodamente con los intereses de los países en desarrollo que la UNCTAD alega defender. La noción de apertura del comercio responde a la teoría de la ventaja comparativa, elaborada teniendo en mente el comercio de bienes. Independientemente de como uno vea los beneficios de esta apertura, extender tales argumentos a la apertura de la inversión no se trata de una propuesta tan sencilla.

En el caso del Principio 8 sobre la protección de los inversores establecidos, nuevamente, no hay una razón por la cual la no-discriminación debiera ser consagrada como un principio, y no como una excepción en casos donde la inversión pueda demostrar que sea apta para la estrategia de desarrollo sostenible y que puede generar un impacto positivo.

De seguro, surgirá una tensión entre los Principios 4, 7 y 8; un marco de entrada estable y predecible, podría limitar de la evaluación y “el diseño dinámico de políticas”. De hecho, llevado a un extremo, un marco de entrada altamente estable lógicamente sería un principio que no permitiría ningún tipo de aprendizaje de la experiencia.

El Principio 5 trata sobre un equilibrio entre los derechos y las obligaciones: “las políticas de inversión deberían ser equilibradas al establecer los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores en favor del desarrollo para todos”.

Por lo tanto, el principio reafirma la necesidad de alcanzar un equilibrio y mejorar el sistema visiblemente desequilibrado de los tratados y regímenes de inversión que rige en la actualidad.

El Principio 6 es bienvenido: “Cada país posee el derecho soberano de establecer condiciones para la entrada y operación de la inversión extranjera, sujetas a compromisos internacionales, en favor del bien público y para minimizar potenciales efectos negativos”.

La UNCTAD va más allá y establece que la regulación no solo es un derecho estatal sino una necesidad. Sin embargo, la frase “para minimizar los efectos negativos” es una expresión mucho más débil que la de “evitar” tales efectos. También resulta ambiguo si “sujetas a compromisos internacionales” pretende incluir compromisos no relativos a la inversión (tales como, por ejemplo, los relativos a los derechos humanos) o solo a compromisos de inversión internacional—en qué caso esta parte de la oración anularía el aspecto positivo del derecho a regular.

### Acuerdos Internacionales de Inversión: Opciones de Políticas

El IPFSD reconoce que el espacio para la adopción de muchas medidas nacionales recomendables puede verse constreñido por las cláusulas presentes en los acuerdos internacionales de inversión. Por lo tanto, pretende ofrecer una guía para los países que están negociando tales acuerdos. A este respecto, el IPFSD hace una distinción entre tres niveles de desafíos: estrategia, diseño de las disposiciones de los acuerdos y la construcción de un consenso multilateral.

A nivel estratégico, la UNCTAD observa los pros y los contras de los AII. Elige un cauteloso “puede” para referirse a la presunta capacidad de los AII para promover la inversión y advierte que estos acuerdos podrían convertirse en “un vehículo para proteger los intereses de los inversores y de los países emisores sin una debida consideración de los intereses de desarrollo de los países en vías de desarrollo”. También afirma que, en general, las disposiciones actuales de los tratados están bastante desviadas en este sentido.

El IPFSD también recomienda la consideración de las interacciones de los acuerdos internacionales. Por ejemplo

“los compromisos asumidos frente a algunos socios de tratado podrían fácilmente ser extendidos a otros a través de cláusulas como la de nación más favorecida”.

En cuanto al diseño de las disposiciones de los AII, el IPFSD apoya varios enfoques que, en muchos casos, ya habían sido desarrollados por la sociedad civil.

Por ejemplo, la UNCTAD sugiere que los AII podrían equilibrar los compromisos de los Estados con las obligaciones de los inversores, remarcando que “las obligaciones legalmente vinculantes de las empresas y los individuos se encuentran estipuladas por la legislación nacional pero están ausentes en los tratados internacionales”. Discutiblemente, si los tratados establecen derechos para los inversores, también pueden y deben imponer obligaciones a las partes privadas.

En este contexto, la UNCTAD sugiere que los AII estipulen que los inversores deberán “cumplir con ... las leyes nacionales del Estado receptor cuando hagan u operen una inversión, y ... también en la etapa post operación”. Entonces, el incumplimiento de estas obligaciones por los inversores podría ser la base para que los Estados receptores puedan entablar una contrademanda si los mismos son demandados ante un tribunal de inversión. Hasta ahí, resulta una buena idea, pero la UNCTAD agrega que el cumplimiento del inversor con las leyes nacionales debería estar sujeto a tales leyes conforme a “las obligaciones internacionales del país, incluyendo aquellas contenidas en los AII”. Si se adjuntara esta última condición, fácilmente podría anular lo dicho anteriormente.

La recomendación de la UNCTAD de que los países resguarden un espacio de políticas “aclarando el alcance y el significado de disposiciones particularmente vagas tales como la norma de trato justo y equitativo y expropiación ...” refleja la preocupación de la sociedad civil con respecto a los excesos en la interpretación de tales disposiciones.

Subrayando que los países receptores han enfrentado reclamaciones por hasta US\$114 mil millones, la UNCTAD reconoce la carga de defender a los países y el daño causado al espacio de políticas. Además, reconoce que los mecanismos entre inversor y estado han sido utilizados por los inversores de maneras inesperadas, demostrando una línea cada vez más borrosa entre el riesgo político y la baja interferencia por un lado, y las políticas internas legítimas por el otro.

Dentro de las cláusulas alternativas que podrían incluir los tratados, la UNCTAD hace una revisión de ejemplos que cubren el alcance y la definición de inversión, trato de NMF, trato justo y equitativo, expropiación y solución de diferencias entre inversor y estado.

Al debatir el alcance de los AII, la UNCTAD hace una advertencia sobre el mal uso de las disposiciones sobre la definición de inversión, señalando la importancia de las excepciones, por ejemplo, sobre la deuda pública, las inversiones de cartera o aquellas áreas y sectores delicados en cuanto a las políticas públicas. En torno al problema de que los inversores canalicen sus demandas a través de entidades legales basadas en las partes contratantes, alega que una práctica como tal podría ser contrarrestada con disposiciones tendientes a que solo los “inversores genuinos” de las partes contratantes puedan beneficiarse de las disposiciones de tratado.

La UNCTAD afirma que sería necesario que los negociadores circunscriban el trato nacional dado el hecho de que los Estados podrían preferir otorgar trato preferencial a los inversores nacionales debido a políticas industriales u otras razones. Y en torno al trato de NMF, destaca que los AII han comenzado a excluir explícitamente el arreglo de diferencias y las obligaciones de NMF contenidas en tratados con terceras partes; en respuesta a un número de tribunales de inversión que han interpretado el trato de NMF como para permitir que los inversores puedan invocar disposiciones más favorables contenidas en tratados entre un Estado receptor y un tercer país.

En cuanto al controvertido tema del arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS), el IPFSD reconoce las fallas que han surgido recientemente, tales como interpretaciones incoherentes e impredecibles, la utilización inesperada de cláusulas por los inversores, recusaciones contra medidas de

políticas en favor del interés público, procedimientos costosos y prolongados y transparencia limitada o nula. Entre las soluciones, propone “promover el uso de métodos alternativos para el arreglo de diferencias (*alternative dispute resolution*, ADR), mayor transparencia en los procedimientos, promover que los tribunales arbitrales tengan en cuenta estándares de conducta de los inversores al resolver diferencias entre inversores y Estados, limitar la posibilidad de recurrir a ISDS y mejorar el papel de los sistemas judiciales nacionales, dar lugar a la posibilidad de entablar contrademandas por parte de los Estados, o incluso abstenerse de ofrecer ISDS”.

El IPFSD sugiere cómo hacer operativos los objetivos de desarrollo sostenible, a través de tres grupos de métodos—claramente no exclusivos—: ajustar las disposiciones existentes para que sean más favorables al desarrollo sostenible, agregar nuevas disposiciones e incorporar trato especial y diferencial.

Esta sección del IPFSD se encuentra complementada por una tabla en la página 16 con una serie de opciones muy detallada que brinda un espectro de enfoques opcionales para cada una de las áreas habitualmente cubiertas por los AII. Esta parte no puede ser considerada como una serie de “buenas prácticas” porque no favorece ninguna opción en particular. Sino que su mayor mérito como una contribución al debate es que enclava dentro de un espectro de opciones válidas, algunas que en raras ocasiones—si es que nunca—son consideradas por los negociadores de los tratados.

Por ejemplo, las partes de un AII podrían optar por:

- No prohibir ningún requisito de desempeño (4.9.4)
- Incorporar excepciones para las medidas regulatorias que pretenden proteger los derechos humanos o permitir medidas prudenciales (5.1.4)
- Especificar que solo una serie acotada de temas estén sujetos al arreglo de diferencias entre inversores y Estados (u omitir totalmente el arreglo de diferencias entre inversor y Estado, designando los tribunales nacionales de los Estados receptores como el único foro apropiado (6.2.4 y 6.2.6)
- Mecanismos para la interpretación conjunta del tratado por las Partes en caso de ambigüedades (6.3.1)
- Limitar los remedios e indemnizaciones para garantizar que la suma sea conmensurada con el nivel de desarrollo del país (6.4.2)

El hecho de que en la mayoría de los casos estas opciones estén ausentes de los actuales tratados entre el Norte y el Sur es el hecho *realpolitik* de que la mayoría de los países más poderosos poseen plantillas entabladas sobre una base de tómallo o déjalo. Además, en la negociación entre los intereses de los inversores y los intereses de desarrollo sostenible de los países receptores, la evolución de los AII muestra una clara tendencia a inclinarse hacia los primeros. En una parte del IPFSD, la UNCTAD da una nota esperanzadora mencionando que los tratados de inversión están evolucionando, y cita la reciente revisión de la plantilla de tratados bilaterales de EUA. Pero los críticos han remarcado los pocos cambios que se han incorporado en dicha plantilla para favorecer los intereses de los países receptores.

Sin embargo, la única esperanza de establecer paradigmas de inversión que verdaderamente respalden el desarrollo sostenible en el futuro, es que los países en desarrollo diseñen políticas que abarquen todas las opciones disponibles y sus potenciales consecuencias, sirviendo como base para la consideración de los Parlamentos y el debate ciudadano.

#### Autor

Aldo Caliari es director del proyecto *Rethinking Bretton Woods* del Center of Concern.

#### Notas

<sup>1</sup> En octubre de 2012, la UNCTAD publicó un resumen del Marco IPFSD en *Investment Treaty News*, el cual se encuentra disponible en el artículo “Hacia una Nueva Generación de Políticas de Inversión: El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD”, por Elisabeth Tuerk y Faraz Rojdi, *Investment Treaty News*, 30 Octubre de 2012, p. 17, disponible en: [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_october\\_2012\\_es.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_es.pdf)

\*N. del T.: La traducción de las citas nos pertenecen.

## Sexto Foro Anual de Negociadores de Países en Desarrollo sobre Inversión: Entendiendo y Aprovechando los Nuevos Modelos para la Inversión y el Desarrollo Sostenible por Chantal Ononaiwu

### artículo 5

El Sexto Foro Anual de Negociadores de Países en Desarrollo sobre Inversión se celebró del 29 al 31 de octubre de 2012, en el Puerto de España, Trinidad & Tobago y fue co-organizado por el *International Institute for Sustainable Development* (IISD), el Gobierno de Trinidad & Tobago, la Secretaría de la Comunidad del Caribe (CARICOM) y el *South Centre*. Desde que el Foro fue convenido en 2007, el interés y la participación al mismo han crecido continuamente. El evento de este año atrajo a 75 participantes de 36 países de África, Asia, Latinoamérica y el Caribe, así como también de organizaciones regionales e internacionales, incluyendo la Secretaría del Commonwealth, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión Económica para África de la Naciones Unidas, la Agencia de Desarrollo de la Exportación del Caribe (*Caribbean Export Development Agency*) y la Comunidad de Desarrollo de África Austral (*Southern African Development Community*, SADC).

Este Foro es el único evento de este tipo que brinda a los negociadores de inversión de los países en desarrollo una plataforma única para el desarrollo de conocimientos, intercambio de experiencias y la formación de redes. Cuando asistí por primera vez el año pasado en Uganda, la experiencia me pareció invaluable, y esta sensación se terminó de consolidar después de mi participación este año.

El Foro alienta a los participantes a desarrollar sus propias perspectivas críticas sobre temas que guardan relación con la negociación de tratados internacionales de inversión, tales como los costos y beneficios de estos instrumentos, las implicancias de las disposiciones de los tratados de inversión para el desarrollo sostenible, el papel de los tratados de inversión dentro de un marco legal más amplio para la inversión, incluyendo el derecho interno y los contratos, y los riesgos y desafíos del sistema de arbitraje entre inversores y Estados.

El objetivo específico del evento de este año fue el de debatir y evaluar las distintas maneras de abordar la transición hacia un marco de inversión más equilibrado y que de apoyo al desarrollo sostenible. A este respecto, el foro se enfocó en tres herramientas que pueden ayudar a los países a lograr esta meta, todas las cuales fueron finalizadas en 2012. Al igual que el Acuerdo Modelo de Inversión para el Desarrollo Sostenible (*Model Investment Agreement for Sustainable Development*) del IISD de 2005, estos instrumentos sirven como una referencia que resulta muy útil para los países que pretenden construir un marco para la inversión sostenible. El primero es el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD, el cual establece principios fundamentales que pueden ser desarrollados como directrices para las políticas de inversión nacionales y las opciones de los tratados de inversión. El segundo es la Guía de Inversión para Negociadores de Países en Desarrollo (*Investment Guide for Developing Country Negotiators*) de la Secretaría del Commonwealth. Formalmente lanzada en el foro, esta guía identifica las mejores prácticas para incorporar el desarrollo sostenible a los acuerdos de inversión internacional y examina los costos y beneficios de enfoques alternativos. El tercero es la plantilla para el Modelo de Tratados de Inversión (*Model Investment Treaty template*) para los Estados de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), la cual fue desarrollada por el Comité de Inversión de la SADC.

El foco de las sesiones fue muy variado y las presentaciones y debates resultaron muy estimulantes e inspiradores.

Los participantes pudieron comprender mejor los nuevos modelos para la inversión y el desarrollo sostenible y las diferentes maneras en que pueden guiar no solo la negociación de los tratados de inversión sino también la elaboración de marcos legales internos para regir la inversión. Los participantes también ampliaron su apreciación de los desafíos para abordar la transición hacia un modelo de desarrollo sostenible, y las posibles soluciones para tratar los enfoques del pasado que son contrarios al marco de inversión que apoya el desarrollo sostenible. Además, el foro facilitó una mayor concientización sobre la amplitud de las reclamaciones entre inversor y Estado y sus implicancias para el desarrollo sostenible. De suma importancia fue que los negociadores hicieron una mayor reflexión sobre las opciones para implementar el desarrollo sostenible en disposiciones clave de los acuerdos de inversión, en particular las normas de trato justo y equitativo, expropiación, derechos de pre-establecimiento, requisitos de desempeño y obligaciones de los inversores.

El foro permite a los participantes sacar provecho del profundo desarrollo de conocimientos y experiencias de una amplia gama de expertos de diferentes campos, incluyendo aquellos que trabajan en organizaciones intergubernamentales, organizaciones no-gubernamentales y en el sector privado. Sin embargo, un beneficio invaluable de participar en el foro es la oportunidad para los negociadores de los países en desarrollo de compartir sus experiencias con sus contrapartes de varias regiones del mundo. Este intercambio se facilitó no solo a través de la participación de los negociadores como disertadores en las sesiones más sustantivas, sino también a través de sesiones informales de grupo donde los participantes evaluaron los costos y beneficios de varias opciones para la redacción de las disposiciones contenidas en los tratados de inversión. Este proceso de intercambio entre pares puede servir para generar un consenso sobre los relativos méritos de elegir determinadas opciones para ser incorporadas a las disposiciones de los tratados.

El foro también otorga a los participantes la posibilidad de formar redes y forjar relaciones significativas con sus contrapartes de todo el mundo. Además, la rotación anual de la sede en diferentes regiones garantiza que los negociadores de distintas partes del mundo puedan aprovechar más su participación. De hecho, el lugar del foro de este año en el Caribe posibilitó a los funcionarios de la mayoría de los países de la CARICOM asistir al evento por primera vez.

La participación de los participantes anteriores en el desarrollo de la agenda garantiza la pertinencia de los temas tratados en el foro para los negociadores de los países en desarrollo y aumenta su sentido de pertenencia con el proceso y su compromiso con su futuro desarrollo.

Los negociadores de inversión de los países en desarrollo deberían priorizar su asistencia al foro ya que los prepara en mayor medida para sopesar y equilibrar de manera minuciosa las opciones presentadas y para guiar el proceso de hacer sus elecciones al momento de construir un marco legal que rijan las inversiones en sus respectivos países o regiones.

#### Autor

La Dra. Chantal Ononaiwu es Especialista Legal en Políticas de Comercio de la Oficina de Negociaciones Comerciales, Secretaría de la CARICOM, con sede en Barbados.

# Incorporando el Desarrollo Sostenible en los Acuerdos Internacionales de Inversión: Guía del Commonwealth para Negociadores de los Países en vías de Desarrollo por Veniana Qalo

## artículo 6



**COMMONWEALTH**  
**SECRETARIAT**

En noviembre de 2012 la Secretaría del Commonwealth terminó una guía práctica, titulada “*Incorporando el Desarrollo Sostenible en los Acuerdos Internacionales de Inversión: Una Guía para los Países en Desarrollo*” (en inglés, “*Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*”). La misma está destinada a ayudar a estos países a diseñar acuerdos internacionales de inversión (en adelante, AIs) que apoyen sus necesidades de desarrollo<sup>1</sup>. La guía marca la culminación de un intenso proceso de consulta entre grupos de expertos que se llevó a cabo con éxito en las regiones del Commonwealth del Caribe, el Sur de Asia y Africa. También ha sido sometida a un riguroso proceso de revisión entre colegas que involucró a reconocidos expertos en el campo para garantizar el cumplimiento de estándares internacionales.

La guía identifica un área de crucial necesidad para los países miembros más pobres, pequeños y vulnerables; y proporciona una herramienta muy efectiva en términos de costos, instructiva y profundamente apreciada por los países en desarrollo pertenecientes al Commonwealth.

Esta guía está diseñada para servir de referencia, de gran utilidad, para los diseñadores de políticas, expertos jurídicos, investigadores legales y grupos de la sociedad civil. Explica cómo los AIs pueden convertirse en herramientas más eficaces para atraer la inversión y garantizar que la misma lleve al desarrollo sostenible. Se espera que ayude a los países en desarrollo a negociar sus tratados bilaterales de inversión (TBIs), pero también puede resultar conveniente incluir varias de estas disposiciones en los acuerdos de asociación económica, e incorporarlas a los acuerdos preferenciales de comercio y a otros tratados económicos internacionales relacionados con la inversión.

La guía analiza los costos y beneficios de los enfoques actuales desde una perspectiva de desarrollo sostenible. Brinda un menú de opciones para los

Estados que se encuentren negociando AIs, incluyendo nuevas ideas para el diseño de disposiciones de tratados que podrían aumentar las posibilidades de garantizar que las actividades de los inversores contribuyan al desarrollo sostenible.

En esta breve nota se discuten los principales desafíos de negociar AIs y se muestra cómo la guía puede ayudar a los actores más relevantes a abordar los mismos. También se presentan sus características esenciales, las audiencias a las cuales está dirigida la guía y los principales temas de políticas cubiertos por la misma.

### Los desafíos de negociar y vivir con los AIs

Atraer la inversión extranjera constituye un pilar de las políticas de desarrollo de la mayoría de los países en desarrollo. Una estrategia para fomentar la inversión extranjera es celebrar AIs.

La mayoría de los AIs son tratados bilaterales de inversión entre los países exportadores de capital y los países en desarrollo importadores de capital. Estos tratados ofrecen protección a los inversores extranjeros que operan en los países receptores. Los países en vías de desarrollo esperan que, al brindar protección, un AI aumente los flujos de entrada de inversión extranjera proveniente de inversores actuales y futuros. Pero la evidencia de este vínculo entre los AIs y los flujos de entrada de inversión extranjera es muy débil, y no toda la inversión extranjera contribuye al desarrollo sostenible. Al mismo tiempo, los tipos de AIs que habitualmente prefieren los países desarrollados pueden limitar la capacidad de los países receptores para regular las operaciones de los inversores extranjeros dentro de sus fronteras. Los AIs pueden dificultar el alcance de objetivos relativos a las políticas públicas de estos países, incluyendo sus metas de desarrollo y la conservación de estándares relacionados con la protección del medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales.

Las limitaciones que los AIs imponen a los estados receptores, combinado con decisiones costosas, incoherentes y en ocasiones sorprendidas por parte de los tribunales de arbitrajes entre inversores y Estados en torno al significado de obligaciones redactadas muy ampliamente dentro de los AIs, han llevado a muchos países a repensar las obligaciones que deberían incluirse en estos acuerdos.

### ¿Se abordan los desafíos relacionados con los AIs?

La Guía del Commonwealth está diseñada para explicar cómo los AIs pueden hacer mejor su trabajo de promover el desarrollo sostenible en los estados receptores. También muestra cómo los acuerdos pueden apoyar los esfuerzos de estos países para regular los flujos de entrada de la inversión extranjera a fin de garantizar que contribuyan al desarrollo sostenible.

La guía pretende lograr estos objetivos por medio de:

1. Identificar las mejores prácticas emergentes de los acuerdos existentes;
2. Sugerir disposiciones nuevas e innovadoras; y
3. Debatir cómo los Estados pueden alcanzar mayor coherencia entre sus AII, sus otros compromisos internacionales y sus políticas internas.

### Características esenciales de la Guía

La guía contiene las siguientes características, que están diseñadas para explicar cómo los AII pueden realizar un mejor trabajo en la promoción del desarrollo sostenible de manera que satisfaga más eficazmente las necesidades de los diferentes usuarios a quienes se encuentra dirigida:

- Discute los principales propósitos de los AII
- Describe los vínculos entre los AII y los flujos de entrada de inversión; y aquellos entre los flujos de entrada de las inversiones y el desarrollo sostenible.
- Presenta los varios enfoques actuales a las disposiciones de los AII.
- Identifica nuevas formas para modificar las disposiciones tradicionales de los AII.
- Describe nuevos tipos de disposiciones relativas al desarrollo sostenible que pueden ser incluidas en acuerdos futuros, asociadas con estudios de sustentabilidad, derechos humanos, derechos laborales, protección ambiental y corrupción.
- Explica las implicancias sobre las políticas de todas las disposiciones discutidas y evalúa los costos y beneficios.
- Proporciona ejemplos de disposiciones.

### ¿A quién está dirigida la Guía?

La guía pretende cubrir las necesidades de una gran variedad de usuarios, e incluye:

- Un recurso para ayudar a los diseñadores de políticas a realizar elecciones de políticas más informadas
- Un manual para negociadores
- Una referencia técnica para expertos legales e investigadores
- Una fuente de información sobre los AII para los grupos y defensores de la sociedad civil

### Principales temas de políticas debatidos

En la guía se discuten muchos de los efectos potenciales de los AII a nivel social, cultural y ambiental. Explica los actuales debates en torno a las interpretaciones legales

de varias disposiciones contenidas en los AII. Los temas debatidos incluyen:

- ¿Los AII contribuyen al crecimiento económico?
- ¿Cómo pueden contribuir los AII al desarrollo sostenible?
- ¿Cómo pueden los AII fomentar la inversión más eficazmente?
- ¿Cuál es el impacto de los AII sobre la soberanía regulatoria?
- ¿Cómo pueden intervenir los países de los inversores para apoyar el desarrollo sostenible en los Estados receptores?
- ¿Los AII pueden ser utilizados para implementar las obligaciones internacionales de derechos humanos y promover la responsabilidad social empresarial?
- ¿Cómo interactúan los AII con las obligaciones de la OMC, otros acuerdos de inversión y las políticas internas?
- ¿Los AII deberían incluir el arreglo de diferencias entre inversores y Estados?
- ¿Qué clase de cambios pueden ser introducidos a los procedimientos entre inversor y Estado para tornarlos menos onerosos para los Estados y más predecibles?

### Conclusiones

La Guía no pretende ser normativa y no carece de limitaciones. No realiza una comparación entre los AII y los compromisos en los contratos de inversión o los seguros, que pueden ser utilizados como sustitutos, o complementos a los AII, para fomentar la inversión. El foco de esta guía en los AII tampoco sugiere que éstos constituyan el mejor o el único enfoque para atraer y conservar la inversión extranjera. Puede haber otras políticas más convenientes, o que tengan un mayor impacto.

Más que investigar todos los enfoques posibles para atraer la inversión, la guía pretende ayudar a los países en desarrollo con AII existentes y en la negociación de nuevos AII. Su principal propósito es el de brindar una fuente útil de información y análisis para aquellos países que han negociado o están considerando negociar Acuerdos Internacionales de Inversión.

### Autor

La Sra. Veniana Qalo es Directora Interina y Asesora, de la Unidad de Comercio Internacional y Cooperación Regional de la División de Asuntos Económicos de la Secretaría del Commonwealth. La guía referida en este artículo fue elaborada por la Secretaría del Commonwealth a cargo de los Profesores Anthony VanDuzer, Graham Mayeda y Penelope Simons de la Universidad de Ottawa. Las opiniones reflejadas en este artículo pertenecen exclusivamente a los autores y no reflejan la opinión de la Secretaría del Commonwealth o de sus miembros.

# Noticias en Breve

## Canadá recibe reclamación de inversor por políticas provinciales de energía y medio ambiente

En los últimos meses el gobierno de Canadá ha recibido dos reclamaciones relacionadas con las políticas de energía y medio ambiente adoptadas por sus provincias. Dos inversores han remitido a Ottawa sus notificaciones de intención para presentar una reclamación a arbitraje bajo el capítulo de inversión del TLCAN.

Una firma de Delaware está recusando las restricciones impuestas por la provincia de Quebec al desarrollo de recursos de gas de esquisto. Lone Pine Resources Inc. solicita más de C\$250 en compensación.

Lone Pine expresó su disconformidad con la legislación promulgada en junio de 2012 que revocaba los permisos de exploración de gas y petróleo en áreas que se encuentran abajo del río St. Lawrence; dicha legislación surgió a raíz de una moratoria parcial sobre la fractura hidráulica en Quebec.

El gobierno de esta provincia está preocupado por el daño ambiental de la fractura, o “*fracking*”—una técnica que inyecta agua y químicos a alta presión para fracturar el sustrato rocoso y extraer petróleo y gas del subsuelo. El gobierno provincial ha ordenado la conducción de un estudio ambiental sobre la fractura, a ser completado en 2014.

Una firma de energía eólica de EUA, Windstream Energy LLC., ha presentado una segunda notificación. El reclamo se centra en la moratoria impuesta por la Provincia de Ontario a los parques eólicos *off-shore*. La firma solicitó C\$475 millones en compensación.

La rama canadiense de Windstream celebró un contrato de alimentación garantizada (*feed-in-tariff*, FIT) con la Provincia de Ontario en 2009 para llevar a cabo un proyecto eólico *off-shore*. La empresa alega que Ontario se comprometió a hacer más eficiente el proceso de aprobación de proyectos que habían firmado contratos FIT.

Sin embargo, el proyecto fue dejado en suspenso después de una moratoria impuesta a adicionales proyectos de desarrollo de energía eólica *off-shore* a principios de 2011. La Provincia dijo que precisaba una investigación más científica sobre los impactos de los proyectos *off-shore*—sin embargo,

Windstream aduce que la oposición pública a los proyectos eólicos, y la preocupación por los costos, son los factores principales que respaldan la moratoria.

Windstream afirma que no se cumplió con las disposiciones del TLCAN sobre expropiación y trato justo y equitativo. La empresa también alega que al dispensar a los otros inversores un trato más favorable—por ejemplo, arguye que es la única empresa con un contrato FIT que ha sido sometida a una moratoria—Canadá ha violado sus compromisos de no discriminación.

La notificación de intención presentada por Windstream el 17 de octubre de 2012 se encuentra disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/windstream-1.pdf>

La notificación de Lone Pine del 8 de noviembre de 2012 se encuentra en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/lone-1.pdf>

## La UE aprueba legislación sobre tratados de inversión de estados miembros

Las tres instituciones europeas responsables de la promulgación de leyes—la Comisión Europea, el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo—acordaron, en diciembre, una nueva legislación para regir los tratados bilaterales de inversión.

A raíz del Tratado de Lisboa, la UE ha estado considerando la manera de abordar los 1.200 tratados de inversión que los miembros de la UE han firmado con países no europeos. El Tratado, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, otorgó a la UE la competencia exclusiva sobre la inversión externa directa, pasando el poder de los estados miembro a la Unión Europea para negociar tratados de inversión con los países no pertenecientes a UE.

La Comisión Europea primero propuso un borrador de legislación en 2010; que después de algunas modificaciones, se convirtió en la base de la legislación promulgada en diciembre.

De acuerdo con una declaración de la Comisión Europea del 12 de diciembre de 2012, la nueva legislación garantizará una transición gradual a la nueva política de inversión de la UE por medio de: a)

proporcionar certeza legal a los inversores europeos y extranjeros que se benefician de los tratados ya existentes; b) dar poder a los estados miembros de la UE para, “bajo ciertas circunstancias”, negociar nuevos TBIs.

La Comisión subrayó que “los 1.200 Tratados Bilaterales de Inversión Bilateral celebrados por los Estados Miembros seguirán teniendo validez en virtud del derecho internacional”.

En cuanto a los nuevos tratados, la legislación permite a los estados miembros negociar tratados con países no pertenecientes a Europa si aquellos países no son el objetivo de acuerdos más amplios de la UE. La Comisión remarcó que las negociaciones “serán condicionales y el proceso será monitoreado de cerca por la Comisión, en miras a garantizar la compatibilidad general con la política común de inversión de la UE”.

A más largo plazo, no obstante, la Comisión pretende que los acuerdos más amplios de la UE reemplacen la actual red de tratados bilaterales negociados por los estados miembros.

Mientras tanto, se sigue trabajando para forjar un nuevo marco legal para estos acuerdos y nuevas posturas de negociación de los tratados de inversión. En mayo de 2012, por ejemplo, la Comisión emitió un borrador sobre la resolución de diferencias entre inversores y Estados en los tratados de la UE<sup>1</sup>.

La UE actualmente está negociando tratados de inversión con Singapur, Canadá e India, como parte de acuerdos más amplios de libre comercio. La Unión también está preparándose para negociar con Marruecos, Tunes, Jordania, Egipto y Japón, y está explorando la posibilidad de un acuerdo con China.

### **España enfrenta otra posible reclamación por recortes en subsidios a la energía renovable**

Es posible que España enfrente reclamaciones en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía por un proyecto de ley descrito como “medidas fiscales para la energía sostenible”.

Una administradora de bienes de infraestructura del Deutsche Bank, Rreef Infrastructure, se opone a un plan para la adopción de nuevas medidas fiscales contenido en el proyecto de ley, el cual

fue aprobado por el Gabinete español en septiembre.

Conforme a este plan, el cual debe ser aprobado por el Parlamento, se impondrá un nuevo impuesto del 6% sobre las ganancias de todas las instalaciones para la generación de energía. El plan también incluye recortes a los subsidios para las instalaciones de energía renovable que también hacen uso de combustibles fósiles.

El aumento de impuestos propuesto ha enfrentado gran resistencia de los productores de energía renovable. La Asociación española de energía eólica, por ejemplo, reclama que el impuesto del 6% sobre la generación de electricidad costará a los productores de energía eólica €241 millones en 2013.

Según informes de prensa españoles, el director de Rreef, Bernardo Sottomayor, dijo que las medidas impositivas violaban los compromisos de España en virtud del ECT, pero sin especificar las infracciones específicas. También indicó que otros inversores también podrían estar interesados en sumarse a una posible reclamación si el proyecto de ley es promulgado por el Parlamento.

Este proyecto de ley es un esfuerzo para bajar el alto déficit de España, que alcanzó €24 mil millones en 2011. El Ministro de Industria, Energía y Turismo de España, José Manuel Soria, dijo que las nuevas medidas fiscales bajarían el déficit a cero para el 2013.

Si Rreef entabla una reclamación, sería el tercero en hacerlo contra España bajo el ECT. En noviembre de 2011, un grupo de 14 inversores extranjeros remitieron a España una notificación de arbitraje por los cortes en las tarifas solares. De acuerdo con *Global Arbitration Review*, los inversores de Holanda y de Luxemburgo, Charanne y Construction, también quieren entablar una demanda contra España en virtud del ECT en respuesta a los cambios introducidos a las tarifas de alimentación garantizada en 2010.

#### **Notas**

<sup>1</sup> Para consultar una descripción de la propuesta de la Comisión, véase “Análisis del borrador preliminar de la Comisión Europea sobre la solución de controversias en los acuerdos de la UE”, Por Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *Investment Treaty News*, 19 julio de 2012, p. 12, disponible en: [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_july\\_2012\\_sp.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_july_2012_sp.pdf)

# Laudos y Decisiones

**Laudo de US\$1.76 mil millones de dólares dictado contra Ecuador en diferencia con Occidental; tribunal dividido en torno a los daños *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República de Ecuador, Caso del CIADI No. ARB/06/11***  
**Damon Vis-Dunbar**

Se ha ordenado a la República de Ecuador el pago de US\$1.769.625,000 por daños—el mayor laudo dictado en un caso del CIADI—después de que un tribunal determinara que la decisión de Ecuador de terminar un contrato de participación con la compañía petrolera norteamericana era equivalente a una expropiación.

Si bien el tribunal concordó con Ecuador que las demandantes—*Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company* (OPEC)—violaron el contrato de participación, no obstante sentenció que la respuesta de Ecuador a dicha violación había sido desproporcionada.

## *Antecedentes*

Bajo el contrato de participación con Ecuador, Occidental fue otorgada los derechos para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15, localizado en la región amazónica ecuatoriana, y que conservaba una parte del petróleo producido.

Las semillas de la diferencia fueron plantadas en un acuerdo de subcontratación celebrado con *Alberta Oil Corporation* (AEC), que otorgaba a la firma canadiense un interés económico del 40% de las operaciones de Occidental. Occidental y AEC también previeron una segunda etapa del acuerdo, donde se otorgaría a esta última el título legal de las operaciones en el Bloque 15.

Cuatro años más tarde, inmediatamente después de un laudo de US\$75 millones dictado a favor de Occidental en relación con otra diferencia con Ecuador, el acuerdo con AEC fue sometido a una examinación por parte de las autoridades de Ecuador. El acuerdo eventualmente establecería las razones para que el Ministerio de Energía cancelase el contrato con Occidental en mayo de 2006.

## *¿Se requería aprobación?*

Un punto clave de controversia era si Occidental requería la aprobación de Ecuador para celebrar el Acuerdo con AEC. Bajo los términos del contrato de participación de Occidental con Ecuador, se requería la aprobación del gobierno para transferir derechos a terceras partes.

Occidental alegó que el acuerdo con AEC sólo proporcionaba a AEC un interés económico en el proyecto; y solo sería en una segunda etapa del acuerdo cuando se otorgaría a esta empresa el título legal, que finalmente los derechos serían transferidos.

Al favorecer a Ecuador, sin embargo, el tribunal determinó que, bajo el acuerdo con Occidental, se otorgaba a AEC no solo un interés económico, sino que esta última también obtendría derechos gerenciales y de voto. De esta manera, el tribunal concluyó que Occidental había cometido un “grave error” al no solicitar la aprobación del gobierno.

No obstante, el tribunal agregó que Occidental no actuó de mala fe. Si bien remarcó que la compañía había sido bastante torpe en su comunicación con el Ministerio de Energía y Minas—y parecía estar internamente dividida sobre si debía solicitar la aprobación de Ecuador o no—no intentó ocultar el trato. De hecho, el acuerdo con AEC fue anunciado en un comunicado de prensa, y discutido con funcionarios públicos, pese a que el acuerdo en sí mismo no fue compartido con el gobierno.

## *¿La respuesta fue proporcionada?*

El tribunal procedió a considerar si la decisión del gobierno de cancelar el contrato con Occidental fue una respuesta proporcionada a la violación perpetrada por la compañía petrolera. Después de considerar el principio de proporcionalidad en el derecho ecuatoriano e internacional, decidió que no lo era.

Lo que influyó en esta decisión fue la conclusión de que el acuerdo con AEC no había causado un daño económico a Ecuador. El tribunal remarcó que AEC ya era un operador aprobado en Ecuador, y que “era altamente probable que se hubiera otorgado la aprobación si se la hubiera solicitado en octubre de 2000”.

EL tribunal también insinuó que la respuesta de Ecuador en parte estaba motivada por el hecho de que recientemente había perdido un arbitraje con Occidental en una reclamación de tratado de inversión por un impuesto al valor agregado. Ese laudo provocó una reacción adversa a nivel político y público contra Occidental.

“Resulta suficiente notar que (el laudo VAT) parece haber generado gran cantidad de sentimientos negativos contra OPEC, tal como lo hizo el descubrimiento de que OPEC había transferido derechos bajo el Contrato de Participación en violación con las leyes de Ecuador”, señaló el tribunal.

El tribunal también subrayó que el gobierno tenía otras opciones, menos severas, incluyendo imponer a Occidental un impuesto a la transferencia, y revisar el contrato de producción para mejorar los términos a favor de Ecuador. Remarcó que el Ministerio de Energía y Minas nunca antes había recurrido a terminar un contrato por infracciones similares de otras compañías.

Habiendo determinado que la respuesta de Ecuador fue desproporcionada en el contexto del derecho ecuatoriano e internacional, el tribunal no “dudó” en concluir que se trataba de una violación de la norma de trato justo y equitativo y que la medida era equivalente a una expropiación bajo el TBI entre EUA y Ecuador.

## *Arbitros disienten sobre daños*

Después de una extensa consideración de los daños, la mayoría del tribunal, L. Yves Fortier (presidente) y David A.R. Williams (designado por las demandantes) determinaron la suma de US\$ 2,35 mil millones por daños. Posteriormente, la mayoría redujo dicha suma en un 25% debido a la violación del contrato de participación por parte de Occidental.

Brigitte Stern, nominada por Ecuador, coincidió con la mayoría que este país había actuado de manera

desproporcionada al cancelar el contrato con Occidental. Sin embargo, en una opinión marcadamente disidente, no estuvo de acuerdo con la decisión de la mayoría sobre los daños.

Según la opinión de la Profesora Stern, Occidental sólo tiene derecho a reclamar respecto del 60% de sus derechos restantes, ya que el otro 40% se transfirió a AEC en virtud del acuerdo con esta.

A diferencia de la mayoría, la Profesora Stern decidió que el acuerdo con AEC no podría ser considerado como “inexistente” o nulo como resultado de la cancelación del contrato con Occidental por parte de Ecuador. En cambio, el acuerdo debería ser considerado como válido y vinculante hasta que un tribunal declare lo contrario.

La Profesora Stern señaló que una lectura selectiva de los casos de Ecuador, y una potencial confianza en traducciones defectuosas, llevaron a la mayoría a declarar erróneamente el acuerdo con AEC como inválido—y al hacer esto “se excedió manifiestamente en su jurisdicción”.

La decisión de la mayoría sobre los daños “violó los principios fundamentales del derecho internacional”, escribió la Profesora Stern y prosiguió a describir dos resultados inaceptables que se desprendieron de la decisión. Si OPEC le entrega 40% de la indemnización por daños a AEC, “la mayoría indirectamente habría ordenado el pago de una indemnización a AEC/Andes \_ lo cual sería un claro exceso de poder...” Pero si OPEC se queda con la indemnización entera, “la decisión de la mayoría habrá condonado la violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto”.

Notablemente, la opinión disidente de la Profesora Stern proporcionaría razones para entablar una solicitud de anulación—“uno de los pocos fundamentos para anular un laudo es que “un tribunal haya excedido manifiestamente sus poderes”. Ecuador ha señalado que solicitará la anulación del laudo.

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>

La opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern se encuentra en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1096.pdf>

**La diferencia entre Quiborax y Bolivia procede a la etapa de consideración de los méritos** *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia* Caso del CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción  
**Larisa Babiy**

El 27 de septiembre de 2012, siete años después de la presentación de una notificación de arbitraje, un tribunal arbitral confirmó su jurisdicción en un caso donde se oponen inversores chilenos con el Estado Plurinacional de Bolivia.

Quiborax, una compañía minera chilena, junto con su Jefe de Finanzas el Sr. Allan Fosk, y Non Metallic Minerals (NMM), una compañía minera boliviana de la cual Quiborax mantiene ser su accionista mayoritaria, reclaman que Bolivia revocó ilegalmente las once concesiones

mineras de NMM. Los demandantes alegan, entre otras razones, que Bolivia violó el TBI entre Bolivia y Chile al no dispensarles un trato justo y equitativo y al cometer una expropiación.

Bolivia presentó varias objeciones a la jurisdicción del tribunal. Primero, argumentó que los demandantes no eran inversores conforme al significado del TBI y los acusó de fabricar evidencia a ese respecto para el solo fin de obtener acceso a un arbitraje ante el CIADI. Segundo, afirmó que los demandantes no habían realizado una inversión conforme al significado del TBI y el Convenio del CIADI. Finalmente, señaló que los demandantes no podrían invocar la protección del TBI, ya que su inversión fue conducida en violación con las leyes bolivianas.

*kompetenz-kompetenz*

En la primera etapa del procedimiento se dio una sucesión inusual de eventos.

Ambas partes solicitaron múltiples extensiones de tiempo para concertar un acuerdo de conciliación de la diferencia que finalmente nunca se concretó. En 2009, comenzó el arbitraje y Bolivia inició un procedimiento penal contra el Sr. Fosk y otros para determinar si se habrían fabricado pruebas a fin de probar su status de inversor. Consecuentemente, los demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales ante el tribunal arbitral y obtuvieron una decisión donde se ordenó a Bolivia que suspendiera el procedimiento penal. Como resultado, Bolivia presentó una inusual recusación de todos los miembros del tribunal, que luego fue rechazada por la Secretaría General del CIADI.

En la etapa jurisdiccional, los demandantes alegaron que, por su conducta en el arbitraje, Bolivia había perdido su derecho a objetar la jurisdicción del tribunal. Invocaron los poderes inherentes del tribunal de preservar la integridad del procedimiento, y solicitaron a los árbitros que declaren las objeciones de Bolivia como inadmisibles. El tribunal, sin embargo, se puso del lado de Bolivia y señaló que no podría abdicar la tarea de determinar su propia jurisdicción, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* (es decir, el principio según el cual un tribunal posee jurisdicción para establecer su propia jurisdicción).

Otro asunto de controversia era si las pruebas que emergieron de los procedimientos penales iniciados contra el Sr. Fosk y otros deberían ser declaradas inadmisibles o no. Rechazando la objeción de los demandantes, el tribunal consideró que contaba con una amplia discreción para determinar la admisibilidad de toda prueba que fuera presentada ante sí. Prosiguió a concluir que las pruebas surgidas de los procedimientos penales eran admisibles, y que el valor probatorio sería considerado si y cuando fuera necesario.

*Bolivia cuestiona la adquisición de NMM por Quiborax*

De acuerdo con los demandantes, Quiborax y el Sr. Fosk se convirtieron en accionistas mayoritarios de NMM en 2001. Bolivia, en cambio, reclama que el tribunal carece de jurisdicción *ratione personae*, porque los demandantes nunca se convirtieron en accionistas de la compañía. Al contrario, Bolivia alega que los demandantes presentaron pruebas fabricadas a este respecto.

Bolivia adujo que la secuencia de transacciones que presuntamente resultaron en la adquisición de NMM era absurda, que los demandantes no presentaron documentos esenciales para probar la adquisición y que aquellos presentados mostraban múltiples irregularidades.

El tribunal revisó todos los antecedentes del caso y encontró que, pese a algunas “discrepancias a nivel documental”, el recuento de los hechos por los demandantes resultaba “consistente y bien documentado” y, por lo tanto, poseía jurisdicción *ratione personae* sobre la diferencia.

#### *Una definición objetiva de inversión*

Bolivia alegó que el tribunal carecía de jurisdicción sobre la diferencia porque los demandantes no realizaron una inversión según el significado establecido en el TBI y el Convenio del CIADI. El Estado receptor afirmó que la certeza legal apela a una definición objetiva del término inversión y propuso que sea sometida a una prueba de seis elementos, que incluían entre otros, el cumplimiento con las leyes del Estado receptor, contribución a su desarrollo económico y buena fe.

El tribunal afirmó que el Convenio del CIADI contiene una definición objetiva de inversión, que debe ser satisfecha independientemente de la definición contenida en el TBI. Afirmó que dicha definición abarca tres elementos, contribución o aporte de dinero u otros activos, duración y riesgo. El tribunal consideró que la contribución al desarrollo del Estado receptor “si bien podría ser el resultado de una inversión exitosa”, no parece que sea el requisito para que haya una inversión. El tribunal también señaló que ni el cumplimiento con las leyes del Estado ni el respeto de la buena fe determinan la existencia de una inversión.

Con este razonamiento en mente, el tribunal admitió parcialmente la objeción de Bolivia y decidió que el Sr. Fosk, al retener una sola acción de NMM, no hacía una contribución monetaria ni de activos y, por lo tanto, no tenía ninguna inversión. Sin embargo, los árbitros consideraron que Quiborax, habiendo pagado por el 51% de las acciones de NMM, sí invirtió en Bolivia.

#### *El requisito de legalidad tiene limitaciones en razón de la materia y temporales*

Bolivia objetó la jurisdicción del tribunal afirmando que la transferencia de las acciones en NMM por los demandantes se realizó en violación del derecho boliviano y, por ende, se infringió el requisito de legalidad establecido en el TBI. Bolivia propuso una interpretación extensiva de este requisito señalando que este cubría cualquier violación del derecho boliviano, sin importar su gravedad o cuándo se haya producido el incumplimiento.

Los demandantes, en cambio, apoyaron un enfoque más acotado. Aducen que el requisito de legalidad se aplica únicamente a las violaciones de los principios fundamentales del Estado o al régimen de inversiones, y únicamente al momento en que se establece la inversión. Asimismo, sostuvieron que Bolivia ahora no podía plantear tales objeciones, ya que no lo hizo durante casi tres años de negociación.

El tribunal no se mostró convencido por ninguno de los enfoques presentados. Consideró que el requisito presentaba limitaciones tanto en razón de la materia como temporales. Desde la perspectiva temporal, se limita al establecimiento de la inversión. Desde el punto de vista de la materia, en cambio, solo se limita a “violaciones no triviales” de las leyes del Estado receptor, violaciones del régimen de inversión y fraude.

Finalmente, el tribunal sostuvo que el hecho de que las partes se hayan visto involucradas en negociaciones de conciliación durante tanto tiempo no impide que Bolivia pudiese recusar la legalidad de la inversión en el arbitraje. De acuerdo con el tribunal, una conclusión diferente habría tenido un “efecto nocivo sobre la voluntad de los Estados receptores para entablar negociaciones de conciliación”.

El tribunal estuvo conformado por la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidente), Marc Lalonde (nominado por los demandantes) y la Profesora Brigitte Stern (designada por Bolivia).

La decisión se encuentra disponible en inglés aquí: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1098.pdf>

Y la versión en español en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1099.pdf>

#### **Se desestima caso presentado por empresa constructora de EUA contra Ucrania** *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ukraine, Caso del CIADI No. ARB/08/11* **Damon Vis-Dunbar**

En una decisión del 25 de octubre de 2012, un tribunal de CIADI rechazó todas las reclamaciones presentadas en contra de Ucrania por una empresa constructora americana y su filial en dicho país.

#### *Antecedentes*

Las demandantes, Bosh International, Inc, y B&P Ltd Foreign Investments Enterprise, crearon una asociación en participación para desarrollar y operar un complejo hotelero con la Universidad Tara Schevchenko en Kiev en 2003.

Varios años más tarde una auditoría de la universidad reveló un número de “irregularidades”. Por ejemplo, pese a que el hotel estaba destinado a actividades educativas, la auditoría determinó que había sido utilizado para seminarios de negocios durante mucho tiempo. En una segunda auditoría realizada por una oficina del Ministerio de Finanzas—la Oficina General de Control y Revisión (*General Control and Revision Office, CRO*)— surgieron anomalías similares.

La auditoría del Ministerio recomendó un número de acciones, incluyendo que la Universidad considerase la cancelación del contrato con B&P.

Poco después, la universidad inició una causa judicial. Inicialmente, un tribunal local rechazó la causa, pero la misma fue presentada nuevamente y un tribunal comercial emitió un fallo ordenando la cancelación del contrato de asociación en participación con B&P.

### *Tribunal considera atribución*

Las demandantes adujeron que las acciones tomadas por los tribunales ucranianos, el Ministerio de Justicia, CRO y la Universidad de Kiev eran atribuibles al Estado de Ucrania. Si bien resulta bastante fácil considerar los actos de los ministerios públicos y de los tribunales como atribuibles al Estado, el tribunal del caso se tomó un tiempo para verificar si podría aplicarse lo mismo a la Universidad.

Observando los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad estatal, el tribunal decidió que la Universidad no podría ser considerada como un organismo del Estado. Pero también caracterizó el tema de si la Universidad ejerció algún tipo de autoridad gubernamental como un asunto más complejo.

Pese a que se trata de una entidad legal, y ampliamente autónoma, el tribunal encontró que la Universidad ejercía algunos aspectos de autoridad gubernamental, tal como la prestación de servicios educativos y el manejo de propiedad estatal.

Sin embargo, el tribunal concluyó que el contrato de la Universidad con B&P no se relacionaba con estas funciones gubernamentales, sino que se entendía como una “actividad comercial o privada destinada a dispensar beneficios comerciales a ambas partes”.

### *Reclamos por incumplimiento de cláusulas FET y expropiación desestimados*

Las demandantes acusaron a Ucrania por violar sus compromisos sobre el trato justo y equitativo y la expropiación en virtud del TBI entre Estados Unidos y Ucrania. También se presentó una reclamación bajo la cláusula paraguas (*umbrella clause*) del TBI.

En apoyo a las reclamaciones por el incumplimiento de las cláusulas FET y de expropiación, las demandantes alegaron que CRO había ordenado a la Universidad que cancelase su contrato con B&P, y excedió su mandato al hacerlo. Las demandantes también argumentaron que la auditoría de CRO era arbitraria y carecía de un proceso debido.

Examinando a las pruebas, el tribunal encontró que eran infundadas: la auditoría de CRO parecía estar conforme al derecho ucraniano y B&P fue otorgada el proceso debido.

El tribunal tampoco aceptó la acusación de las demandantes de que CRO ordenó a la Universidad que terminase el contrato. En cambio, la recomendación de CRO fue que “considerara” la cancelación, y por lo tanto, CRO no podría ser responsable de la expropiación.

El reclamo de las demandantes de que la universidad había actuado de mala fe también fue desestimado. Aquí, el tribunal se basó en su decisión anterior que las acciones de la Universidad no podían atribuirse al Estado.

### *Cláusula paraguas*

Las demandantes hicieron referencia a la cláusula paraguas del TBI (la cual reza: “Cada Parte deberá observar toda obligación que haya asumido con respecto

a inversiones”) y alegó que Ucrania era responsable por el incumplimiento contractual perpetrado por la Universidad.

En respuesta, el tribunal consideró si “Cada Parte” se refería solamente a las partes estatales, o si también se extendía a entidades controladas por el Estado. El tribunal remarcó que en el TBI se hace una distinción entre los términos “Parte” y “empresa estatal” como entidades jurídicas.

Según la opinión del tribunal, la ‘Parte’ mencionada en la cláusula paraguas se refiere a una parte que actúa en la capacidad del Estado. Dada su decisión anterior de que el contrato de la Universidad con B&P no podría atribuirse al Estado, el tribunal concluyó que Ucrania no había asumido una ‘obligación’ con respecto a las demandantes.

El tribunal se vio “fortalecido” por el hecho de que, en su revisión de 20 casos que involucran reclamaciones bajo una cláusula paraguas, ninguna abarcaba un “contrato celebrado por un inversor con una entidad semejante a una Universidad”.

Notablemente, y, para “un análisis acabado” el tribunal consideró cómo hubiera fallado si la conducta de la Universidad hubiera sido atribuida al Estado. Siguiendo la línea de las decisiones emitidas en casos tales como *Société Générale de Surveillance c. República de las Filipinas*, el tribunal determinó que la cláusula paraguas no podía “pasar por encima” de las disposiciones sobre solución de diferencias contenidas en un contrato. En cambio, antes de invocar la cláusula paraguas, “las demandantes en cuestión deben cumplir con toda disposición de solución de diferencias incluida en dicho contrato”.

En el caso del contrato de las demandantes con la Universidad, las diferencias debían ser resueltas de acuerdo con la legislación ucraniana. Dado que la diferencia contractual entre B&P y la Universidad ya había sido atendida por los tribunales ucranianos, y que el contrato había sido cancelado por orden de una corte, el tribunal determinó que los demandantes no podrían entablar una reclamación por incumplimiento del contrato bajo la cláusula paraguas.

### *No hay conducta errónea de los tribunales ucranianos*

En su reclamación final, las demandantes adujeron que los tribunales ucranianos no respetaron el principio de *res judicata*, y al hacerlo, cometieron una violación del trato justo y equitativo en virtud del TBI.

Las demandantes apuntaron al hecho de que el primer esfuerzo de la Universidad por cancelar su contrato con B&P ante un tribunal comercial fracasó cuando éste declinó su jurisdicción. En vez de apelar la decisión, la reclamación fue presentada nuevamente ante otro juzgado comercial, y este juez acordó cancelar el contrato.

Sin embargo, el tribunal concluyó que la corte actuó consistentemente con el derecho ucraniano. Y, visto desde la perspectiva del derecho internacional, tampoco podría considerarse que los tribunales hayan ofendido el sentido de prudencia judicial.

El tribunal destacó que las demandantes tuvieron la

oportunidad de probar su caso ante los tribunales ucranianos, pero que se rehusaron a hacerlo. "A este respecto", señaló, "el Tribunal considera que las Demandantes se encuentran constreñidas por su estrategia de litigio y sus consecuencias"\*.

#### Costos

El tribunal ordenó a las demandantes una contribución de US\$150.000 a los costos legales de Ucrania (un-sexto del total) debido a las demoras en los procedimientos solicitados por las demandantes. Las partes deberán compartir los cargos del CIADI.

El tribunal estuvo compuesto por el Dr. Gavan Griffith (presidente), el Profesor Philippe Sands (nominado por las demandantes) y el Profesor Donald McRae (designado por el demandado).

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1118.pdf>

\* N. del T.: La traducción al español de las citas nos pertenece.

### **Se otorgan US\$ 66,8 millones a subsidiaria de ConocoPhillips en un caso iniciado contra una empresa estatal petrolera de Venezuela** *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited (Bermuda) y ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela, S.A., ICC Cristina Ngochua*

Un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional otorgó a una subsidiaria de ConocoPhillips US\$66,8 millones en un caso iniciado contra la empresa estatal venezolana, S.A. (PDVSA). En la misma decisión, con fecha del 17 de septiembre de 2012, el tribunal rechazó una reclamación por US\$102,9 millones entablada por otra subsidiaria de ConocoPhillips contra PDVSA.

El procedimiento se consolidó con dos solicitudes de arbitraje surgidas de dos acuerdos celebrados entre las demandantes y subsidiarias de PDVSA relacionados con las inversiones en los proyectos Petrozuata y Hamaca.

#### *El proyecto Petrozuata*

ConocoPhillips adujo que el error de una subsidiaria de PDVSA, Maraven, al no absorber de su propia producción los cortes de producción petrolera impuestos por el gobierno venezolano como estado miembro de la OPEC violó un acuerdo de garantía con PDVSA.

Al decidir en favor de ConocoPhillips, el tribunal rechazó el argumento de PDVSA de que los recortes a la producción ordenados por el gobierno venezolano constituían un "hecho del príncipe" (es decir, una causa externa no imputable) según el Código Civil venezolano. Este principio excusa la no ejecución de una obligación contractual cuando no se puede evitar el incumplimiento, se basa en el principio de buena fe, y no puede ser previsto.

Al llegar a esta conclusión, el tribunal remarcó que PDVSA no cumplió con la alta carga de la prueba requerida para justificar la no ejecución de sus obligaciones por parte de Maraven.

En su alegato de defensa, PDVSA también alegó que la 'Ley de Migraciones' de 2007 tuvo el efecto de extinguir todos los acuerdos contractuales relacionados con el proyecto Petrozuata. Sin embargo, ConocoPhillips objetó que esto llegaría a otorgar a la Ley de Migraciones un efecto "retroactivo" que está prohibido bajo la Constitución de Venezuela.

Al aceptar el caso de ConocoPhillips, el tribunal acordó que considerar las reclamaciones de esta empresa como extintas otorgaría a la Ley de Migraciones un efecto retroactivo. El tribunal rechazó las afirmaciones de PDVSA de que la Ley de Migraciones servía al interés público, y por lo tanto, calificaba como una excepción al principio de que una ley no puede tener un efecto retroactivo.

#### *El Proyecto Hamaca*

ConocoPhillips alegó que el error de la subsidiaria de PDVSA, Corpoguanipa, de no llamar a una reunión de directorio que podría haber llevado a la adopción de medidas para mitigar los impactos producidos por los cortes de producción relativos a la OPEC, fue un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Sin embargo, el tribunal concluyó que ConocoPhillips no estableció el suficiente vínculo causal entre su reclamo por daños como resultado de la decisión de Corpoguanipa de no convenir una reunión de directorio y la presunta violación de sus obligaciones contractuales.

El tribunal también subrayó que las obligaciones de PDVSA bajo el acuerdo de garantía del proyecto Hamaca limitaron su responsabilidad en torno a las "obligaciones específicas de Corpoguanipa". Dado que las disposiciones contractuales que subyacen a la reclamación de ConocoPhillips no se relacionan con obligaciones específicas de Corpoguanipa, sino que más generalmente estaban destinadas a brindar un sistema de reasignación proporcionada en el caso de cortes en la producción, el tribunal encontró que PDVSA no era responsable ante ConocoPhillips.

El arbitraje de la ICC va por separado de un procedimiento en curso iniciado por ConocoPhillips ante un tribunal del CIADI en 2007 después de que Venezuela promulgara una serie de leyes que efectivamente estaban destinadas a nacionalizar las inversiones de ConocoPhillips en los proyectos Petrozuata y Hamaca, y en el proyecto de desarrollo *offshore* Corocoro.

#### *Costos y Gastos*

Los costos del arbitraje fueron fijados en US\$820.000, a ser pagados equitativamente por ambas partes. Las demandantes y la demandada fueron ordenadas a asumir sus propias costas legales.

El tribunal estuvo compuesto por Pierre Tercier (presidente), Horacio Alberto Grigeria Naon (nominado por las demandantes) y Ahmed Sadek El-Kosheri (designado por la demandada).

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.iareporter.com/downloads/20120924/download>

# Recursos y Eventos

## Recursos

### **Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements** *Editado por Olivier De Schutter, Johan Swinnen, Jan Wouters. Routledge, Noviembre de 2012*

Este libro presenta una investigación original que examina el crecimiento de los acuerdos internacionales de inversión como un medio para atraer la inversión externa directa y considera la manera en que esto afecta la capacidad de los países importadores de capital para alcanzar sus objetivos de desarrollo. En este libro se realiza un análisis legal y económico para responder a preguntas que han sido centrales en el debate sobre el impacto de la globalización económica en los derechos humanos y el desarrollo humano. Explica los peligros de que los países en vías de desarrollados estén siendo tentados a 'señalar' su predisposición para atraer a los inversores otorgando protecciones de alto alcance a los derechos de los mismos que podrían anular, o al menos disminuir seriamente, los beneficios que pueden esperar de la IED. Examina una variedad de herramientas que podrían emplearse, tanto por los países exportadores de capital como por los países importadores de capital por igual, para garantizar que la IED actúe en pos del desarrollo, y que los acuerdos internacionales de inversión contribuyan a este fin. El libro se encuentra disponible para comprar en: <http://www.routledge.com/books/details/9780415535489/>

### **Indirect Expropriation in International Investment Law**

*Por Suzy H. Nikiema, PHU, The Graduate Institute Geneva, Noviembre de 2012.*

El derecho internacional de las inversiones está captando cada vez más atención debido a la proliferación de los tratados de protección de la inversión extranjera y a las nuevas posibilidades que poseen los inversores para recurrir a tribunales de arbitraje internacional. La expropiación indirecta, que puede afectar a un inversor extranjero, constituye un aspecto muy común y contencioso del derecho internacional de las inversiones, ya que refleja el conflicto entre los intereses privados de los inversores extranjeros y el interés público de los Estados receptores. A diferencia de la expropiación directa, que actualmente es muy conocida y utilizada, la definición de expropiación indirecta continúa siendo muy poco clara. En este libro se examinan las condiciones bajo las cuales una medida gubernamental puede ser considerada una expropiación indirecta, y por ende, dar lugar al derecho a recibir indemnización. El libro propone un nuevo marco analítico y brinda definiciones que pueden ser aplicadas a nivel legal para tomar en cuenta los intereses tanto de los Estados como de los inversores. El mismo se encuentra disponible en francés en: [http://www.amazon.fr/L'expropriation-indirecte-droit-international-investissements/dp/294050301X/ref=sr\\_1\\_fkmr0\\_1?ie=UTF8&qid=1354199287&sr=8-1-fkmr0](http://www.amazon.fr/L'expropriation-indirecte-droit-international-investissements/dp/294050301X/ref=sr_1_fkmr0_1?ie=UTF8&qid=1354199287&sr=8-1-fkmr0)

### **Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators**

*Por J Anthony VanDuzer, Penelope Simons & Graham Mayeda. Commonwealth Secretariat, 2013*

Esta guía está diseñada para ayudar a los países en desarrollo a negociar AIs que sean más eficaces para promover su desarrollo sostenible. Aquí se identifican y consolidan las mejores prácticas de los actuales modelos de tratados, evaluando los costos y beneficios de los diferentes enfoques; sugiriendo disposiciones nuevas e innovadoras para alentar los flujos de inversión extranjera; y delineando la manera en que los estados pueden lograr la coherencia entre sus AIs. La guía cubre: obligaciones sustantivas de los estados receptores en cuanto a la protección de los inversores; nuevas disposiciones para abordar el desarrollo sostenible; solución de diferencias; promoción de la inversión y asistencia técnica; y disposiciones sobre la entrada en vigor y cancelación de los acuerdos. El libro puede encargarse en: <https://publications.thecommonwealth.org/integrating-sustainable-development-into-international-investment-agreements-955-p.aspx>

### **Regionalism in International Investment Law**

*Por Leon Trakman & Nicola Ranieri. Oxford University Press, 2013*

Este libro brinda una perspectiva multinacional del derecho internacional de las inversiones. Hace un enfoque al campo de la inversión externa directa desde una perspectiva tanto académica como práctica y analiza diferentes acuerdos bilaterales, regionales y multinacionales. La perspectiva académica arroja una sólida base conceptual de los elementos del derecho internacional de las inversiones que con frecuencia son mal entendidos, mientras que la perspectiva práctica ayuda a aquellos que buscan activamente la inversión externa directa para que entiendan mejor el panorama, identifiquen los potenciales conflictos que puedan surgir y que evalúen más precisamente el riesgo que subyace a

los temas conflictivos y la resolución de los mismos. También se cubren asuntos espinosos relacionados con el comercio mundial, la soberanía, regulación, expropiación, solución de diferencias y la protección de los inversores, haciendo una descripción sobre cómo se desarrollaron y se ejecutaron estos asuntos en las diferentes regiones del mundo. El libro puede encargarse en: <http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/InvestmentandFinanceLaw/?view=usa&ci=9780195389005>

### **Public Health in International Investment Law and Arbitration**

*Por Valentina Vadiis. Publicado por Routledge, Julio de 2012*

¿Un Estado es libre de adoptar medidas para proteger la salud pública de sus ciudadanos? Si es así, ¿cuáles son los límites, si hay alguno, a estos poderes reguladores? El presente libro aborda estas preguntas enfocándose en el choque entre la autonomía regulatoria del Estado y el manejo de la inversión internacional. Apuntando al 'choque de culturas' entre el derecho internacional de las inversiones y la salud pública, la autora analiza de manera crítica la jurisprudencia emergente de los arbitrajes de tratados de inversión y considera la interacción entre la salud pública y los derechos de los inversores bajo el derecho internacional de las inversiones. También explora esta interacción en la práctica, enfocándose en sectores específicos tales como las patentes farmacéuticas, regulaciones sobre el tabaco y salud ambiental. Luego analiza los medios disponibles para promover la consideración de la salud pública en el derecho internacional de las inversiones y sugiere nuevos métodos y enfoques para conciliar mejor la salud pública y los derechos de los inversores. El libro puede encargarse en: <http://www.routledge.com/books/details/9780415507493/>

## Eventos 2013

### **Febrero 4-22**

**CURSO REGIONAL SOBRE TEMAS FUNDAMENTALES DE LA AGENDA ECONÓMICA PARA LA REGIÓN DE LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (COURSE ON KEY ISSUES ON THE INTERNATIONAL ECONOMIC AGENDA FOR THE LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN REGION), UNCTAD, Medellín, Colombia.** <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=176>

### **Febrero 4-8**

**GRUPO DE TRABAJO II DE LA UNCITRAL, DEL 2000 AL PRESENTE: ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN, SESIÓN 58. (UNCITRAL WORKING GROUP II, 2000 TO PRESENT: ARBITRATION AND CONCILIATION. 58TH SESSION), Nueva York, Estados Unidos.** [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html)

### **Febrero 6**

**LECTURA BRUNEL: EL JUEZ INTERNACIONAL, CONFERENCIA DE PHILIPPE SANDS ( BRUNEL LECTURE: THE INTERNATIONAL JUDGE, A LECTURE BY PHILIPPE SANDS), Universidad de Brunel, Londres, RU.** <http://qwww.brunel.ac.uk/law/research/university-research-centre/cipl>

### **Febrero 21-22**

**REUNIÓN ANUAL Nº 16 DEL DÍA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA IBA (16TH ANNUAL IBA INTERNATIONAL ARBITRATION DAY), INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Bogotá, Colombia.** <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4054049C-69FC-4B7A-9737-F3913A103556>

### **Mayo 7**

**EL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA ICC 2012- CAMBIOS & PRIMERAS EXPERIENCIAS (THE NEW ICC ARBITRATION RULES 2012 - CHANGES & FIRST EXPERIENCES), Cámara Internacional de Comercio, Viena, Austria.** <http://www.icc-austria.org/de/Seminare/Aktuelle-Seminare/1218.htm>

### **Junio 28**

**ARBITRAJE INTERNACIONAL Y ASUNTOS RELACIONADOS (INTERNATIONAL ARBITRATION AND RELATED MATTERS), INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, San Petersburgo, Rusia.** <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>



Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible  
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](mailto: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 sostenible proponiendo recomendaciones de políticas sobre el comercio y la inversión internacionales, la política económica, el cambio climático y la energía, la medición y la evaluación y la administración de los recursos naturales así como el papel facilitador de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre negociaciones internacionales y diseminamos conocimientos obtenidos a través de proyectos colaborativos con socios globales, lo que tiene como consecuencia una investigación más rigurosa, la creación de capacidad en países en vías de desarrollo, mejores lazos entre el norte y el sur y mejores conexiones globales entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los responsables de la creación de políticas.

La visión del IISD consiste en un mejor nivel de vida para todos y de manera sostenible. Su misión es fomentar la innovación de modo que las sociedades puedan vivir sosteniblemente. El IISD está inscripto como una organización sin fines de lucro en Canadá y cuenta con el estatus 501 (c)(3) en los Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo operativo del gobierno de Canadá, a través del Organismo Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA), del Centro de Investigación sobre el Desarrollo Internacional (IDRC), del Ministerio de Medio Ambiente de Canadá y del gobierno provincial de Manitoba. El instituto recibe financiación para sus proyectos de varios gobiernos dentro y fuera de Canadá, de agencias de las Naciones Unidas, de fundaciones y del sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Damon Vis-Dunbar en [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: [https://lists.iisd.ca/read/all\\_forums/subscribe?name=itn-english](https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english)

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

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