



## Tratados de Inversión y la Corrupción por parte del Inversor: ¿Una defensa emergente para los Estados Anfitriones? por Jason Yackee



**Abordando la Creciente Complejidad de los Tratados  
relativos a Inversiones:** Un Marco y Algunas Directivas de  
Políticas por Joost Pauwelyn

**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 Rojid

**La Plantilla del MODELO de TBI de la SADC:** Hacia una  
Nueva Generación de Tratados de Inversión  
por Howard Mann

**Avanzando hacia el Consenso:** Actualización sobre las  
Negociaciones acerca de la Transparencia en la CNUDMI por  
Lise Johnson

**También en este número:** Daimler Financial Services AG c. la República Argentina;  
Quasar de Valores c. la Federación Rusa; Swisslion DOO Skopje c. la Antigua  
República Yugoslava de Macedonia; Chevron & TexPet c. Ecuador; Libananco  
Holdings Co. Limited c. la República de Turquía

# contenido

- 3 **Artículos**  
Tratados de Inversión y la Corrupción por parte del Inversor: ¿Una defensa emergente para los Estados Anfitriones?  
*por Jason Yackee*
- 5 Abordando la Creciente Complejidad de los Tratados relativos a Inversiones: Un Marco y Algunas Directivas de Políticas  
*por Joost Pauwelyn*
- 7 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 Rojid*
- 10 La Plantilla del MODELO de TBI de la SADC: Hacia una Nueva Generación de Tratados de Inversión  
*por Howard Mann*
- 12 Avanzando hacia el Consenso: Actualización sobre las Negociaciones acerca de la Transparencia en la CNUDMI  
*por Lise Johnson*
- 13 **Noticias en Breve:** Sudáfrica comienza a retirarse de los TBIs celebrados con miembros de la UE; China y Canadá concluyen negociaciones de TBI; Secretaría del CIADI publica documento de antecedentes sobre anulación; Expertos presentan escrito amicus en apoyo a BP Group PLC
- 15 **Laudos y Decisiones:** Daimler Financial Services AG c. la República Argentina; Quasar de Valores c. la Federación Rusa; Swisllion DOO Skopje c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia; Chevron & TexPet c. Ecuador; Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía
- 19 **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)

# Tratados de Inversión y la Corrupción por parte del Inversor: ¿Una defensa emergente para los Estados Anfitriones?

por Jason Yackee

## artículo 1

Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) son famosos por su asimetría. Otorgan derechos a los inversores pero no obligaciones, mientras que imponen obligaciones sobre los Estados sin otorgarles derechos. Sin embargo, casos recientes sugieren que los tribunales de los TBIs están preparados para reconocer una defensa contra responsabilidad estatal que, en efecto, imponga la obligación sobre los inversores de evitar involucrarse en actos de corrupción pública en el proceso de realización de una inversión protegida por un tratado. Pese a estas tendencias jurisprudenciales, sin embargo, los marcos específicos con respecto a la defensa emergente sobre corrupción son inciertos, y en un reciente artículo sugiero un texto para el modelo de tratados de inversión para los estados que deseen asegurarse un acceso confiable al mismo<sup>1</sup>.

El resultado del conocido caso *Siemens, A.G.*, ilustra los beneficios potenciales de una defensa de corrupción para los estados anfitriones<sup>2</sup>. La multinacional alemana había ganado un laudo por US\$200 millones en un caso contra Argentina en el CIADI debido a la expropiación ilegal, por parte de este país, de un contrato firmado con Siemens, lo cual infringe el TBI entre Argentina y Alemania. Argentina presentó un pedido de anulación sin mucha posibilidad. Mientras la petición estaba pendiente de resolución, salió a la luz que los ejecutivos de Siemens habían alentado sistemáticamente el soborno de funcionarios públicos alrededor del mundo a una escala masiva, incluyendo en Argentina. Siemens pronto se vio sometida a una serie de embarazosas investigaciones sobre soborno, y eventualmente admitió su culpabilidad en los acuerdos de solución con las autoridades anti-corrupción de EUA y Alemania. En respuesta a estas revelaciones, Argentina tomó la poco común medida procesal de solicitar al CIADI que “revisara” el laudo subyacente. La solicitud para abrir el procedimiento de revisión alentó el arreglo de la diferencia por parte de Siemens—pero lo hizo a un alto costo. La empresa renunció a su laudo a cambio de que Argentina consintiera discontinuar los procedimientos de anulación y revisión. La relevancia (o irrelevancia) de los actos de corrupción de Siemens nunca fue resuelta por parte de un tribunal.

¿Qué habría sucedido si Argentina hubiese planteado (y probado) los actos de corrupción durante el procedimiento original? Recurriendo a la jurisprudencia arbitral en torno a la relevancia de la corrupción pública con respecto a las diferencias surgidas de contratos privados podríamos inferir que habitualmente la corrupción surge cuando se solicita a un tribunal que haga cumplir un contrato entre un inversor extranjero y un intermediario local, encargado de facilitar la obtención de licitaciones o para realizar un negocio estatal, aparentemente en carácter de “consultor”.

La decisión mas importante es un laudo ad hoc de 1963 dictado por el Juez Lagergren, distinguido abogado y Juez suizo. El demandante, un argentino con conexiones políticas, solicitó el pago por parte de un inversor extranjero en el sector eléctrico de Argentina bajo un contrato según el cual presuntamente se garantizaba al demandante un gran porcentaje del valor de cualquier contratos estatales fueran eventualmente otorgados al inversor. Las partes admitieron libremente que el propósito del contrato era el de sobornar a funcionarios argentinos.

Ninguna de las partes cuestionó la autoridad de Lagergren para decidir sobre los méritos de la diferencia. Sin embargo, este Juez asumió la responsabilidad de examinar su jurisdicción por motus proprio, basándose en que el contrato “había sido condenado por su falta de decencia y moralidad”. Concluyó que la legislación interna pertinente condenaba las obligaciones que iban en contra de la “moral”, y afirmó que “no puede objetarse que existe



un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas que los contratos que infringen gravemente la moral o bonos mores o las políticas públicas internacionales no tienen validez, o por lo menos, no son ejecutables, y que no pueden ser sancionados por tribunales ni por árbitros”. Además, “[e]sta corrupción es un mal internacional: va en contra de la moral pública y la política pública internacional que es común a toda la comunidad de naciones”. Ya sea que se observe el caso desde la perspectiva de “un buen gobierno o desde la ética comercial”, resultó “imposible” para el Juez Lagergren “cerrar [sus] ojos. . . ante los efecto[s] destructivos” de dicha corrupción sobre “el progreso industrial”. Esto implicó que el se vio obligado a declinar su jurisdicción. Tal como explicó el Juez, “las [p]artes que se han unido en una iniciativa” involucrada en una “grave violación de la moral pública y de la política pública internacional. . . deben darse cuenta de que han perdido todo derecho para recibir asistencia del aparato de justicia. . . para resolver su diferencia”.

El laudo del Juez Lagergren ha generado ciertas críticas a lo largo de los años, primordialmente en cuanto a su presunta mala aplicación del principio de separación de las cláusulas de arbitraje. Los comentaristas sugieren que cometió un error al presentarse para atender el caso en base a fundamentos jurisdiccionales, ya que la separación implica que un defecto en el contrato subyacente no puede ser utilizado para justificar la anulación de una cláusula de arbitraje contenida en el mismo. Dejando de lado esta controversia doctrinal, numerosos laudos privados actualmente reflejan la postura principal de Lagergren de que los tribunales no deberían involucrarse en la resolución de diferencias sobre el desempeño de obligaciones contenidas en contratos cuyo objeto es la corrupción pública<sup>3</sup>.

Esta línea de jurisprudencia arbitral recientemente ha ingresado a la esfera de diferencias contractuales bajo el CIADI. En el caso *World Duty Free Co. Ltd. c. Republic of Kenya*<sup>4</sup>, Kenia fue acusada de haber expropiado ilegalmente la inversión del demandante. No había un TBI pertinente, y en el contrato de inversión se optó por el derecho inglés y el de Kenia. En el transcurso del procedimiento, el inversor describió en detalle cómo había obtenido el contrato al sobornar al entonces Presidente de Kenia. Este país aprovechó la admisión para alegar que el caso debía ser desestimado. El tribunal citó el laudo de Lagergren, así como otras fuentes, para afirmar que el soborno claramente violaba “la política pública internacional” así como el derecho inglés y el de Kenia. La implicancia para el inversor fue que no estaba “facultado legalmente para sostener ninguna de las demandas alegadas. . . sobre la base de una acción *ex turpi non oritur*”, ya que todas estas demandas “se basa [ban] o depend[ían] del” contrato de concesión corrupto.

*El caso de World Duty Free* ilustra el remarcable grado al que han llegado a insertarse los ideales anti-corrupción dentro del régimen normativo de la práctica legal internacional. Si bien muchos años atrás Lagergren ya había propuesto con valentía una política pública internacional para ir en contra de la ejecución de contratos destinados a actos de corrupción, la política pública *real* que existía en ese momento era increíblemente deficiente. Hoy, gracias a una extensa línea de jurisprudencia arbitral de carácter privado; a la incorporación de principios anti-corrupción en los tratados (por ej., la Convención para combatir el soborno de la OCDE) y a la difusión de legislación interna al estilo de la de EUA que penalizan las prácticas corruptas extranjeras; no es difícil afirmar que la política pública internacional hoy condena la corrupción, hasta el punto de permitir que un estado anfitrión – Kenia—pueda escapar de su responsabilidad de expropiar un contrato no porque tiene como fin la corrupción por sí misma, sino por haber sido conseguido a través de actos de corrupción.

La implicancia de la política pública internacional en las reclamaciones presentadas por inversores en virtud de TBIs es algo que está menos claro. Después de todo, en una reclamación de TBI, el inversor pretende hacer cumplir sus derechos bajo un *tratado* internacional, que en sí mismo difícilmente sea producto de la corrupción. El acto de corrupción reclamado en el caso Siemens difiere legalmente, en cierto sentido, de los derechos que *Siemens* estaba tratando de hacer cumplir. Virtualmente en ningún TBI se menciona la corrupción, por lo tanto, cómo importar los principios anti-corrupción al régimen de TBI es un tema que necesita tratamiento. Un camino posible es la noción de política pública internacional antes mencionada, que los árbitros de TBI tendrían la obligación de apoyar en virtud del carácter internacional de las diferencias que deben resolver, y de las instituciones arbitrales para las cuales trabajan. Otro camino es la tendencia a atribuir, dentro de los TBIs, una obligación al inversor de actuar de “buena fe” hacia el estado anfitrión, tal como se formuló en el reciente laudo del caso *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*<sup>5</sup>. O, quizás hacer algo aun más prometedor, sería importar los principios anti-corrupción a través de disposiciones contenidas en algunos TBIs, donde se limiten las protecciones solo a las inversiones realizadas “conforme a” las leyes internas<sup>6</sup>. Dado que virtualmente todos los sistemas legales internos declaran ilegal la corrupción pública, toda inversión adquirida corruptamente no sería realizada “conforme a” las leyes internas de un país. Sin embargo, aún hay importantes cuestiones sin resolver sobre la aplicación adecuada de las disposiciones que contienen la expresión “conforme a”, tales como la necesidad de determinar si la ilegalidad de una inversión debería ser tratada como un asunto de “admisibilidad” o “jurisdicción”. Quizás de mayor importancia sea el hecho de que muchos TBIs *no* incluyen disposiciones con la expresión “conforme a”, y en estos casos el impacto de la ilegalidad interna (al igual que el impacto de la violación de la política pública internacional) sobre el acceso del inversor a las protecciones de un TBI es aún más incierto.

De particular preocupación para aquellos que desearían que el régimen de TBI sancionara severamente la conducta corrupta del inversor es la posibilidad de que los tribunales de TBI no traten la corrupción por parte del inversor como un asunto jurisdiccional o preliminar (o como un tema relativo al alcance del consentimiento del Estado a arbitraje), sino, más bien, como un tema que debería ser “sopesado” en la etapa de consideración de los méritos<sup>7</sup>. Según un enfoque como tal, la culpa del inversor por corromper a un funcionario público sería sopesada con respecto a la propia intervención del Estado en el ardid, quizás permitiendo al inversor alguna medida de reparación pese al origen corrupto de su inversión.

En otros lados he argumentado que los Estados deberían incluir un artículo en sus TBIs donde se aclaren estas cuestiones. Específicamente, sugiero que se adopte un enfoque que requiera que los tribunales de TBI traten las acusaciones de corrupción como un asunto preliminar; que de probarse, el inversor perdería

acceso al procedimiento de solución de diferencias del TBI en cuestión, sin dejar la posibilidad de “sopesar” este asunto en la etapa de consideración de los méritos. Este enfoque quizás permite a los actores estatales escapar responsabilidad cuando aceptan sobornos, y ha sido muy criticado por considerarse injusto e insensato<sup>8</sup>.

Pero la alternativa—permitir que los tribunales analicen y sopesen las faltas del estado y del inversor en una transacción corrupta—coloca a los tribunales de TBI en una posición peligrosa. Los regímenes políticos internos, especialmente aquellos que vienen después de transiciones políticas, pueden depender del apoyo político interno en un esfuerzo por “hacer una limpieza”, es decir, exponer y remediar la mala conducta del régimen anterior. Estos esfuerzos deberían ser apoyados en tanto que podrían ayudar a dar comienzo a un círculo virtuoso de auto-fortalecimiento de las normas anti-soborno dentro del sistema político. Que un tribunal del CIADI sostenga que la intervención de un régimen anterior en prácticas corruptas implique que una concesión obtenida corruptamente pueda beneficiarse de las protecciones de TBI pone en riesgo aquellos esfuerzos para llegar a un equilibrio político caracterizado por una corrupción menos frecuente. También es posible que se exacerbe la insatisfacción pública con respecto al sistema de inversión internacional al inflamar una mala percepción popular de que el sistema es “prejuiciado” contra las decisiones políticas bien intencionadas de los gobiernos de los países en desarrollo. En contraste, un enfoque de manos limpias, que tiene claras analogías en el derecho de contratación interna, permite a los tribunales mostrar que el sistema de TBI apoya fuertemente a los propios esfuerzos del Estado contra los actos de soborno.

En conclusión, aun en ausencia de un lenguaje específico con respecto a la corrupción en los TBIs, es posible que el involucramiento de un inversor en un acto de corrupción pública en relación con su inversión tenga mayor relevancia legal en la capacidad del mismo para acceder plenamente a las protecciones del TBI. Pero incluso si una “defensa de corrupción” fuera viable como un asunto que podría ser llamado parte de “derecho internacional consuetudinario”, los detalles siguen siendo muy debatidos e inciertos. Los Estados que deseen asegurarse un acceso confiable y efectivo a una defensa de corrupción deberían sabiamente considerar modificar sus tratados de inversión para incluir la versión más conveniente de esta defensa para ellos.

---

#### Autor

Jason Yackee es Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin.

---

#### Notas

1 Jason Webb Yackee, *Essay: Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?* 52 Va. J. Int'l L. 723 (2012).

2 Siemens A.G. c. la República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/02/08, Laudo (6 de febrero, 2007).

3 Para consultar un resumen, véase ABDULHAY SAYED, *CORRUPTION IN INTERNATIONAL TRADE AND COMMERCIAL ARBITRATION* (2004).

4 Caso del CIADI No. ARB/00/7, Laudo (4 de octubre, 2006), disponible en: <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

5 Caso del CIADI No. ARB/03/24, Laudo (27 de agosto, 2008), disponible en <http://italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>.

6 Para consultar un resumen sobre las disposiciones de disposiciones con la expresión “conforme a”, véase un interesante resumen de Stephan Schill, *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, 11 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 281 (2012).

7 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso del CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto, 2007) (Cremades, disidente) (presentación de un argumento para equilibrar el involucramiento del inversor y del Estado en la práctica ilegal).

8 Véase el debate entre el que habla y los Profesores Bjorklund y Wong en el blog *Opinio Juris* (31 de mayo, 2012).

# Abordando la Creciente Complejidad de los Tratados relativos a Inversiones: Un Marco y Algunas Directivas de Políticas

por Joost Pauwelyn

## artículo 2



Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) solían ser textos estandarizados: sacados del cajón antes de las visitas oficiales; firmados de manera ostentosa y circunstancial pero sin prestar atención a la precisión de su redacción. Hoy, resulta asombrosa la diversidad y las ramificaciones de los tratados relativos a las inversiones. Por un lado, el boom de los casos de arbitraje hizo que todos se darán cuenta de la importancia de estos tratados. La variación, precisión, extensas notas al pie y protocolos explicativos son muy comunes. A menudo incorporan o responden a anteriores laudos de arbitraje, construyendo un útil puente entre el litigio y la negociación.

Otro factor que contribuye a esto es la creciente superposición entre los tratados de inversión y los acuerdos de comercio. El hecho de que a menudo cada país cuente con docenas de tratados no facilita las cosas. Suiza, por ejemplo, es parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), y posee 26 tratados de libre comercio—sin contar la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y los tratados bilaterales con la UE—y también es parte de 124 TBIs. Algunos TLCs son celebrados solamente por Suiza, la mayoría en nombre de la AELC.

Algunos TLCs contienen un capítulo de inversión, otros no. Algunos TLCs poseen un capítulo adicional sobre servicios al estilo del AGCS—donde se señala en particular el acceso y la no discriminación para la IED en los servicios (no en la fabricación)—otros no lo hacen, o liberalizan el “establecimiento” tanto para los servicios *como* para los bienes. Algunos TBIs, a su vez, liberalizan y protegen las inversiones (sin hacer una distinción entre bienes vs. servicios), otros no dicen nada sobre el acceso y sólo protegen las inversiones irre recuperables. Algunos tratados establecen ciertas exclusiones para algunos bienes o sectores específicos, eximiendo determinadas medidas o excepciones generales, otros no lo hacen o lo realizan de manera diferente. Algunos tratados (o capítulos dentro de tratados) sólo disponen el arreglo de diferencias de estado-a-estado, otros incluyen una oferta permanente de arbitraje con inversores privados. Un tercer tipo establece arbitraje con inversores privados pero con consentimiento que se encuentra sujeto al estado demandado sobre una base de caso-por-caso.

La disposición de Nación Más Favorecida (NMF) puede reparar parte de esta diversidad pero su cobertura y alcance continúan siendo altamente disputados: ¿La

cláusula de NMF de un TBI puede extenderse a los beneficios otorgados a otros países miembros de la OMC o de un TLC? Inversamente, ¿la cláusula de NMF en el AGCS o en un TLC incorpora automáticamente ventajas sustantivas o relativas al arreglo de diferencias otorgadas a otro país bajo un TBI?

Estas abrumadoras preguntas sobre diversidad y superposición no deben ser exageradas. Aun hay extensas áreas de convergencia y las superposiciones se encuentran al margen y hasta ahora no han jugado un papel importante en el arreglo de diferencias. Dicho esto, las superposiciones y conflictos pueden evitarse o regularse de mejor manera a través de la cuidadosa redacción y negociación de tratados. Litigios prolongados, costosos e impredecibles son claramente un alternativa menos deseada.

En la Tabla 1, a continuación, se ofrece una forma práctica de pensar de estas superposiciones, haciendo dos preguntas básicas:

(1) ¿Cuál es el negocio o actividad económica en cuestión: *bienes* o *servicios* (o ambos)?

(2) ¿Cuál es el problema o restricción gubernamental que se reclama: se trata de un país que dificulta el *comercio* de bienes o servicios; o es un país que restringe el acceso o que no protege la *inversión* extranjera (o ambos)?

Tabla 1: Guía Práctica para Encontrar Acuerdo(s) Aplicable(s)

		RESTRICCIÓN GUBERNAMENTAL			
		COMERCIO		INVERSIÓN	
		País que restringe el ACCESO de bienes o servicios (importaciones o exportaciones)		País que restringe el ACCESO de inversiones o inversores	País que no PROTEGE las inversiones /los inversores
ACTIVIDAD COMERCIAL	Sin inversión local	Con inversión local			
BIENES industria, agricultura	- GATT - TLCs - ACP	- MICs - GATT - TLCs - ACP	- (Algunos) TLCs - (Pocos) TBIs	- TBIs - (Pocos) TLCs - ADPICs	
SERVICIOS financieros, turísticos, de ingeniería, telecomunicaciones, etc.	- AGCS - (La mayoría) TLCs - ACP	- AGCS - (La mayoría) TLCs - ACP	- ACS Modos 3 & 4 - (La mayoría) TLCs - (Pocos) TBIs	- TBIs - (Pocos) TLCs - ADPICs	

- GATT El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (y posiblemente otros acuerdos relacionados con el comercio de bienes en el Anexo 1A del Acuerdo de la OMC)
- TLCs Tratados de Libre Comercio
- ACP Acuerdos sobre Contratación Pública (acuerdo plurilateral firmado sólo por algunos Miembros de la OMC)
- MICs (OMC) Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
- AGCS Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
- TBIs Tratados Bilaterales de Inversión
- ADPICs (OMC) El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Para una persona de negocios o un economista, estas distinciones—bienes vs. servicios; comercio vs. inversión; acceso vs. protección—pueden tener poco sentido o ser

difíciles de realizar. Para fines legales, estas distinciones son cruciales ya que abarcan diferentes niveles de protección y obligación.



Con los recursos y la creatividad suficiente, los inversores y los comerciantes pueden elegir el foro o hacer una referencia cruzada entre los tratados para obtener el máximo nivel de acceso y protección, junto con los remedios más convenientes.



Para el comercio, el resultado final es que la protección internacional de los comerciantes y los inversores se encuentra diseminada en una gran variedad de acuerdos. Aquellos que son capaces de explotar esta diversidad pueden beneficiarse. Otros pueden perderse en el camino. Con los recursos y la creatividad suficiente, los inversores y los comerciantes pueden elegir el foro o hacer una referencia cruzada entre los tratados para obtener el máximo nivel de acceso y protección, junto con los remedios más convenientes. Visto desde la perspectiva de un estado regulador, éste tiene las manos atadas y las flexibilidades vendidas en una serie de tratados en constante crecimiento. *¿Cui bono?* Aquí también, los países con más recursos tienen la capacidad hacer frente a este tema e incluso sacar ventaja. Pueden utilizar la complejidad como un dispositivo para minimizar sus compromisos en las negociaciones; en el litigio, pueden utilizar objeciones jurisdiccionales o hacer una referencia cruzada a las exclusiones, cláusulas de conflicto o excepciones de otros, superponiendo los tratados para evitar o limitar su responsabilidad o minimizar los daños u otros remedios. En contraste, los países con menos recursos pueden verse confundidos o cometer errores de programación que pueden resultar muy costosos.

Las superposiciones y complejidades están en alza y van a permanecer. Para los gobiernos, el desafío es cómo abordarlas. A continuación, se encuentran algunas directivas de políticas enfocadas en la etapa de negociación que pueden aliviar los problemas de superposición:

- Es mejor incorporar compromisos en un sólo tratado, en lugar de celebrar un TBI y un TLC con un mismo país.
- Los tratados regionales o plurilaterales, en vez de los tratados bilaterales, impiden cierto nivel de superposición.
- Negociar exclusiones explícitas o disposiciones de prioridad para aclarar el alcance de cada

acuerdo, y qué acuerdo prevalecerá en caso de conflictos (esto se hace a menudo en relación con la superposición entre OMC y TLC; en menor medida con la superposición entre TBI y TLC o OMC). Estas cláusulas de superposición también deberían abordar la superposición entre las disposiciones de arreglo de diferencias.

- Ser consciente de las distinciones formalistas arraigadas en la mente de los negociadores (por ej., servicios vs. bienes; comercio vs. inversión; acceso o establecimiento vs. protección). Aclarar las líneas divisorias, evitar distinciones muy estrictas que tengan poco sentido económico y verificar que estas distinciones no inadvertidamente cubran (o dejen de cubrir) industrias o problemas importantes.
- Realizar que una cláusula de amplio consentimiento a arbitraje (por ej., “cualquier diferencia con respecto a la inversión”) o una amplia cláusula general (*umbrella clause*) (por ej., “cualquier compromiso asumido en relación con la inversión”) podría cubrir reclamaciones en acuerdos externos (tales como el AGCS o los TLCs).
- La disposición de NMF también puede generar consecuencias inesperadas: una cláusula de NMF en un TBI no sólo podría aplicarse a los beneficios otorgados en otros TBIs sino también a otros tratados relativos a inversiones tales como el AGCS, el ADPICs o los TLCs. Similarmente, cuando se celebra un TBI, los beneficios allí contenidos pueden ser extendidos a otros países conforme a las cláusulas de NMF de los TBIs, la OMC o los TLCs. Redactar cuidadosamente una cláusula de NMF es indispensable. Exclusiones o excepciones pueden ser necesarias (las encontramos en la OMC pero no tanto en los TLCs y menos aun en los TBIs).
- Cuando los niveles de compromiso y flexibilidad varían, el incumplimiento de un tratado puede ser justificado en virtud de otro tratado (es decir, el incumplimiento de un TBI se justifica haciendo referencia a un TLC o la OMC).

- En cualquier caso, es preciso advertir que lo que se acuerda en un tratado puede derivar a otro, aunque a través de un proceso más leve de interpretación de un tratado con referencia a otro, o de un proceso de fertilización cruzada de jurisprudencia desarrollado en virtud de diferentes tratados.

#### Autor

Joost Pauwelyn es Profesor de Derecho Internacional, del *Graduate Institute of International and Development Studies*, Ginebra, y Asesor *Senior* del estudio jurídico King & Spalding. Este año académico ejerce como Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de Stanford (primer trimestre, otoño) y de la Facultad de Derecho de Harvard (segundo trimestre, primavera), EUA.

Traducido al español por María Candela Conforti.

# 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 Rojid

## artículo 3



### El nacimiento del Marco

El 12 de junio de 2012, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) lanzó su Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD, por sus siglas en inglés, o el marco).

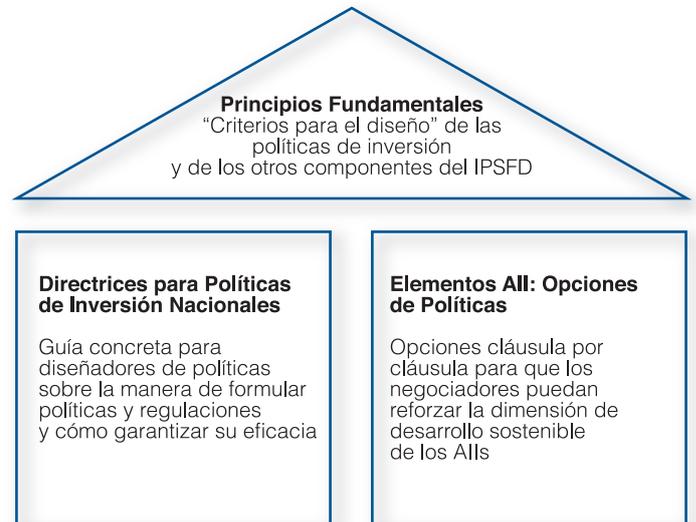
El IPFSD llega en un momento en que el régimen de inversión internacional se encuentra en estado de “transición”<sup>1</sup> y cuando un creciente número de gobiernos están revisando sus marcos regulatorios relativos a las inversiones, tanto a nivel nacional como internacional. Con respecto a las políticas de inversión internacionales, esta evolución ha sido impulsada por una ola de debates de índole académica y política donde se discute—y en ocasiones se cuestiona—la dimensión de desarrollo sostenible de los 3.000-plus acuerdos internacionales de inversión (AII)s<sup>2</sup>. El IPFSD es la respuesta de la UNCTAD a estos debates e inquietudes.

“ El IPFSD llega en un momento en que el régimen de inversión internacional se encuentra en estado de “transición” ”

### ¿Qué es el Marco?

El marco, que también constituye el principal asunto sustancial del Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2012 (WIR, por sus siglas en inglés), consiste en una guía comprehensiva para la formulación de políticas de inversión a nivel nacional e internacional. Sus once principios fundamentales establecen la primera etapa y luego son convertidos en directrices para las políticas de inversión nacionales y las opciones de políticas para los AII)s (véase Figura 1).

Figura 1. Estructura y componentes del IPFSD



Este marco brinda a los diseñadores de políticas opciones concretas para colocar el crecimiento con inclusión y el desarrollo sostenible en el centro de los esfuerzos para atraer y beneficiarse de la inversión extranjera. Al hacer esto, el marco pretende crear sinergias entre las políticas de inversión y los objetivos más amplios del desarrollo económico; promover la incorporación de políticas de inversión en las estrategias de desarrollo; fomentar la inversión responsable e incorporar principios de responsabilidad social empresaria (en inglés, CSR); y garantizar la eficacia de las políticas en la formulación e ejecución de las políticas de inversión.

El IPFSD refleja la noción de que las políticas de inversión son formuladas en miras a atraer capital extranjero, pero agrega a este objetivo, una agenda más compleja de políticas para desarrollo que coloca el desarrollo sostenible y el crecimiento con inclusión dentro de las regulaciones nacionales y las negociaciones internacionales relativas a la inversión.

### El carácter oportuno del Marco

El IPFSD llega en un momento en el cual la formulación de políticas de inversión se encuentra en un estado de flujo. A nivel nacional, este política está trasladándose de una era de liberalización a una era de regulación<sup>3</sup>. A nivel internacional, ha surgido gran preocupación por el hecho de que los AII)s puedan interferir con las estrategias de desarrollo sostenible de los países e impedir la ejecución de políticas que aborden el impacto ambiental y social de las inversiones. Los críticos alegan que este es el resultado de los mecanismos de solución de diferencias entre inversor y estado (en inglés, ISDS) contenidos en los AII)s, que permiten a los inversores demandar a los Estados anfitriones, y en ocasiones son utilizados en áreas que abarcan medidas de políticas públicas fundamentales. Los casos de ISDS lanzados

por Philip Morris contra Australia y Uruguay en torno a las medidas de control del tabaco; o por Vattenfall contra Alemania por su plan de eliminación de energía nuclear son ejemplos de esto<sup>4</sup>.

En respuesta, algunos países, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, se retiraron del Centro de Solución de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>5</sup>; Australia emitió una declaración de su política comercial anunciando que ya no incluirá cláusulas ISDS en sus futuros AII; y otros respondieron redactando nuevos AII que incluyen mecanismos que conservan su derecho a regular la inversión en pos del interés público (por ej., en cuanto a la protección del medio ambiente, la salud pública y la seguridad), o que de otra manera buscan a reducir el riesgo de exposición a litigio frente a inversores extranjeros. En esta línea, los elementos de desarrollo sostenible están adquiriendo preponderancia en las políticas de inversión internacionales<sup>6</sup>.

Dado que la comunidad de desarrollo está buscando un nuevo paradigma de desarrollo y diferentes maneras y medios para incluir el desarrollo sostenible y el crecimiento con inclusión dentro de las regulaciones de inversión nacionales y en las negociaciones internacionales, el IPFSD ha de convertirse en la mejor herramienta de consulta y aplicación.

### Las opciones de políticas del Marco para los AII

Con respecto a la formulación de políticas de inversión internacionales, el IPFSD identifica tres principales desafíos y brinda las respuestas respectivas (véase Figura 2).

Figura 2. Desafíos de la política de inversión internacional

Fortalecimiento de la Dimensión de desarrollo de los AII	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Salvaguardar el espacio de políticas para satisfacer las necesidades de desarrollo sostenible.</li> <li>• Crear disposiciones de promoción de las inversiones más concretas y congruentes con los objetivos de desarrollo sostenible</li> </ul>
Equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y los Inversores	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reflejar las responsabilidades de los inversores en los AII</li> <li>• Aprender y basarse en los principios de responsabilidad social empresarial (CSR)</li> </ul>
Manejar la complejidad sistémica del régimen de AII	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratar los vacíos, superposición e incongruencias de la cobertura y el contenido de los AII y resolver temas institucionales y de solución de diferencias</li> <li>• Garantizar la interacción eficaz y coherencia con otras políticas públicas (por ej., cambio climático, trabajo) y sistemas (por ej., comerciales, financieros)</li> </ul>

Después, proporciona tres tablas comprensivas, estableciendo más de 115 opciones de políticas explícitas entre las cuales los gobiernos pueden elegir aquellas que sean más aptas para el nivel de desarrollo de sus países y sus respectivos objetivos de políticas. Entre otros, las tres tablas incluyen: ajustes propuestos para las disposiciones actuales de los AII a fin de tornarlos más beneficiosos para el desarrollo sostenible

a través de una formulación que salvaguarde el espacio de políticas y limite la responsabilidad estatal; agregar nuevas disposiciones a los AII, por ejemplo, para equilibrar los derechos y las responsabilidades de los inversores y para promover la inversión responsable; y la incorporación de cláusulas de Trato Especial y Diferencial (SDT, por sus siglas en inglés) para la Parte menos desarrollada a fin de equiparar el nivel de obligaciones con respecto al nivel de desarrollo del país.

Entre las más de 115 opciones, el IPFSD también identifica aquellas que especialmente podrían apoyar al desarrollo sostenible. Las mismas incluyen:

- Una cláusula de alcance y definición elaborada cuidadosamente que excluya, de la cobertura del tratado, las inversiones de cartera, inversiones a corto plazo o las especulativas;
- La formulación de la cláusula de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) como una lista exhaustiva de obligaciones estatales (por ej., (i) no denegar justicia en procedimientos judiciales o administrativos, (ii) no tratar a los inversores de una manera manifiestamente arbitraria, (iii) no violar flagrantemente el proceso debido);
- La aclaración (hasta el grado que sea posible) de una distinción entre la actividad regulatoria legítima y el cobro regulatorio que da lugar a indemnización (expropiación indirecta);
- La limitación de la cláusula de Plena Protección y Seguridad (FPS, por sus siglas en inglés) para establecer que la seguridad y la protección “física” sólo serán conmensuradas según el nivel de desarrollo del país;
- La limitación del alcance de la cláusula de transferencia de fondos al proporcionar una lista exhaustiva de pagos/transferencias cubiertas, la inclusión de excepciones surgidas en caso de que haya graves dificultades en el balance de pagos y la estipulación de que el derecho a la transferencia del inversor esté condicionado al cumplimiento, por este último, de las obligaciones fiscales y otras relativas a la transferencia establecidas por el país anfitrión;
- La inclusión de excepciones elaboradas cuidadosamente para proteger los derechos humanos, la salud, las principales normas laborales y el medio ambiente, junto con un sistema de verificación y balance que garantice que haya el suficiente espacio político mientras que se evita el abuso; y
- La opción de cláusulas “sin mecanismos ISDS”, o cláusulas diseñadas para hacer que

el ISDS sea el último recurso (por ej., después del agotamiento de los remedios locales y el uso de mecanismos alternativos de solución de diferencias por parte de los inversores).

El IPFSD también propone el establecimiento de una institución a cargo de garantizar que el AI se adapte a los cambiantes contextos de desarrollo y a los principales cambios imprevistos (por ejemplo, utilizando comités *ad hoc* para evaluar la eficacia del acuerdo y para mejorar en mayor medida su ejecución a través de modificaciones o interpretaciones).

A través de todo esto, el marco opera lúcidamente, poniendo particular énfasis en la relación entre la inversión extranjera y el desarrollo sostenible, bogando por un enfoque equilibrado entre los objetivos de crecimiento puramente económico por medio de la liberalización y la promoción de las inversiones, por un lado, y satisfaciendo la necesidad de proteger a las personas y el medio ambiente, por el otro.

### Modus operandi del Marco

El IPFSD ha sido bien recibido por las principales partes interesadas en los sectores de la inversión y del desarrollo, incluyendo los más altos niveles de los diseñadores de políticas, académicos, los expertos en inversión y las organizaciones de la sociedad civil. Por ejemplo, tanto en la Mesa Redonda Ministerial como en la Conferencia sobre los AI de la UNCTAD (*IIA Conference and the Ministerial Round Table, MRT*) del Foro Mundial de Inversiones 2012 (*2012 World Investment Forum, WIF*)<sup>7</sup> se discutió una versión preliminar del marco. Los Ministros, por ejemplo, defendieron una nueva generación de políticas de inversión e instaron el desarrollo de una serie de principios fundamentales para las políticas de inversión nacionales e internacionales. Los expertos en AI también coincidieron en que los AIs deberían atender objetivos más amplios, tales como el desarrollo sostenible, los derechos humanos y demás asuntos importantes de interés público.

Desde entonces, el IPFSD, como parte del WIR 2012, fue lanzado en más de 44 países, incluyendo un evento de debate conjunto entre la UNCTAD y el IISD para las partes interesadas del sector de inversión y desarrollo<sup>8</sup>.

Entre otros, lo atractivo del IPFSD para una gran variedad de partes interesadas podría residir en su especial manera de operar. Por ejemplo, no se trata de un tratado modelo, sino de una plataforma que ofrece una amplia gama de opciones. Los diseñadores de políticas pueden elegir aquellas que consideren las más aptas para las necesidades de desarrollo especiales de sus países. En segundo lugar, muchas de las opciones de políticas sugeridas se basan en prácticas estatales innovadoras; por ejemplo, quince de los 47 AIs firmados en 2011 ya incluyen elementos similares a las características destacadas de desarrollo sostenible sugeridas en el IPFSD<sup>9</sup>.

En tercer lugar, el IPFSD es un “documento vivo” diseñado para ser desarrollado a través de un diálogo inclusivo y la formulación dinámica de políticas de inversión. Para este fin, la UNCTAD creó una plataforma de debate que brinda a las partes interesadas y a la comunidad internacional de desarrollo (por ej., diseñadores de políticas, inversores, asociaciones de negocios, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil y otros grupos de interés) la oportunidad de consultar, discutir y compartir experiencias y opiniones unos con otros. Esta plataforma también es la esencia del nuevo Centro de Políticas de Inversión (en inglés, *Investment Policy Hub*)<sup>10</sup>, que otorga al marco un sabor de “documento vivo” a través de un foro de debate en línea.

En un futuro, el marco será utilizado como la base de las actividades de asistencia técnica de la UNCTAD sobre los AIs. Este verano, ya se obtuvieron las primeras experiencias cuando la UNCTAD contribuyó en una capacitación convenida por el IISD y la *Southern African Development Community* (SADC) para la redacción de un Modelo de TBI de la SADC<sup>11</sup>.

A través de todo esto, la UNCTAD espera que el marco sea utilizado como un punto de referencia clave para los diseñadores de políticas al formular las políticas nacionales de inversión y al negociar y revisar los AIs. Así, el marco puede actuar como punto de convergencia para la cooperación internacional sobre asuntos relativos a la inversión con miras a fomentar el desarrollo sostenible y el crecimiento con inclusión.

### Autor

Elisabeth Tuerk es Oficial a cargo y Faraz Rojid, Asesor Legal, de la Sección de Acuerdos Internacionales de Inversiones (AI) de la División de la Inversión y la Empresa (en inglés, DIAE), UNCTAD.

Traducido al español por María Candela Conforti.

### Notas

<sup>1</sup> Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvant, Kamil Girard Ahmed y Gabriela P. Vizcaino, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, Publicado para la Beca de Oxford En Línea: Mayo de 2011; Print ISBN-13: 9780199793624. Véase también Capítulo III de WIR 2012, 2011 y 2010 (<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>, <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf> y [http://unctad.org/en/Docs/wir2010\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2010_en.pdf) respectivamente).

<sup>2</sup> Véase el Capítulo III del WIR 2012, WIR 2011 y WIR 2010 (n2).

<sup>3</sup> Véase Capítulo III del WIR 2012 (n2).

<sup>4</sup> Véase *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note No. 1*, abril de 2012, [http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf). Y el Capítulo III del WIR 2012 (n2).

<sup>5</sup> Véase Ripinsky, S, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, ITN, 13 de abril, 2012. Disponible en línea en: <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>

<sup>6</sup> Véase Capítulo III del Informe sobre las Inversiones en el Mundo (n2), página 87.

<sup>7</sup> El Foro Mundial de Inversiones 2012 fue parte de la Conferencia XIII de la UNCTAD, celebrada en Doha, Qatar en abril de 2012. Para mayor información visitar: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>

<sup>8</sup> Visitar el *Investment Policy Hub* (<http://unctad.org/ipfsd>) para ver un video del debate.

<sup>9</sup> Véase Capítulo III, WIR 2012, página 90.

<sup>10</sup> Véase: <http://ipfsd.unctad.org>

<sup>11</sup> Véase el Calendario de Eventos en <http://unctad.org/ipfsd> para obtener una lista de las próximas actividades de asistencia técnica.

# La Plantilla del MODELO de TBI de la SADC: Hacia una Nueva Generación de Tratados de Inversión

por Howard Mann

## artículo 4



La Plantilla y los Comentarios del Modelo de Tratados Bilaterales de Inversión de La Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC, por sus siglas en inglés) fueron terminados en junio de 2012 por los Estados Miembros de la Comunidad<sup>1</sup>. Esto ocurrió al cabo de un proceso de 18 meses de consultas y redacción entre los representantes gubernamentales, y pretende ser una guía para los Estados Miembros en futuras negociaciones de tratados inversión.

Al emprender este proceso, los Estados Miembros de SADC lograron superar el desafío de redactar un nuevo modelo de tratados bilaterales de inversión para que los gobiernos regionales lo utilicen y lo adapten de acuerdo con sus necesidades. Al hacer públicos los documentos, también decidieron poner la plantilla a disposición de otros gobiernos de África y del exterior como una herramienta para considerar lo que la UNCTAD denomina una "nueva generación" de políticas de inversión que comienza a echar raíces<sup>2</sup>.

La plantilla cabe perfectamente dentro de este modelo de nueva generación. Mientras que otros documentos contemporáneos brindan una orientación bajo la forma de análisis y recomendaciones generales, la plantilla de la SADC proporciona una guía con lenguaje textual específico junto con un comentario donde se explican las elecciones realizadas.

En esta breve nota se presenta la orientación de la plantilla, el proceso de redacción, las principales características y algunas conclusiones resumidas.

### Orientación

El preámbulo refleja la orientación de la plantilla: relacionar la IED con el desarrollo sostenible a través del texto completo del modelo. Esto se observa en los Objetivos, Artículo 1: *El principal objetivo de este Acuerdo es alentar e incrementar las inversiones ... que apoyen el desarrollo sostenible de cada una de las Partes, y en particular del Estado Anfitrión donde se realiza la inversión. ¿La traducción nos pertenece?*

Esta orientación se conserva a lo largo del texto y es utilizada como un punto de referencia cuando se examinan otros borradores de disposiciones para el texto. Por lo tanto, no se trató simplemente de insertar la expresión desarrollo sostenible, sino de encontrar, a lo largo del proceso, lo que esto significaba en términos prácticos para la redacción de varios artículos. El resultado es un borrador concreto para un tratado de inversión que incorpore el razonamiento del desarrollo sostenible desde el principio hasta el final del texto.

### El proceso de redacción

El proceso de redacción comenzó con una reunión de

Estados Miembros en abril de 2011 que concluyó con una recomendación para desarrollar una plantilla del modelo de TBI. En 2011 y 2012 se realizaron dos reuniones del comité de redacción, con una participación total de nueve Estados Miembros<sup>3</sup>. Se circularon borradores entre todos los Estados Miembros para su revisión y comentarios.

De esta manera, el proceso fue inclusivo y transparente, facilitado pero no dirigido por la Secretaría de la SADC. Esto se evidencia en el hecho de que en algunos casos las diferencias de opiniones de los Estados Miembros se vieron reflejadas en el texto final, por la inclusión de opciones con comentarios sobre cada opción. En otras palabras, cuando hubo consenso, esto se hizo claro en la presentación de una única opción. Cuando seguía habiendo diferencias, esto se vio reflejado en el texto final. El borrador de los artículos recomendados así como los comentarios estuvieron sometidos de igual manera a una plena revisión en las reuniones del comité de redacción.

Al mismo tiempo, se reconoció, en el proceso, que la plantilla del modelo no es un documento legalmente vinculante para los Estados Miembros, sino una guía y una herramienta a ser utilizada y adaptada como les parezca necesario. Esto permitió la articulación de un enfoque comprensivo en el cual los Estados Miembros (o de hecho) otros gobiernos puedan basarse total o parcialmente, dependiendo de las necesidades individuales durante una negociación determinada. Este enfoque también implicó que cada Estado Miembro no tuviera que apoyar todos los borradores de artículos para que el texto pudiera ser terminado.

### Principales características

La plantilla se encuentra dividida en seis partes:

1. Disposiciones comunes
2. Derechos post-establecimiento de los inversores
3. Derechos y Obligaciones de los inversores y de los Estados Parte
4. Disposiciones generales
5. Arreglo de diferencias
6. Disposiciones finales

Dentro de estas partes, se desarrollan por completo temas clave. Por ejemplo, aquellos relacionados con el establecimiento de inversiones son tratados en la Parte 1, donde se toma una posición en contra de la inclusión de disposiciones de liberalización de las inversiones. Esto también se relaciona con el rechazo de una disposición que prohíba la imposición de requisitos de desempeño a los estados anfitriones. En lugar de incluir una disposición como tal, el texto deja en claro que cualquier requisito de desempeño impuesto o emprendido por un inversor extranjero o su inversión no debe ser considerado como una violación del Acuerdo siempre que esto fuera hecho antes de que la inversión haya sido autorizada y empezada por el inversor. Los requisitos impuestos posteriormente están sujetos a otras disposiciones del modelo.

En la Parte 2 se presenta una lista estándar de protecciones de los inversores. Se presta especial atención al tema del trato justo y equitativo (en inglés, FET) (Art. 5), cuya controversia sigue creciendo en los países en desarrollo. Aquí, se recomienda evitar la inclusión de una disposición como tal. Se propone una versión reducida de la cláusula de trato justo y equitativo como una opción alternativa. Además, la plantilla establece un enfoque totalmente diferente basado en el reconocimiento del derecho administrativo y el proceso debido en lugar del lenguaje relativo al derecho internacional en torno al trato justo y equitativo. La intención es comenzar a construir una alternativa para las disposiciones FET que siempre son poco claras y muy

controvertidas, basada explícitamente en estándares menos vagos y más conocidos.

Como un ejemplo de la manera en que se reflejan los enfoques relativos al desarrollo sostenible en diferentes partes de la plantilla, se puede observar el derecho de los inversores de contratar personal extranjero. Este derecho está aclarado, pero también está sujeto a un requisito de equilibrar este derecho con los programas nacionales de capacitación de empleados locales cuando sea posible. Esto refleja los objetivos de desarrollo asociados con las capacidades de desarrollo de la IED y la transferencia y la creación de empleos con más valor agregado.

Las obligaciones de los inversores en la Parte 3 incluyen temas relativos a la anti-corrupción, cumplimiento de la legislación nacional, evaluación y manejo ambiental, derechos humanos, desarrollo social y económico, gobernanza corporativa, y otros. La cuestión de aplicación de estas obligaciones se encuentra abordada de tres maneras:

1. Las obligaciones pueden ser agregadas a la legislación nacional si aun no lo son, y por lo tanto, pueden ser aplicadas a través de tribunales nacionales.
2. Dependiendo de las obligaciones específicas, un incumplimiento puede corromper la jurisdicción de un tribunal internacional si el incumplimiento es establecido (por ejemplo, una violación de la obligación de anti-corrupción) o permitir a un Estado que inicie contrademandas por violaciones relacionadas con la conducta del inversor.
3. La plantilla insta al inversor a aceptar la posibilidad de asumir una responsabilidad civil en su estado original por decisiones y actos que tengan un impacto sobre la conducta de la inversión y que pueda acarrear daños para el estado anfitrión. Esta no es una norma de responsabilidad, sino simplemente un requisito para evitar el uso de tales doctrinas como *forum non conveniens* a fin de permitir que un caso como tal sea atendido en base a los méritos en el estado anfitrión.

En la Parte 3 también se aborda el derecho del Estado para regular y el derecho a perseguir objetivos de desarrollo, equilibrando así los derechos de los inversores con los del Estado, que se encuentran reconocidos por el derecho internacional.

En la Parte 3 también se respeta el crecimiento de la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (*Extractive Industries Transparency Initiative*, EITI) al apelar a la transparencia en los contratos y el flujo de ingresos entre el gobierno y el inversor. Esto es considerado como un elemento muy importante para evitar la corrupción y promover conductas y relaciones más sostenibles.

En la Parte 5 sobre el arreglo de diferencias nuevamente se refleja la creciente preocupación de los países en desarrollo por el crecimiento de la industria del arbitraje entre inversores y estados. Recomienda que no se incluyan este tipo de arbitrajes en futuros tratados, y vincula esto con una disposición limitada de NMF que, de incluirse, impide la futura importación de derechos de inversores en otros TBI por los tribunales a través de la disposición de NMF.

Sin embargo, en el texto también se reconoce que algunos Estados no obstante pueden elegir incluir el arbitraje entre inversor y estado por diferentes razones. Pero construye un

proceso cuidadosamente estructurado que limita los derechos relativos al arbitraje entre inversor y estado a una presunta violación del tratado y no a otros permisos o autorizaciones, como establecido en el modelo de TBI de 2012 de los Estados Unidos. También recomienda expresamente que no se incluya una cláusula general (*umbrella clause*) y la transferencia, a través de esta disposición, de asuntos de derecho nacional al derecho internacional. Y finalmente, recomienda la inclusión de una disposición que requiera que los tribunales arbitrales reconozcan y den prioridad a los mecanismos de arreglo de diferencias identificados en cualquier contrato de inversión por cualquier asunto relacionado con la presunta violación de estos contratos, aun cuando esta sea replanteada como una violación del tratado en cuestión. También se dispone una regla de agotamiento de los recursos locales, sujeto un tribunal poder evaluar si las reclamaciones relacionadas con la medida subyacente puedan ser atendidas por tribunales nacionales.

Finalmente, la plantilla apela a la plena transparencia en los procesos entre inversor y estado si hubiere de incluirse alguno.

En resumen, la plantilla rechaza el viejo estilo del enfoque de los populares tratados de 8 páginas de la década de 1990s a la de 2000s. Presenta, en cambio, un enfoque comprensivo donde se refleja la relación entre la inversión y el desarrollo sostenible, y se asignan derechos y obligaciones de acuerdo con esta relación.

En la plantilla también se rechaza la visión de que porque algo se haya hecho anteriormente debe hacerse de la misma manera nuevamente. Así, por ejemplo, lo relativo al arbitraje entre inversor y estado, la liberalización de las inversiones, la promoción del desarrollo social y económico, la responsabilidad de los inversores, las normas FET, NMF, todo esto adquiere un trato nuevo o diferente, o se recomienda su contraindicación. La plantilla, por lo tanto, demuestra un nuevo enfoque no solo en principio, sino a través de lenguaje y recomendaciones concretos que son presentados de manera clara.

## Conclusiones

La plantilla no deja de tener limitaciones. Por ejemplo, no todos los temas están completamente 'resueltos'. De hecho, pretender esto va más allá del mandato del comité de redacción. Y tampoco pretende ser un documento legalmente vinculante para los Estados Miembros. No obstante, se trata de una herramienta que brinda una opción coherente para los Estados Miembros de la SADC para toda negociación futura, y por extensión, para otros gobiernos que deseen acceder a la plantilla y considerar su valor como una guía en sus propios contextos.

## Autor

Howard Mann es Asesor *Senior* en Derecho Internacional del IISD. Se desempeña como consultor de la Secretaría de la SADC y los Estados Miembros para este proyecto.

## Notas

<sup>1</sup> El modelo se encuentra disponible en: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

<sup>2</sup> *United Nations Commission for Trade and Development, Investment Policy Framework for Sustainable Development*, junio de 2012.

<sup>3</sup> Angola, Botsuana, Malawi, Mauricio, Mozambique, Namibia, Seychelles, Sudáfrica y Zimbabue.

# Avanzando hacia el Consenso: Actualización sobre las Negociaciones acerca de la Transparencia en la CNUDMI

por Lise Johnson

## artículo 5

Desde el 1 al 5 de octubre de 2012, un grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se reunió en Viena para continuar trabajando sobre la mejor manera de garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversor y estado relativo a los tratados de inversión. Esta fue la quinta semana de reunión del grupo de trabajo sobre este tema, pero no será la última. Pese a que ya se resolvieron algunos asuntos, muchos otros importantes siguen siendo conflictivos, y serán retomados por este grupo en su reunión programada para febrero de 2013.

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI contiene las reglas menos transparentes que rigen el arbitraje entre inversor y estado relativo a los tratados de inversión. A diferencia del reglamento desarrollado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial, por ejemplo, el cual exige la divulgación de la existencia de un arbitraje de este tipo, permite a cualquiera la parte contendiente revelar unilateralmente los laudos dictados, e incluso exigir la publicación de los aspectos pertinentes a los mismos, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI permite que las diferencias se mantengan ocultas de la vista pública desde su concepción hasta su conclusión. No hay un requisito para que se haga pública la existencia de las diferencias; y antes de que un laudo pueda ser revelado, todas las partes contendientes—estados e inversores—deben estar de acuerdo.

Reconociendo esta falta de transparencia como un problema que precisa ser remediado, en 2008, la CNUDMI decidió prestar atención a este tema, y ordenó al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación, el Grupo de Trabajo II, que desarrollara una norma legal para garantizar la transparencia en este tipo de arbitrajes.

El Grupo de Trabajo II comenzó a trabajar en esta tarea en octubre de 2010, y ahora ha adoptado varios elementos relativos de nuevas reglas de arbitraje para los cuales hubo “consenso”—una medida de acuerdo entre las delegaciones que está en un punto intermedio entre una simple mayoría y la unanimidad. Las características de las reglas sobre las cuales se obtuvo consenso incluyen disposiciones que exigen la divulgación de la existencia de arbitrajes y la identificación de las partes; así como los documentos clave presentados ante los tribunales durante los arbitrajes, incluyendo escritos memoriales de las partes contendientes, declaraciones de testigos, informes de expertos y transcripción de las audiencias, si las hubiese; y órdenes, decisiones y laudos emitidos por los tribunales en cuestión. El consenso también se logró sobre ciertos aspectos del borrador de las reglas propuestas estableciendo requisitos y procedimientos para las presentaciones por partes externas a la diferencia—es decir, posibles *amicus curiae* y partes estatales no contendiente del tratado—para que brinden sus aportes al tribunal a través de la presentación de escritos.

Sin embargo, aun quedan áreas donde no se logró el consenso. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo no ha resuelto si cuando la parte estatal no contendiente del tratado pretende hacer una presentación sobre la interpretación del mismo, el tribunal *debe* aceptar dicha presentación, o si el tribunal podrá hacer uso de su discreción para determinar la manera de abordar una propuesta como tal. Y, pese a recibir gran apoyo, la inclusión de una regla que exija la realización de audiencias abiertas, varias delegaciones sostuvieron que la norma debería seguir como es actualmente en los arbitrajes de la CNUDMI, es decir que cualquiera de las partes contendientes puede exigir que las audiencias sean cerradas si así lo desea. En vista de la postura de estas delegaciones, no hubo una declaración formal de “consenso” sobre el tema de las audiencias abiertas.

Otros temas que actualmente están siendo debatidos son especialmente importantes para evaluar el éxito o el fracaso de estas reglas para cumplir con su misión de garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversor y estado. Por un lado,

pese a que hay un apoyo aparentemente unánime del Grupo de Trabajo sobre la noción de que el borrador del reglamento que ordena la transparencia también debe incluir algunas excepciones para información confidencial o protegida, el Grupo de Trabajo aun no ha llegado a un acuerdo sobre la manera de responder a algunas cuestiones en torno al alcance exacto de la información que puede o no puede estar protegida de divulgación.

Una propuesta realizada en la sesión de octubre de 2012 sobre el tema de las excepciones fue particularmente controvertida. Una delegación sugirió la ampliación de las excepciones mucho más que las contempladas anteriormente por el Grupo de Trabajo al incorporar una nueva excepción de “auto-juzgamiento” por la cual una parte contendiente podría mantener oculta información “que esta consideraba podría impedir la ejecución de la ley, o iría en contra del interés público o de su interés de seguridad esencial”. Pese a que algunos países apoyaron esta propuesta, un gran número se opuso, alegando que una incorporación como tal absorbería las reglas de transparencia e iría en contra del mandato otorgado al Grupo de Trabajo para garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversor y estado. El Grupo de Trabajo retomará este tema en febrero.

Otro asunto que quedó abierto abarca el alcance de la aplicación. Las delegaciones tienen opiniones divididas en cuanto a permitir que las nuevas reglas de transparencia sean aplicadas a las diferencias surgidas bajo los miles de tratados de inversión actualmente en vigencia, y sobre los cuales se espera que se base la gran mayoría de las diferencias en los próximos años. Muchos proponen un enfoque de “línea luminosa” (en inglés, “*bright line*”) por medio del cual las nuevas reglas sobre transparencia caerían fuera del alcance a los actuales tratados a menos que y hasta que las partes estatales del tratado en cuestión tomen alguna medida afirmativa, tal como la celebración de un posible *nuevo* tratado donde se permitiría (o requeriría) expresamente la aplicación de las reglas de transparencia.

Otros, no obstante, han señalado que si y cuando las enmiendas del reglamento de arbitraje de la CNUDMI sea adoptado, podría aplicarse a los actuales tratados bajo las reglas normales de interpretación de tratados. De acuerdo con estas delegaciones, la regla de la “línea luminosa” imposibilitaría la aplicación de las nuevas reglas de transparencia a los tratados existentes aun cuando el derecho internacional lo permitiese, y iría contra el mandato del Grupo de Trabajo. Los países que están tomando esta postura y que solicitan que se permita la posible aplicación a los tratados existentes incluyen a los gobiernos de Argentina, Australia, Canadá, México, Noruega, Sudáfrica y los Estados Unidos. Los países que se oponen y defienden la “línea luminosa” no han hecho pública su postura afuera del Grupo de Trabajo.

En total, pese a que el Grupo de Trabajo II sin dudas ha avanzado en su mandato, los temas que quedan sin resolver son fundamentales para el impacto final y la eficacia de las nuevas reglas de transparencia, y se trata de áreas donde aun existen divergencias considerables.

### Autor

Lise Johnson es investigadora en derecho y políticas de inversión del *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*.

Para mayor información sobre la transparencia en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI visite: [http://www.iisd.org/investment/dispute/arbitration\\_rules.aspx](http://www.iisd.org/investment/dispute/arbitration_rules.aspx)

# Noticias en Breve

## Sudáfrica comienza a retirarse de los TBIs celebrados con miembros de la UE

Sudáfrica ha terminado su tratado bilateral de inversión con Bélgica y Luxemburgo, y pretende eliminar gradualmente sus otros tratados con los países europeos.

En una carta del 7 de septiembre dirigida al Embajador de Bélgica en Pretoria, el Ministro de Relaciones Internacionales de Sudáfrica renunció al tratado, en conformidad con las cláusulas de terminación del mismo (la mayoría de estas cláusulas contenidas en los TBIs permiten a cualquiera de las partes contratantes emitir una notificación escrita de terminación después de un número específico de años).

La cláusula de suspensión garantiza que las inversiones existentes seguirán estando cubiertas por el tratado por otros diez años.

ITN entiende que al menos seis cartas más serán remitidas a los países europeos. En total, Sudáfrica posee 13 tratados con los estados miembros de la UE.

*Sudáfrica pone en la balanza los riesgos y beneficios de los TBIs*

Durante los últimos años, Sudáfrica ha revisado de manera crítica sus prácticas relativas a los tratados de inversión. Esta evaluación surgió a partir de una reclamación presentada en 2007 por varios ciudadanos italianos y por una corporación de Luxemburgo en virtud del TBI entre Bélgica y Luxemburgo. Los demandantes denuncian que la ley de desarrollo de recursos mineros y petroleros de 2004 (en inglés, *Mineral and Petroleum Resources Development Act*, MPRDA)—promulgada como parte de los esfuerzos de Sudáfrica por aumentar la participación de ciudadanos sudafricanos que históricamente han estado en desventaja en el sector minero—constituyó una expropiación de sus derechos mineros.

Si bien el caso fue resuelto en 2010, este llevó al gobierno sudafricano a reconsiderar sus políticas de tratados de inversión. Un informe emitido por el departamento de comercio e industria (*Department of Trade and Industry*, DTI) fue particularmente crítico de los tratados de inversión sudafricanos.

“Los acuerdos de inversión internacional existentes están basados en un modelo de 50 años de antigüedad que sigue enfocado en los intereses de los inversores de los países desarrollados. Los principales asuntos de interés para los países en desarrollo no están siendo abordados en los procesos de negociación de los TBIs”, escribió el DTI.<sup>1</sup>

Más recientemente, Rob Davies, el Ministro de Comercio de Sudáfrica dijo que el Gabinete sudafricano apoyaba ampliamente las conclusiones del DTI.

“El Gabinete entiende que la relación entre los TBIs y el FDI en el mejor de los casos es ambigua, y que los TBIs plantean riesgos y limitaciones sobre la capacidad del

gobierno para cumplir con su agenda de transformación basada en la Constitución”, dijo Davies en un evento de la UNCTAD en Ginebra el 24 de septiembre de 2012. Davies señaló que el Gabinete ordenó que los tratados de primera generación de Sudáfrica —acordados poco después de la transición a la democracia en 1994— deben ser “revisados en vista de su terminación”.

## China y Canadá concluyen negociaciones de TBI

China y Canadá han concluido sus negociaciones de un tratado bilateral de inversión (llamado en Canadá un acuerdo de promoción y protección de la inversión extranjera) después de 18 años y de 22 rondas de negociación formal.

El tratado, publicado a fines de septiembre, aun debe ser ratificado por las partes. Se trata del tratado de inversión más comprehensivo de China hasta el momento, pero también presenta notables desviaciones de la práctica común de Canadá en los últimos años.

Las disposiciones de Canadá con relación a la transparencia sobre la resolución de diferencias que solían ser relativamente sólidas aquí se han diluido. Si bien los recientes tratados de inversión de Canadá exigen la publicación de una variedad de material por escrito en torno a los procedimientos de arbitraje—con texto legítimamente confidencial redactado— el acuerdo entre Canadá y China sólo exige la publicación de los laudos finales. Otros documentos—tales como notificaciones de diferencias y alegatos— serán hechos públicos a discreción de las partes contendientes. El estado anfitrión contendiente también deberá aprobar las audiencias públicas.

Una parte no contendiente (*amicus curiae*) podrá realizar presentaciones escritas a discreción del tribunal si “posee un interés significativo en el arbitraje”.

Los recientes tratados de Canadá también disponen el trato nacional para el establecimiento de una inversión—es decir, otorgando al inversor extranjero los mismos derechos para establecer una inversión que los inversiones nacionales. El tratado con China, sin embargo, solo dispone el trato de Nación Más Favorecida con respecto al establecimiento.

Remarcablemente, este tratado no establece restricciones adicionales sobre los requisitos de desempeño, tal como ha sido el caso de acuerdos anteriormente firmados por Canadá. El mismo solo reafirma las obligaciones de los estados partes bajo el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”) de la OMC.

Las disposiciones sobre flujos de capital permiten a los estados parte restringir las transferencias en circunstancias de serias dificultades en el balance de pagos, siempre que se satisfagan determinadas condiciones. Estas incluyen que sean de duración limitada, y se apliquen de manera igualitaria sin discriminación.

La inversión externa directa entre China y Canadá es modesta, pero ha aumentado de manera sostenida durante los últimos años. El valor de la Inversión Externa Directa canadiense en China fue valuado en aproximadamente C\$4,5 mil millones a fines de 2011. El valor de la IED china en Canadá fue de C\$10,9 mil millones a fines de 2012.

El tratado se encuentra disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=en&view=d>

### Secretaría del CIADI publica documento de antecedentes sobre anulación

La secretaría del CIADI ha publicado un documento de antecedentes sobre los procedimientos de anulación en respuesta a una carta de la Oficina del Procurador General de Filipinas. En la carta se expresa gran preocupación por una decisión tomada por un comité ad hoc del CIAD para anular un laudo de 2007 que favorecía a Filipinas (*Fraport AG v. the Philippines*).

Calificando la decisión de anulación como “seriamente defectuosa” y tomada excediendo la autoridad del Comité ad hoc en virtud del Convenio del CIADI, el Procurador General instó al Consejo Administrativo del CIADI a emitir directrices de anulación para uso de los Comités ad hoc a fin de garantizar que los procedimientos de anulación sean justos y eficaces.

El documento del CIADI pretende asistir a los Estados parte del Convenio a que decidan si quieren examinar el asunto planteado por las Filipinas.

El Procurador General citó estadísticas del Centro, reclamando que 11 de 41 solicitudes de anulación han prosperado y que ocho de las 11 anulaciones fueron dictadas en los últimos 10 años.

El documento de antecedentes, además de brindar una revisión sustancial del mecanismo de anulación y de decisiones pasadas de anulación, subraya la necesidad de considerar los números desde una perspectiva adecuada. En el mismo se explica que a lo largo de sus 47 años de historia, el CIADI ha:

[r]egistrado 344 casos y emitido 150 laudos. De estos, 6 laudos han sido anulados por completo y otros 6 han sido anulados parcialmente. En otras palabras, solo el 4 por ciento de todos los laudos del CIADI han dado lugar a una anulación total y el 4 por ciento a una anulación parcial.

En el laudo de 2007 se desestimó la reclamación de Fraport en conexión con su inversión en el proyecto de la Terminal 3 del Aeropuerto Internacional Ninoy Aquino después de que el tribunal concluyera que Fraport hizo su inversión de manera ilegal, y por lo tanto, no estaba facultada para recibir la protección del TBI entre Alemania y Filipinas.

El laudo fue posteriormente anulado por un Comité ad hoc sobre la base de que había ocurrido una grave desviación de una regla fundamental de procedimiento.

### Expertos presentan escrito amicus en apoyo a BP Group PLC

Expertos en arbitraje de Estados Unidos han presentado un escrito amicus en apoyo a un pedido de revisión presentado por BG Group PLC (BG) ante la Corte Suprema de EUA.

Los árbitros critican una decisión de enero de 2012 tomada por un Tribunal Federal de Apelaciones de EUA. Esta decisión deja de lado un laudo de la CNUDMI después de que el tribunal determinara que BG no había recurrido a los tribunales argentinos, lo cual era una precondition para recurrir a arbitraje internacional bajo el TBI entre Argentina y el RU.

Los amicus temen que la decisión del tribunal de apelaciones tenga un impacto adverso sobre la atracción de los Estados Unidos como sede de arbitraje internacional. Un escrito elaborado por la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) califica la decisión como “una instancia dramática y sin precedentes de... intrusión judicial”.

Otro escrito elaborado por George Bermann y un equipo del estudio jurídico Hughes Hubbard & Reed encuentra defectuoso lo que el tribunal de apelaciones denominó una “limitación temporal” (es decir, requerir que un inversor recurra inicialmente, durante dieciocho meses, a los tribunales nacionales como una precondition para el arbitraje internacional) antes de que las reglas de la CNUDMI sean “accionadas”. Estas reglas otorgan a los árbitros la autoridad de decidir sobre objeciones a su propia jurisdicción, argumentaron los amicus.

El escrito de Bergmann-Hughes Hubbard señala que la decisión del tribunal de apelaciones “demuestra por qué las cuestiones jurisdicción y los méritos son mejor atendidas por árbitros” e insta a la Corte Suprema a aprovechar la oportunidad “para aclarar el confuso estado del derecho de los Estados Unidos” en cuanto a la diferencia entre la posibilidad de recurrir a arbitraje sustantiva y la procesal.

El laudo revocado de la CNUDMI obligaba a Argentina a pagar más de US\$185 millones en daños a BG después de que el tribunal encontrara que Argentina había violado la norma de trato justo y equitativo. Para mayor información sobre la decisión del tribunal de apelaciones consulte: <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/awards-and-decisions-7/>

### Notas

<sup>1</sup> “South African trade department critical of approach taken to BIT-making”, Damon Vis-Dunbar, *Investment Treaty News*, 15 de Julio de 2009, <http://www.iisd.org/itn/2009/07/15/south-african-trade-department-critical-of-approach-taken-to-bit-making/>

# Laudos y Decisiones

**La mayoría de un tribunal declina jurisdicción en reclamación contra Argentina por requisito de litigio interno** *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/05/1*  
**Damon Vis-Dunbar**

Una reclamación presentada contra Argentina por una subsidiaria de la firma automotriz alemana Daimler A.G. ha fracasado en la etapa de consideración de méritos porque la demandante no presentó su diferencia ante un tribunal argentino antes de hacerlo en un tribunal internacional.

La decisión dividida es otro recordatorio de las posturas divergentes asumidas por los árbitros en cuanto al alcance de la disposición de Nación Más Favorecida (NMF) y su relación con el arreglo de diferencias.

La reclamación de Daimler Financial Services (DFS) es una de las tantas diferencias que han surgido a partir de las políticas adoptadas por Argentina durante su crisis financiera en 2001-2002. Entre otras cosas, Argentina permitió que la deuda nominada en dólares estadounidenses fuera saldada en Pesos—un cambio de políticas que demostró ser perjudicial para la subsidiaria de DFS en Argentina, DCS Argentina, que realizaba préstamos en dólares estadounidenses.

*Requisito de buscar solución por 18 meses en los tribunales nacionales*

Tal como otros TBIs argentinos—y aquellos de los países sudamericanos—el tratado entre Argentina y Alemania dispone que las diferencias deben ser presentadas ante los tribunales del estado anfitrión; y si las mismas no se resuelven dentro de un período de 18 meses, puede recurrirse a arbitraje internacional.

En su decisión del 22 de agosto de 2012, la mayoría del tribunal concluyó que el tratado es muy riguroso al exigir que las partes contendientes obedezcan el requisito de litigio interno. Citando al tribunal del caso *Wintershall*, quien asumió una postura similar, el tribunal señaló que “la palabra ‘debe’ en la terminología del tratado significa que lo que se dispone en el mismo es legalmente vinculante”.

La mayoría tampoco aceptó—tal como lo hicieron otros tribunales—que el requisito sea un asunto procesal, que el tribunal deba ejercer su discreción para aceptarlo o descartarlo, a diferencia de lo que sucede con requisitos respaldan la jurisdicción del tribunal.

La mayoría también consideró si las disposiciones de NMF permiten a los demandantes acceder a las cláusulas de arreglo de diferencias de otros TBIs argentinos, tales como el tratado con Chile, que no contiene requisitos de litigio interno. En este caso, el tribunal determinó que la demandante primero debería cumplir con el requisito de litigio interno antes de que el tribunal tuviera jurisdicción para considerar la disposición de NMF.

Sin embargo, el tribunal remarcó la excepción: habría jurisdicción si hubiera evidencia de que Alemania y Argentina tuvieran la intención que las disposiciones de NMF se apliquen a las disposiciones de arreglo de diferencias del TBI.

*Consentimiento proactivo*

La mayoría del tribunal buscó “evidencia afirmativa” del consentimiento estatal. Tal como explicó: “Lo que no es permisible es presumir el consentimiento del Estado en base a que el Estado no haya rechazado proactivamente la jurisdicción del tribunal. El no consentimiento es la regla por defecto; el consentimiento es la excepción. Determinar el consentimiento, por lo tanto, requiere evidencia afirmativa”.

*Intenciones de las partes estatales*

Dado que las disposiciones de NMF del TBI no determinan si las mismas son extensivas a las disposiciones de arreglo de diferencias, la mayoría consideró el alcance y el significado del término “trato” durante el transcurso de la negociación del TBI en 1991. La mayoría concluyó que generalmente se considera el “trato” en referencia al trato directo que fue otorgado al inversor

por el país anfitrión, “no a la conducción de cualquier arbitraje internacional surgido de dicho trato”.

El tribunal también consideró la importancia de la que en la disposición de NMF incluía la frase “en su territorio”, determinando que el arbitraje internacional “casi sin excepción se realiza fuera del territorio del Estado Anfitrión y, por definición, procede independientemente de todo control estatal”, señaló la mayoría.

Además, el tribunal puso en duda si un requisito de litigar en tribunales nacionales necesariamente resultaba menos favorable que el arbitraje internacional. Utilizando el mismo procedimiento como ejemplo— que fue iniciado en 2004—el tribunal remarcó que “el tiempo promedio requerido para resolver diferencias a través de arbitraje internacional puede ser igual o mayor al de los procesos en tribunales nacionales”.

Similarmente, la mayoría subrayó que el TBI entre Argentina y Chile, exige que las partes elijan entre el litigio interno o el internacional a través de su cláusula bifurcada (en inglés, *fork-in-the-road clause*). En contraste, el TBI entre Argentina y Alemania permite que los demandantes recurran a arbitraje internacional en caso de que la diferencia no sea resuelta en los tribunales nacionales.

Por estas y otras razones, dos de los tres miembros del tribunal, Pierre-Marie Dupuy (Presidente) y Domingo Bello Janeiro (nominado por la demandada) no encontraron evidencia de que Argentina y Alemania tuvieran la intención de que la cláusula de NMF incluyese las disposiciones de arreglo de diferencias del TBI.

*Disentimiento del Juez Brower*

Charles N. Brower, designado por la demandante, encontró fallas en muchos aspectos de las conclusiones de la mayoría del tribunal con respecto a la relación de las disposiciones de NMF con el requisito de 18 meses de litigio interno. La discusión de la mayoría “no solo es poco convincente; sino que es extremadamente errónea”, señaló Brower en su opinión disidente. “Lamentablemente, el tipo y calidad de argumentos planteados en el Laudo no dan lugar a un acuerdo con mis colegas del Tribunal”.

Brower rechazó el enfoque de la mayoría de buscar “evidencia afirmativa”, en lugar lo consideró excesivamente restrictivo y sin base en el TBI o el Convenio del CIADI. “El Laudo no cita ninguna fuente del derecho internacional público que implique que el principio de ‘evidencia afirmativa’ sea requerido para interpretar la cláusula de arreglo de diferencias u otras cláusulas relativas a los tratados de inversión”, señaló Brower.

Desacuerdo también surgió en la manera de interpretar la jurisprudencia disponible sobre las disposiciones de NMF y el arreglo de diferencias. La mayoría describió un campo dividido, expresando que “al menos nueve (tribunales) han concluido que una cláusula particular de NMF dentro de un TBI (incluye el arreglo de diferencias), mientras que otros diez han llegado a una conclusión diferente”.

No obstante, Brower objetó: “esta conclusión agrupa casos que abarcan aplicaciones tan diversas de la cláusula de NMF que el intento del Laudo de presentar un ‘campo dividido’ no tiene sentido”. El Juez, en cambio, apuntó a aquellos tribunales que han considerado esta cuestión en diferencias que involucran TBIs argentinos, y concluyó que de 11 casos conocidos, 9 han resuelto que la cláusula de NMF abarca el arreglo de diferencias. El campo “está lejos de estar radicalmente dividido” afirmó Brower.

*Domingo Bello Janeiro explica cambio de opinión*  
 Apartándose de Dupuy, Janeiro, el presidente del tribunal, cambió su anterior postura en la decisión sobre jurisdicción del caso *Siemens A.G. c. Argentina* de 2004, donde el tribunal—que también incluyó al Juez Brower—aceptó de manera unánime que la disposición de NMF del TBI entre Argentina y Alemania se extendía al arreglo de diferencias.

En una opinión separada, Janeiro explicó su cambio de opinión, remarcando que en principio, los árbitros tienen la libertad de modificar su postura. Y señaló que tres factores fueron particularmente influyentes para esto.

Primero, la jurisprudencia ha variado mucho, habiendo surgido casos que critican la postura asumida por el tribunal del caso *Siemens*. Janeiro señala que el tribunal de *Wintershall*, que tomó la decisión unánime de declinar jurisdicción en un caso presentado en virtud del TBI entre Argentina y Alemania, fue especialmente convincente.

Segundo, una cantidad de Estados, incluyendo a Argentina, desde entonces han pretendiendo aclarar que no desean que las disposiciones de NMF incluyan el arreglo de diferencias.

Tercero, desde el caso *Siemens* ha surgido un análisis más sofisticado. El "tribunal de *Siemens* no condujo un análisis sobre los varios puntos que ahora se encuentran cubiertos extensiva y muy minuciosamente por este laudo..." afirmó Janeiro.

#### *Otros asuntos jurisdiccionales*

Mientras el tribunal se preocupaba por la cuestión de la disposición de NMF y el arreglo de diferencias, este también abordó cuatro objeciones más a la jurisdicción, todas las cuales fueron rechazadas.

Primero, Argentina alegó que la diferencia era de naturaleza contractual, y que debería ser tratada conforme a las cláusulas de selección de foro de los contratos pertinentes. El tribunal concluyó, sin embargo, que la reclamación de DFS no apuntaba a los contratos con sus clientes, sino a la presunta violación del TBI entre Argentina y Alemania por parte del primero.

Segundo, Argentina denunció que la demandante, como accionista de DCS Argentina, no estaba facultada para presentar una reclamación "indirecta" contra Argentina. Sin embargo, el tribunal remarcó que la cobertura del TBI con respecto a las inversiones incluye "acciones o títulos de una empresa o cualquier otra forma de participación en una empresa".

Tercero, Argentina alegó que la regulación de su moneda en respuesta a la emergencia nacional "es un asunto que recae exclusivamente dentro de su soberanía bajo el derecho internacional". En respuesta, el tribunal reconoció "el derecho a regular su economía como lo considere conveniente" perteneciente a Argentina, pero señaló que la soberanía en general no era un tema bajo discusión. En cambio, se trata de determinar si la regulación contradice compromisos asumidos en el TBI entre Argentina y Alemania.

Finalmente, Argentina argumentó que DFS no era la demandante correcta, dado que vendió sus acciones de DCS Argentina a su empresa matriz (DaimlerChrysler AG). Aquí, el tribunal decidió que ni el derecho internacional ni el alemán (que rige el acuerdo sobre el precio de las acciones) impedirían que DFS presentara su reclamación. Bajo el derecho alemán, el tribunal concluyó que el derecho a presentar una reclamación no se transfiere automáticamente junto con las acciones, sino que esto debe establecerse explícitamente en el acuerdo. El tribunal también decidió que las reclamaciones del CIADI no requieren la "propiedad continua"; sino que, lo que importa es que el demandante ha sufrido daños en el momento en que el gobierno anfitrión presuntamente violó el TBI.

#### *Gastos*

El tribunal ordenó que se dividieran los gastos del arbitraje entre las partes, y que ambas asumieran sus propias costas legales, remarcando que cada una presentó argumentos legalmente lógicos durante el procedimiento.

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>

La opinión disidente de Charles N. Brower está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1083.pdf>

La opinión separada de Domingo Bello Janeiro se encuentra en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1084.pdf>

#### **Tribunal declara expropiatorias las acciones de Yukos por Rusia** *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Velores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A., ALOS 34 S.L. c. la Federación Rusa, SCC Larisa Babi*

Un tribunal de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en inglés, SCC) agregó otra pieza más a la saga del caso Yukos, al decidir sobre las reclamaciones presentadas por sus accionistas minoritarios, en virtud del TBI entre España y la URSS.

Los demandantes alegan que Rusia desposeyó a Yukos de sus bienes y los expropió por medio de un abuso del poder ejecutivo y judicial. Rusia, en cambio, consideró sus acciones como una aplicación legítima de sus leyes impositivas.

En su laudo del 20 de julio de 2012, el tribunal observó en primer lugar que su mandato se limitaba a determinar si Rusia había cometido una expropiación y si se pagó una indemnización adecuada a los inversores. El TBI, de hecho, no exige una determinación del carácter legal o ilegal de la expropiación.

El tribunal tomó nota de dos decisiones a raíz de la liquidación de Yukos: el laudo del caso *RosInvest* y la sentencia del caso *Yukos c. Rusia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El panel subrayó que no se encontraba vinculado por estas decisiones. No obstante, señaló que "prestaría especial atención" al análisis y conclusiones de los dos procedimientos, considerando que ambas partes de la presente diferencia hicieron sus presentaciones sobre la relevancia de estos casos.

#### *Financiamiento de tercera parte no constituye abuso de proceso*

Rusia afirmó que los demandantes cometieron un abuso del proceso después de revelar que los gastos del procedimiento fueron asumidos en su totalidad por Group Menatep, accionista mayoritario de Yukos y parte de otro arbitraje contra Rusia. Este país alegó que los demandantes no eran una parte real del procedimiento, y que "no eran más que cómplices voluntarios en el litigio de Group Menatep".

El tribunal encontró esta objeción poco convincente. Consideró que los demandantes compraron acciones de Yukos y, por lo tanto, estaban facultados para proceder en virtud del TBI. Concluyó que no tenían "nada más que una deuda moral de gratitud" hacia Menatep y ninguna obligación de compartir las ganancias de la diferencia.

#### *El cobro de impuestos de Rusia a Yukos fue parte de un patrón expropiatorio*

En 2003, el Ministerio Fiscal comenzó una serie de auditorías de la estrategia impositiva de Yukos. La primera auditoría no reveló ninguna irregularidad. No obstante, siete meses después, una re-auditoría extraordinaria encontró vastas deudas fiscales. Los beneficios impositivos de Yukos luego fueron revocados y otros impuestos, asociados con las ganancias de sus empresas afiliadas, fueron atribuidos a Yukos. También se denegaron los reintegros del IVA a los cuales algunas empresas comerciales se encuentran facultadas.

Los demandantes aducen que los reclamos impositivos de Rusia no tienen base legal. Rusia, sin embargo, objetó que la estrategia de optimización impositiva de Yukos, basada en el uso de filiales intermediarias establecidas en jurisdicciones nacionales con impuestos más bajos, era ilegítima. Rusia afirmó que la empresa violaba la regla de buena fe, involucrándose en transacciones engañosas y obteniendo beneficios fiscales que son desproporcionados en comparación con las inversiones realizadas en paraísos fiscales nacionales.

Los argumentos de Rusia no convencieron al tribunal. Reconoció que la existencia de regiones con impuestos más bajos en Rusia plantea algunos temas de políticas, pero afirmó que deben hacerse algunas correcciones en el régimen legal por vía de enmiendas legislativas, y no por medio de "determinaciones administrativas *ad hoc*".

El tribunal tampoco se mostró dispuesto a considerar si Yukos se involucró en transacciones engañosas, al no encontrar nada

“subrepticio” o “disfrazado” en sus operaciones. El enfoque de las autoridades fiscales de atribuir las acciones de las filiales a Yukos fue desestimado por ser “bastante displicente” y por “tratar de buscar la manera legal más cercana para salvar las apariencias”.

*Rusia impidió intencionalmente que Yukos cancelara su deuda impositiva*

Los demandantes reclamaron que Rusia hizo imposible que Yukos cancelara su presunta deuda impositiva. Argumentaron que este país no consideró su propuesta de un medio alternativo de pago y en cambio optó por confiscar Yuganskneftegaz (YNG), el bien más valioso de Yukos. Para los demandantes, la verdadera intención de Rusia era la de obtener el control de YNG, y no la de cobrar impuestos a Yukos.

Rusia afirmó que la confiscación no afectó la capacidad de Yukos de cumplir con sus obligaciones fiscales; el congelamiento de los bienes no involucró a las subsidiarias de la empresa y no afectó su actividad principal. Yukos no quería pagar.

El tribunal observó que la confiscación, en sí misma, no es un acto ilegal a nivel internacional. Sin embargo, consideró que el momento escogido por Rusia para hacerlo y el alcance de esta acción impidieron sustancialmente que Yukos pagara sus deudas. Además, la falta de respuesta a las múltiples ofertas de la empresa para solucionar las deudas pone en duda la buena fe de Rusia.

*La presunta comisión de delitos fiscales por Yukos fue un pretexto para transferir sus bienes a Rosneft*

Como resultado del congelamiento de sus bienes, Yukos no pudo cumplir con el pago de un importante préstamo que le fue otorgado por un consorcio extranjero; consecuentemente, el consorcio presentó un pedido de quiebra ante los tribunales rusos. Después de que este pedido fuera aceptado, Rosneft, una compañía estatal, compró el préstamo y reemplazó al consorcio en el procedimiento de quiebra. Las propuestas de restructuración de Yukos fueron rechazadas y la empresa fue liquidada.

Los demandantes sostienen que Rusia manipuló las subastas. El precio fijado era menor al establecido por el experto designado por el tribunal. La subasta fue anunciada públicamente en un período de tiempo inusualmente corto. Finalmente, el único oferente y ganador de la subasta fue BFG, una empresa desconocida, que unos días después y antes de que el precio de la compra debía ser pagado, fue adquirida por Rosneft.

Rusia objetó que la subasta se había realizado conforme al Derecho ruso y la práctica internacional, pero el panel concluyó que esto era parte del mismo plan de confiscación.

El tribunal finalmente falló que el objetivo de Rusia de hecho era el de expropiar a Yukos y consideró que los demandantes estaban facultados para recibir una indemnización adecuada.

*Rusia tiene que “pagar por lo que tomó”*

Al evaluar el monto de la indemnización, los árbitros expresaron dudas sobre la fecha elegida por los demandantes para determinar el último precio de las acciones de Yukos. Sin embargo, dado que Rusia no dio ninguna alternativa, el tribunal siguió el enfoque de los demandantes y ordenó a la Federación que “simplemente pagara por lo que tomó”, determinando una suma de US\$2 millones más intereses por daños a los demandantes. El valor total de Yukos en noviembre de 2007 fue fijado en US\$62,1 mil millones.

Mientras tanto, Rusia sigue defendiéndose en otros tres casos presentados por los accionistas mayoritarios de Yukos, que están siendo atendidos por el mismo tribunal.

El tribunal estuvo compuesto por Jan Paulsson (Presidente), Toby Landau (nominado por Rusia) y Charles Brower (designado por los demandantes).

**Macedonia culpable por daños a raíz de violación de la norma FET *Swisslion DOO Skopje c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Caso del CIADI No. ARB/07/5***  
**Patricia Ngochua**

Un tribunal del CIADI ordenó a la República de Macedonia el pago de 350.000 euros por daños al inversor Swisslion DOO Skopje, luego de concluir que las acciones del gobierno constituían una violación “compuesta” de la norma de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) bajo el TBI entre Suiza y Macedonia.

En su laudo del 6 de julio de 2012, el tribunal desestimó una serie de reclamaciones, incluyendo el reclamo de expropiación y denegación de justicia. El demandante había solicitado aproximadamente 21 millones de euros por daños.

La diferencia surgió de un acuerdo de venta de acciones firmado en 2006 entre Swisslion y Macedonia, por el cual el inversor suizo obtendría una participación mayoritaria en Agropod AD Resen, una empresa de producción de alimentos.

El Ministerio de Economía de Macedonia concluyó que Swisslion había infringido el acuerdo, en parte al no inyectar suficiente capital circulante a Agropod. Como resultado, el Ministerio inició un procedimiento legal en 2008 para cancelar el acuerdo.

El tribunal de primera instancia de Skopje finalmente dio la razón al Ministerio, cancelando el acuerdo de venta de acciones y ordenando la transferencia de las acciones de Agropod de Swisslion al Ministerio sin indemnización alguna.

*Un ‘acto compuesto’ en violación de la norma FET*

Al examinar si el gobierno de Macedonia incumplió la obligación de otorgar trato justo y equitativo a Swisslion, el tribunal del arbitraje se abstuvo de discutir en detalle su enfoque para interpretar la norma. El tribunal consideró “innecesario emprender un debate extensivo sobre la norma de trato justo y equitativo”, señalando que la “norma básicamente garantiza que el inversor extranjero no sea tratado injustamente, con la debida consideración de las circunstancias del momento; y que la misma está destinada a garantizar justicia a los inversores extranjeros”.

Basándose en este enfoque, el tribunal concluyó que Macedonia había violado la norma FET, refiriéndose a actos y omisiones del Ministerio y de otros organismos estatales anteriormente a la decisión del tribunal. El mismo observó que hubo una “serie de medidas que colectivamente constituían un acto compuesto en violación de la norma FET”.

En particular, el tribunal desaprobó la falta de una respuesta oportuna del Ministerio a la solicitud de Swisslion de confirmar que sus inversiones estaban en cumplimiento del acuerdo de venta de acciones; así como ciertas acciones obstructoras adoptadas por la Comisión Controladora de Acciones y Valores de Macedonia y la publicación de una investigación penal iniciada por el Ministerio del Interior contra Swisslion sin la posterior notificación de la decisión del fiscal de abandonar la investigación. El tribunal subrayó que si bien el Ministerio y el tribunal de primera instancia estaban en su derecho de determinar el incumplimiento contractual de Swisslion, el Estado tiene “la obligación de tratar de manera justa al inversor preparándolo, y en particular, advirtiéndole de toda inquietud que pueda tener con respecto al cumplimiento de la inversión de sus obligaciones contractuales”.

*No se encuentra expropiación judicial*

El tribunal del arbitraje rechazó el reclamo de Swisslion de que el tribunal de primera instancia de Skopje había expropiado ilegalmente sus acciones de Agropod sin indemnización, acentuando que el fundamento para una expropiación judicial es un “acto ilegal del tribunal de primera instancia en sí mismo”. Según la opinión del tribunal, las acciones del tribunal de primera instancia de Skopje no infringieron el TBI entre Suiza y Macedonia y, por lo tanto, no era ilegal.

En cuanto a si la decisión del tribunal de primera instancia de no ordenar el pago de una indemnización a Swisslion por parte del Ministerio por la confiscación de sus acciones en Agropod constituyó una expropiación, el tribunal del arbitraje remarcó que Swisslion no pudo probar un derecho claro a recuperar el precio de compra de las acciones después de que no hiciera ningún intento de reclamar indemnización durante el procedimiento judicial.

*No hubo violación de la cláusula general y no se realizó un análisis de 'perjuicio a través de medidas irrazonables'*

En sus conclusiones de hecho, el tribunal remarcó que las ambigüedades del plan de negocios de Swisslion para Agroprod y el acuerdo de venta de acciones "podría dar origen a diferentes interpretaciones" por las partes contratantes. Así, el tribunal rechazó el reclamo de Swisslion de que Macedonia había violado la cláusula general del TBI entre Suiza y Macedonia. Esta cláusula requiere que cualquiera de las partes contratantes "debe garantizar constantemente la observancia de los compromisos asumidos con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante".

El tribunal también desestimó el reclamo de Swisslion, basado en la obligación de no perjuicio del TBI entre Suiza y Macedonia, de que Macedonia perjudicó sus inversiones por "medidas irrazonables" después de concluir que éstas serían mejor abordadas en el contexto de la violación de la norma FET.

El tribunal estuvo compuesto por el Juez Gilbert Guillaume (Presidente), Daniel M. Price (nominado por el demandante) y J. Christopher Thomas, Q.C. (designado por el demandado).

El laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/cases/documents/1517>

*Traducido al español por María Candela Conforti.*

**Tribunal difiere al poder judicial guatemalteco, declara que la reclamación del inversor por la tarifas de distribución de energía eléctrica no es un asunto de derecho internacional**  
*Iberdrola Energía S.A. c. La República de Guatemala, Caso del CIADI No. ARB/09/5*  
**Fernando Cabrera**

Un tribunal del CIADI ha desestimado una reclamación presentada por un inversor español contra Guatemala en base a los méritos de una diferencia por la fijación de las tarifas de distribución de energía eléctrica.

En una decisión dictada el 17 de agosto de 2012, el tribunal describió la reclamación del inversor como una mera discrepancia con las decisiones emitidas por los tribunales locales y no como una violación del derecho internacional.

*Antecedentes*

En 1998, la empresa de energía eléctrica española Iberdrola dirigía un consorcio que ganó una licitación pública para adquirir la participación mayoritaria de EEGSA, la empresa estatal de suministro eléctrico de Guatemala, recientemente privatizada, por US\$520 millones. Bajo los términos del acuerdo y las leyes pertinentes de Guatemala, las tarifas de suministro de electricidad deben ser establecidas cada cinco años en base a una estimación que tarifa necesitaría una empresa administrada eficientemente para obtener un retorno razonable por su inversión.

La diferencia surgió durante el proceso de establecimiento de las tarifas para el período 2008-2013. Cumpliendo con la ley guatemalteca, EEGSA contrató a un consultor de una lista precalificada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) de Guatemala para determinar las nuevas tarifas. En abril de 2008 un estudio tarifario fue presentado a la CNEE, pero la comisión lo rechazó por considerarlo deficiente y solicitó algunos cambios.

Después de algunas idas y vueltas, las partes no pudieron llegar a un acuerdo y la CNEE luego solicitó a un comité de expertos que determinara si el estudio revisado estaba conforme a la ley. El comité de expertos compuesto por tres miembros eventualmente declaró que el estudio de EEGSA no estaba en conformidad con la ley, y exigió la revisión del mismo.

Sin embargo, la CNEE disolvió la comisión rápidamente alegando que bajo el derecho guatemalteco su rol era simplemente el de determinar si el informe tarifario estaba conforme a la ley. Con el rechazo del estudio tarifario de EEGSA, la CNEE luego adoptó el

estudio de su propio consultor para fijar las tarifas.

Iberdrola recusó tanto la disolución de la comisión como la adopción de las tarifas del consultor de la CNEE a través de los procesos administrativos y judiciales de Guatemala. Eventualmente los tribunales guatemaltecos determinaron que el comité solo tenía jurisdicción para decidir si el estudio del consultor de EEGSA estaba conforme a la ley, y que la CNEE estaba en su derecho de disolver la comisión y adoptar su propio estudio para determinar las tarifas.

*Reclamaciones*

Después de perder en los tribunales locales, Iberdrola registró su diferencia ante el CIADI el 17 de abril de 2009. El principal reclamo de la empresa fue que las acciones de Guatemala constituían una expropiación de su inversión en violación del tratado bilateral de inversión entre Guatemala y España. La empresa también alegó la violación de las obligaciones de Guatemala bajo el TBI de dispensar trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y de no interferir con sus inversiones por medio de medidas arbitrarias. En su escrito de respuesta también agregó un reclamo de denegación de justicia.

Guatemala objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que la diferencia era de índole contractual, involucrando al derecho guatemalteco, y que no constituía una violación del tratado.

*Jurisdicción*

El tribunal aceptó las objeciones de Guatemala con respecto a la jurisdicción sobre la mayoría de las reclamaciones, concluyendo que la empresa meramente estaba apelando las decisiones dictadas en su contra por los tribunales locales.

"...más allá de etiquetar las conductas de la CNEE como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado", señaló el tribunal.

"...un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado", agregó.

*Reclamación de denegación de justicia*

El tribunal mantuvo su jurisdicción para considerar la reclamación de denegación de justicia, señalando que: "En el caso de la reclamación sobre denegación de justicia, la cuestión es distinta. En efecto, aunque se aleguen meras cuestiones de derecho interno, una reclamación internacional podría tener cabida si en el plano doméstico se ha denegado justicia".

Asimismo, el Tribunal concluyó que según el derecho internacional podría constituir denegación de justicia: (i) la negativa injustificada de un tribunal para conocer un asunto de su competencia o cualquier otra actuación del Estado que tenga por efecto impedir el acceso a la justicia; (ii) una demora indebida en la administración de justicia; y (iii) las decisiones o actuaciones de órganos del Estado que sean evidentemente arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías.

En el caso de Iberdrola, el tribunal concluyó que las decisiones de CNEE y la posterior confirmación de las mismas por el poder judicial guatemalteco no recaían dentro de ninguna de estas categorías; y que por lo tanto, no había ocurrido una denegación de justicia.

*Gastos*

Dado que la demandante perdió en todos sus reclamos, el tribunal sostuvo que Iberdrola debe asumir sus propios costos y la totalidad de los costos en los que incurrió Guatemala.

El laudo se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1081.pdf>

# Recursos y Eventos

## Recursos

### International Arbitration Case Law

Este sitio web es una iniciativa académica privada sin fines de lucro, en asociación con la *School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London*. Su objetivo es resumir, editar y coordinar la publicación de decisiones emitidas por tribunales arbitrales, tribunales internacionales y cortes nacionales en torno a cuestiones de arbitraje internacional y demás asuntos legales. En la etapa inicial de este proyecto el principal foco será el arbitraje relativo a la inversión internacional. Este proyecto también pretende eliminar las barreras idiomáticas y facilitar el acceso a contenido sobre decisiones de tribunales nacionales e internacionales en varios idiomas. [www.internationalarbitrationcaselaw.com](http://www.internationalarbitrationcaselaw.com)

### How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties

*Federico Lavopa, Lucas E. Barreiros, María Victoria Bruno, Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, 9 de julio de 2012*

Los efectos secundarios de la interpretación expansiva de disciplinas clave del derecho internacional de las inversiones a llevado a una serie de estrategias, en su mayoría implementadas por los países en desarrollo, para salirse del sistema. Estas van desde denunciar al Convenio del CIADI y retirar el consentimiento para que otros organismos arbitrales puedan ejercer jurisdicción, hasta renunciar a los Tratados Bilaterales de Inversión de los cuales son parte. El supuesto objetivo de estas iniciativas es reducir la exposición legal de estos países frente a reclamaciones internacionales presentadas ante tribunales arbitrales, ya sea privando a los inversores privados de un foro donde puedan presentar las mismas o extinguiendo completamente sus derechos bajo estos tratados. Este escrito apunta a dichas estrategias y alega que ninguna de ellas arroja los resultados deseados, al menos a corto plazo. También remarca que los TBIs contienen mecanismos de auto-defensa— particularmente, las obligaciones de nación más favorecida (NMF), renovación tácita y “cláusulas de supervivencia” — que dilatan o hacen imposible la ejecución de estas estrategias de escape. Frente a este cuadro de situación, el escrito propone que los Estados en vías de desarrollo pueden hacer mejor las cosas implementando una estrategia de renegociación de sus TBIs. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2102683](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2102683)

### The Global Governance of Capital Flows: New Opportunities, Enduring Challenges

*Kevin Gallagher, Political Economy Research Institute, University of Massachusetts Amherst, mayo de 2012*

Durante mucho tiempo, la movilidad de capital internacional ha estado asociada con las crisis financieras y bancarias. Los Artículos de Acuerdo del Fondo Monetario Internacional contienen reglas multilaterales que gobiernan los flujos de capital. Para algunos países, especialmente aquellos del mundo desarrollado, los Artículos de Acuerdo del FMI siguen siendo el marco principal bajo el cual estos países tienen autonomía para regular los flujos de capital transfronterizos. Para otros, estas reglas en parte han sido reemplazadas por acuerdos de comercio e integración económica más recientes. Por lo tanto, lo que antes era un régimen de ‘descentralización cooperativa’ se ha convertido en un *patchwork* de estructuras incongruentes que se superponen y que plantean importantes desafíos para las naciones que pretenden regular los flujos de capital mundiales para lograr la estabilidad y el crecimiento. Este escrito traza la historia de la gobernanza de los flujos de capital a nivel mundial y presenta un marco para entender tres eras distintas de la administración moderna del capital mundial. El marco acentúa la manera en que interactúa el poder, los intereses, las ideas y las instituciones para dar forma a cada era, según diferentes combinaciones, para dar distintos resultados. Desde esta perspectiva, hay muchos desafíos por delante para lograr una administración eficaz de los flujos de capital a nivel mundial. Disponible en: <http://www.peri.umass.edu/236/hash/5177c19e45bd73aaf9ae065db58a72cb/publication/512/>

### Farm Land and Water: China invests abroad

*Carin Smaller, Wei Qiu, Yalan Liu, International Institute for Sustainable Development, 2012*

China está invirtiendo activamente en agricultura en el exterior y ahora es tercer país más grande del mundo en inversión extranjera acumulada en agricultura, después de EUA y Canadá. Si bien China posee una fuerte base agrícola interna, hay pocos productos que este país no produce en cantidades suficientes, y que son necesarios para los sectores relativos al procesamiento de productos alimenticios, fabricación y energía. Este escrito explora cómo China obtiene estos productos agrícolas a través del comercio y la inversión. Resulta importante notar que esta política está cambiando, pasando de ser una estrategia basada en la dependencia en el comercio mundial a una estrategia basada en la inversión extranjera directa, incluyendo la adquisición de grandes extensiones de tierras agrícolas con los correspondientes recursos hídricos. Los autores encontraron informes de 86 proyectos agrícolas chinos que cubren 9 millones hectáreas de tierra en los países en desarrollo. Se confirmó la existencia de 55 proyectos que cubren 4,9 millones de hectáreas. Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1687>

## Eventos 2012

### 20 de Octubre – 7 de Noviembre

**CURSO REGIONAL SOBRE TEMAS CLAVE DE LA AGENDA ECONÓMICA INTERNACIONAL PARA ASIA OCCIDENTAL, CNUDMI, Sultanato de Omán,** <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=77>

### Octubre 29-31

**SEXTO FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO, IISD, Puerto de España,** <http://www.iisd.org/investment/dci/>

### Noviembre 2-4

**NOVENO SEMINARIO ANUAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: CÓMO MANEJAR EL ARBITRAJE DE TBIS, American University, Washington College of Law, Washington,** <http://www.wcl.american.edu/arbitration/seminar.cfm>

### Noviembre 14-15

**SÉPTIMA CONFERENCIA SOBRE INVERSIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE COLUMBIA, Columbia University, New York,** <http://www.vcc.columbia.edu/content/seventh-columbia-international-investment-conference>

### Noviembre 19-23

**TALLER SOBRE LAS POLÍTICAS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL, ESTRATEGIAS DE PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES Y DESARROLLO SOSTENIBLE PARA LOS PAÍSES MIEMBRO DEL BID AFRICANO, UNCTAD, Casablanca,** <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=157>

### 26 de Noviembre – 7 de Diciembre

**CURSO DE CAPACITACIÓN: ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL Y ARBITRAJE ENTRE INVERSOR Y ESTADO, International Law Institute, Washington,** <http://www.ili.org/training/ili-brochure/upcoming-programs-and-events/282-2012-international-investment-agreements-and-investor-state-arbitration.html>

### Diciembre 3-9

**CURSO DE CAPACITACIÓN SOBRE LA NUEVA GENERACIÓN DE POLÍTICAS DE INVERSIÓN: MANEJANDO LAS DIFERENCIAS RELATIVAS A LA INVERSIÓN PARA LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, UNCTAD, Quito,** <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=163>

### Noviembre 10-11

**CONFERENCIA SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MAURICIOS, Mauritius Board of Investment, Port Louis,** <http://www.miac.mu/>



Publicado por el Insituto 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)