



La Práctica de los Principios de la Inversión Responsable en las Inversiones Agrícolas a Gran Escala

por Hafiz Mirza y William Speller



Inversión Extranjera en Tierras de Cultivo y Agua: 10
Pasos para crear Mejores Contratos por Carin Smaller

Mejorando los Tratados de Inversión a través de Disposiciones de Excepciones Generales:
El Ejemplo de Australia por Simon Lester

Decisión sobre anulación en el caso *Impregilo c. Argentina*: Finalidad de los Laudos vs. Corrección Jurídica por Nathalie Bernasconi-Osterwalder

¿Importar el Consentimiento a Arbitraje ante el CIADI? Una Evaluación Crítica del Caso *Garanti Koza c. Turkmenistán* por Eric De Brabandere

También en este número: Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia & Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia; Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania; Teco Guatemala Holdings LLC v. Guatemala; Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) and 2. Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia

contenido

- 3 **Artículos**
La Práctica de los Principios de la Inversión Responsable en las Inversiones Agrícolas a Gran Escala
Hafiz Mirza y William Speller
- 5 Inversión Extranjera en Tierras de Cultivo y Agua: 10 Pasos para crear Mejores Contratos
Carin Smaller
- 8 Mejorando los Tratados de Inversión a través de Disposiciones de Excepciones Generales: El Ejemplo de Australia
Simon Lester
- 10 Decisión sobre anulación en el caso *Impregilo c. Argentina*: Finalidad de los Laudos vs. Corrección Jurídica
Nathalie Bernasconi-Osterwalder
- 12 ¿Importar el Consentimiento a Arbitraje ante el CIADI? Una Evaluación Crítica del Caso *Garanti Koza c. Turkmenistán*
Eric De Brabandere
- 16 **Noticias en Breve:**
La CNUDMI lanza nuevo registro de transparencia; Indonesia rescinde tratado bilateral de inversión con los Países Bajos; Alemania se niega a arbitraje entre inversionista y Estado en el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión; Comisión Europea lanza consulta pública sobre disposiciones de inversión en el ATCI
- 17 **Laudos y Decisiones:**
Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia & Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia; Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania; Teco Guatemala Holdings LLC v. Guatemala; Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) and 2. Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia
- 23 **Recursos y Eventos**

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

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

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

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
Maria Candeli Conforti

Diseño
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

La Práctica de los Principios de la Inversión Responsable en las Inversiones Agrícolas a Gran Escala

Hafiz Mirza y William Speller

artículo 1



La reciente tendencia en curso de la inversión corporativa, especialmente extranjera, hacia los sectores agrícolas de los países en vías de desarrollo ha suscitado actitudes extremadamente contrastantes. Para algunos, el “redescubrimiento” de la agricultura como foco de la inversión brinda oportunidades para promover nuevamente este sector dentro de la extensa agenda del desarrollo económico. Para otros, ha generado gran preocupación en cuanto a si tales inversiones, especialmente las que involucran la adquisición de tierras a gran escala, son conducidas de manera que se respetan los derechos de las personas, sus medios de subsistencia y los recursos.

Después de décadas de lucha para atraer un nivel significativo de inversión corporativa a los sectores agrícolas, incluyendo la inversión externa directa, ahora los países en vías de desarrollo se encuentran frente a un gran desafío. ¿Cómo aceptar el tipo, magnitud y número de inversiones conveniente para maximizar los beneficios del desarrollo y minimizar los riesgos socio-económicos y ambientales? Lamentablemente, la falta de análisis de tales inversiones ha provocado que la mayor parte del debate sobre este tema se viera alimentado por anécdotas y estudios de caso aislados.

Para llenar este vacío y que las discusiones tengan un fundamento basado en evidencias, el Grupo de Trabajo Inter-Departamental de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura (IFAD), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés, UNCTAD) y el Banco Mundial resolvieron crear colectivamente una base de conocimientos empíricos que podría ser utilizada para identificar las formas de inversión más convenientes.¹

Este artículo se basa en un reciente informe elaborado conjuntamente por la UNCTAD y el Banco Mundial titulado *The Practice of Responsible Investment Principles in Larger Scale Agricultural Investments* (Mirza, Speller, Dixie & Goodman, 2014). En el mismo, se exponen los resultados de un estudio de campo sobre la inversión agrícola a gran escala de 39 agronegocios ya establecidos por un tiempo (mature projects) en el Sub Sahara de África y el Sudeste de Asia, apuntando especialmente a sus enfoques de responsabilidad social, económica y ambiental.

El informe antes mencionado articula, a través de ejemplos detallados, en qué consiste la conducción responsable y sostenible de la inversión agrícola, en términos prácticos y operativos para las comunidades, los gobiernos y los inversores. Al hacer esto, su objetivo primordial es brindar lecciones a estos grupos—que pueden ser retomadas en forma de políticas y procedimientos por el gobierno anfitrión, así como estrategias corporativas y como procesos operativos y acciones de las comunidades o de las ONGs—para garantizar que las inversiones agrícolas sean conducidas responsablemente y se maximicen los beneficios y minimicen los riesgos para todas las partes involucradas.

En balance, las inversiones analizadas han generado beneficios socio-económicos positivos para las comunidades aledañas y los países anfitriones. El beneficio más frecuentemente citado que han generado las inversiones fue la creación directa de empleos. Los inversores también contribuyeron indirectamente a crear oportunidades de trabajo al proporcionar un mercado estable para el producto de los agricultores por contrato (outgrowers). El consecuente aumento de los ingresos rurales también contribuyó positivamente a la seguridad alimentaria, de manera directa e indirecta. Los programas de desarrollo social y modelos de negocio financieramente inclusivos están prevaleciendo entre los inversores agrícolas, algunos prestando servicios sociales tales como educación, salud, infraestructura rural y agrícola, programas de abastecimiento de agua y acceso financiero. Por último, los inversores introdujeron nuevas tecnologías y prácticas agrícolas que, en raros aunque significativos casos, ha tenido un efecto catalítico que se extendió más allá del inversor.

En comparación con estos beneficios, los impactos negativos también se hicieron evidentes en las inversiones examinadas. Los más prominentes son las controversias surgidas por el acceso a la tierra, tales como el conflicto entre los derechos formales otorgados al inversor por el Estado y los derechos informales correspondientes a los usuarios ya existentes de las tierras. Tales situaciones, a veces se vieron exacerbadas por la falta de claridad en las condiciones y el proceso de adquisición de tierras, combinado con un número significativo de casos donde los inversores terminaron utilizando solo una pequeña porción de las tierras que les fueron asignadas. El reasentamiento en raras ocasiones fue lo suficientemente consultivo, incluso o compensado de manera adecuada. Esta falta de consulta fue el síntoma de una preocupación aun mayor: el involucramiento de las comunidades locales en las decisiones que las afectan a menudo fue insuficiente; y además, los procedimientos para elevar quejas o para hacer responsables a los inversores estaban generalmente ausentes. La evaluación, comprensión y monitoreo del impacto ambiental de las inversiones en general eran inadecuados, especialmente con respecto a las consecuencias sobre los recursos hídricos.

Algo que resultó notable entre los inversores que fueron estudiados, fue la extraordinaria amplia gama de resultados surgidos de las inversiones en términos de sus impactos socio-económicos y ambientales, su gran impacto en el país anfitrión y el éxito operativo y financiero de las

inversiones en sí mismas. Una conclusión clave de esta investigación es que se puede lograr una potencial situación de ganar-ganar en relación con el desempeño de una inversión y su impacto más amplio en términos económicos, sociales y ambientales. Según el estudio, los inversores que tuvieron éxito financiero y operativo tienden a ser aquellos que generan un impacto más positivo en la economía del país anfitrión y las comunidades aledañas—producto de enfoques más sofisticados de responsabilidad social y ambiental. Similarmente, aquellas inversiones que estaban mejor integradas con el país anfitrión y la comunidad cercana presentaron mayores posibilidades de éxito financiero. Los inversores que adquirieron tierras pero que no condujeron consultas exhaustivas con las comunidades y no realizaron evaluaciones de impacto, o que dejaron que los gobiernos anfitriones las condujeran por ellos, a menudo se vieron enfrentados a controversias sobre las tierras que consumen mucho tiempo y dinero.

La diversidad de las experiencias, desempeño e impacto de las inversiones encontrada en el estudio sugiere que una amplia gama de factores influyen en los resultados de una inversión agrícola. Algunos son específicos a cada contexto. De esta manera, no se puede ser categórico sobre los tipos de inversión que resultan más o menos convenientes. En esta investigación se concluyó que los atributos estadísticos del inversor (cultivos, país de origen, etc.) son menos importantes que las acciones, políticas y prácticas dinámicas del inversor y del gobierno del país anfitrión para determinar el resultado final de la inversión.

Otra conclusión clave de la investigación es que muchas de las principales decisiones y acciones que determinan el resultado final de las inversiones son tomadas con anterioridad a las mismas o durante sus etapas iniciales. Desde la perspectiva del inversor, esto incluye la correcta actuación en torno a la diligencia debida, consulta con las comunidades, evaluaciones de impacto, enfoques a la transparencia y el diseño de un modelo de negocios. Desde la perspectiva del país anfitrión, esto incluye el chequeo y selección previa de los inversores, el monitoreo constante de las inversiones, control de la conducción de consultas y evaluaciones de impacto, planificación en etapas de la aprobación de las inversiones y derechos sobre la tierra y el agua. Desde la perspectiva de la comunidad local y la sociedad civil, esto involucra el involucramiento y negociación con los inversores, monitoreo de los inversores, ayudar a los mismos a establecer asociaciones con los grupos marginales y garantizar el acceso a mecanismos para la presentación de quejas y reparación de daños.

Desde todas las perspectivas, una mayor claridad con respecto a los términos y condiciones contractuales que respaldan la inversión, los derechos, compromisos y responsabilidades de las distintas partes es de suma importancia para garantizar resultados mutuamente beneficiosos. Los inversores, gobiernos de los países anfitriones y las comunidades locales entrevistados durante este estudio señalaron que se necesita una mejor y más detallada orientación para hacer esto de manera eficaz. La orientación para la elaboración de mejores contratos de inversión resulta crucial a este respecto (Smaller, 2014).

Estas lecciones deben ser tenidas en cuenta, integradas cuidadosamente con las conclusiones de otras

investigaciones, y convertidas en acciones a fin de abastecer de alimentos a una población mundial en constante crecimiento de una manera sostenible mediante la cual se preserven los recursos naturales, se utilice la agricultura como un motor para el crecimiento inclusivo y se fomente el desarrollo a largo plazo. El logro de estos objetivos requerirá una mayor inversión, privada y pública. Está comprobado el papel central que juega la inversión de los pequeños agricultores en sus propias tierras para llevar a cabo cualquier estrategia de promoción de la inversión agrícola². No obstante, aún falta establecer el papel fundamental para otras formas de inversión, incluyendo los tipos de inversores del sector privado incluidos en este estudio. En la presente investigación se concluyó que las inversiones del sector privado, incluyendo aquellas que implican la adquisición de tierras, pueden generar resultados positivos si son conducidas de una manera responsable en términos sociales y ambientales.

Autor

Hafiz Mirza es Jefe de Investigación sobre Temas de Inversión de la UNCTAD. William Speller es Director General de Asuntos Económicos en el Sector de Temas de Inversión de la UNCTAD.

Notas

¹ Publicaciones recientes del Banco Mundial, FAO e IFAD ya han colaborado con esta base de conocimientos. FAO e IFAD comisionaron un escrito conjunto entre FAO e ILED sobre las alternativas para la adquisición de tierras a gran escala en los países en desarrollo, estudiando modelos de negocio que brindan alternativas para los pequeños productores agrícolas (Vermeulen and Cotula, 2010). La FAO condujo una serie de estudios de caso sobre las tendencias y el impacto de la IED en el sector agrícola de los países en vías de desarrollo (FAO, 2013). El Banco Mundial ya concluyó un estudio sobre la cartera de inversiones agrícolas de Commonwealth Development Corporation, donde se analizaron 179 agronegocios a gran escala durante un período de 50 años (Tyler and Dixie, 2012). La IFAD elaboró una revisión de experiencias mundiales sobre el desarrollo y manejo de programas para agricultores a pequeña escala (IFAD and TechnoServe, 2011).

² Véase por ejemplo, FAO (2012) *The State of Food and Agriculture: Investing in Agriculture for a Better Future*, CFS HLPE (2013) *Investing in smallholder agriculture for food security: A report by The High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition*; y IFAD y UNEP (2013) *Smallholders, Food Security and the Environment*.

Referencias

FAO (2012). *The State of Food and Agriculture: Investing in Agriculture for a Better Future*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

FAO (2013). *Trends and impacts of foreign investment in developing country agriculture: Evidence from case studies*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

HLPE (2013). *Investing in smallholder agriculture for food security. A report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security, Rome*. Roma: Comité de Seguridad Alimentaria Mundial.

IFAD y TechnoServe (2011). *Outgrower schemes - Enhancing Profitability*. Technical Brief. Roma: Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura.

IFAD y UNEP (2013). *Smallholders, Food Security and the Environment*. Roma: Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura.

Mirza, H., W. Speller, G. Dixie & Z. Goodman (2014, forthcoming). *The Practice of Responsible Investment Principles in Large r Scale Agricultural Investments*. Washington D.C. y Ginebra, Grupo del Banco Mundial y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Smaller, C. (2014). *Investment Contract for Farmland and Water: 10 Steps*, Investment Treaty News, Volumen 5, Ejemplar 2. Abril de 2014.

Tyler, G., & Dixie, G. (2012). *Investing in Agribusiness: A Retrospective View of a Development Bank's Investments in Agribusiness in Africa and Southeast Asia and the Pacific*. Washington, D.C.: Grupo del Banco Mundial.

UNCTAD, FAO, IFAD y el Grupo del Banco Mundial (2010). "Principles for responsible agricultural investment that respects rights, livelihoods and resources". Nota de debate presentada en la segunda sesión de la Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo, Ginebra, 26-30 de abril. TD/B/C.II/CRP.3.

Vermeulen, S., & Cotula, L. (2010). *Making the most of agricultural investment: A survey of business models that provide opportunities for smallholders*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Londres, RU: International Institute for Economic Development. Roma. Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura. Bern. Swiss Development Cooperation.

Inversión Extranjera en Tierras de Cultivo y Agua: 10 Pasos para crear Mejores Contratos

Carin Smaller

artículo 2



Actualmente se cuenta con una base impresionante de conocimientos sobre lo que funciona y lo que no en términos de inversión extranjera en agricultura en general, y en las tierras de cultivo en particular. En el artículo anterior de esta edición de ITN se presentó un nuevo estudio del Banco Mundial y la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), donde se examinaron 39 agro negocios a gran escala en el Sub-Sahara de África y el Sudeste de Asia y sus enfoques a la responsabilidad social, económica y ambiental¹. Si bien en la imagen general se muestran beneficios, particularmente en la creación de empleos, también surgió un gran número de impactos negativos. Los más destacables se dan no solo en la competencia por los derechos a la tierra, sino también por el mal manejo de los programas de reasentamiento, la insuficiente consulta a las comunidades locales, la ausencia de estudios de impacto ambiental adecuados, especialmente con respecto al agua, y la falta de planificación comercial para garantizar la rentabilidad. Resulta importante destacar que muchos de estos impactos negativos podrían ser evitados a través de mejores contratos entre los Estados y los inversores extranjeros. Esto implica una mejor preparación antes de las negociaciones, mejor negociación y redacción de los contratos y un monitoreo y evaluación más contundentes de los proyectos después de firmar los contratos.

Entonces, ¿cómo sería un contrato mejor? El *International Institute for Sustainable Development* estudió setenta contratos entre los Estados y los inversores extranjeros que involucran el arrendamiento de tierras de cultivo a largo plazo. A raíz de este trabajo hemos elaborado un modelo de contrato que creemos puede dar respuesta a muchas inquietudes. A continuación, presentamos diez pasos a seguir al momento de redactar un contrato desde una perspectiva de desarrollo sostenible. Los mismos fueron extraídos de una guía comprehensiva y más detallada para la redacción de contratos de inversión.²

Resulta importante destacar desde un comienzo que cuando los Estados poseen las leyes y regulaciones internas necesarias, no habría necesidad de celebrar un contrato entre el Estado y un inversor extranjero.

La legislación interna ha de regir todos los temas que podrían surgir en relación con la inversión extranjera, incluyendo la emisión de licencias y permisos para los operadores agrícolas. Sin embargo, muchos Estados utilizan contratos de inversión para rentar sus tierras de cultivo.

“

El éxito a largo plazo de un proyecto de inversión se encuentra íntimamente relacionado con la aceptación y la integración del mismo en la comunidad local.

”

Paso 1: Preparar el ambiente de negociación

Este es el precursor del éxito de cualquier proyecto de inversión. Implica: (1) identificar las necesidades agrícolas del país (qué áreas y cultivos se deben priorizar); (2) entender los aspectos económicos que subyacen al proyecto propuesto (y conocer el valor de los recursos naturales); (3) aclarar el papel que juega la legislación interna en relación con el contrato; y (4) preparar al equipo de negociación.

Además, el éxito a largo plazo de un proyecto de inversión se encuentra íntimamente relacionado con la aceptación y la integración del mismo en la comunidad local, tal como lo demuestran las conclusiones del estudio del Banco Mundial-UNCTAD. Esto se deriva de un proceso de negociación y de un sentimiento de la comunidad de que sus intereses están siendo tomados en serio. Los equipos de negociación y los inversores deben tener reuniones adecuadas con la población para garantizar un resultado coherente que reciba el apoyo de la comunidad. También resulta importante entender las necesidades del inversor para poder responder apropiadamente a las exigencias de la negociación.

Paso 2: Conducir estudios de viabilidad comercial

Los estudios de viabilidad comercial abordan principalmente la viabilidad económica y técnica del proyecto propuesto. Pero también deben atender los factores clave de orden social y ambiental. Estos estudios deberían ser conducidos y supervisados por una tercera parte independiente antes de firmar el contrato. Los resultados de los mismos ayudarán al inversor a desarrollar su plan de negocios. También deberían ser presentados y aprobados por el gobierno antes de concluir la negociación del contrato, y sus puntos notables deberían ser incorporados al mismo.

Las investigaciones demuestran que las fallas en la concepción del proyecto y en la determinación de su

viabilidad son las principales causas del fracaso de las inversiones agrícolas. Un sondeo del Banco Mundial de 179 proyectos concluyó que el 50 por ciento de los mismos estaban clasificados como fracasos o fracasos moderados en términos financieros porque el “concepto era fatalmente defectuoso, por ejemplo, una locación errada, cultivos erróneos o presunciones demasiado optimistas en la planificación”.³ [La traducción de la cita nos pertenece]

Paso 3: Conducir estudios de impacto

En principio, antes de firmar e implementar un contrato de inversión, se debe realizar un estudio de impacto ambiental y social (*environmental and social impact assessment*, ESIA). Después se debe revisar y adaptar el contrato en base a las conclusiones del ESIA. La posibilidad de que un ESIA pueda llevar a una decisión de abandonar el proyecto no debería ser descartada. En la práctica, no obstante, los ESIA a menudo son conducidos después de la firma del contrato pero antes de que el inversor comience la construcción y operación del proyecto.

El inversor debería utilizar los resultados del ESIA para desarrollar su Plan de Manejo Social y Ambiental. No deberían otorgarse las licencias necesarias para comenzar la producción hasta que estos pasos sean cumplimentados. Lamentablemente, aun cuando los ESIA son exigidos por ley, a menudo no son conducidos⁴. Tal como reportó el estudio del Banco Mundial-UNCTAD, los inversores que no condujeron estudios adecuados se encontraron lidiando con controversias muy costosas en términos de tiempo y dinero.

Los resultados de los ESIA y el subsecuente plan de manejo deben ser incorporados como obligaciones legalmente vinculantes en el contrato. También debería contener un requisito exigiendo la presentación de un informe anual sobre la implementación del plan de manejo, haciendo públicos los informes y poniéndolos a disposición de las comunidades locales.

Paso 4: Asignar la tenencia de tierras y los derechos sobre la tierra

Las controversias sobre la tierra actualmente son consideradas como el aspecto más problemático de las inversiones en tierras. Cuando los sistemas de tenencia de tierras y agua se encuentran bien desarrollados y cuando los derechos a estos recursos están claros y son conferidos a los propietarios y usuarios locales, los mismos podrían tener decisión sobre la manera en que la tierra y el agua serán asignadas al inversor. El problema es que, en muchos países en vías de desarrollo, donde se están firmando muchos contratos de inversión en tierras de cultivo, los derechos a la tierra y el agua no se encuentran formalmente reconocidos, son vagos y están basados en las costumbres locales, o simplemente son inexistentes. El tema de la tenencia de tierras y agua para los propietarios y usuarios locales debe estar bien claro antes de firmar el contrato, a través de una combinación de reformas agrarias, consulta con las comunidades locales y la

compensación apropiada cuando el reasentamiento resulte necesario.

Paso 5: Determinar los incentivos financieros y de otra índole

Los incentivos financieros y la reducción de impuestos son una característica común en las estrategias de promoción de las inversiones de muchos países y a menudo se encuentran promulgados en las leyes y regulaciones internas. Su eficacia es altamente debatible, pero hay un consenso emergente de que pocos incentivos alcanzan sus objetivos económicos, pese al hecho de que tienen un costo significativo para los gobiernos. Este costo, en términos de privar a los países en desarrollo de la recaudación impositiva que tanto necesitan, puede menoscabar los esfuerzos estatales para invertir en la economía local, mejorar el acceso a los servicios sociales o en la conservación del medio ambiente. Los pagos anuales de la renta de tierras, por ejemplo, permiten al Estado establecer el valor de mercado de la tierra que está siendo arrendada y garantizar, así, que se torne productiva. Esto desalienta la posesión especulativa de los derechos sobre la tierra y el agua.

Paso 6: Evitar las disposiciones de estabilización

Una exigencia común de los inversores, particularmente en los países en desarrollo, es la inclusión de disposiciones de estabilización. Estas son cláusulas en los contratos de inversión que congelan las leyes internas al momento en que se firma el contrato. El efecto es que los gobiernos deben evitar, o compensar a los inversores, por la promulgación o la modificación de leyes y regulaciones que afectan a la inversión. Las disposiciones de estabilización extensas que incluyen todas las funciones regulatorias (tales como el área ambiental, laboral, de salud y seguridad) ahora están siendo consideradas ampliamente inaceptables. No obstante, hay un apoyo a disposiciones limitadas de estabilización sobre ciertos asuntos fiscales, a fin de evitar actos arbitrarios o discriminatorios por parte del gobierno. Si ha de incluirse una estrecha cláusula de estabilización impositiva, ésta no debería pasar por alto o entrar en conflicto con la legislación interna, pero puede formar parte de la negociación en términos fiscales.

Paso 7: Especificar las obligaciones de desarrollo del inversor

Esta es la parte del contrato donde el inversor asume compromisos legalmente vinculantes para contribuir a crear empleos, capacitar a la mano de obra local, establecer industrias de procesamiento, transferir tecnología adecuada, comprar productos y servicios locales y vender parte de la producción al mercado local, entre otros. Cuanto más específico y detallado es el contrato sobre lo que puede esperarse del inversor en términos de contribuciones al desarrollo, mayor es la posibilidad de que el proyecto brinde los beneficios esperados.

En esta sección también puede incluirse un Acuerdo para el Desarrollo de la Comunidad (*Community*

Development Agreement, CDA), donde se crea un marco para el compromiso entre el inversor y la comunidad. El CDA podría asignar un porcentaje de las ganancias del proyecto a un Fondo de Desarrollo de la Comunidad para una amplia gama de actividades sociales y económicas, definidas por la comunidad. También puede crear un marco para el diálogo y el debate permanente con la comunidad en caso de conflicto o quejas, y para una revisión periódica de los impactos del proyecto.

Paso 8: Identificar los parámetros ambientales

Es importante hacer referencia a la legislación ambiental en el contrato, particularmente a las leyes internas para el manejo del agua y establecer claramente los derechos de uso y asignación del agua para el inversor. Cuando las leyes ambientales no se encuentren plenamente desarrolladas o cuando haya vacíos legales, el contrato puede llenar temporalmente estos vacíos, utilizando los estándares de práctica internacionales. Esto resulta relevante porque el actual régimen mundial de los tratados y contratos de inversión brinda a los inversores extranjeros garantías legales, que pueden incluir el derecho a extraer agua para fines agrícolas. Por último, la revisión periódica de los derechos relativos a la asignación del agua ayudará a evitar conflictos con otros usuarios del recurso hídrico.

Paso 9: Elegir un mecanismo apropiado para la resolución de controversias

Desde la perspectiva del Estado anfitrión, es recomendable hacer referencia a las cortes, tribunales o centros de mediación nacionales, como el foro elegido para resolver las controversias que surjan del contrato. El arbitraje internacional no debería ser alentado por encima de los procesos internos. En aquellas ocasiones donde sea necesario el arbitraje internacional, éste debería estar precedido por un esfuerzo por resolver la controversia de manera amigable primero, y a través de procesos internos, antes de recurrir a arbitraje internacional.

Paso 10: Garantizar el reporte, monitoreo y evaluación

Diseñar el contrato acertado es solo el punto de partida. Implementar los compromisos es un desafío mucho más arduo y a largo plazo, particularmente cuando se cuenta con una capacidad limitada, que a menudo es el caso en muchos países en vías de desarrollo. Reservar un porcentaje de las ganancias del proyecto para resolver asuntos de implementación ayudará a que el gobierno tenga la capacidad de monitorear y evaluar el proyecto eficazmente. Establecer requisitos e indicadores claros de reporte en el contrato garantizará que el gobierno pueda verificar periódicamente si el inversor está cumpliendo con sus compromisos. La transparencia es un factor clave de este proceso.

Conclusión

Los contratos de inversión en tierras de cultivo operan dentro de un ambiente complejo con múltiples capas de leyes y regulaciones. Entender este ambiente y la relación entre las diferentes fuentes del derecho

permite a los negociadores redactar contratos que creen beneficios para todos los actores involucrados, mientras que sigan siendo compatibles con los marcos legales existentes a nivel nacional, regional e internacional. Se necesita una cantidad significativa de trabajo de campo antes de comenzar las negociaciones. El mismo es esencial para la viabilidad del proyecto a largo plazo. Por último, operar en un ambiente abierto y transparente minimizará el riesgo de corrupción y garantizará una mayor aceptación de las partes afectadas.

Autor

Carin Smaller es asesora en agricultura e inversión del *International Institute for Sustainable Development*.

Notas

1 Mirza, H. & Speller, W. (2014). *The Practice of Responsible Investment Principles in Larger-Scale Agricultural Investments*. Investment Treaty News, Volumen 5, Ejemplar 2. Abril de 2014.

2 Smaller, C. & Mann, H. (2014). *Guide to Negotiating Investment Contracts for Farmland and Water: options for a sustainable future*. International Institute for Sustainable Development. En curso.

3 Tyler, G. & Dixie, G. (2012). *Investing in agribusiness: A retrospective view of a development bank's investments in agribusiness in Africa and Southeast Asia*. Extraído de: http://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/features/Findings_Agribusiness_CDC.pdf

4 Deininger, K., Byerlee, D., Lindsay, J., Norton, A., Selod, H. & Stickler, M. (Septiembre de 2011). *Rising global interest in farmland: Can it yield equitable and sustainable benefits?* World Bank. Extraído de: http://siteresources.worldbank.org/INTARD/Resources/ESW_Sept7_final_final.pdf

Mejorando los Tratados de Inversión a través de Disposiciones de Excepciones Generales:

El Ejemplo de Australia

Simon Lester

artículo 3



Las recientes elecciones en Australia versaron sobre temas de políticas internas, pero su resultado tuvo un impacto que va más allá de sus fronteras dado que el nuevo gobierno decidió repensar lo que se podría considerar la visión única de Australia con respecto al régimen de inversión internacional. Mientras que la mayoría de los países del mundo apoyan una serie fundamental de reglas de inversión, durante mucho tiempo Australia se ha mostrado muy escéptica, particularmente con respecto al arbitraje entre inversionista y Estado. Poco después de las elecciones, la coalición Liberal-Nacional expresó que sería más anuente a estas reglas. Esta coalición ha puesto en práctica su nueva política rápidamente, y hace poco lanzó el texto completo del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Australia y Corea, el cual incluye un capítulo de inversión estableciendo el arbitraje entre inversionista y Estado. Este TLC pronto será presentado ante el Parlamento para su aprobación.

Al cambiar su curso, ¿el gobierno australiano simplemente se ha unido al resto del mundo? ¿O está intentando atender algunos de los problemas y preocupaciones surgidos de los tratados de inversión planteados por los críticos a lo largo de los últimos años? En este artículo, evalúo un aspecto del TLC entre Australia y Corea: la “excepción general” a las obligaciones de inversión establecida para cumplir con determinados propósitos de políticas, que es similar a las disposiciones de excepción de la OMC tal como el Artículo XX GATT y al Artículo XIV del GATS.

Preocupaciones Generales por el arbitraje entre Inversionista y Estado

Uno de los principales problemas de los tratados de inversión proviene de las obligaciones legales que se encuentran establecidas muy amplia y vagamente, tales como la de “expropiación indirecta” y la de “trato justo y equitativo”. Estos principios son comunes en el derecho interno, pero no hay consenso internacional sobre lo que significan. Elevar estas disposiciones a un estatus legal de orden internacional abre un sinfín de oportunidades para el litigio y, por lo tanto, se crea una gran incertidumbre (y también genera temor a una intrusión en el diseño de políticas internas).

El problema se agrava cuando las obligaciones de inversión permiten la iniciación de juicios directamente por parte de inversores extranjeros contra los gobiernos. Generalmente hablando, el derecho internacional solo admite las controversias entre Estado y Estado, lo cual ayuda a filtrar reclamaciones o actos frívolos, y actúa

como un control sobre el sistema. La posibilidad de admitir controversias entre inversionista y Estado abre las compuertas al litigio. Por lo tanto, son las disposiciones relativas al arbitraje entre inversionista y Estado, que combinadas con obligaciones vagas, crean la mayor causa de preocupación.

La Historia de Australia y su Escepticismo en el arbitraje entre inversionista y Estado

El régimen de inversión internacional captó la atención de Australia cuando, varios años atrás, la compañía tabacalera Phillip Morris utilizó un oscuro tratado de inversión entre Hong Kong y Australia para recusar las leyes australianas sobre empaquetado simple de cigarrillos ante un tribunal internacional. Esta recusación ayudó a cementar las dudas de este país sobre este tipo de tratados.

Como un asunto de política estatal, el escepticismo ya estaba instalado. En su tratado de libre comercio de 2004 con Estados Unidos, Australia se rehusó a incluir reglas entre inversionista y Estado, y las mismas finalmente fueron excluidas de este tratado. La ausencia de dichas reglas fue una gran divergencia de la política general de EUA, lo cual no se ha repetido desde entonces. La capacidad de Australia para dictar sus términos a EUA demuestra la fuerza de la convicción de dicho país con respecto a este tema. Algunos años después, Australia hizo permanente su política de excluir las reglas entre inversionista y Estado de los acuerdos comerciales, basándose en conclusiones arrojadas por una agencia independiente llamada *the Productivity Commission*.

En pocas palabras, el caso sobre empaquetado simple de Philipp Morris simplemente dirigió mayor atención a este tema, y para muchos confirmó cuán acertada era la visión australiana a este respecto.

Salvar al Sistema a través de Excepciones

Ahora el nuevo gobierno australiano ha cambiado su curso. Pero al hacerlo, ha ofrecido tranquilidad de que el espacio de políticas internas será preservado. Así, hace referencia al Artículo 22.1 (Excepciones Generales) del TLC entre Australia y Corea, el cual dispone la siguiente excepción a las obligaciones de inversión:

3. A los fines del Capítulo 11 (Inversión), sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada entre las inversiones o entre los inversores, o que impliquen una restricción disfrazada al comercio o la inversión internacional, ninguna parte de este Acuerdo deberá impedir que una Parte pueda adoptar o aplicar medidas:

(a) necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal;

(b) necesarias para garantizar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incongruentes con este Acuerdo;

(c) impuestas para la protección de tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico; o

(d) relacionadas con la conservación de recursos naturales agotables bióticos o abióticos si tales medidas son ejecutadas en conjunción con restricciones sobre la producción o el consumo interno.

Las Partes entienden que las medidas referidas en el inciso (a) incluyen medidas ambientales para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que las medidas referidas en el inciso (d) incluyen medidas ambientales relativas a la conservación de recursos naturales agotables bióticos o abióticos. [La traducción nos pertenece]

Esta excepción se encuentra diseñada, en cierto grado, en base a las disposiciones de excepción de la OMC, tales como el Artículo XX del GATT y el Artículo XIV del GATS. Si bien las disposiciones del GATT en el pasado, eran muy criticadas por una presunta falta de flexibilidad, en los últimos años la jurisprudencia ha cambiado bastante, y estas preocupaciones se han visto reducidas. Por ejemplo, la “estricta” decisión del panel de la OMC en el caso *U.S.-Shrimp* fue sustituida por posteriores decisiones del Organismo de Apelación que eran más indulgentes con respecto a la regulación gubernamental.

En el contexto de la inversión, tales excepciones son raras, pero no están totalmente ausentes. Algunos acuerdos canadienses contienen excepciones similares, tal como algunos acuerdos australianos del pasado. Sin embargo, el alcance del Artículo 22.1 no está claro debido a, al menos, un par de razones.

Primero, surge la cuestión sobre cómo se aplicaría una excepción como tal en el contexto de inversión. Nótese el lenguaje utilizado: “ninguna parte de este Acuerdo deberá impedir que una Parte pueda adoptar o aplicar medidas”. Podría alegarse que las obligaciones de inversión sólo requieren la compensación, y que en realidad no impiden la adopción de ninguna medida. Un gobierno puede tomar dicha medida; sólo que simplemente deberá pagar. De esta manera, si una medida gubernamental viola las reglas, y el gobierno paga compensación, ¿esto “impediría” a una parte adoptar o aplicar medidas? Presumiblemente, la respuesta es afirmativa, o de otra manera la disposición no tendría sentido. De hecho, incluso en el contexto de la OMC, no se “impiden” las medidas, ya que los gobiernos pueden conservar aquellas que infringen las obligaciones de la OMC si están dispuestos a aceptar la represalia comercial.

Segundo, el requisito de que “tales medidas no sean aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada entre las inversiones o entre los inversores” es diferente a lo utilizado en el contexto del GATT. Allí, la discriminación en cuestión es entre “países donde prevalecen las mismas condiciones”. Por lo tanto, se trata de una discriminación en base a la nacionalidad. Discutiblemente, resulta más difícil satisfacer una norma relativa a la discriminación en base al inversor.

Otra cuestión es si las políticas listadas son suficientes. ¿Existen más razones relativas a las políticas que eventualmente podrían ser incluidas en una excepción como tal, más allá de los cuatro incisos aquí listados? ¿Aquellas provisiones pueden ser interpretadas de manera suficientemente amplia como para cubrir la mayoría de los objetivos de políticas? Una controversia clásica en torno al GATT involucraba un “impuesto de lujo” bajo la forma de una tasa impositiva más elevada sobre los autos de lujo. No está claro si una política como tal recaería dentro de las excepciones del Artículo 22.1, y por lo tanto, resultaría útil formular una lista más amplia de excepciones de políticas.

Finalmente, en el contexto de la OMC, las obligaciones legales son estrechas y, en su mayoría, se encuentran

bien delimitadas. En contraste, un requisito de “trato justo y equitativo” es extremadamente amplio y vago. ¿Cómo se aplicaría la excepción del Artículo 22.1 en ese contexto?. Cuando un asunto sobre “proceso debido” ha llevado a una violación, ¿las excepciones generales de este tipo pueden funcionar como una excepción? No hay experiencia en este tema, así que los resultados aun deben verse, pero hay ciertas dudas sobre si esto funcionará para minimizar el impacto de reglas como tales.

Mirando hacia adelante: Reglas entre Inversionista y Estado en el TPP y mas allá

Las reglas entre inversionista y Estado han sido muy controvertidas en el contexto del Acuerdo de Asociación Transpacífico (por sus siglas en inglés, TPP), tal como lo han sido en otras áreas. Después de resistirse inicialmente a la inclusión de disposiciones entre inversionista y Estado en el TPP, Australia, con el cambio de gobierno, recientemente ha expresado su voluntad de ceder terreno en este tema, si a cambio obtuviera suficiente acceso al mercado. Pero si cediera, ¿lo haría sólo si hubiese una excepción general?. ¿O admitiría las reglas entre inversionista y Estado en el TPP basado en el modelo de EUA, el cual no incluye una excepción como tal? Si Australia ha aceptado las reglas entre inversionista y Estado en el TLC con Corea basándose en la excepción, firmar el TPP sin esta excepción sería considerado como un retroceso. ¿Y, EUA consideraría la posibilidad de incluir una excepción como tal si esa fuera la única manera de hacer entrar a Australia al acuerdo? Estados Unidos nunca antes ha utilizado esta disposición.

El debate sobre inversionista y Estado está lejos de concluir. Los diferentes países están adoptando enfoques distintos, mientras que al mismo tiempo se está creando una compleja red de obligaciones de inversión. Una disposición de excepción general es una idea dentro otras que ayudaría a resolver las preocupaciones de los críticos y a establecer un balance aceptable de derechos y obligaciones.

Autor

Simon Lester es analista de políticas comerciales en el *Cato's Herbert A. Stiefel Center for Trade Policy Studies*. También es el fundador del sitio web *WorldTradeLaw.net*.

Decisión sobre anulación en el caso *Impregilo c. Argentina*: Finalidad de los Laudos vs. Corrección Jurídica

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

artículo 4



El 24 de enero de 2014, un comité *ad-hoc* de anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó una solicitud de la República Argentina de anular un laudo arbitral, dictado en junio de 2011, que otorgaba a un contratante italiano más de US\$21.000.000 por los daños infringidos a su inversión en la concesión de servicios hídricos en Buenos Aires¹. Si bien este es uno de los menores laudos dictados contra Argentina, resulta de suma importancia para este país y para todos los países que enfrentan reclamaciones en virtud de tratados de inversión. Tal como se discute en este breve artículo, la decisión del comité ejemplifica las barreras que existen para revocar laudos dictados por el CIADI, a causa de un sistema que valora la finalidad de un laudo más allá de la corrección jurídica.

Antecedentes de los procedimientos de anulación del CIADI

En general, las partes contendientes poseen derechos limitados para recusar los laudos del CIADI. En parte, esto se da porque los laudos arbitrales dictados por este Centro no pueden ser apelados ante tribunales nacionales; y en cambio, la única manera que tiene el demandante o el demandado para recusar un laudo del CIADI es solicitar que un comité *ad-hoc* del mismo Centro revise y anule el laudo de manera total o parcialmente. Además, el comité de anulación solo puede anular un laudo basándose en fundamentos limitados: (1) si el tribunal fue constituido inadecuadamente; (2) si el tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; (3) si hubo corrupción por parte del tribunal; (4) si hubo un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; y (5) si hubo una falta de expresión de los motivos en los que se funda el Laudo². En decisiones anteriores, los comités de anulación han declarado que aun cuando un laudo se encuentre basado en errores evidentes de derecho o de hecho, el laudo debe, no obstante, seguir firme porque dichos errores no constituyen un fundamento para la anulación conforme al Convenio del CIADI.³

Desde el 31 de diciembre de 2013, se llevaron a cabo un total de cincuenta procedimientos de anulación en el CIADI, y otros once procedimientos se encuentran pendientes⁴. Reflejando el alto umbral para la anulación de los laudos del CIADI, solo trece comités de anulación decidieron revocar los laudos recusados en parte o en su totalidad, mientras que veintidós solicitudes de anulación fueron rechazadas y quince procedimientos fueron discontinuados.

Comité de anulación del caso *Impregilo* adopta una visión reducida de sus funciones

La decisión de anulación del caso *Impregilo c. Argentina* es remarcable en dos aspectos. Primero, un comité de anulación del CIADI confirmó una vez más que su papel no es el de corregir errores jurídicos. En otras palabras, las decisiones incorrectas en virtud de la ley que rige a un tratado no pueden ser revocadas por simplemente por ser incorrectas. El comité de anulación, por lo tanto, dejó en claro que la finalidad del laudo tiene un valor más importante que el de la corrección jurídica del laudo.

Segundo, el comité de anulación aplicó una visión muy reducida de la función del proceso de anulación en la cuestión de jurisdicción. Específicamente, el comité de anulación señaló que la disposición de nación más favorecida (NMF) de un tratado podría extenderse a asuntos procesales a menos que haya una exclusión específica en el texto del tratado. Si dicha exclusión no estuviera presente en el tratado, un tribunal podría sacar sus propias conclusiones para decidir si aplicará la disposición de NMF al momento de determinar la jurisdicción. Entonces, un comité de anulación no revisará posteriormente si la decisión fue correcta en términos jurídicos, aun cuando ésta estuviera relacionada con la determinación de la competencia del tribunal para atender el caso del CIADI en primer lugar.

En consecuencia, el comité de anulación se negó a anular la decisión tomada por la mayoría del tribunal para permitir que la demandante se basara en una cláusula de nación más favorecida (CNMF) para evadir el requisito de litigio local durante 18 meses contenido en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Argentina e Italia.

¿Qué constituye una extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades?

En el procedimiento de anulación, Argentina alegó, entre otras cosas, que al importar las condiciones para la jurisdicción de un tratado externo, el tribunal se "extralimitó manifiestamente en sus facultades", y que, por lo tanto, la decisión debía ser anulada. Sin embargo, el comité *ad-hoc* de anulación señaló la naturaleza limitada de su mandato, y el hecho de que la anulación es "... un recurso excepcional que debe respetar el finalidad del laudo" (párrafo 118). En cuanto a la cláusula de NMF, el comité remarcó que tendría la autoridad de anular un laudo si un tratado prohibiera expresamente la aplicación de una cláusula de NMF a cuestiones jurisdiccionales y si el tribunal pasara por alto dicho mandato, pero no si el tratado no contuviera una prohibición expresa (párrafos 136-137). Asimismo, expresó que:

140. De lo expuesto en los párrafos precedentes, le resulta evidente a este Comité que el tema de si la CNMF en el TBI Argentina-Italia tiene efectos jurisdiccionales en las circunstancias de este caso que le permitieron a *Impregilo* acudir al TBI Argentina-EE. UU., que no le exige el recurso a los tribunales locales antes de acudir a la jurisdicción del CIADI, es una cuestión compleja, objeto de debate, con opiniones opuestas que fueron discutidas por la mayoría y el árbitro disidente. Ni la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales, ni la negativa a aplicarla para arrogar competencia pueden ser consideradas, por sí mismas, una extralimitación manifiesta de facultades. Se le solicita al Comité que analice en detalle y *de novo* las cuestiones complejas

concernientes al debate sobre la jurisdicción en este caso con el fin de respaldar el análisis del árbitro disidente, que considere que dicho análisis debe prevalecer y que concluya que la mayoría se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Esta no es la tarea del Comité. El análisis que se requiere para arribar a una conclusión distinta a la de la mayoría implicaría un nuevo y complejo análisis de las cuestiones del caso, análisis que excede la responsabilidad de este Comité en virtud del artículo 52.

141. Por lo expuesto, es evidente que este Comité no está facultado para determinar si el Tribunal debió o no aplicar el artículo 3.1 del TBI con el fin de declararse competente para analizar el fondo de la controversia. La interpretación que haga un Tribunal de Arbitraje en un sentido u otro sobre la posible extensión de la CNMF a temas jurisdiccionales no puede constituir nunca, por sí sola, una clara, obvia y evidente extralimitación en las facultades.

En otras palabras, el comité de anulación consideró que si una disposición está abierta a algún nivel de interpretación, entonces el mismo no revisará dicha interpretación—aun cuando la interpretación del tribunal sea incorrecta. Sólo cuando una disposición sea totalmente clara y luego ignorada por el tribunal, el comité consideraría anular la conclusión del tribunal. Sin embargo, el enfoque adoptado por el comité de anulación de requerir una claridad absoluta en la disposición de NMF es particularmente paradójico considerando el tratado de inversión en cuestión: el comité señaló que los Estados deben instruir explícitamente a los árbitros a no extender la cláusula de NMF a cuestiones procesales. Pero al mismo tiempo, el comité permitió que el tribunal omitiera lo que los Estados parte del TBI entre Italia y Argentina sí expresaron explícitamente: el inversor debe litigar ante tribunales locales durante 18 meses antes de iniciar un arbitraje internacional.

La interpretación adecuada de un tratado requiere que cada disposición sea interpretada de manera que no genere contradicciones dentro del tratado que, a su vez, tornen *inútiles* algunas disposiciones. En el presente caso, sin embargo, la claridad en un área (el requisito de los 18 meses) se encuentra ignorado por la cláusula de NMF que no expresa explícitamente que no se extiende a cuestiones procesales. Si omitir un requisito claro de litigio interno durante 18 meses al momento de determinar la competencia no constituye una extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades, ¿entonces qué lo haría?

Conclusión

Tal como se mencionó anteriormente, el Convenio del CIADI sólo establece fundamentos limitados para la anulación de laudos arbitrales y las solicitudes de anulación son rechazadas más a menudo de lo que son aceptadas. Dada la proliferación de arbitrajes presentados ante el CIADI y la inconsistencia de los laudos arbitrales sobre cuestiones fundamentales del derecho de los tratados, es cuestionable si una comprensión reducida de las funciones y responsabilidades de los comités de anulación aun resulta apropiada. A este respecto, parecería oportuno iniciar un debate sobre las posibilidades de reforma del CIADI y más allá de este Centro. Una opción es que los Estados consideren la extensión del proceso de anulación disponible en el Artículo 52 del Convenio del CIADI; por ejemplo, ampliando las bases de anulación

para cubrir errores de hecho o de derecho. Otra opción sería establecer un organismo permanente de apelación para los arbitrajes de inversión (ya sea solo del CIADI, o también para los arbitrajes presentados en virtud de otros reglamentos). Las reformas en el CIADI, sin embargo, podrían probar ser muy difíciles, dado que las modificaciones introducidas al Convenio del CIADI deberían ser ratificadas por todas las partes contratantes antes de entrar en vigor, y hasta la fecha el Convenio nunca ha sido modificado. Si los Estados prefirieran una reforma más profunda de la solución de controversias en el área de inversión, la idea de un proceso de apelación podría ser discutida de mejor manera fuera de cualquier marco de arbitraje ya existente, especialmente si desearan pasar de un sistema basado en arbitrajes a un tipo de solución de controversias más judicial. Por ejemplo, se podría considerar la creación de un nuevo tratado estableciendo una división de apelación dentro de un tribunal permanente de inversión.

Autor

Nathalie Bernasconi-Osterwalder es abogada internacional sénior y directora del programa de inversiones del *International Institute on Sustainable Development*.

Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Caso del CIADI No. ARB/07/17, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación, 24 de enero de 2014; y Laudo, 21 de junio de 2011.

2 Véase, Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Diana Rosert, *Investment Treaty Arbitration: Opportunities to reform arbitral rules and processes* (IISD, 2014), Sección 4.3.

3 Sin embargo, "pocos comités hipotetizaron que, en ciertos casos, aquellos errores [interpretación errónea y mala aplicación de la legislación correspondiente] de hecho podría garantizar la anulación." [La traducción nos pertenece]. Véase Lise Johnson, *Annulment of ICSID Awards: Recent Developments* (IISD background paper, 2010), pág. 7. Extraído de: <http://www.iisd.org/investment/research/reform.aspx>

4 Véase CIADI, *The ICSID Caseload – Statistics (Ejemplar 2014-1)*, pág. 17 (Tabla 11). Extraído de: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>. Para consultar anulaciones pendientes, véase ICSID, *List of Pending cases*. Extraído de: <http://icsid.worldbank.org>

¿Importar el Consentimiento a Arbitraje ante el CIADI? Una Evaluación Crítica del Caso *Garanti Koza c. Turkmenistán*

Eric De Brabandere

artículo 5

La aplicación de la cláusula de nación más favorecida (NMF) a las disposiciones relativas a la resolución de controversias entre inversionista y Estado sigue siendo una cuestión no resuelta en el arbitraje de tratados de inversión¹, y un tema muy controvertido. Legalmente, ésta es en parte la consecuencia del hecho de que los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) invariablemente utilizan un lenguaje diferente, tornando necesario interpretar el tratado aplicable sobre una base de caso por caso. La dificultad también surge del hecho de que la cláusula de NMF toca un principio fundamental de la resolución de controversias, es decir, el consentimiento de los Estados, y las opiniones de los tribunales arbitrales son muy divergentes en torno a las características esenciales de expresar consentimiento a arbitraje.

En este breve artículo se brinda un análisis crítico de la decisión del tribunal del caso *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*², donde la mayoría adoptó una lectura particularmente expansiva de la cláusula de NMF contenida en el TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán.

Antecedentes del caso

La demandante, *Garanti Koza LLP*, una empresa de responsabilidad limitada establecida en el Reino Unido (RU), presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) alegando que Turkmenistán no cumplió con sus obligaciones bajo el TBI entre el RU y Turkmenistán. Específicamente, *Garanti* entabló un reclamo por las modificaciones aplicadas a sus relaciones contractuales con la autoridad vial estatal, *Turkmenavtoyollary*, con respecto al diseño y la construcción de puentes de autopistas y viaductos en Turkmenistán, y alegó intentos de confiscación de sus bienes por Turkmenistán (párrafo 2).

La objeción elemental del demandando a la jurisdicción del tribunal se basó en la falta de consentimiento a arbitraje ante el CIADI conforme al TBI entre el RU y Turkmenistán (párrafo 7). Turkmenistán argumentó que el consentimiento a dicho arbitraje no puede ser “creado por efecto de la cláusula de nación más favorecida contenida en el TBI entre el RU y Turkmenistán” (párrafo 14). Por su parte, la demandante sostuvo que la cláusula de NMF del mencionado TBI permitía invocar cláusulas más favorables para la resolución de controversias contenidas en otros tratados de inversión firmados entre Turkmenistán y terceros Estados, y en particular tratados de terceras partes que otorgan a los inversores extranjeros la posibilidad de optar entre el arbitraje ante el CIADI y el arbitraje conforme al reglamento de arbitraje de la CNUDMI (o solamente acceso a Arbitraje ante el CIADI) (párrafo 15).

Dentro de la extensa serie de casos donde se ha discutido y analizado la aplicación de la cláusula de NMF a las disposiciones de resolución de controversias entre inversionista y Estado contenidas en los tratados de inversión, la decisión del tribunal del caso *Garanti Koza LLP v. Turkmenistán* resulta destacable. La misma sobresale por permitir a la demandante invocar y basarse en el consentimiento a arbitraje ante el CIADI expresado por el Estado demandado en otro tratado de inversión a través de la aplicación de la cláusula de NMF. Si bien los demandantes tradicionalmente han limitado la invocación de la cláusula de NMF a las disposiciones de resolución de controversias a fin de pasar por alto los requisitos de pre-arbitraje, tales como el período de espera o el requerimiento de primero entablar el caso ante tribunales nacionales³; en este caso, la invocación de la cláusula de NMF fue realizada para ‘importar’

el consentimiento a arbitraje ante el CIADI al TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán, el cual no contenía consentimiento a arbitrar ante este Centro. La decisión del tribunal del 3 de julio de 2013 sobre la objeción a jurisdicción por falta de consentimiento fue apoyada por la mayoría del tribunal, compuesto por el Arbitro Presidente John M. Townsend y el Arbitro George Constantine Lambrou. El Arbitro Laurence Boisson de Chazournes no coincidió con las conclusiones de la mayoría y emitió una opinión separada a este respecto.

La decisión del tribunal

El Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán contiene la cláusula de resolución de controversias entre inversionista y Estado. Considerando sus características peculiares, y el hecho de que la interpretación del artículo conforma las bases de la decisión de la mayoría y del disenso del Arbitro Boisson de Chazournes, resulta importante reproducirlo en su totalidad:

(1) Las controversias entre un ciudadano o una empresa de una Parte Contratante y otra Parte Contratante en torno a la obligación de esta última bajo este Acuerdo en relación con una inversión de la primera, que no han sido resueltas amistosamente deberán, después de un período de cuatro [meses] de notificada la reclamación por escrito, ser presentadas a arbitraje internacional si el ciudadano o la empresa en cuestión desea hacerlo.

(2) Cuando la controversia es elevada a arbitraje internacional, el ciudadano o la empresa y la Parte Contratante involucrada en la controversia pueden acordar elevar la controversia ya sea a:

(a) El [CIADI]

(b) La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio; o

(c) A un árbitro internacional o a un tribunal de arbitraje ad hoc a ser nominado por acuerdo especial o establecido bajo el Reglamento de Arbitraje de la [CNUDMI].

Si después de un período de cuatro meses de notificada la reclamación por escrito no hay acuerdo sobre ninguno de los procedimientos alternativos antes mencionados, la controversia deberá, previa petición por escrito del ciudadano o la empresa involucrada, ser presentada a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la [CNUDMI] tal como se encuentre vigente en ese entonces. Las partes de la controversia podrán acordar por escrito modificar estas Reglas. [La traducción nos pertenece]

El Artículo 3 del TBI aplicable contiene una cláusula de NMF que, tal como se encuentra presente en varios TBIs del RU, en su tercer párrafo confirma explícitamente que el trato de NMF se aplica a las disposiciones relativas a la resolución de controversias entre inversionista y Estado.

El tribunal remarcó, en primer lugar, que el consentimiento a jurisdicción es un requisito fundamental para el arbitraje de inversión, y generalmente en el derecho internacional, y agregó que el mismo debe basarse en una declaración expresa de consentimiento o cualquier otra acción que demuestre consentimiento. No puede, según el tribunal, ser

presupuesto (párrafo 21), ni las disposiciones de resolución de controversias deben ser interpretadas de manera diferente a otras disposiciones de un tratado (párrafo 22).

Posteriormente, el tribunal analizó si, en este caso, Turkmenistán había brindado consentimiento a arbitraje ante el CIADI. Primero, confirmó la necesidad de que lo haya hecho, según el Artículo 25 del Convenio del CIADI, “consentimiento por escrito” (párrafos 24). Segundo, la mayoría adoptó un enfoque de “dos pasos” a la cuestión del consentimiento, correspondiente a la cláusula de resolución de controversias entre inversionista y Estado contenida en el Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán. De acuerdo con el tribunal, el primer párrafo del Artículo 8 abordaba el consentimiento a arbitraje, mientras que el segundo trataba “los sistemas de arbitraje que podrían ser utilizados si las condiciones del Artículo 8(1) se encontraran satisfechas” (párrafo 25). El tribunal interpretó el primer párrafo de manera que Turkmenistán consintió presentar las controversias con los inversores del RU a arbitraje internacional generalmente, bajo tres condiciones, a saber: (1) que el inversor “desea hacerlo”; (2) que la controversia no haya sido resuelta dentro de los cuatro meses posteriores a la notificación de la reclamación por escrito; y (3) que la controversia involucre una obligación de uno de los Estados Contratantes bajo el tratado (párrafo 27). Que en este caso el hecho de que las primeras dos condiciones se encontraban satisfechas era indiscutible. El debate sobre la tercera condición, es decir, si las reclamaciones involucraban un tratado o meramente una violación contractual, fue aplazado a la etapa de consideración de los méritos (*ibíd.*).

Sin embargo, la cuestión seguía siendo si esto era suficiente para establecer el consentimiento a arbitraje ante el CIADI. El tribunal remarcó en primer lugar que el uso de la palabra “deberán” en Artículo 8(1) tornaba obligatoria la declaración (párrafo 28), y, por lo tanto, para la mayoría parecía “establecer inequívocamente el consentimiento de Turkmenistán a presentar las controversias con los inversores del RU a arbitraje internacional” (párrafo 29). Segundo, el tribunal analizó si este consentimiento involucraba el consentimiento a *arbitraje ante el CIADI* en particular, el cual se encuentra regulado bajo el Artículo 8(2) del TBI entre el RU y Turkmenistán. El tribunal consideró que ese párrafo contiene un “menú de opciones” y una elección por defecto si “no hay acuerdo sobre uno de los procedimientos alternativos citados anteriormente” (es decir, el arbitraje ante la CNUDMI) (párrafo 32). Finalmente, concluyó que bajo el Artículo 8 del TBI, Turkmenistán consintió al arbitraje de manera no ambigua pero no ante el CIADI (párrafos 36-38).

Después de determinar el consentimiento a arbitraje de manera general, el tribunal pasó a determinar si la demandante, a través de la aplicación de la cláusula de NMF contenida en el TBI entre el RU y Turkmenistán, podría basarse en el consentimiento a arbitraje ante el CIADI contenido en los tratados de inversión celebrados entre Turkmenistán y terceros Estados. Esto, admitió el tribunal, sería “aventurarse en tierra de nadie dentro del derecho internacional” (párrafo 40). El tribunal decidió que no era necesario emprender una interpretación minuciosa de la cláusula de NMF, dado que la misma se aplicaba explícitamente a las cláusulas de arbitraje entre inversionista y Estado, que para la mayoría del tribunal confirmaban las intenciones de las partes en este sentido. Después de descartar otros argumentos del demandado a este respecto, la mayoría concluyó que, como consecuencia, la cláusula de NMF debería ser aplicada a las cláusulas de resolución de controversias entre inversionista y Estado (párrafo 64).

El próximo paso del tribunal fue el de aplicar estos principios al caso en cuestión. La demandante había invocado el beneficio de disposiciones más favorables para la resolución de controversias contenidas en múltiples tratados, pero dado que el foco se centraba en el TBI entre Suiza y Turkmenistán, el tribunal se avocó esencialmente en ese tratado. Examinó dos cuestiones por separado: primero, si el consentimiento a arbitraje ante el CIADI podría ser ‘importado’ por efecto de la cláusula de NMF; y en segundo lugar, si el trato a los inversores y a las inversiones extranjeras del TBI entre Suiza y Turkmenistán era más favorable que el trato establecido en el TBI entre el RU y Turkmenistán.

Sobre la primera cuestión, Turkmenistán alegó que la cláusula de NMF no puede ser utilizada para ‘importar’, de otro tratado, el consentimiento del Estado a un sistema diferente de arbitraje (párrafo 70 ff). Para apoyar este argumento, el demandado citó la decisión del tribunal en el caso *Maffezini v. Spain*, la primera decisión donde se aceptó la aplicación de cláusulas de NMF a las disposiciones de resolución de controversias. En esa instancia, el tribunal excluyó explícitamente la invocación de este tipo de cláusulas “buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje.”⁴ Sin embargo, aceptó que la cláusula contenida en el TBI entre el RU y Turkmenistán, que se aplica explícitamente a las disposiciones de resolución de controversias, puede ser utilizada para basarse en cláusulas de este tipo que sean más favorables, tales como la contenida en el TBI entre Suiza y Turkmenistán, porque la cláusula de NMF del TBI entre el RU y Turkmenistán “reemplaza efectivamente al Artículo 8(2) del TBI entre el RU y Turkmenistán por el Artículo 8(2) del TBI entre Suiza y Turkmenistán, el cual no requiere un consentimiento específico a cada caso” (párrafo 74). Por lo tanto, el tribunal no alegó que fuese necesario ‘importar’ dicho consentimiento, dado que ya se encontraba establecido previamente que Turkmenistán consentía el arbitraje de manera general (párrafo 75). La única disposición a ser ‘importada’ es la “elección entre el Arbitraje ante el CIADI o el Arbitraje ante la CNUDMI” (párrafo 75).

Con respecto a la segunda cuestión, o sea, si el TBI entre el RU y Turkmenistán brindaba un trato menos favorable en torno a la resolución de controversias que el TBI entre Suiza y Turkmenistán, según el tribunal resultaba imposible determinar objetivamente que el arbitraje ante el CIADI fuera más favorable que el arbitraje conforme al reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Sin embargo, la mayoría aceptó que la *opción* dada a los inversores para elegir entre ambos tipos de arbitraje es de hecho más favorable que los TBIs que restringen la presentación de una reclamación a un solo sistema de arbitraje (párrafos 89-95).

La opinión disidente

La árbitro Laurence Boisson de Chazournes, nominada por el demandado, emitió una fuerte opinión disidente, afirmando que la cuestión central era si el consentimiento a arbitraje ante el CIADI se encontraba establecido en el TBI entre el RU y Turkmenistán (párrafo 8). Boisson de Chazournes consideró, en primer lugar, que interpretar que el Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán contiene dos disposiciones separadas—en el primer párrafo, el consentimiento a arbitraje, y en el segundo, el sistema de arbitraje que puede ser utilizado como consecuencia—ignoraba la necesidad de interpretar dicho artículo como un todo. Segundo, la árbitro disidente consideró que en todo caso, el consentimiento a arbitraje ante el CIADI contenido en otro TBI no puede ser utilizado por un tribunal para otorgar su jurisdicción si tal consentimiento no se encuentra presente en el tratado básico (el TBI entre el RU y Turkmenistán).

Sobre el primer punto, Boisson de Chazournes sostuvo que el Artículo 8(1) del TBI entre el RU y Turkmenistán en principio contiene el consentimiento a arbitraje requerido, después de un período de espera de cuatro meses, pero dicho consentimiento debe ser interpretado a la luz de las condiciones específicas que rigen el consentimiento en el Artículo 8(2). En otras palabras, el Artículo 8(1) no puede ser interpretado de manera aislada al Artículo 8(2). El primero rige las condiciones bajo las cuales un inversor puede recurrir a arbitraje; el segundo párrafo “fija las condiciones estrictas bajo las cuales el inversor extranjero puede utilizar un foro específico para el arbitraje internacional” (párrafo 19). Consideró que la interpretación del Artículo 8(1) adoptada por el tribunal ha sido utilizada “como un medio para lograr un fin que no podría alcanzarse fácilmente reconociendo que el consentimiento a arbitraje se encuentra contenido en el Artículo 8(2)” (párrafo 20). Llegar a la conclusión de que el consentimiento fue dado bajo el Artículo 8(1) era, según Boisson de Chazournes, claramente erróneo, dado que se confundía el poder de iniciar arbitraje con el consentimiento a arbitraje (párrafo 21). El Artículo 8(2) de hecho establece que “el ciudadano o la empresa y la Parte Contratante involucrada en la controversia pueden acordar elevar la controversia ya sea a” las cuatro opciones listadas, lo cual implica la necesidad de consentimiento tanto del inversor como del Estado anfitrión al foro de arbitraje (párrafos 22 ff). Esta lectura, de acuerdo con Boisson de Chazournes, se encuentra confirmada en la última línea del Artículo 8(2), donde se identifica el arbitraje ante la CNUDMI como el foro por defecto “Si después de un período de cuatro meses de notificada la reclamación por escrito no hay acuerdo sobre ninguno de los procedimientos alternativos antes mencionados” (párrafo 26). Medios complementarios de interpretación del tratado también confirman una interpretación como tal de la cláusula de resolución de controversias, dado que el TBI entre el RU y Turkmenistán contiene la versión ‘alternativa’ del Modelo de TBI del RU a distinción de la versión ‘preferida’ que no requiere ningún acuerdo previo entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión y otorga consentimiento directo al Arbitraje ante el CIADI (párrafos 28-30).

La árbitro disidente luego analizó el significado común de la cláusula de NMF presente en el TBI entre el RU y Turkmenistán (Artículo 3(2)-(3)), el cual, como se señaló antes, se aplica explícitamente a las disposiciones de resolución de controversias. Este artículo, sin embargo, debería ser interpretado a la luz de otras disposiciones del TBI, y no aisladamente, lo cual no hizo la mayoría (párrafos 38 ff). Boisson de Chazournes consideró que el “derecho” al trato de NMF “sólo puede ser ejercido si el inversor extranjero y el Estado anfitrión están supeditados a una relación de resolución de controversias conforme a una de las opciones dispuestas a tales fines en el Artículo 8(2)” (párrafo 41). Este es un punto que la mayoría se rehusó a aceptar, no encontrando “las bases en el TBI entre el RU y Turkmenistán para condicionar los derechos que goza un inversor bajo el TBI en la secuencia temporal donde el inversor hace valer esos derechos” (párrafo 61 de la decisión). Según la opinión de Boisson de Chazournes, el trato de NMF con respecto al arbitraje ante el CIADI es simplemente inaplicable dada la falta de acuerdo mutuo al Arbitraje ante el CIADI (párrafos 43-44).

En relación con esto, Boisson de Chazournes analizó la especificidad del Convenio del CIADI, y en particular la necesidad de consentimiento escrito contenido en el Artículo 25 de dicho Convenio. Este consentimiento claramente está ausente en este caso, según la opinión de la Profesora Boisson de Chazournes (párrafos 46-51).

Sobre la segunda cuestión, es decir, si, asumiendo que la cláusula de NMF fuera aplicable, se podría ‘importar’ el consentimiento al Arbitraje ante el CIADI, Boisson de Chazournes apuntó a varias decisiones, incluyendo la del

caso *Maffezini v. Spain*, donde los tribunales señalaron ambigüamente que la cláusula de NMF podría no alterar una elección explícita de foro. El principal objetivo de este tipo de cláusulas no es remediar la ausencia de consentimiento, sino de garantizar que una vez que el consentimiento fue otorgado, el mismo sea implementado de la manera más favorable en comparación con los tratados firmados con otros Estados (párrafo 61). Desde una perspectiva más sistémica, Boisson de Chazournes argumentó que aceptar lo contrario “involucraría una actitud de *forum-shopping* que pasa por alto el requisito de consentimiento del Demandado mientras que se va en contra de los principios fundamentales de la adjudicación internacional” (párrafo 63).

Una evaluación crítica de la decisión del tribunal

La decisión de la mayoría se destaca en relación con muchas otras decisiones donde se ha discutido la aplicación de la cláusula de NMF a las disposiciones de resolución de controversias. De hecho, aquellas decisiones involucraban principalmente los requisitos de pre-arbitraje, tales como los períodos de espera o el agotamiento de remedios ante tribunales nacionales. Un estudio de la UNCTAD de 2010 revela que de hecho, la invocación de la cláusula de NMF para reemplazar el foro o las reglas arbitrales para la resolución de controversias entre inversionista y Estado nunca fue aceptada por un tribunal⁶. Desde entonces, varios tribunales han subrayado lo mismo, a veces de manera explícita, que las cláusulas de NMF no pueden ser invocadas para alterar el foro arbitral⁷. Además las pocas decisiones conocidas que han aplicado la cláusula de NMF a fin de ampliar el alcance de los asuntos legales susceptibles de ser arbitrados son distintos al presente caso.⁸

Pese a que la decisión de la mayoría sin duda se encuentra bien argumentada, hay varias explicaciones interpretativas y conceptuales que la dejan abierta a recibir críticas, y que han sido expuestas extensivamente en la opinión disidente.

Primero, la interpretación del Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán del tribunal parece ir en contra de la redacción exacta y la lógica de la cláusula. Leer el primer párrafo y el segundo cómo dos partes desconectadas de una cláusula de resolución de controversias entre inversionista y Estado, en efecto, va en contra de la lógica que subyace al Artículo 8 del TBI entre el RU y Turkmenistán. Parece ser difícil disociar el primer párrafo del segundo, ya que hacer esto tornaría irrelevante el segundo párrafo. El mismo hecho de que el segundo párrafo del Artículo 8 incluya una opción ‘por defecto’ en el caso de que no se llegue a un acuerdo sobre ninguna de las opciones listadas, parece indicar claramente que se requiere consentimiento específico a fin de iniciar un procedimiento arbitral bajo el Convenio del CIADI, y que en efecto, el consentimiento a arbitraje solo está dado bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI —la opción por defecto. De hecho, el primer párrafo del Artículo 8 contiene solo el requisito de pre-arbitraje—un período de espera de cuatro meses—e interpretar un consentimiento general a arbitrar dentro de ese párrafo parece ser algo demasiado imaginativo.

Segundo, existe una cuestión que precede a la posible aplicación de la cláusula de NMF, o sea, si las partes de la controversia se encuentran en una “relación de resolución de controversias”, para utilizar las palabras de Boisson de Chazournes. El argumento desarrollado en la opinión disidente se hace eco de la decisión del Tribunal del caso *Daimler v. Argentina*. Allí, el Tribunal remarcó que:

“... una demandante que desea entablar una reclamación de NMF bajo el TBI entre Alemania y Argentina— ya sea basándose en fundamentos procesales o sustantivos— carece de estatus para hacerlo hasta que se haya cumplido la condición

de los tribunales internos. *Para ser más concretos, dado que la Demandante aun no ha cumplido con la condición precedente al consentimiento a arbitraje internacional de Argentina, sus argumentos sobre NMF aun no se encuentran debidamente establecidos ante el Tribunal.* El Tribunal, por lo tanto, actualmente no posee jurisdicción para decidir sobre ninguna de las reclamaciones basadas en las cláusulas de NMF a menos que las mismas cláusulas de NMF otorguen al Tribunal la jurisdicción necesaria”.⁹ [La traducción nos pertenece]

El argumento del tribunal en el caso Daimler, basado en la decisión de la Corte Internacional de Justicia de caso *Anglo-Iranian Oil Co*¹⁰, es lógico ya que dispone que una cláusula de NMF, en general, sólo puede ser invocada, primero, si un tribunal tiene jurisdicción para atender una reclamación; la única excepción sería cuando la cláusula de NMF *en sí misma* otorgara jurisdicción al tribunal. Boisson de Chazournes retoma este argumento en su opinión disidente, alegando que dado que Turkmenistán no ha brindado su consentimiento a arbitrar ante el CIADI en el tratado básico, la demandante no está en una posición para invocar la cláusula de NMF. Entonces, la cuestión es si, en ausencia de dicho consentimiento en el tratado básico, la cláusula de NMF *en sí misma* puede brindar consentimiento. Esta cuestión, por supuesto, se relaciona con el problema de si se puede ‘importar’ consentimiento a través de la aplicación de una cláusula de NMF, lo cual es categóricamente refutado por Boisson de Chazournes. El tribunal del caso *Daimler* también hizo la misma observación¹¹. La opinión disidente posee el mérito de apuntar a este importante aspecto de la aplicación de las cláusulas de NMF a las disposiciones de resolución de controversias, y es lamentable que la mayoría no haya abordado este argumento.

Tercero, aun cuando se asumiera que la cláusula de NMF podría aplicarse y ser invocada por la demandante, es dudoso que, a efectos de dicha cláusula, el consentimiento a una particular forma de arbitraje pudiera ser ‘importada’ de otro tratado. Aquí, la relativa facilidad con la cual la mayoría descartó la necesidad primordial de que haya consentimiento a una forma específica de arbitraje es muy susceptible a extensas críticas. De hecho, y por supuesto es característico del derecho internacional y la intervención de un Estado, que el principio por defecto sea que las cortes y los tribunales internacionales no tengan jurisdicción a menos que los Estados den su consentimiento explícito. Como tal, la elección de un método específico para la resolución de controversias por parte de los Estados debe ser respetada. Tal como lo remarcó Boisson de Chazournes:

‘El consentimiento a la jurisdicción en la adjudicación internacional siempre debe ser establecido. Primero, este es un prerrequisito necesario para el ejercicio de la función judicial internacional. El principio de competencia de la competencia tal como se encuentra definido bajo el derecho internacional general, y bajo el Artículo 41 del Convenio del CIADI, faculta a un tribunal arbitral o a cualquier otro tribunal internacional para que determine proprio motu el alcance y los límites de su jurisdicción. Al mismo tiempo, el principio de competencia de la competencia requiere que un tribunal arbitral o cualquier otro tribunal internacional establezca el alcance y los límites de su jurisdicción objetivamente, es decir, sobre la base del título de jurisdicción que es conferido a dicho tribunal, y no más allá del mismo’.¹² [La traducción nos pertenece]

‘Importar’ el consentimiento a Arbitraje ante el CIADI a efectos de la cláusula de NMF va en contra de este principio fundamental. El único argumento legal que podría aceptarse para admitir esta posibilidad es en el caso de que los Estados

parte del TBI que contenga la cláusula de NMF hayan tenido la intención de que dicha cláusula pueda ser invocada para establecer el consentimiento – y no simplemente pasar por alto los requisitos de pre-arbitraje – expresado en otro tratado. En un caso como tal, el consentimiento a arbitraje estaría presente en el tratado básico. Este, sin embargo, parece no ser el caso del TBI entre el RU y Turkmenistán, pese a que la mayoría argumentara lo contrario. En relación con esto, no debe olvidarse que el consentimiento a arbitraje ante el CIADI, a diferencia del arbitraje en general, no solo está sujeto a las reglas generales de consentimiento a una jurisdicción aplicable en el derecho internacional, sino que se encuentra abordado específicamente en el Artículo 25 del Convenio del CIAD el cual requiere “consentimiento por escrito”.

Desde una perspectiva sistémica, tampoco hay que olvidarse de que las conclusiones demasiado creativas sobre la jurisdicción pueden resultar muy contraproducentes para el sistema del arbitraje de los tratados de inversión. Considerando las recientes críticas al sistema, y la denuncia de varios Estados al Convenio del CIADI y a ciertos TBIs¹³, los tribunales deberían adherir a los principios generales que rigen el consentimiento de los Estados al arbitraje, a fin de evitar generar desconfianza entre los Estados al sistema de arbitraje del CIADI, que como no debería olvidarse, posee gran valor para brindar un foro neutral para resolver las diferencias relativas a la inversión.

Autor

Eric De Brabandere es profesor adjunto de derecho internacional del *Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University*.

Notas

¹ Véase, recientemente, *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistán*, Caso del CIADI No. ARB/10/1, 2 de julio de 2013 Laudo y Opinión Separada del Profesor William W. Park ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, Caso del CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción y Opinión Separada del Dr. Kamal Hossain, 21 de diciembre de 2012 ; *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Caso del CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 y la Opinión Disidente del Juez Charles N. Brower y la Opinión del Profesor Domingo Bello Janeiro ;

² *Garanti Koza LLP v. Turkmenistán*, Caso del CIADI No. ARB/11/20, 3 de Julio de 2013, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción por Falta de Consentimiento y Opinión Disidente de la Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción por Falta de Consentimiento.

³ Véase el intento de una Demandante de invocar la cláusula de NMF a fin de utilizar una definición más favorable de ‘inversor’ presente en un TBI de una tercera parte, el cual fue finalmente rechazado por el Tribunal: *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso del CIADI No. ARB/10/3, 4 Laudo de octubre de 2013.

⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Caso del CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, párrafo 63.

⁵ La cursiva en la opinión disidente nos pertenece.

⁶ Para obtener una visión general, véase: UNCTAD, *Most-Favoured Nation Treatment (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II)*, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2010), párrafos 73-84, disponible en: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf.

⁷ Véase por ejemplo, *Teinver v. The Argentine Republic*, véase la nota 2 más arriba, párrafos 182-186.

⁸ En *RosInvestCo*, el Tribunal aceptó extender su jurisdicción en base a la cláusula de NMF, pero no discutió ni aceptó la posibilidad de ‘importar’ el consentimiento a Arbitraje ante el CIADI (*RosInvestCo. U.K. v. Russia*, Arbitraje bajo la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso no: Arbitraje V 079 / 2005, Laudo sobre Jurisdicción de octubre de 2007, párrafos 128 ff).

⁹ *Daimler v. Argentine Republic*, véase nota 2 más arriba, párrafo 200 (cursiva en el original).

¹⁰ ICJ, ‘*Anglo-Iranian Oil Co. case* (jurisdicción), Fallo del 22 de julio de 1952, *I.C.J. Reports* 1952, p. 93.’

¹¹ Párrafo 204.

¹² Párrafo 5.

¹³ Véase, por ejemplo, Comunicado de Prensa del CIADI, ‘*Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention*’, 26 de enero, 2012, en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FromServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=Announcements&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100> (consultado por última vez el 4 de diciembre de 2014).

Noticias en Breve

La CNUDMI lanza nuevo registro de transparencia

La Secretaría de la CNUDMI ha establecido un registro de transparencia¹ que funcionará como un centro de almacenamiento para la publicación de información y documentos sobre los arbitrajes entre inversionistas y Estados en virtud de un tratado de inversión. Esto se realizó después de la entrada en vigencia del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado el 1 de abril de 2014.²

El registro contendrá información sobre la iniciación de un arbitraje, y pondrá a disposición de los interesados una amplia gama de documentos, incluyendo transcripciones de audiencias; ordenes, decisiones y laudos del tribunal arbitral; así como presentaciones realizadas ante el mismo.

El Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI es una parte integral del reglamento de arbitraje de esta Comisión y se aplicará de manera predeterminada a los arbitrajes entre inversionista y Estado conducidos en virtud de tratados de inversión que sean celebrados después del 1 de abril de 2014.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se encuentra entre las reglas más comúnmente utilizadas para entablar arbitrajes entre inversionistas y Estados, y han sido muy criticadas por su carácter secreto.

Indonesia rescinde tratado bilateral de inversión con los Países Bajos

En marzo, el Ministerio holandés de Asuntos Exteriores anunció que Indonesia ha decidido rescindir su tratado bilateral de inversión con los Países Bajos. Durante los últimos años, Indonesia ha enfrentado un número de reclamaciones basadas en tratados de inversión.

El Ministro holandés declaró que:

“Indonesia ha informado a los Países Bajos que ha decidido rescindir su Tratado Bilateral de Inversión (título oficial: Agreement between the Government of the Republic Indonesia and the Government of the Kingdom of the Netherlands on Promotion and Protection of Investment) al 1 de julio de 2015.

*Desde esa fecha en adelante, las disposiciones del Acuerdo continuarán aplicándose a las inversiones realizadas antes de la misma, por un período de quince años. El Gobierno indonesio ha expresado su intención de rescindir sus 67 tratados bilaterales de inversión. Los Países Bajos está discutiendo el asunto con las autoridades de Indonesia.”*³

La cartera de inversiones de los Países Bajos, que cuenta con casi 100 TBIs, es una de las mayores del mundo. También ha sido el foco de particular controversia. Junto con su régimen fiscal muy favorable, los TBIs holandeses han sido acusados de estar creando una estrategia para atraer *mail box companies* (es decir, empresas que no poseen una actividad económica real en el país).

Alemania se niega a arbitraje entre inversionista y Estado en el Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión

En marzo pasado, el Ministerio de Economía alemán anunció que su oposición a las disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado en el acuerdo de comercio entre la UE y EE.UU. que actualmente se encuentra bajo negociación, según un informe publicado en el *Financial Times*.⁴

La oposición a los arbitrajes de inversión por parte de la sociedad civil se ha propagado en Europa, lo cual llevó a la Comisión a abrir una consulta pública sobre el asunto (véase el próximo artículo).

Anteriormente, Alemania había aprobado un mandato para que la Comisión Europea negociase el arbitraje entre inversionistas y Estados, junto con otros estados miembro de la UE. Pero al dirigirse al Parlamento alemán, Brigitte Zypries, subsecretaria de economía, explicó que el Gobierno alemán ahora piensa que “los inversores de EE.UU. en la UE poseen suficiente protección legal en los tribunales nacionales”. [La traducción de la cita nos pertenece]

De acuerdo con el *Financial Times*, Ignacio Garcia Bercero, el principal encargado de las negociaciones de la UE, y Dan Mullaney, principal negociador de EE.UU., se rehusaron a emitir comentarios sobre la postura de Alemania.

Esta postura sobre el arbitraje entre inversionistas y Estados cayó de sorpresa; ya que el país posee una amplia cartera de TBIs en el mundo entero. También se distingue por haber firmado el primer Tratado Bilateral de Inversión en 1959, con Pakistán.

Comisión Europea lanza consulta pública sobre disposiciones de inversión en el ATCI

La Comisión Europea ha invitado al público a emitir comentarios sobre su enfoque a la protección de las inversiones y las disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado en las negociaciones del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (ATCI) con los Estados Unidos.

Según a la Comisión, “el tema principal... es si el enfoque propuesto por la UE para el ATCI alcanza un equilibrio justo para proteger a los inversores y salvaguardar el derecho y la capacidad de la UE para regular en pos del interés público”. [La traducción de la cita nos pertenece]

La Comisión está solicitando reacción sobre el tema a través de un cuestionario detallado disponible en línea⁵. La consulta estará abierta hasta el 6 de julio de 2014.

Los organizadores de campañas de la red *Seattle to Brussels Network* han criticado lo que han denominado “consulta ficticia”⁶. En una declaración de esta red, Marc Maes, de la organización de desarrollo belga 11.11.11, declaró que “la denominada agenda reformista de la Comisión no hace nada para abordar las fallas del sistema de solución de controversias entre inversionista y Estado. Las empresas extranjeras seguirán teniendo más derechos que las firmas y los ciudadanos nacionales. Y los tribunales internacionales, que consisten de tres abogados que solo trabajan con fines lucrativos, seguirán decidiendo qué políticas son correctas o erróneas, ignorando las leyes internas, los tribunales nacionales y la democracia”. [La traducción de la cita nos pertenece]

Notas

1 <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx>

2 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>

3 <http://indonesia.nlembassy.org/news/2014/03/bilateral-investment-treaty%5B2%5D.html> [La traducción de la cita al español nos pertenece]

4 <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/cc5c4860-ab9d-11e3-90af-00144feab7de.html?siteedition=uk#axzz2znbA2zGj>

5 http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179

6 <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32531/public-consultation-opens-eu-us-treaty/>

Laudos y Decisiones

Tribunal del CIADI acepta jurisdicción en controversia por licencia para la explotación minera que involucra a empresas del Reino Unido y Australia en Indonesia
Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia & Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, Casos del CIADI No. ARB/12/14 y ARB/12/14 y 12/40
Matthew A J Levine

Un tribunal del CIADI ha aceptado su jurisdicción para tender reclamaciones consolidadas de empresas mineras de carbón que invirtieron en un yacimiento enorme en la isla indonesia de Kalimantan.

El tribunal concluyó que la cláusula relativa al consentimiento contenida en el TBI entre Australia e Indonesia exige una acción separada, y que la misma se vio cristalizada en aprobaciones regulatorias. En el TBI entre el Reino Unido e Indonesia, el tribunal encontró una cláusula permanente de consentimiento.

En ambos casos, el tribunal concluyó que la inversión había sido admitida conforme a la legislación interna pertinente en virtud de los TBIs.

Antecedentes

Churchill, una empresa británica, y Planet, una empresa australiana administrada por Churchill, poseen, respectivamente, el 95 por ciento y el 5 por ciento de las acciones de la inversión extranjera directa de la empresa indonesia *PT Indonesian Coal Development* (PT ICD). Entre 2005 y 2010, PT ICD, junto con varias empresas de Indonesia, desarrollaron el *Proyecto East Kutai Coal* (EKCP). Se calcula que el EKCP involucra el segundo yacimiento carbonífero más grande de Indonesia y el séptimo del mundo.

En 2005, la junta coordinadora de inversiones indonesias (*Indonesian Investment Coordinating Board*, BKPM) autorizó a PT ICD conducir su negocio en el sector minero como una empresa de inversión externa directa (Aprobación de la BKPM de 2005). Esta aprobación de 2005 contenía un acuerdo de arbitraje ante el CIADI.

En 2006, Churchill y Planet compraron a sus fundadores todas las acciones del PT ICD. Posteriormente en 2006, esta transacción y el cambio resultante en la participación accionaria del PT ICD fueron aprobados por la BKPM (Aprobación de la BKPM de 2006). Esta aprobación incorporó por referencia los términos de la Aprobación de la BKPM de 2005, incluyendo el acuerdo de arbitraje ante el CIADI. Entre el 2007 y el 2009, los socios indonesios de Churchill y Planet fueron otorgados licencias relacionadas con la topografía, exploración y explotación del EKCP. Al mismo tiempo, la autoridad local aparentemente ya había otorgado, a otro grupo de empresas, licencias de exploración dentro de un área que se superponía sustancialmente con el área del EKCP. En mayo de 2010, además de una carta emitida por el Ministerio Forestal de Indonesia, la autoridad local revocó las licencias de explotación de los socios indonesios de Churchill y Planet.

Norma aplicada para encontrar consentimiento a arbitraje de Indonesia

Como parte del tema relativo al umbral de consentimiento, el tribunal observó que conforme al Convenio del CIADI, el consentimiento debe ser expresado por escrito, pero no hay un requisito adicional de que el mismo sea “claro y sin ambigüedades” o que deba ser demostrado a través de “evidencia afirmativa”. La evaluación del tribunal para determinar si el consentimiento se encontraba expresado en el TBI entre el RU e Indonesia (TBI del RU) o en el TBI entre Australia e Indonesia (TBI de Australia) fue conducida conforme a las reglas generales de interpretación de tratado contenidas en los Artículos 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

No se encuentra oferta permanente a arbitraje entre Australia e Indonesia

Al determinar si Indonesia había prestado consentimiento a arbitraje en el TBI de Australia, el tribunal remarcó que: “[e]n resumidas cuentas, la cuestión es si el párrafo 4 califica al párrafo 2”. Considerado aisladamente, el párrafo 2 facultaría a Planet a instituir procedimientos ante el CIADI; sin embargo, las palabras “consentimiento por escrito... dentro de cuarenta y cinco días” en el inciso 4(a) sugieren que el consentimiento no se encuentra cristalizado en el tratado y que se necesita una acción separada. El tribunal pensó que el inciso 4(a) tendría que reducirse a una mera formalidad administrativa para poder encontrar un consentimiento anticipado, y que esto violentaría el significado liso y llamo del lenguaje del tratado. Así, en la primera etapa de su análisis el tribunal se inclinó a no encontrar consentimiento permanente.

El tribunal concluyó que un análisis del contexto pertinente arrojó la conclusión de que el Artículo XI no contiene el consentimiento permanente de Indonesia. Al hacerlo, rechazó el argumento de la demandante en cuanto al inciso 4(b), que establece que: “si las partes de la controversia no pueden acordar si la conciliación o el arbitraje constituyen el procedimiento más apropiado, el inversor afectado deben tener el derecho a elegir”. Planet alegó que el uso de la preposición “o” entre los incisos 4(a) y 4(b) coincide con el hecho de que el inciso 4(a) es una mera formalidad, porque si Indonesia no brinda su consentimiento bajo el inciso (a) entonces el inversor tenía el derecho de elegir entre la conciliación o el arbitraje conforme a lo establecido en el inciso (b). El tribunal concluyó que la utilización de la preposición “o” en lugar de “y”—presente en cualquier otro TBI conocido de Australia—constituye un error de redacción.

Asimismo, el tribunal concluyó que el objeto y propósito del TBI de Australia son neutrales para fines interpretativos. Estableció que el Artículo XI no contiene el consentimiento anticipado de Indonesia a los procedimientos del CIADI, y que esto se encuentra confirmado por los medios complementarios de interpretación planteados por las Partes, es decir, escritos doctrinales y la práctica de tratados.

TBI del RU contiene oferta permanente

En el caso *Churchill*, el tribunal encontró dos posibles lecturas de la expresión “debe asentir” contenida en el Artículo 7(1) del TBI del RU. Dado que el significado liso y llano era inconcluyente, el tribunal consideró el contexto pertinente y concluyó que favorecía la postura de Churchill “sin dar un golpe fatal a la interpretación de Indonesia”. También revisó el objeto y propósito del TBI del RU, que según su opinión, no serviría de nada en la presente controversia.

Asimismo, remarcó que bajo el Artículo 32 de la CVDT tenía libertad de considerar la siguiente documentación que podría arrojar luz sobre la interpretación de la expresión “debe asentir”: (i) escritos doctrinales; (ii) jurisprudencia; (iii) la práctica de tratados de Indonesia y el Reino Unido con terceros Estados; y (iv) la documentación preparatoria relativa a la negociación del TBI entre el RU e Indonesia.

Indonesia puso énfasis considerable en los escritos doctrinales de comentaristas destacados, pero el tribunal consideró estos como inconcluyentes.

En cuanto a la práctica de tratados con terceros Estados, el tribunal concluyó que la práctica del RU es la de asegurar el consentimiento anticipado a arbitraje internacional, incluyendo en los tratados firmados en la década de 1970; y, que Indonesia sigue una práctica similar, pero que las cláusulas adoptadas en aquella década presentan variaciones considerables. Sobre esta base, el tribunal concluyó que la práctica de tratados de terceras partes no da lugar a una conclusión sobre el significado de la expresión “debe asentir”.

Por último, el tribunal revisó los *travaux préparatoires* para la redacción del TBI del RU, que fueron encontrados por la demandante durante las audiencias, y puestos en evidencia por la misma. El tribunal llegó a la conclusión de que los redactores del tratado consideraron la expresión “debe asentir” como funcionalmente equivalente a la expresión “por la presente consiente”.

Por ende, el tribunal sostuvo que el consentimiento permanente a arbitraje de Indonesia se encontraba expresado en el TBI del RU.

Aprobaciones regulatorias otorgan consentimiento en virtud de los TBIs

El tribunal concluyó que la acción separada, exigida en la expresión “*debe dar consentimiento por escrito... dentro de un período de cuarenta y cinco días*” contenida en el TBI de Australia, puede encontrarse en la Aprobación de la BKPM de 2005 (y luego incorporada en la Aprobación de la BKPM de 2006). De esta manera, abordó cada una de las objeciones de Indonesia.

De particular importancia, el tribunal concluyó que en virtud de la palabra “*debe*”, Indonesia no tenía discreción para conservar la acción de expresar consentimiento por separado. Además, según la opinión del tribunal, el pasaje pertinente “*no excluye la posibilidad de brindar consentimiento por escrito previo a la solicitud de arbitraje*” pero, en cambio, establece un límite.

En el caso *Churchill* el tribunal observó de pasada que, si hubiera admitido que el TBI del RU exigía una acción adicional para expresar consentimiento, habría considerado que este requisito se encontraba satisfecho por la Aprobación de la BKPM de 2005 tal como se encontraba incorporada en la Aprobación de la BKPM de 2006.

Propiedad de empresa operadora local constituye una inversión admitida

El tribunal también consideró el alcance del consentimiento a arbitraje de Indonesia con *Churchill* y *Planet*, específicamente si las inversiones de las empresas habían sido admitidas en virtud de la norma establecida en los TBIs.

El tribunal señaló que tanto el TBI con Australia como el del RU, exigen que la inversión sea admitida de acuerdo con la legislación interna. En base a los hechos, el tribunal concluyó que *Churchill* y *Planet* habían obtenido la aprobación necesaria conforme a la legislación pertinente de Indonesia.

También observó que este requisito de admisión era específico al momento en que la inversión entró en Indonesia y que no tenía un efecto perdurable. Coincidió con las demandantes que se trataba de algo “*más reducido que un requisito tradicional de legalidad en el sentido de que sólo exige la admisión de acuerdo con la legislación interna pertinente y no como un cumplimiento general con la legislación del Estado anfitrión*”.

El tribunal tanto del caso *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia* como en el caso *Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidente), Albert Jan van den Berg (nominado por la demandante) y Michael Hwang (designado por la demandada).

La decisión sobre jurisdicción del caso *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia* se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3103.pdf>

La decisión sobre jurisdicción del caso *Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3104.pdf>

Mayoría de tribunal considera que la cancelación anticipada de incentivos fiscales rumanos infringe expectativas legítimas de inversores

Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, Caso del CIADI No. ARB/05/20, Laudo Diana Rosert

Habiendo dictaminado que Rumania infringió las expectativas legítimas de los demandantes en virtud de la norma de trato justo y equitativo (por sus siglas en inglés, FET) del TBI entre Suecia y Rumania, la mayoría de un tribunal del CIADI ha otorgado un laudo por daños de más de US\$100 millones más

el interés compuesto. Si bien coincidió con el resultado general del laudo dictado el 11 de diciembre de 2013, el árbitro Profesor Georges Abi-Saab emitió una opinión separada que ofrecía una visión diferente de la norma FET con respecto a las expectativas legítimas y los estándares de transparencia de la conducta estatal.

Anteriormente, en la decisión jurisdiccional de septiembre de 2008, el tribunal desestimó todas las objeciones de Rumania en torno al cumplimiento de los demandantes con el requisito de nacionalidad, la naturaleza y existencia de una controversia, así como también en cuanto a la cobertura temporal de la controversia en el tratado.

Antecedentes

Dos ciudadanos suecos, Ioan y Viorel Micula, y tres empresas alimenticias rumanas—*European Food*, *Starmill* y *Multipack*— propiedad de Ioan y Viorel Micula, presentaron la diferencia con Rumania a arbitraje ante el CIADI. Los demandantes alegaron que la decisión de Rumania de revocar prematuramente los incentivos fiscales otorgados a los inversores en regiones desfavorecidas de Rumania infringió la cláusula paraguas, la obligación FET y las disposiciones sobre expropiación contenidas en el TBI.

El programa de incentivo fiscal fue establecido por la Ordenanza Gubernamental de Emergencia 24/1998 (EGO 24) de Rumania la cual incluía exenciones de aranceles aduaneros sobre maquinaria y materias primas importadas y exenciones de pago de impuestos a las ganancias corporativas. Sin embargo, en febrero de 2005, Rumania canceló estos incentivos antes de que hubieran alcanzado su período de validez de 10 años, especificado como abril de 2009 en las decisiones gubernamentales que implementaban la EGO 24. Esta medida fue tomada en el período previo a Rumania acceder a la UE en 2007, después de que la Comisión de la UE determinara que los incentivos eran incompatibles con la ley de la UE sobre asistencia estatal y exigió la cancelación del programa como una condición para el acceso a la Unión. La Comisión Europea, que recibió permiso para participar en el procedimiento en calidad de *amicus curiae*, presentó sus comentarios sobre la relación entre el programa de incentivos, la legislación de la UE, las obligaciones del TBI y brindó testimonio sobre temas relativos.

Mayoría desestima reclamo sobre cláusula paraguas por falta de pruebas

Los demandantes alegaron que el programa de incentivos recaía dentro de la cláusula paraguas contenida en el Artículo 2(4) del TBI, la cual elevaba la violación de “*cualquier obligación*” perpetrada por Rumania a una violación de tratado. Sostuvieron que el alcance de la cláusula paraguas no solo cubría las obligaciones surgidas de contratos, sino también aquellas surgidas de regulaciones y leyes. De acuerdo con los demandantes, el programa de incentivos dio pie a una “*obligación específica*”, dado que se aplicaba explícitamente a los inversores en regiones desfavorecidas que debían ser sometidos a un proceso de certificación y asumir determinadas obligaciones por cuenta y cargo (por ej., emplear a personas de la región). Según la opinión de los demandantes, existía “*un compromiso claro y sin ambigüedad alguna del Estado rumano de que los incentivos serían otorgados por 10 años*”.

Rumania, por otro lado, alegó que la cláusula paraguas en este tratado era “una de las más reducidas utilizadas en los tratados de inversión”, ya que no cubría meros “compromisos” y no contenía referencias a la estabilización que garantizara un congelamiento regulatorio. La demandada consideró que, conforme al Derecho rumano, no surgen obligaciones de la legislación general tales como un programa de incentivos, y por ende, no había obligación alguna que podría ser violada en el sentido de la cláusula paraguas. El principal argumento de la demandada fue que “[l]os instrumentos unilaterales tales como leyes y regulaciones, que per se son susceptibles a cambios, no pueden ser considerados de manera que hayan sido “acordados” con nadie”. Agregó que el principal documento legislativo— EGO 24—ni siquiera especificaba la duración del programa.

Sin embargo, el tribunal favoreció los argumentos de los demandantes, que afirmaban que el marco de incentivos conforme al EGO 24, en conjunción con las decisiones gubernamentales relativas “creaban un derecho específico de los Demandantes... a recibir los incentivos hasta el 1 de abril de 2009”. Luego, señaló que la cláusula paraguas se refería ampliamente a “cualquier obligación” y se abstuvo de definir cuál era el significado específico de este término. No obstante, el tribunal se inclinó por el argumento de la demandada de que la interpretación del término “obligación” en el tratado dependía de si el marco de incentivos en cuestión presentaba obligaciones establecidas bajo la legislación interna. El tribunal sostuvo que los demandantes no demostraron que este fuera el caso, aun cuando el marco daba la “aparición” de “un derecho adquirido que daba lugar a la obligación correspondiente”. Consecuentemente, la mayoría del tribunal (Laurent Lévy y Georges Abi-Saab) rechazó el reclamo de que Rumania había violado la cláusula paraguas.

Sin embargo, el tribunal también intentó aplicar un enfoque interpretativo diferente, que fue eventualmente desestimado por la mayoría pero favorecido por el árbitro Stanimir A. Alexandrov. Por medio de dicho enfoque se asume que el programa de incentivos establecía una relación entre ambas partes que implicaba derechos y deberes mutuos. En otras palabras, creaba un compromiso u obligación legal, que “por definición” estaba basada solamente en el Derecho rumano. El compromiso de otorgar incentivos específicos durante un período de tiempo específico “necesariamente sería entendido como que incluye una promesa de estabilización”.

Violación de expectativas legítimas y trato FET por parte de Rumania confirmada por mayoría del tribunal

En base a los mismos hechos, los demandantes alegaron que Rumania no respetó las expectativas legítimas de estabilidad regulatoria de los demandantes, que actuó de manera irrazonable y de mala fe cuando decidió cancelar los incentivos fiscales, y que no actuó de forma transparente y coherente durante este proceso.

El tribunal señaló en primer lugar que la norma FET “no da derecho a estabilidad regulatoria per se”; en cambio, el inversor “debe” esperar cambios regulatorios si Rumania no ha otorgado garantías explícitas. Confirmó que, de acuerdo con el caso *Saluka v. Czech Republic*¹, el derecho del Estado anfitrión a regular debería ser tomado en cuenta. También remarcó que la práctica arbitral apoyaba la doctrina de expectativas legítimas y coincidió con el tribunal del caso *Duke Energy v. Ecuador*, el cual consideró las expectativas legítimas como un “elemento importante” de la norma FET, pero bajo limitaciones específicas (por ej., razonabilidad en un contexto más amplio).²

Para determinar si en el presente caso las expectativas legítimas se vieron frustradas, el tribunal evaluó el cumplimiento de tres condiciones: primero, que el programa de incentivos pudiera “ser entendido razonablemente” como una promesa o garantía por parte de Rumania, independientemente de si ésta era su intención; segundo, que los demandantes “de hecho” se basaran en el programa de incentivos cuando tomaron las decisiones de inversión; y tercero, que resultaba “objetivamente razonable” que lo hicieran.

Los árbitros Laurent Lévy y Stanimir A. Alexandrov consideraron que el programa de incentivos en efecto creaba una promesa o garantía bajo la cláusula FET e implicaba un elemento de estabilización, dando lugar a las expectativas legítimas de los inversores. La mayoría razonó que el programa involucraba “quid pro quo” [compensación] para los inversores, ya que tenían que satisfacer las condiciones fijadas para recibir los incentivos fiscales. Además explicó que Rumania cambió su intención de mantener el programa de incentivos por 10 años debido a la presión de la UE. La mayoría también determinó que el programa de incentivos no había sido meramente “modificado”, sino que fue eliminado por completo. Pese a la existencia de un derecho general a regular, la mayoría señaló que Rumania estaba obligada a mantener su promesa a los inversores, pero su conducta infringió esta promesa.

Posteriormente, la mayoría encontró evidencias de que una “parte significativa” de las inversiones de los demandantes, particularmente aquellas relacionadas con la expansión del negocio, estaba basada en los incentivos. Consideró que esto era razonable, ya que pensaba que los incentivos eran “una ayuda operativa válida bajo el Derecho de la UE”, aun cuando esta creencia resultó ser incorrecta en una etapa posterior, es decir, cuando el programa fue cancelado por su incompatibilidad con la ley de asistencia estatal de la UE. Como las tres condiciones habían sido satisfechas, el tribunal concluyó que la cancelación anticipada del programa de incentivos por parte de Rumania infringió las expectativas legítimas de los demandantes, y por lo tanto, su acciones habían sido “injustas e inequitativas”.

Sin embargo, Rumania alegó que para confirmar una violación del trato justo y equitativo debe demostrarse que la demandada haya actuado de manera irrazonable en lugar de probarse que los fundamentos de los demandantes para invertir eran razonables. Rumania afirmó que la cancelación del programa fue una decisión razonable para cumplir con el Derecho de la UE. De hecho, el tribunal concluyó que Rumania actuó razonablemente “respetando una política racional”, en respuesta a las demandas de la UE y no de mala fe. No obstante, la mayoría remarcó una excepción. Consideró irrazonable que Rumania cancelara los incentivos, mientras que mantuviera las obligaciones del inversor bajo el programa. Asimismo, concluyó que la conducta de Rumania carecía de la transparencia suficiente para cumplir con la norma FET, porque Rumania no alertó a los inversores afectados sobre la cancelación de manera oportuna.

Sin embargo, el árbitro Georges Abi-Saab no estuvo de acuerdo con algunas de las conclusiones de la mayoría. Sostuvo que el programa de incentivos fiscales “en sí mismo” no constituía un compromiso legal y que no contenía un elemento de estabilización, mientras que ambos eran necesarios para sustanciar un reclamo de expectativas legítimas.

Abi-Saab también señaló que el programa de incentivos no había sido eliminado completamente ya que una exención sobre el impuesto a las ganancias continuaba en vigencia hasta el 2009, mientras que las obligaciones de los beneficiarios, tal como objetó Rumania, no estaban siendo implementadas. Sin embargo, tomó nota del argumento “legítimo” de que una reducción radical del programa potencialmente podría generar cuestiones de responsabilidad.

Asimismo, el árbitro disidente sugirió que la afirmación de Rumania de que había actuado razonablemente, y en respuesta a las necesidades surgidas del acceso a la UE, podría haber recibido más importancia como un factor que “impide la responsabilidad”, lo que la mayoría consideró como una frustración de las expectativas legítimas. Abi-Saab también disintió con que el gobierno fuera culpable por una “falta de transparencia”, en vez lo consideró un “descuido” o “negligencia” en la comunicación con los inversores.

Habiendo declarado una violación de la norma FET, el tribunal consideró redundante evaluar si Rumania también había infringido el Artículo 2(3) del TBI a través de medidas irrazonables y discriminatorias o el Artículo 4(1) mediante la expropiación sin compensación, explicando que las presuntas violaciones se basaban en los mismos hechos y que, de ser probadas, llevarían al mismo cálculo de daños.

Se otorga compensación por aumento de costos y pérdida de ganancias de los inversores

El tribunal otorgó a los cinco demandantes colectivamente 376 millones de Leu rumanos (aproximadamente US\$117 millones) por el aumento de los costos por la compra de materias primas y ganancias perdidas por la venta de productos terminados, más el interés compuesto. El tribunal ordenó a cada parte que asumiera la mitad de los costos del arbitraje y sus propias costas legales. Si bien el inversor reclamó daños por hasta 2,7 mil millones de Leu rumanos (US\$836 millones), el tribunal rechazó varios puntos del cálculo de daños por falta de pruebas suficientes y llegó a un cálculo de ganancias perdidas menor a lo reclamado por los inversores.

El tribunal estuvo compuesto por Laurent Lévy (presidente), Stanimir A. Alexandrov (nominado por los demandantes) y Georges Abi-Saab (designado por la demandada).

El laudo se encuentra disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

La opinión separada de Georges Abi-Saab está disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3037.pdf>

Guatemala declarada culpable por infringir el estándar mínimo de trato conforme al CAFTA-DR

Teco Guatemala Holdings LLC v. Guatemala, Caso del CIADI No. ARB/10/17, Laudo
Yalan Liu

Un tribunal del CIADI ha declarado culpable a Guatemala en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, los Estados Unidos y los países de América Central (TLCAC-DR) por no dispensar un estándar mínimo de trato a un inversor de EE.UU. En el laudo del 19 de diciembre de 2013, se ordenó a Guatemala a pagar US\$21,1 millones por daños más el interés compuesto, así como también las costas legales del demandante valuadas en US\$7,5 millones.

El demandante, Teco Guatemala Holdings LLC (Teco), presentó quejas sobre el trato recibido de una empresa local (EEGSA), de la cual poseía el 30 por ciento de las acciones, por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE), el ente regulador de energía eléctrica del Estado de Guatemala.

Aparte del caso de Teco en el CIADI, ya se habían entablado reclamaciones sobre hechos similares: EEGSA inició varias causas en contra de CNEE ante los tribunales guatemaltecos, alegando que CNEE infringió las leyes internas sobre energía eléctrica. Si bien las últimas dos decisiones judiciales fueron dictadas a favor de EEGSA, posteriormente el Corte de Constitucionalidad las revocó. Así mismo, la empresa asociada del consorcio de Teco, Iberdrola, presentó una causa ante el CIADI contra Guatemala en virtud del TBI entre España y Guatemala, que el tribunal rechazó por razones jurisdiccionales.

Antecedentes

La controversia entre EEGSA y CNEE está relacionada con el procedimiento y la metodología empleados para calcular las tarifas eléctricas, que según EEGSA alegó, eran demasiado bajas; lo cual le causó un daño económico.

CNEE establece las mismas tarifas aplicadas a consumidores finales, que a su vez, determinan cómo son reembolsados los distribuidores de energía eléctrica tales como EEGSA. De acuerdo con la Ley General de Electricidad, el componente clave para calcular las tarifas para cada distribuidor es un estudio elaborado por una consultora del distribuidor. Los estudios aplican los términos de referencia, que contienen directivas sobre la metodología y fechas de entrega, que CNEE elabora y revisa cada cinco años. En caso de desacuerdo entre CNEE y un distribuidor, se establece una comisión pericial para dar asesoramiento sobre una resolución.

En 2007 y 2008, EEGSA y CNEE no concordaron en varios pasos del proceso. Primero, EEGSA objetó los términos de referencia presentados por CNEE, reclamando que se encontraban en violación con la ley de energía eléctrica. También surgieron conflictos cuando la consultora de EEGSA estaba elaborando el estudio sobre las tarifas y cuando la comisión pericial estaba siendo establecida. Después de la emisión del informe de esta comisión, CNEE la disolvió, contra la negativa de EEGSA. CNEE luego adoptó tarifas que no se basaban en el estudio revisado por la consultora de EEGSA, sino en un estándar menor por recomendación de su propia consultora.

EEGSA presentó varias acciones judiciales contra CNEE; sin embargo, retiró la primera causa y la corte suspendió a otra. Los dos últimos casos fueron decididos a favor de EEGSA

en la primera instancia, pero la Corte de Constitucionalidad posteriormente revocó dichas decisiones. En el presente caso del CIADI, la demandante alegó que, a través de su conducta, Guatemala incumplió su obligación de dispensar un estándar mínimo de trato, en particular trato justo y equitativo, bajo el TLCAC-DR.

Tribunal no admite objeciones jurisdiccionales por parte de Guatemala

Guatemala recusó la jurisdicción del tribunal basándose en que la diferencia era un “*mero desacuerdo regulatorio*” sobre la interpretación de las leyes guatemaltecas, que ya había sido resuelto por los tribunales de Guatemala. Según este país, la demandante estaba solicitando al tribunal “*que se erija en corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materia regulatoria de derecho guatemalteco*”.

Sin embargo, el tribunal no estuvo de acuerdo con esto, explicando que sí se trataba de una “*controversia internacional*”, en lugar de tratarse solamente de una disputa nacional, sobre la cual tenía jurisdicción. Además explicó que su función no era la de revisar los fallos de los tribunales guatemaltecos bajo el derecho de dicho país sino la de aplicar el derecho internacional a los hechos en disputa.

Así, el tribunal dictaminó que los procedimientos de los tribunales guatemaltecos no podían privarlo de jurisdicción para decidir en una controversia internacional en virtud del derecho internacional. Sin embargo, reconoció que iba a tener que aplicar el derecho guatemalteco a algunos aspectos regulatorios de la diferencia y que “*podría tener que*” diferir las decisiones de los tribunales guatemaltecos. No obstante, el tribunal enfatizó la naturaleza distintiva de su función: evaluar la conducta de CNEE en virtud del CAFTA-RD.

Guatemala también subrayó que la reclamación presentada por Iberdrola contra Guatemala ante el CIADI—en base a hechos similares—fue desestimada por asuntos de jurisdicción³, y alegó que se debería dar deferencia a la decisión del caso Iberdrola. Sin embargo, el tribunal remarcó que “no puede y no se basará” en las conclusiones del tribunal del caso antes mencionado para determinar su jurisdicción porque la presente controversia involucraba a diferentes partes y tratados, así como una presentación distinta de argumentos legales y evidencias.

Se otorga contenido al estándar mínimo de trato del CAFTA

La etapa de consideración de los méritos del arbitraje fue centrada en el estándar mínimo de trato (por sus siglas en inglés, MST) del CAFTA-RD, que compara el trato justo y equitativo con el MST conforme al derecho consuetudinario internacional.

Guatemala alegó que sólo una conducta estatal “*extrema y abusiva*” podría infringir el MST. En cambio, el tribunal, asintió la interpretación del MST de la demandante, que extrajo del caso *Waste Management v. Mexico* (II)⁴. Por consiguiente, consideró que el estándar mínimo de trato justo y equitativo establecido en el CAFTA-RD “*se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y que resulta perjudicial para el inversor, si la conducta es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la prudencia jurídica*”. Explicó asimismo, que esta interpretación había sido confirmada por otros tribunales arbitrales, incluyendo en los casos *Waste Management v. Mexico* (II), y *Glamis Gold v. US*⁵, así como también por “*autoridades*” (tres obras literarias de derecho internacional)⁶. Además, consideró que el principio de buena fe también forma parte del estándar mínimo de trato.

El demandante argumentó que el trato justo y equitativo, conforme al MST, sería infringido si sus expectativas legítimas fueran frustradas por acciones estatales. Guatemala rebatió que las expectativas legítimas no se aplican al contexto del MST. El tribunal no consideró las expectativas legítimas de los inversores como un componente independiente del estándar mínimo de trato, sino el trato implicado en una conducta estatal

no arbitraria. Lo que importaba era si la conducta recusada era arbitraria, opinó el tribunal. Así el mismo consideró que no había necesidad de tratar el argumento del demandante sobre expectativas legítimas.

La omisión del informe de la comisión pericial y tarifas impuestas por parte de CNEE se declara como arbitraria y contraria al debido proceso

Volviendo a los hechos de la diferencia, el tribunal concluyó que CNEE había actuado de manera arbitraria y contraria a los principios fundamentales del debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos cuando fijó unilateralmente la tarifa eléctrica en base a un estudio de su propia consultora sin brindar las razones por las cuales omitió el informe de la comisión pericial.

Al evaluar la conducta administrativa de CNEE en virtud del CAFTA-DR, el tribunal se dedicó a considerar si la conducta guardaba concordancia con el derecho guatemalteco. El tribunal concluyó que CNEE había infringido el marco regulatorio para fijar y revisar las tarifas. Específicamente, el tribunal determinó que el derecho guatemalteco requería que las discrepancias entre el regulador y el distribuidor fueran resueltas por una comisión pericial independiente. Tal interpretación del derecho guatemalteco, remarcó el tribunal, también fue adoptada por la Corte de Constitucionalidad en anterior procedimientos nacionales.

Posteriormente, el tribunal explicó cómo se relacionaba la violación del derecho interno con las obligaciones internacionales de tratado, señalando que *"tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas"*. El tribunal también opinó que la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria, y repudió los principios fundamentales del derecho interno y, por ende, esto constituía una violación del MST en virtud del CAFTA-DR.

El tribunal estuvo compuesto por el Sr. Alexis Mourre (presidente), el Profesor William W. Park (nominado por el demandante) y el Dr. Claus von Wobeser (designado por la demandada).

La decisión está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3035.pdf>

Bolivia declarada en infracción del TBI entre el RU y Bolivia por nacionalizar generador de electricidad sin compensación

Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) and 2. Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia, CNUDMI, Caso PCA No. 2011-17, Laudo Oleksandra Brovko

El 31 de enero de 2014 un tribunal dictó un fallo declarando a Bolivia en infracción del TBI entre el RU y Bolivia y responsable por aproximadamente US\$35,5 millones en daños en un caso que involucra la nacionalización de un generador de electricidad. El mismo también incluye una reclamación entablada por una demandante estadounidense en virtud del TBI entre EE.UU. y Bolivia; sin embargo, dicha reclamación fue desestimada por falta de jurisdicción, después de que el tribunal concluyera que podría denegarse beneficios a la demandante conforme al tratado.

Antecedentes

A principios de la década de 1990, Bolivia introdujo un número de reformas al sector eléctrico, incluyendo cambios a su marco legal que dieron como resultado la privatización de pequeñas empresas estatales a través de licitaciones públicas internacionales.

En este contexto, una empresa de EE.UU., *Guaracachi America, Inc.* (GAI) y una empresa británica, *Rurelec Plc.*, invirtieron en la compañía estatal boliviana *Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.* (EGSA). El nuevo marco legal estipulaba

la reorganización de empresas integradas verticalmente dividiéndolas en empresas de generación, empresas de transmisión y empresas de distribución, y EGSA era una de las tres nuevas empresas de generación.

En 2007, sin embargo, Bolivia cambió abruptamente su curso y procedió a nacionalizar todo el sector de energía eléctrica. Como resultado, el 50.0001 por ciento de la participación accionaria de las demandantes en EGSA fue nacionalizado.

"acumulación" vs. "consolidación" de acciones

Bolivia objetó la consolidación de las acciones de GAI y Rurelec porque éstas recaían bajo el alcance de TBIs diferentes. También alegó que ninguna de las cláusulas de resolución de controversias presentes en los TBI con EE.UU. y con el RU contenía el consentimiento de Bolivia para resolver, de manera conjunta, disputas entre inversionistas extranjeros y Bolivia sobre la base de un tratado distinto al aplicable a dichos inversionistas extranjeros. El demandado también señaló que el tribunal carece de jurisdicción *"rationae voluntatis"* para juntar o consolidar dos reclamaciones sin el consentimiento expreso del Estado.

Sin embargo, las demandantes efectuaron una distinción entre *"consolidación"* y *"acumulación"* de acciones. Específicamente, alegaron que la consolidación se define como un mecanismo procesal mediante el cual se combinan dos o más procedimientos, con el resultado de que el segundo tribunal deja de existir. Desde el punto de vista de las demandantes, en este procedimiento, las acciones no fueron *"consolidadas"* dado que las dos demandantes decidieron presentar conjuntamente varias acciones en el contexto de un único procedimiento. Además, argumentaron que a menudo cuando existen múltiples partes en un arbitraje, se procede de forma conjunta a la hora de presentar las reclamaciones, incluso cuando están involucrados diferentes instrumentos legales. Por lo tanto, se trata de una cuestión de tipo procesal y no jurisdiccional, opinaron las demandantes.

Favoreciendo a las demandantes, el tribunal decidió que la presentación de reclamaciones idénticas bajo diferentes TBIs a un único arbitraje no requiere el consentimiento expreso de Bolivia; el punto clave es si Bolivia ha dado consentimiento a arbitraje en el caso de diferencias que involucran a inversionistas tanto de EE.UU. como del RU.

Protección de la inversión indirecta de Rurelec

Rurelec hizo su inversión a través de intermediarias establecidas bajo las leyes de las Islas Vírgenes Británicas. Bolivia alegó que en primer lugar, tales inversiones indirectas no se encuentran protegidas por el TBI entre el RU y Bolivia y, en segundo lugar, Rurelec debe probar que adquirió un interés indirecto de propiedad de EGSA con anterioridad a la disputa.

El tribunal decidió que Rurelec había hecho una adquisición indirecta de EGSA antes de la fecha de la nacionalización. Asimismo, las inversiones indirectas también se encuentran protegidas bajo el TBI entre el RU y Bolivia dada su amplia definición de inversión. De esta manera, el tribunal concluyó que el hecho de que Rurelec no sea poseedor directo de sus acciones en EGSA no significa que no sea propietario de las mismas dentro del significado del TBI.

Falta de jurisdicción debido al ejercicio de cláusula denegación de beneficios

El Artículo XII del TBI entre EE.UU. y Bolivia establece la denegación de los beneficios del tratado a una empresa en caso de que se reúnan dos condiciones: 1) sociedades que pertenecen a nacionales de un tercer país (los accionistas de GAI siempre estuvieron domiciliados en las Islas Vírgenes Británicas); y 2) sociedades que no llevan a cabo actividades comerciales importantes en el territorio de EE.UU. EN referencia a este artículo, Bolivia afirmó que GAI no es más que una *"mailbox company"* y como tal no puede beneficiarse de las protecciones contenidas en los TBIs.

Las demandantes rebatieron que una denegación de beneficios en este caso sería contraria a los principios

de estabilidad, certeza y buena fe. Asimismo, alegaron que la denegación de beneficios no puede aplicarse retroactivamente, es decir, una vez que la inversión ya se ha efectuado, pues la finalidad de dicha medida es que un Estado tenga la oportunidad de advertir a los inversionistas de que no gozan más de la protección del tratado correspondiente, protegiendo las expectativas legítimas que éstos puedan tener.

Con respecto al segundo requisito del Artículo XII, GAI subrayó que sí había desarrollado actividades comerciales importantes en los Estados Unidos, pues tenía oficinas en dicho territorio y realizaba reuniones de accionistas en dicho país.

Sin embargo, el tribunal finalmente decidió que carecía de jurisdicción para considerar la reclamación de GAI en vista de las condiciones impuestas en el Artículo XII. Tampoco se convenció al tribunal de que Bolivia, en el transcurso del proceso de privatización, impusiera un requisito para establecer como una sociedad vehículo para participar en la licitación pública de EGSA. Asimismo, no se impedía a GAI poseer cualquier otro bien que no sean las acciones de EGSA. Finalmente, se brindaron pruebas insuficientes para demostrar que GAI ejerció actividades comerciales sustanciales en EE.UU.

El tribunal remarcó que Bolivia les denegó los beneficios del TBI después de que ambas partes prestaran consentimiento a arbitraje; no obstante, según el tribunal, la denegación de beneficios no puede equipararse al retiro del consentimiento arbitral previo.

En cuanto a la secuencia de la denegación de beneficios, el Tribunal estuvo de acuerdo con que la denegación puede ser y normalmente será utilizada después que un inversionista decida invocar uno de los beneficios del TBI, comentando que sería extraño que un Estado analizase si se han cumplido los requisitos del artículo XII con relación a un inversionista con quien no ha tenido controversia alguna.

Por último, el tribunal señaló que era consciente de que esto ponía al inversionista en una posición algo frágil, dado que el inversionista no sabría si podría haber una denegación de beneficios justamente cuando más los necesite. Al mismo tiempo, según el tribunal, no se puede decir que dicha denegación se presentaría como una sorpresa total para el inversionista, ya que el mismo ha optado por utilizar un vehículo de inversión controlado por una sociedad de un tercer país que no tiene actividades comerciales sustanciales.

Falta de pago de compensación justa y efectiva

Las demandantes también alegaron que Bolivia violó el Artículo 5(1) del TBI entre el RU y Bolivia, que establece que para que una expropiación sea legítima, se deben cumplir una serie de requisitos. Los mismos son prontitud, adecuación y/o justicia de la compensación y debido proceso.

También afirmaron que el proceso de valuación de EGSA no fue ni transparente ni participativo. Según los estados financieros de las demandantes, aprobadas por el Directorio después de la opinión favorable de *PriceWaterhouseCoopers*, las ganancias de EGSA ascendieron a US\$5,8 millones en 2010. Sin embargo, Bolivia contrató una consultora independiente para conducir una nueva auditoría. La segunda auditoría mostró como resultado unas pérdidas de EGSA de \$2,3 millones —y fue en base a esta auditoría que Bolivia sostuvo que no tenía obligación de brindar compensación. Según las demandantes, la auditoría utilizada por el gobierno boliviano tenía el único propósito de reducir el valor aparente de EGSA.

Sin embargo, el tribunal no se mostró convencido de que Bolivia hubiera actuado deliberada e intencionalmente para obtener una valuación experta con valores negativos para EGSA. Asimismo, concluyó que no existe una regla de Derecho internacional consuetudinario que obligue a los Estados que expropien a otorgarle al nacional o sociedad expropiado el derecho de participar en dicho proceso de valuación. No obstante, la expropiación aun así fue considerada ilegal ya que no se pagó compensación alguna. Por lo tanto, la cuestión principal a determinar por el tribunal fue el quantum de la compensación.

Luego de discutir sobre los diferentes métodos de valuación, el tribunal también consideró el tema de las tasas de interés. Las demandantes se basaron en el Artículo 5 del TBI entre el RU y Bolivia, que establece un criterio de compensación para la expropiación legal, y requiere la aplicación del principio de “*reparación íntegra*” (es decir, el interés a una tasa de tipo normal comercial o legal). Sin embargo, el tribunal rechazó la aplicación del Costo Promedio Ponderado del Capital (CPPC) de mayo de 2010 como la tasa de interés aplicable de EGSA ya que el CPPC incluye una asignación ex ante para los riesgos comerciales a futuro que no debería aplicarse ex post. En cambio, el tribunal decidió aplicar en su lugar la tasa de interés anual proporcionada por el Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en Mayo de 2010.

Como resultado, la suma de compensación constituye USD 28.927.582 con una tasa de interés compuesto anual de 5,6 % desde mayo de 2010 hasta la fecha del pago íntegro. Cada parte asumirá sus propias costas legales.

Opinión disidente del co-árbitro Manuel Conthe

Según el árbitro Conthe, Bolivia no respetó su obligación de proceso debido. A su juicio, una expropiación es un acto administrativo que limita los derechos de un inversor. Por lo tanto, debe cumplir con tres requisitos mínimos de procedimiento: Ser un acto motivado; su motivación debe ser comunicada formalmente al inversor; y debe permitir el inversor, a la vista de esa motivación, hacer alegaciones antes de que el Estado adopte su decisión final.

Según Conthe, Bolivia violó su tratado con el Reino Unido no sólo porque infra-estimó el valor de EGSA, sino, además, porque no respetó las exigencias mínimas de “*procedimiento jurídico*” (due process). Dado que el informe de valoración nunca fue comunicado a Rurelec, la misma fue privada del derecho a hacer alegaciones sobre el mismo. Asimismo, debido a la violación del los requisitos y procedimiento jurídico, el tribunal debería ordenar a Bolivia que pague las costas legales, al menos parcialmente.

El tribunal estuvo compuesto por el Dr. José Miguel Júdice (presidente), el Sr. Manuel Conthe (nominado por las demandantes) y el Dr. Raúl Emilio Vinuesa (designado por el demandado).

El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3051.pdf>

La opinión disidente de Manuel Conthe se encuentra disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3059.pdf>

Notas

* N. del T.: La traducción de las citas nos pertenece ya que no hay una traducción oficial del caso al español.

** N. del T.: La traducción de las citas nos pertenece ya que no hay una traducción oficial del caso al español.

1 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Parcial, párrafo 305.

2 *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Caso del CIADI No. ARB/04/19, Laudo, párrafo 340.

3 *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto, 2012. El tribunal concluyó que la demandante no demostró la naturaleza internacional de la controversia en oposición a una disputa del derecho nacional guatemalteco. Dado que la demandante no demostró sus alegaciones, si fueran consideradas verdaderas, constituirían violaciones de tratado, el tribunal decidió no asumir jurisdicción bajo el CIADI y el TBI entre España y Guatemala. También rechazó un reclamo de denegación de justicia, determinando, entre otros, que una decisión de la Corte de Constitucionalidad no planteaba ninguno de los temas alegados por la demandante.

4 *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, Caso del CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril, 2004

5 *Glamis Gold v. United States of America*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio, 2009

6 Grierson-Weiler and Laird “*Standards of Treatment*”, Chapter 8, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, párrafos 270-271; MacLachlan, Shore, y Weininger “*Treatment of Investors*”, Chapter 7, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, párrafo 226 et seq.

Recursos y Eventos

Recursos

Recientes Avances en la Resolución de Controversias entre Inversionista y Estado (Recent Development's in Investor-State Dispute Settlement)

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, abril de 2014

La revisión anual de casos de resolución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS) de la UNCTAD, como parte de la serie IIA Issues Notes series, brinda datos estadísticos actualizados sobre casos de ISDS así como una descripción general de las decisiones arbitrales emitidas en 2013. De acuerdo con esta publicación, en ese año se iniciaron 57 nuevas casos, justo por debajo del número record de nuevas reclamaciones entabladas en 2012. El número total de los casos conocidos en virtud de tratados llegó a 568. La enorme mayoría de los mismos (85 por ciento) fueron entablados por inversionistas de países desarrollados. En conjunto, los demandantes de la UE y de los Estados Unidos suman el 75 por ciento de todas las controversias. En 2013, los inversores recusaron una amplia gama de medidas gubernamentales, incluyendo cambios relativos a: programas de incentivos a la inversión (tal como los 13 casos iniciados contra la República Checa y España en torno a cambios introducidos a políticas de energía renovable); presunta violación de contratos; supuesta expropiación directa o de facto; revocación de licencias o permisos; regulación de tarifas eléctricas; procesos penales presuntamente ilegítimos; decisiones sobre la zonificación de tierras; invalidación de patentes y legislación relativa a bonos soberanos. Los tribunales que actuaron en la ISDS emitieron 37 decisiones conocidas el año pasado, 23 de las cuales son de dominio público. De estas, aproximadamente el 43 por ciento fueron dictadas a favor del Estado y el 31 por ciento a favor del inversor. Alrededor del 26 por ciento de los casos fueron resueltos entre las partes. Por último, el creciente número de casos de ISDS y la amplia gama de asuntos de políticas que los mismos plantean han convertido a la ISDS en un "tema candente". El discurso público sobre la utilidad y legitimidad de la ISDS sigue cobrando impulso, especialmente en el contexto de importantes negociaciones de AII actualmente en curso. La nota se encuentra disponible en: <http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=718>

Reforma de la Resolución de Controversias entre Inversionista y Estado: En busca de un Plan de Trabajo (Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap)

Transnational Dispute Management, 2014

Esta edición especial de Transnational Dispute Management (TDM) presenta más de 65 escritos donde se exploran las reformas introducidas a la resolución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS). Dividida en ocho secciones, el capítulo uno sienta las bases para la reforma; el dos se avoca a los enfoques metodológicos de la reforma del sistema de ISDS; el capítulo tres examina las experiencias regionales en la ISDS; el capítulo cuatro discute el fortalecimiento del papel de los Estados, tanto en la interpretación del lenguaje de tratados existentes como a través de una revisión de textos de tratados específicos o la negociación de nuevos tratados; el capítulo cinco se enfoca en la reforma del CIADI como la piedra angular del actual sistema de ISDS; el capítulo seis discute el desarrollo de un mecanismo de apelación, ya sea basado en tratados o a través de un mecanismo multilateral tal como el mecanismo de apelación propuesto por el CIADI; el capítulo siete aborda el impulso en la puja por expandir la mediación entre inversionistas y Estados; y el capítulo ocho discute el papel que pueden desempeñar los tribunales arbitrales para contribuir a la reforma del sistema desde adentro. La serie se encuentra disponible en: <http://www.transnational-dispute-management.com/journal-browse-issues-toc.aspx?key=52>

Entendiendo las Cadenas de Inversión Agrícola: Lecciones para Mejorar la Gobernanza (Understanding Agricultural Investment Chains: Lessons to Improve Governance)

Lorenzo Cotula y Emma Blackmore, International Institute for Environment and Development, marzo de 2014

Basándose en 10 estudios de caso de recientes acuerdos agrarios a gran escala, este informe pretende mejorar la comprensión de las cadenas de inversión que apuntalan los acuerdos e identificar los puntos de presión para una acción pública eficaz que garantice que las inversiones respondan a las agendas de desarrollo nacionales y locales y promuevan el desarrollo sostenible inclusivo. En este informe se alega que la correcta implementación de las Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional constituye un paso importante en esta dirección.

Respuesta al Documento de la Comisión Europea de diciembre de 2013 "Disposiciones de Inversión en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA)" (A Response to the European Commission's December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)")

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Howard Mann, International Institute for Sustainable Development, marzo de 2014

El 3 de diciembre de 2013, la Comisión Europea emitió un documento concerniente a las disposiciones de inversión en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (EU-Canada free trade agreement, CETA) explicando cómo se protege el derecho a regular en el tratado. En este escrito, el IISD examina las afirmaciones emitidas por la Comisión Europea contra el texto actual del borrador del Capítulo de Inversión del CETA del 21 de noviembre de 2013, así como también en torno a disposiciones sustantivas y el borrador de las cláusulas de resolución de controversias entre inversionista y Estado del 4 de febrero de 2014. Al final, los autores concluyen que el actual borrador de los textos legales de dominio público no cumple con un número de objetivos establecidos por la Comisión Europea.

Eventos 2014

Mayo 8

FORO SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN: 22 CONFERENCIA PÚBLICA – EL ARBITRAJE ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO Y MÁS ALLÁ, British Institute of

International and Comparative Law, Londres, RU, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/779/>

Mayo 10-11

ALEJÁNDOSE DEL ESTADO: UNIVERSALIDAD Y COSMOPOLITISMO EN EL DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL, CAMBRIDGE JOURNAL OF

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Cambridge, RU, <http://cjlcl.org.uk/conference-registration/>

Mayo 22

SIMPOSIO SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL, Center for International Legal Studies, Salzburgo, Austria, http://www.cils.org/home/conference.php?ConferenceID=269&s_ConferenceLocale=&

Junio 9-20

INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y ENTRENAMIENTO EJECUTIVO SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE, Vale

Columbia Center on Sustainable International Investment, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.vcc.columbia.edu/content/extractive-industries-and-sustainable-development-executive-training>

Junio 16-20

CINCUENTAVO ANIVERSARIO DE LA UNCTAD, UNCTAD,

Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=437>

Octubre 13-16

FORO MUNDIAL DE INVERSIÓN 2014: INVIRTIENDO EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE, UNCTAD, Ginebra, Suiza



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 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

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

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

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