



Congelando las políticas gubernamentales: Cláusulas de estabilización en los contratos de inversión por Robert Howse



El problema del riesgo moral y sus implicancias para la protección de las 'expectativas legítimas' bajo la norma de trato justo y equitativo por Jonathan Bonnitcha

Reformando los tratados de comercio e inversión de Estados Unidos para lograr la estabilidad financiera: El caso de los controles de capital por Kevin P. Gallagher

Cuando las reglas internacionales interactúan: Derecho de inversión internacional y legislación aplicable en conflictos armados, por Freya Baetens

También en este número: Actualización sobre la transparencia en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, noticias sobre petición de amicus curiae en *Paci Rim c. El Salvador*, y un análisis de *RosInvestCo c. Federación Rusa*

contenido

-
- 3 **Artículos**
Congelando las políticas gubernamentales:
Cláusulas de estabilización en los contratos
de inversión
Robert Howse
-
- 6 El problema del riesgo moral y sus
implicancias para la protección de las
'expectativas legítimas' bajo la norma de trato
justo y equitativo
Jonathan Bonnitcha
-
- 9 Reformando los tratados de comercio e
inversión de Estados Unidos para lograr la
estabilidad financiera: El caso de los controles
de capital
Kevin P. Gallagher
-
- 11 Cuando las reglas internacionales interactúan:
Derecho de inversión internacional y
legislación aplicable en conflictos armados
Freya Baetens
-
- 13 **Noticias en Breve:** Transparencia en las
Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; petición
de amicus curiae en Pac Rim v. El Salvador;
Productor de plomo registra notificación de
intención de recurrir al arbitraje contra el
Perú; Organizaciones canadienses peticionan
Parlamento Europeo sobre pacto de inversión
-
- 16 **Laudos y Decisiones:** RosInvestCo c.
Federación Rusa; Nations Energy Inc., et al.
c. República de Panamá; Cemex c. Venezuela;
Mohammad Ammar Al-Bahloul v. República de
Tayikistán
-
- 19 **Publicaciones en Eventos**

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

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

Presidente y Consejero Delegado
Franz Tattenbach

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

Congelando las políticas gubernamentales: Cláusulas de estabilización en los contratos de inversión

Robert Howse

artículo 1

Hasta un grado significativo el lugar de debate sobre los términos de la globalización y su relación con el estado regulatorio ha pasado de la Organización Mundial de Comercio al mundo de los tratados de inversión y el arbitraje. Los tratados de inversión habitualmente confieren al inversor extranjero el derecho a demandar a un estado anfitrión que presuntamente no ha cumplido con un número de obligaciones sustantivas, entre las cuales se incluyen el requisito de indemnizar por expropiación, trato justo y equitativo y trato nacional.

Los críticos del derecho de inversión alegan que los tratados de inversión son indebidamente tendenciosos en favor de los intereses de los inversores, y que, particularmente a través de la interpretación de árbitros que muestran una postura pro-inversores, las disposiciones sobre expropiación y trato justo y equitativo de estos tratados han resultado en el requisito de indemnizar a los inversores incluso por cambios regulatorios a favor del interés público, incluyendo regulaciones de índole social y ambiental. Aquellos que defienden los acuerdos en cuestión, alegan que, de hecho, en la mayoría de los casos donde los inversores han recibido indemnización, los gobiernos han actuado guiados por un oportunismo regulatorio, atrayendo a los inversores al país con promesas de un marco regulatorio estable y favorable, y luego alterando dicho marco para desventaja del inversor, o amenazando con hacerlo para forzar la renegociación de los términos y condiciones de la inversión, después de que la inversión ya fuera establecida.

Como alternativa, o además, de un tratado de inversión, los inversores y estados anfitriones pueden negociar contractualmente la asignación del riesgo regulatorio. En particular, pueden incluir cláusulas de estabilización en contratos de gobiernos anfitriones, que comprometen a los gobiernos a no alterar el marco regulatorio de manera que se menoscabe la viabilidad económica de la inversión. Además, pueden hacer cumplir tales contratos a través del arbitraje internacional, evitando por ende, la dependencia en el sistema judicial interno en el país anfitrión.

Pese a la enorme cantidad de controversia que existe en torno a los TBIs y sus efectos sobre la autonomía regulatoria, se ha prestado poca atención a las cláusulas de estabilización. Sin embargo, tales cláusulas son utilizadas extensivamente, en particular en el caso de las inversiones en las industrias extractivas, infraestructura y el sector de la energía.

Cláusulas de estabilización y congelamiento regulatorio

El análisis sobre las cláusulas de estabilización que más apoyo ha recibido se encuentra en un estudio de 2008



encabezado por John Ruggie y la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial¹. El informe Ruggie/CFI en su mayor parte entiende el problema de la estabilización como un intercambio entre la necesidad de capital de los países en desarrollo, que lleva a una voluntad de asumir tales compromisos con los inversores, y la autonomía política que tales gobiernos preferirían tener a fin de implementar las medidas regulatorias de índole social y ambiental, entre otras, que respondan a las necesidades de sus ciudadanos a lo largo del tiempo. En el estudio se presume que, mediante el fortalecimiento de la habilidad y la capacidad de negociación, una ciudadanía mejor informada y la presión ejercida sobre las corporaciones multinacionales para que se comporten de manera socialmente y ambientalmente responsable, los gobiernos de los países en desarrollo podrán lograr la inclusión de cláusulas “más justas” o equilibradas, para proteger un espacio esencial de políticas, mientras también se atienden las inquietudes clave de los inversores en cuanto a la estabilidad del país anfitrión. En el informe Ruggie/CFI se apunta a una naturaleza más equilibrada y matizada de las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión de los cuales los miembros de la OCDE son parte, sugiriendo que los gobiernos con una capacidad de negociación más sofisticada son capaces de llegar a un acuerdo con los inversores evitando al mismo tiempo cláusulas generales de “congelamiento” o de “pleno equilibrio”, que reducen el espacio de políticas sobre una amplia,

“

Pese a la enorme cantidad de controversia que existe en torno a los TBIs y sus efectos sobre la autonomía regulatoria, se ha prestado poca atención a las cláusulas de estabilización.

”

o ilimitada, gama de campos regulatorios. Sin embargo, la diferencia entre los países de la OCDE y los países en desarrollo, particularmente en África subsahariana, podría ser explicada por una mayor incertidumbre política y regulatoria en dichos países; los inversores sienten que el tipo de cambios políticos y regulatorios son mucho menos predecibles, lo cual puede afectar el valor de la negociación inicial con el estado.

Generalmente hablando, no resulta efectivo indemnizar a los actores privados por un cambio regulatorio, un punto que es largamente discutido en el clásico artículo de Louis Kaplow "*Legal Analysis of Economic Transitions*".² En este estudio, Kaplow examina la mayoría de las razones para justificar la indemnización relacionada con el fallo del mercado y la falla gubernamental y concluye que hay pocas probabilidades de que, a fin de cuentas, el gobierno vaya a actuar mejor que el mercado para asignar de manera eficiente el riesgo de un cambio regulatorio.

Si comenzamos por una postura inicial de que la indemnización por un cambio regulatorio no es efectiva, entonces nuestra conceptualización preliminar de una cláusula de estabilización será que confiere un beneficio o una renta a la firma. Esta renta puede reflejar una captura, o puede tener una justificación legítima dentro las políticas públicas por afectar el comportamiento de la firma de manera que se alcanza un objetivo legítimo del gobierno. Este objetivo es generalmente entendido, por ejemplo en documentos pro-estabilización del Banco Mundial, como la atracción de capital extranjero que juega un papel positivo en la estrategia de desarrollo del país. Esto plantea la cuestión de por qué la estabilización es más conveniente que otorgar mayores subsidios a los inversores, por ejemplo. Una respuesta tentativa sería que los inversores muestran una inclinación por cláusulas como tales.

Los accionistas generalmente no negocian directamente con los estados cuando discuten los términos de los contratos de inversión. En cambio, son los gerentes y abogados los que negocian con los burócratas o los asesores legales contratados, quienes representan a los

jefes políticos. El consejo más común es que se debe solicitar una cláusula de estabilización como una condición del contrato de inversión. El estudio CFI/Ruggie, donde se entrevistó a una amplia gama de gerentes y abogados involucrados en la negociación de contratos, confirmó que se encuentra asumido que demandar tales cláusulas se hace en pos del interés de los accionistas. La evaluación del riesgo regulatorio en el país anfitrión por los gerentes y abogados a menudo resulta difícil y costosa. Incluir en los contratos asignaciones más precisas del riesgo regulatorio (relativo al medio ambiente, leyes laborales, salud, zonificación, impuestos, etc.) entre el inversor y el estado anfitrión, tal como se sugiere en el estudio CFI/Ruggie, simplemente puede ser considerado por los gerentes y los abogados como demasiado costoso. Este es especialmente el caso en un estado donde hay múltiples niveles de autoridad regulatoria, lo cual puede afectar las operaciones e ingresos de la inversión.

La teoría de la "obsolescencia de negociación" ("obsolescing bargain") sostiene que, a lo largo del tiempo, el poder de negociación del gobierno aumenta en proporción a la del inversor. Esto se da por el efecto rehén: al tener sustanciales costos hundidos, el inversor no puede salirse fácilmente del proyecto si el estado pretende renegociar el contrato a su favor, por ejemplo, demandando una mayor participación en los ingresos del proyecto. En el caso de una parte contractual privada, este tipo de amenaza se ve mitigada por el hecho de que si el inversor se niega a renegociarlo siempre puede hacer cumplir los términos del contrato en los tribunales, o en un arbitraje internacional. Sin embargo, el estado tiene una opción con la que no cuenta una parte privada, es decir, que puede obtener unilateralmente una mayor participación en los ingresos a través de la acción regulatoria. El caso más obvio, a menudo discutido en la literatura relevante, y observado en la práctica, es el de cambiar el régimen fiscal para imponer un impuesto más elevado sobre los ingresos del inversor.

El informe CFI/Ruggie explica este punto señalando que este tipo de preocupación por el oportunismo regulatorio, a diferencia de la incertidumbre regulatoria, puede resolverse mediante cláusulas de estabilización muy limitadas, del tipo que generen indemnización regulatoria solo por acciones regulatorias discriminatorias o arbitrarias. Las mismas parecerían superponerse sustancialmente con las obligaciones contenidas en los TBIs, con respecto a las disposiciones de trato nacional y de trato justo y equitativo, que ambas incumben normas de no discriminación. Si bien puede parecer inverosímil que un estado decida cambiar la regulación a fin de individualizar determinada inversión y extraer rentas de la misma, la situación se complica cuando hay un solo inversor en el sector, o cuando todos los inversores son extranjeros con contratos comparables. Esto puede verse exacerbado cuando el principio de derecho y el procedimiento administrativo se encuentra débilmente desarrollados, de manera que la acción discriminatoria puede ser difícil de distinguir de la acción legislativa o regulatoria generalmente aplicable.

Si, en ausencia de una cláusula de estabilización, el gobierno puede ajustar la exportación negociada o forzar la

“

Los beneficios políticos que fluyen de los contratos de inversión a menudo se perciben por adelantado... mientras que bien puede ser el gobierno subsiguiente el que tenga que pagar el precio político en términos de una pérdida de espacio de políticas.

”

renegociación *ex post*, entonces cuenta con un medio para abordar la asimetría de información. En general, cualquier cosa que restrinja la posibilidad de corregir la asimetría de información a través de la renegociación exacerba los costos de transacción. La firma tiene menos incentivo para retener información al momento de la negociación, o para representar erróneamente su capacidad, sabiendo que, si lo hace, el gobierno tiene la opción unilateral de actuar cambiando el marco regulatorio o de forzar la renegociación a través de una amenaza de hacerlo. En este sentido, los costos de transacción podrían ser considerados más elevados en presencia de una cláusula de estabilización.

Las cláusulas de estabilización también crean un riesgo moral por parte de la firma. Al saber que está protegida de los cambios regulatorios, la firma puede decidir no tomar precauciones contra la ocurrencia de eventos que, debido a sus costos sociales, puede causar respuestas regulatorias predecibles que sean costosas para la firma (por ejemplo, ciertos daños ambientales).

Sin embargo, los beneficios políticos que fluyen de los contratos de inversión a menudo se perciben por adelantado; hay una promesa inmediata de creación de empleos y de desarrollo económico local, mientras que bien puede ser el gobierno subsiguiente el que tenga que pagar el precio político en términos de una pérdida del espacio de políticas. En contraste, cargar la indemnización a la firma por adelantado, una respuesta razonable al oportunismo regulatorio posibilitada por la "obsolescencia de negociación", implica un costo político inmediato, hasta el punto que el régimen queda con pocos recursos para ganar apoyo político.

Implicancias políticas y agenda para investigaciones futuras

Un reciente manifiesto emitido por un grupo de académicos progresistas fue altamente crítico sobre la manera en la cual los tratados de inversión interfieren con la autonomía regulatoria, y señaló una preferencia por los contratos de inversión por sobre los tratados y sus obligaciones, basándose en la suposición de que los estados pueden garantizar que los compromisos relativos a la estabilidad regulatoria sean diseñados de manera más precisa y definidos con mayor claridad dentro de los contratos³. No obstante, quizás lo cierto sea justamente lo contrario. Es cierto que las obligaciones en tratados tales como el requisito de indemnización por expropiación y de trato justo y equitativo han sido interpretadas por los tribunales de manera que otorgan una suerte de garantía contra los cambios regulatorios que son perjudiciales para el inversor. Sin embargo, estas interpretaciones son la excepción más que la regla. Las normas sobre expropiación y trato justo y equitativo sí abordan preocupaciones sobre el oportunismo regulatorio que a menudo son señaladas como una justificación de las cláusulas de estabilización, pero debido a la considerable incertidumbre sobre si un tribunal ordenará la indemnización por el cambio regulatorio en ausencia tanto de una quita formal o de evidencia de un comportamiento arbitrario y/o discriminatorio por parte del regulador, los tratados de inversión no facilitan la captura regulatoria ("regulatory capture") por la firma de la manera

en que lo hacen las cláusulas de estabilización (por supuesto, dependiendo de la forma en que se encuentren redactadas).

La negociación de las cláusulas de estabilización en secreto contribuye sustancialmente al peligro de captura regulatoria, ya que deja a intereses opuestos a la captura, o que pueden controlar la captura, sin la oportunidad de exponer o protestar la captura *ex ante*, mientras que los efectos de la estabilización no les permiten revertir la captura *ex post*. Por lo tanto, la transparencia en la negociación de tales cláusulas, tal como se recomienda en el estudio CFI/Ruggie, es altamente conveniente. También es conveniente cuando se requiere que las cláusulas sean aprobadas por los parlamentos y/o los organismos regulatorios independientes. El fortalecimiento de los mecanismos de gobernanza en los países en desarrollo y las iniciativas para educar y dar poder a los grupos rurales son también altamente recomendables como un medio para contrarrestar la captura. Es preciso realizar un análisis sobre los diferentes desafíos que impone la incertidumbre regulatoria por un lado, y el oportunismo regulatorio por el otro. Ambos pueden ser asuntos importantes para los inversores. Pero es posible que requieran diferentes tipos de dispositivos contractuales o de otra índole para gestionarlos.

“

La negociación de las cláusulas de estabilización en secreto contribuye sustancialmente al peligro de captura regulatoria.

”

Autor

Robert Howse es Profesor Lloyd C. Nelson de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. El presente artículo está basado en un trabajo más extenso sobre las cláusulas de estabilización y las políticas públicas que se encuentra en curso. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 Ruggie, J., (mayo de 2008). Stabilization Clauses and Human Rights. Corporación Financiera Internacional. http://www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization_Clauses_Human_Rights

2 Kaplow, L., (enero de 1986). An Economic Analysis of Legal Transitions. Harvard Law Review, 99 (3).

3 Public Statement on the International Investment Law Regime, http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/

El problema del riesgo moral y sus implicancias para la protección de las 'expectativas legítimas' bajo la norma de trato justo y equitativo

artículo 2

Jonathan Bonnitcha



Si bien los conceptos de soberanía, derechos humanos, medio ambiente y el imperio de la ley son a menudo invocados en el debate público sobre los acuerdos internacionales de inversión (AII), la discusión en cuanto a los efectos económicos de tales tratados es relativamente escasa¹. Una de las protecciones legales más poderosas que disponen los AII es la protección de las 'expectativas legítimas' bajo la norma de trato justo y equitativo (FET), que se encuentra presente en la mayoría de los AII. Este artículo se basa en la teoría económica —específicamente, en la noción de riesgo moral— para ilustrar algunos de los problemas asociados con la interpretación más amplia de la doctrina de las expectativas legítimas.

El concepto de eficacia

El concepto de eficacia es fundamental para realizar un análisis económico de las reglas legales. La eficacia concierne la maximización de los beneficios económicos netos; una política mejora la eficacia si sus beneficios exceden a sus costos económicos². Los economistas han sido criticados por enfocarse exclusivamente en maximizar la eficacia ignorando otros valores³. Estas críticas son importantes y están bien hechas, pero no socavan la perspectiva de que la eficacia debería ser uno de los criterios según el cual se examinan las reglas legales. Una evaluación de la eficacia es especialmente importante en el contexto de la interpretación de los AII, ya que la justificación más común de los AII es que éstos brindan beneficios económicos.

Cómo los AII afectan la eficacia

El medio primordial por el cual los AII afectan la eficacia económica es la influencia que éstos tienen en las decisiones de inversión de los inversores extranjeros. Una decisión de inversión más eficaz genera mayores beneficios económicos netos, independientemente de a quien se devengan estos beneficios. La rentabilidad de un proyecto de inversión es una primera aproximación de la eficacia generada por el emprendimiento del proyecto, porque los beneficios significan que existen mayores beneficios económicos de la producción que costos económicos⁴. Este es el principio básico del argumento económico en torno a los AII —que dan seguridad a los eventuales inversores de que sus derechos de propiedad y contractuales serán protegidos en el extranjero, alentándolos a que redirijan su capital de proyectos menos rentables en sus mercados locales hacia proyectos más rentables en otros lugares⁵.

Pero este argumento está basado en un modelo altamente simplificado de la actividad económica. Al utilizar un modelo más sofisticado se reconocería que a menudo existen costos

y beneficios de producción externos que no van al inversor. Tal como se discute más adelante, estas externalidades implican que la (falta de) rentabilidad de un proyecto no necesariamente supone su (in)eficacia.

El problema del riesgo moral y por qué reduce la eficacia

El riesgo moral se refiere a una situación donde los actores económicos toman decisiones que maximizan los beneficios pero que son ineficaces porque pueden evitar algunos costos asociados con su conducta. El problema del riesgo moral a menudo está asociado con un seguro de cobertura por daños —cuando alguien obtiene un seguro que lo cubre de algún tipo de daño, ya no posee un incentivo para tomar medidas prudentes (eficaces) destinadas a reducir el riesgo de que dicho daño ocurra. En la práctica, las protecciones contenidas en los AII operan como una especie de seguro para los inversores en contra del daño causado por una conducta futura de un gobierno. Esto genera un riesgo moral —es decir, que los inversores pueden emprender proyectos sin evaluar adecuadamente las externalidades creadas por sus proyectos, y el riesgo asociado con el hecho de que los gobiernos podrían reparar tales externalidades en un futuro cuando las mismas comiencen a cristalizarse.

Este problema ha sido examinado detalladamente en la literatura económica. La reflexión clave que surge de esta literatura es que proteger a los inversores de los costos de nuevas medidas gubernamentales que mejoren la eficacia, probablemente de como resultado decisiones de inversión ineficaces⁶. De esta manera, los inversores no deberían estar protegidos de un cambio regulatorio destinado a mejorar la eficacia, aun cuando dicho cambio torne a la inversión inviable. Estas protecciones legales resguardarían a los inversores de cambios en las políticas gubernamentales, permitiéndoles ignorar el riesgo que supone para las inversiones contempladas de un cambio en las políticas hecho para mejorar la eficacia⁷.

Este escenario es más fácil de ilustrar con un ejemplo. Para un inversor sería ineficaz asignar capital a la construcción de una fábrica que operaría generando una ganancia de mil dólares por año vertiendo contaminantes a un río que cause un daño equivalente a dos mil dólares a una industria productora de ostras ubicada río abajo. La decisión de inversión más eficaz sería que el inversor no emprendiera la inversión en primer lugar y que asigne ese capital a cualquier otro proyecto. El hecho de que un inversor que sepa que futuros gobiernos serían libres de prohibir el vertido de contaminantes sin indemnización alguna haría menos probable que el mismo comenzara un proyecto como tal. Por otro lado, un inversor que sepa que un futuro gobierno debería indemnizarlo si le prohíbe verter contaminantes sería mucho más probable de llevar a cabo el proyecto.

En el ejemplo anterior, una prohibición de vertido de contaminantes mejora la eficacia porque los beneficios de la prohibición superan los costos. En casos presentados ante tribunales arbitrales podrían surgir considerables dificultades probatorias para determinar si determinadas medidas gubernamentales mejoran la eficacia. No estoy sugiriendo que los tribunales deban hacer dichas determinaciones en una base de caso por caso. En cambio, mi argumento es que cuanto más expansiva sea la línea de la actual jurisprudencia sobre 'expectativas legítimas' es mucho más probable que los inversores sean indemnizados por daños causados por una conducta gubernamental tendiente a mejorar la eficacia. Como tal, esta comprensión más amplia de la doctrina sobre las expectativas legítimas induce un riesgo moral por parte del inversor.

Jurisprudencia existente sobre la protección de las 'expectativas legítimas' bajo la norma de trato justo y equitativo

Actualmente se reconoce ampliamente que las disposiciones de trato justo y equitativo (FET), que se encuentran contenidas en la mayoría de los AII, protegen las expectativas legítimas de los inversores extranjeros⁸. Pese a este aparente consenso, los tribunales arbitrales han tomado posturas marcadamente diferentes sobre la amplia gama de expectativas que eventualmente podrían ser calificadas como expectativas 'legítimas'. Sobre este punto identifico cuatro posturas distintas sobre el alcance de la doctrina en decisiones arbitrales contemporáneas⁹.

La interpretación más estrecha parece requerir que una expectativa debe basarse en facultades legales específicas conferidas a un inversor extranjero bajo el derecho del estado anfitrión a fin de que una expectativa como tal sea legítima. Por ejemplo, en el caso LG&E c Argentina el tribunal sostuvo que una expectativa debería 'existir y ser ejecutable por la ley' para ameritar protección¹⁰. De acuerdo con esta postura, la doctrina funciona como una capa adicional de protección internacional de los derechos existentes, en lugar de ser una fuente de nuevos derechos¹¹. Otra postura es que una expectativa legítima no necesita estar fundada en los derechos legales del inversor, siempre que se base en representaciones específicas unilaterales realizadas por un funcionario gubernamental¹². Esta también parece ser la postura predominante en los comentarios académicos¹³. Esta serie de decisiones también abarca la limitación de que las expectativas deben ser razonables a la luz de las circunstancias políticas y económicas del estado anfitrión para llegar a ser protegidas por la norma de trato justo y equitativo (FET)¹⁴.

Una tercera línea de argumentación en las decisiones sugiere que un inversor puede esperar legítimamente que el régimen regulatorio que rige en el momento de la inversión siga vigente, aun cuando el gobierno no haya prometido mantener el régimen regulatorio y el inversor no tenga un derecho legal bajo el derecho interno para su continuación¹⁵. En estas decisiones el énfasis está puesto en la protección de expectativas que son 'básicas' para decidir invertir¹⁶; se pone mucho menos énfasis en la evaluación de si la expectativa básica en cuestión es razonable bajo las circunstancias dadas¹⁷.

AEn el extremo más alejado del espectro jurisdiccional se encuentra un cuarto grupo de casos donde los inversores han triunfado en reclamos por violación de expectativas legítimas, a pesar de que la expectativa identificada no se encontraba basada en los derechos legales del demandante conforme al derecho interno, ni a representaciones hechas por el estado anfitrión o por los reglamentos en vigor al momento de la inversión. Una decisión que ilustra esto es la del caso Bau c Tailandia¹⁸. Aquí el tribunal aceptó que el inversor tenía una expectativa de una 'tasa razonable de rentabilidad', la cual estaba basada únicamente en los planes comerciales del inversor al momento de hacer la inversión¹⁹.

Qué implica el problema de riesgo moral para la doctrina sobre expectativas legítimas

Es muy probable que al extender protección legal a las expectativas básicas que sustentan un plan comercial de un inversor—tal como lo sucedido en Bau—se induzca un riesgo moral. La responsabilidad de un estado conforme a esta interpretación de la doctrina de expectativas legítimas no depende en una evaluación para determinar si la conducta del estado está destinada a mejorar la eficacia (ya sea explícitamente o de facto). En cambio, brinda al inversor un grado de seguridad contra las acciones gubernamentales que menoscaban la

rentabilidad de sus inversiones, independientemente de si la acción del gobierno es eficaz. Esta es precisamente la clase de regla legal que probablemente desaliente a los inversores de internalizar el riesgo de sus planes comerciales planteado por una futura conducta gubernamental tendiente a mejorar la eficacia.

Proteger las expectativas generales de la estabilidad regulatoria probablemente también cause problemas graves de riesgo moral. En las decisiones arbitrales donde se ha aplicado esta comprensión de la doctrina sobre expectativas legítimas se ha determinado responsabilidad evaluando si la regulación alterada fue 'básica' a la decisión del inversor a invertir. Este enfoque elude un juicio sobre la economía en general para determinar si el cambio regulatorio fue realizado para mejorar la eficacia o no, favoreciendo una evaluación de si el cambio ha afectado seriamente los intereses del inversor. Una protección legal expansiva como tal no puede ser justificada desde una perspectiva económica. Debería requerirse al inversor que asuma el riesgo de un cambio regulatorio eficaz, porque ese riesgo juega un papel importante para desalentar a los inversores de iniciar una inversión socialmente indeseable. Esto es así aun en casos donde el cambio regulatorio destruye a la inversión.

Conclusión

En este artículo se alega que dos de las más amplias interpretaciones de la doctrina sobre expectativas legítimas probablemente reduzcan la eficacia económica por motivo de inducir un riesgo moral por parte de los inversores extranjeros. Esto se da porque las interpretaciones más amplias de la doctrina brindan a los inversores extranjeros demasiada protección contra cambios en regulaciones y políticas. La teoría económica demuestra por qué dejar al inversor extranjero expuesto al riesgo de ciertos tipos de cambios de políticas juega un papel fundamental tanto para disuadir a los inversores de emprender proyectos que vayan en contra del interés público, como para alentar a los inversores extranjeros a estructurar proyectos que sí vayan a emprender de manera tal que se minimicen los costos externos. Esta es una conclusión importante porque ilustra que las protecciones legales más fuertes de este tipo para la inversión extranjera no necesariamente son deseables en términos económicos; de hecho, a veces resultan profundamente indeseables.

Puede surgir una cantidad de otras razones para criticar (o defender) una protección amplia de las expectativas de un inversor. En esta publicación no se pretende evaluar estos argumentos. Al poner los derechos humanos y ambientales de un lado, no pretendo sugerir que sean menos importantes que los argumentos económicos, ni que el vertido de contaminantes en un río solo es objetable si inhibe potencialmente una inversión lucrativa que se realiza río abajo. Más bien, espero demostrar que el debate sobre los AII no se reduce necesariamente a un argumento relativo a la importancia del desarrollo económico vs. la importancia de la protección ambiental y el ejercicio de los derechos humanos. Mi propia visión es que una interpretación más estrecha de disposiciones clave contenidas en los AII sería más conveniente en términos económicos, de derechos humanos, ambientales y del imperio de la ley²⁰.

Autor

Jonathan Bonnitcha es abogado, Becario de Rhodes y cursa el último año para ser DPhil en la Universidad de Oxford. Posee títulos de grado de MPhil (Dist) y BCL (Dist) de Oxford y LLB (Hons) y B Ec (Hons) de la Universidad de Sydney. Se invita a aquellos lectores que posean comentarios o críticas sobre este artículo a contactar al autor a jonathan.bonnitcha@law.ox.ac.uk.

Notas

1 Con la excepción de estudios empíricos que pretenden determinar si la firma de tratados bilaterales de inversión aumenta la inversión externa directa en los Estados signatarios; véase, UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries* (Naciones Unidas, Ginebra 2009)

2 Esta es una definición coloquial de eficacia de Hicks-Kaldor. Cuando los economistas evalúan las reglas legales en base a la eficacia invariablemente invocan la noción de eficacia Hicks-Kaldor. R Posner, *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, New York 2007)

3 G Calabresi, 'The Pointlessness of Pareto' (1991) 100 (1211) *Yale Law Journal*; A Sen, 'The Impossibility of a Paretian Liberal' (1970) 78 *Journal of Political Economy* 152.

4 L Blume and D Rubinfeld, 'Compensation for Takings: An Economic Analysis' (1984) 72 *California Law Review* 569.

5 A Van Aaken, 'Perils of Success? The Case of International Investment Protection' (2008) 9 *European Business Organization Law Review* 1; E Aisbett, L Karp and C McAusland, 'Compensation for Regulatory Taking in International Investment Agreements: Implications of National Treatment and Rights to Invest' (2011, en curso) *Journal of Globalization and Development*.

6 L Blume, D Rubinfeld and P Shapiro, 'The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?' (1984) 99 (1) *The Quarterly Journal of Economics* 71; T Miceli and K Segerson, 'Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?' (1994) 23 *Journal of Legal Studies* 749

7 E Aisbett, L Karp and C McAusland, 'Police powers, regulatory taking and the efficient compensation of domestic and foreign investors' (2010) 86 *The Economic Record* 367; J Stiglitz, 'Regulating Multinational Corporations: Towards principles of cross-border legal frameworks in a globalized world balancing rights with responsibilities' (2008) 23 *American University International Law Review* 451

8 C Schreuer and U Kriebaum, 'At What Time Must Legitimate Expectations Exist?' en J Werner and AH Ali (eds) *A Liber Amicorum: Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought* (Cameron May, London 2010); A Von Walter, 'The Investor's Expectations in International Investment Arbitration' (2008); E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle' (2006) 21 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1; A Newcombe and L Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009); R Dolzer and C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford 2008); I Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford University Press, Oxford 2008)

9 Esta es una presentación significativamente abreviada de una taxonomía sobre las decisiones relativas a expectativas legítimas que desarrollo en mi disertación doctoral. J Bonnitcha 'A normative framework for evaluating interpretations of interpretations of investment treaty protections' (Universidad de Oxford, a publicarse en abril de 2011)

10 LG&E Energy v Argentina Caso del CIADI No ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, [130]. Similarmente, MCI Power Group v Republic of Ecuador Caso del CIADI No ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, [278]; BG Group v The Republic of Argentina Laudo Final, 27 de diciembre de 2007, [305]-[308]; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal v Argentine Republic Caso del CIADI No ARB/03/19 and AWG Group v Argentine Republic, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, [79]-[80]

11 De acuerdo con esta interpretación, la doctrina sobre expectativas legítimas de alguna manera es comparable con la cláusula general (en inglés, umbrella clause), en el hecho de que protege los derechos de los inversores extranjeros creados por contratos celebrados con el estado anfitrión. Sin embargo, el efecto legal de esta interpretación difiere de una cláusula general estrictamente redactada en el hecho de que solo una violación suficientemente grave de las expectativas basadas en los derechos de un inversor extranjero constituiría una violación de expectativas legítimas.

12 *International Thunderbird Gaming v United Mexican States* Laudo Arbitral 26 de enero de 2006, [147], [196]; *National Grid v Argentine Republic* Laudo, 3 de noviembre de 2008, [173]; *Duke Energy Electroquil Partners v Republic of Ecuador* Caso del CIADI No ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, [340]

13 R Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39 *The International Lawyer* 87; C Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice' (2005) 6 *The Journal of World Investment and Trade* 357; Snodgrass; S Fietta, 'Expropriation and the "Fair and Equitable Treatment" Standard' in F Ortino and others (eds) *Investment Treaty Law: Current Issues II* (British Institute of International and Comparative Law, London 2007); S Westcott,

'Recent Practice on the Fair and Equitable Treatment' (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 409; M Kinnear, 'The Continuing Development of the Fair and Equitable Treatment' in A Bjorklund, I Laird and S Ripinsky (eds) *Investment Treaty Law: Current Issues III* (British Institute of International and Comparative Law, London 2009); J Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, Oxford 2010).

14 *Biwater Gauff c. United Republic of Tanzania* caso del CIADI No ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, [601]; *Saluka Investment BV c Czech Republic* Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, [305]; *Continental Casualty c The Argentine Republic* Caso del CIADI No ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, [261]

15 *CME c Czech Republic* Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, [611]; *Occidental Exploration and Production Company c the Republic of Ecuador* Caso LCIA No UN3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004, [184]; *Enron Corporation c Argentine Republic* Caso del CIADI No ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, [267]

16 *Técnicas Medioambientales Tecmed c United Mexican States* Caso del CIADI No ARB(AF)/00/02, Laudo, 29 de mayo de 2003, [154]

17 Según esta interpretación, la doctrina sobre expectativas legítimas opera de alguna manera comparable con una cláusula de estabilización, en el hecho de que protege a los inversores extranjeros de un cambio en el régimen legal que rige una inversión. Sin embargo, el efecto legal de esta interpretación difiere de una cláusula de estabilización ampliamente redactada en el hecho de que solo aquellos cambios en las regulaciones que sean 'básicos' para la decisión de invertir constituiría una violación de las expectativas legítimas.

18 *Bau v The Kingdom of Thailand*, Laudo, 1 de julio de 2009, [12.3]. Similarmente, *Bogandov v Republic of Moldova* Laudo Arbitral, 22 de septiembre de 2005, 17; *MTD v Chile* Caso del CIADI No ARB/01/7, Laudo, 21 de mayo de 2004, [163]

19 El tribunal sostuvo que:

Pese al hecho de que no existía ninguna garantía otorgada por el Demandado de una tasa de rentabilidad explícita, el Tribunal considera que una tasa de rentabilidad razonable – razonable bajo todas las circunstancias, incluyendo la firma de MoA2 – formaba parte de las expectativas legítimas del Demandante y el incumplimiento de una expectativa razonable como tal constituyó una violación de las obligaciones del Demandado. [La traducción nos pertenece]

20 En mi disertación doctoral desarrollo este argumento con mayor profundidad, J Bonnitcha 'A normative framework for evaluating interpretations of interpretations of investment treaty protections' (Universidad de Oxford, a publicarse en abril de 2011).

Reformando los tratados de comercio e inversión de Estados Unidos para lograr la estabilidad financiera:

El caso de los controles de capital

artículo 3

Kevin P. Gallagher

En este breve ensayo se discute sobre nueva evidencia que demuestra que los controles de capital son medidas macro prudenciales muy importantes que las naciones deberían tener entre sus herramientas para evitar y mitigar las crisis financieras. De mayor relevancia para esta publicación, se demostrará que los tratados de comercio e inversión de Estados Unidos no reflejan el consenso emergente sobre los controles de capital. Existe una oportunidad única para corregir este problema mientras Estados Unidos termina su nuevo modelo de tratado bilateral de inversiones (TBI) y procede a conducir las negociaciones para celebrar un Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (por sus siglas inglés, TPP) con varias naciones de la Cuenca del Pacífico. Asimismo, surge una oportunidad para reformar, en los votos legislativos pendientes sobre los tratados de comercio de la era Bush tales como aquellos firmados con Corea del Sur, Colombia y Panamá.

Nuevas investigaciones sobre los controles de capital y la estabilidad financiera

Los flujos de capital—inversiones directas no externas transfronterizas—pueden ayudar al crecimiento de los países en vías de desarrollo. De hecho, muchos de estos países carecen de ahorros o instituciones financieras para financiar la actividad comercial. El capital extranjero puede ayudar a cubrir este vacío. Por lo tanto, bajo circunstancias normales, cuanto más capital fluye hacia un país en desarrollo, más el país se beneficia. Sin embargo, los flujos de capital transfronterizos tienden a ser “pro-cíclicos”: ingresa demasiado dinero en buenas épocas, y demasiado dinero se evapora en la fase descendente del ciclo económico.

Una característica clave de la crisis financiera mundial ha sido los cambios grandes en los flujos de capital en todo el mundo. En efecto, las posiciones de inversión internacional actualmente superan la producción global. Los mercados emergentes y en vías de desarrollo conocen muy bien estos flujos. Cuando golpeó la crisis, el capital rápidamente abandonó el mundo en desarrollo embarcándose en un vuelo directo hacia la “seguridad” del mercado de los Estados Unidos. En un intento por recuperarse, muchas naciones industrializadas, incluyendo a EUA, recurrieron a lanzar políticas monetarias con tasas de interés peculiarmente bajas. Las tasas de interés relativamente más altas y una recuperación más fuerte han provocado otra oleada de flujos de capital hacia el mundo en vías de desarrollo. El resultado ha sido una mayor preocupación por la apreciación de la moneda, burbujas en los precios de activos e incluso inflación.

Bajo estas circunstancias, los controles de capital pueden ayudar a nivelar la entrada y salida de capital y a proteger las economías en desarrollo. La mayoría de los controles apuntan a flujos de capital a corto plazo, generalmente conducidos con fines especulativos.

Por ejemplo, mediante los controles de capital de Colombia en 2007 se exigió a los inversores extranjeros que colocasen un porcentaje de sus inversiones en el banco central, lo cual ayudó a dicha nación a cubrirse de los daños causados por la crisis financiera mundial¹. Chile y Malasia, dos naciones que forman parte de las negociaciones TPP, lograron utilizar los controles de capital en la década de 1990 para evitar lo peor de los daños provocados por las crisis durante esa época².

A raíz de la crisis financiera, naciones tales como Brasil, Indonesia, Corea del Sur, Taiwán y Tailandia han utilizado los controles de capital para detener el flujo masivo de inversión especulativa que entraba a sus economías y que hacía estragos en sus tasas de cambio y mercados de activos. Corea del Sur, donde el Won subió en valor un 30% desde el 2008, impone límites directos sobre la especulación de cambio de moneda extranjera, por ejemplo, y también cobra un impuesto sobre la salida de las ganancias de capital de la compra extranjera de bonos del gobierno. En un estudio innovador del FMI se concluye que los controles de capital como los antedichos, en el pasado, han ayudado a las

naciones en desarrollo a detener la apreciación de la moneda y las burbujas en los precios de los activos financieros³. Además, en el estudio del FMI se encontró que los controles de capital ayudaron a paliar algunos de los peores efectos de la crisis financiera en determinados países en desarrollo. A raíz de estas conclusiones, ahora el FMI apoya al uso del control de capital como parte de las herramientas de la política macroeconómica. El FMI autorizó los controles de capital⁴ sobre el flujo de salida en Islandia, Ucrania y Latvia cuando golpeó la crisis, y recientemente recomendó⁵ que naciones tales como Brasil, Colombia e India utilicen controles sobre los flujos de salida para aplacar el flujo masivo de capital que entró a los mercados emergentes en 2009-2010. En 2010, el FMI dio un paso más y recomendó que se establezca un sistema de coordinación global para los controles de capital, una iniciativa que será tomada por el G-20 en el 2011⁶.

Los controles de capital y los tratados de EUA

A diferencia de los tratados de muchas otras naciones industrializadas, el modelo para los tratados de comercio e inversión de Estados Unidos no brinda la flexibilidad adecuada para que las naciones utilicen los controles de capital para evitar y mitigar las crisis financieras⁷. En esencia, los tratados de EUA consideran las restricciones en el movimiento de capital especulativo como una violación de los términos contenidos en ellos. En las salvaguardias contenidas en los tratados de EUA no se pretende cubrir los controles de capital.

Recientemente, esta desventaja de los tratados de EUA ha sido objeto de significativa controversia. En enero de 2011, 250 economistas de Estados Unidos y de diferentes lugares del mundo, incluyendo un premio Nobel, ex funcionarios del FMI, dos ex ministros de finanzas y miembros de grupos de expertos a favor del comercio, tales como el Instituto Peterson de Economía Internacional, enviaron una carta al gobierno de EUA urgiendo a EUA que aborde esta falta de equilibrio en los tratados de comercio de dicho país⁸. Luego de esa correspondencia, se remitió una carta de refutación firmada por muchas de las principales organizaciones de lobby corporativo de los Estados Unidos y desde entonces la prioridad de este asunto ha sido elevada, tornándose un tema importante en los tratados y las negociaciones pendientes⁹.

Los tratados de comercio e inversión de EUA prohíben explícitamente el uso de controles de capital. Las disposiciones sobre Transferencias contenidas en los capítulos de inversión de los tratados de comercio, o en TBIs, exigen que se permita que el capital fluya entre los socios comerciales “libremente y sin demora”. Esto se ve reforzado en los capítulos sobre servicios financieros de los tratados de comercio que a menudo establecen que no se permite a las naciones que impongan “limitaciones sobre el valor total de las transacciones o activos bajo la forma de cuotas numéricas” a través de las fronteras.

En los capítulos sobre servicios financieros de los tratados de comercio y en los TBIs de EUA, generalmente hay una sección sobre “excepciones”. Una excepción, a la que informalmente se hace referencia como “excepción prudencial”, generalmente posee un lenguaje similar al siguiente tratado de comercio entre EUA y Perú:

Capítulo sobre Servicios Financieros: Artículo 12.10: Excepciones

1. No obstante las demás disposiciones de este Capítulo o de los Capítulos Diez (Inversión), Catorce (Telecomunicaciones) o Quince (Comercio Electrónico), incluidos específicamente los Artículos 14.16 (Relación con otros Capítulos) y 11.1 (Alcance y Cobertura) con respecto al suministro de servicios financieros en el territorio de una Parte por una inversión cubierta, una Parte no estará impedida de adoptar o mantener medidas por motivos prudenciales, incluyendo la protección de inversionistas, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que una institución financiera o un proveedor transfronterizo de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando tales medidas no sean conformes con las disposiciones de este Acuerdo señaladas en este párrafo, ellas no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por la Parte de conformidad con dichas disposiciones.

Los controles de capital no son considerados como permisibles bajo esta excepción. Esto ha sido comunicado por el Representante de Comercio de Estados Unidos y en el testimonio de 2003 emitido por el Subsecretario de Finanzas sobre Asuntos Internacionales ante el Congreso de EUA¹⁰. En general, esto se da porque la expresión “razones prudenciales” generalmente es interpretada de una forma mucho más estrecha, en referencia a instituciones financieras particulares. También se ha expresado cierta preocupación porque la última oración se refiera a una “auto rescisión”, tornando muchas medidas no permisibles.

La excepción prudencial en los capítulos sobre servicios o los TBIs generalmente está seguida por una excepción de política monetaria que a menudo reza de la siguiente manera (nuevamente en el Tratado entre EUA y Perú):

2. Ninguna disposición en este Capítulo o en los Capítulos Diez (Inversión), Catorce (Telecomunicaciones) o Quince (Comercio Electrónico), incluyendo específicamente los Artículos 14.16 (Relación con Otros Capítulos) y 11.1 (Alcance y Cobertura) con respecto al suministro de servicios financieros en el territorio de una Parte por una inversión cubierta, se aplica a las medidas no discriminatorias de carácter general adoptadas por cualquier entidad pública en cumplimiento de políticas monetarias y políticas conexas de crédito o cambiarias. Este párrafo no afectará a las obligaciones de una Parte de conformidad con el Artículo 10.9 (Requisitos de Desempeño) con respecto a las medidas cubiertas por el Capítulo 10 (Inversión) o bajo el Artículo 10.8 (Transferencias) ó 11.10 (Pagos y Transferencias).

Podría considerarse que esta segunda excepción brinda a las naciones la flexibilidad para ir en seguimiento de las políticas monetarias y cambiarias necesarias (de las cuales los controles de capital son parte). Sin embargo, la última oración en ese párrafo excluye específicamente las transferencias.

Estas disposiciones fueron muy controvertidas en relación con los tratados de comercio entre EUA y Chile y entre EUA y Singapur a principios de la década del 2000. Los socios comerciales de EUA solicitaron reiteradamente una salvaguardia que incluyera los controles de capital, pero los Estados Unidos se negaron a hacerlo. En pocas ocasiones, los negociadores de EUA concedieron anexos especiales que permitían a los socios comerciales de EUA recibir una extensión en el período de gracia antes de presentar reclamaciones entre inversor y estado con respecto a los controles de capital, así como las limitaciones sobre daños relativos a ciertos tipos de controles.

Estos anexos aun son inadecuados como resultado de la crisis financiera por al menos cuatro razones. En primer lugar, los anexos todavía permiten la presentación de reclamaciones entre inversor y estado en torno a los controles de capital —solo requieren a los inversores que retrasen las reclamaciones por indemnización. Un inversor debe esperar un año para presentar una reclamación relativa los controles de capital para evitar y mitigar una crisis, pero esa reclamación puede ser realizada en torno a una medida tomada durante el año de espera. El prospecto de tales casos entre inversor y estado podría desalentar el uso de controles que podrían beneficiar la estabilidad financiera. Segundo, muchos tratados de otras naciones permiten los controles de capital. De hecho, el TLC entre Canadá y Chile, el TLC entre UE y Corea, el TBI entre Japón y Perú y el TBI entre Japón y Corea (solo para nombrar algunos) todos otorgan flexibilidad para los controles de capital. Esto incentiva a las naciones a que apliquen controles de manera discriminatoria (aplicando controles sobre los inversores de la UE pero no sobre los de EUA). Tercero, el FMI ha expresado su preocupación por que las restricciones sobre los controles de capital en los acuerdos de EUA, incluso en aquellos que contienen anexos especiales, puedan entrar en conflicto con la autoridad del FMI para recomendar el uso de controles de capital en determinados programas de países, tal como se ha hecho en Islandia y en otros países. Finalmente, el procedimiento especial de arreglo de diferencias incluido en los TLCs entre EUA y Chile y Singapur no se convirtió en una característica normal de los acuerdos de EUA. No se encuentra en el TLCAC, en ningún TBI de EUA ni en el TLC pendiente entre EUA y Corea.

Reformando los tratados de EUA para lograr la estabilidad financiera

Este problema debería ser subsanado. Resulta de interés para EUA y sus socios comerciales contar con un espacio de políticas adecuado para evitar y mitigar las crisis financieras. Hay una cantidad de opciones (no exclusivas) posibles. Primero, algunos funcionarios del FMI han ido tan lejos como para recomendar que los capitales especulativos bajo la forma de derivados u

otras “innovaciones” financieras sean omitidos de la definición de inversión en los tratados¹¹. Una opción como esta también fue recomendada en el Modelo del tratado de inversión del instituto internacional para el desarrollo sostenible. Otra opción, más recientemente defendida por el FMI, es la de plantear un lenguaje uniforme de salvaguardia que pueda ser utilizado por todas las naciones¹². Finalmente, y más específicamente para los tratados de EUA, el lenguaje relativo a las “excepciones” en los tratados de EUA podría ser ampliado para permitir explícitamente la flexibilidad necesaria para desplegar controles y otras medidas ahora reconocidas como prudenciales para evitar o mitigar una crisis.

El “párrafo sobre excepción prudencial” podría contener una nota al pie con una lista explícitamente no exhaustiva donde se aclare que las medidas prudenciales deben incluir los controles de capital, entre otras medidas. La última oración de ese párrafo podría ser borrada (tal como se encuentra en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), como también la omisión de “transferencias” de la última oración de la excepción sobre la “política monetaria” también citada anteriormente.

Este tema debería ser corregido en los tratados de comercio pendientes con Corea del Sur, Colombia y Panamá. Además, esto debería ser rectificado para completar la revisión del modelo de TBI de EUA y ser presentado en las negociaciones del TPP, y en otros foros.

La crisis financiera mundial ha hecho evidente que otorgar a nuestros socios comerciales la flexibilidad de utilizar políticas legítimas para evitar y mitigar crisis financieras también es algo bueno para los Estados Unidos. Cuando sus socios comerciales caen en una crisis financiera, los Estados Unidos pierden mercados de exportación y consecuentemente empleos en el sector de exportación. Los controles de capital pueden ayudar a estabilizar las tasas de cambio, lo cual es bueno para los inversores a largo plazo y para los exportadores e importadores de los Estados Unidos. Cuando los países del extranjero no pueden controlar las burbujas financieras que elevan el valor de la moneda, los consumidores americanos pueden resultar perjudicados al subir los precios de los productos importados. Como ya es sabido, la inestabilidad financiera en un mundo globalizado puede ser contagiosa y volver rápidamente a los Estados Unidos.

Autor

Autor: Kevin P. Gallagher es profesor adjunto del Departamento de Relaciones Exteriores de la Universidad de Boston e Investigador Senior del Global Development and Environment Institute, de la Universidad de Tufts. En 2009, trabajó en el subcomité de Inversión del Comité Asesor sobre Política Económica Internacional del Departamento de Estado de EUA.

Notas

- 1 Coelho, B., Gallagher K.P. (2010, enero). Capital Controls and 21st Century Financial Crises: Evidence from Colombia and Thailand. PERI Working Paper No. 213. Extraído de http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/KGCapControlsPERIJan10.html
- 2 Magud N., Reinhart, C. (2006, enero) Capital Controls: An Evaluation. NBER Working Paper No. 11973. Extraído de <http://www.nber.org/papers/w11973>
- 3 Ostry, J., Ghosh, A., Habermeier, K., Chamon, M., Qureshi, M., Reinhart D., (2010, febrero). Capital Inflows: The Role of Controls. Fondo Monetario Internacional. Extraído de <http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>
- 4 The Strategy, Policy and Review Department (2009, setiembre). Review of Recent Crisis Programs. Fondo Monetario Internacional. Extraído de <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/091409.pdf>
- 5 IMF backs capital controls in Brazil, India. Agence-France Presse (2011, 6 de enero). Extraído de <http://www.deccanherald.com/content/127011/imf-backs-capital-controls-brazil.html>
- 6 G-20 to Address Hot Money. The Wall Street Journal (2011, 12 de febrero). Extraído de <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704629004576136080912756002.html>
- 7 Gallagher, K.P. (2010, mayo). Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Treaties. Discussion Paper, Naciones Unidas. Extraído de http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/CapControlsG24.html
- 8 Economists Issue Statement on Capital Controls and Trade Treaties (2011, 11 de enero). Extraído de http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/CapCtrlsLetter.htm
- 9 USCIB Pushes Back Against Efforts to Permit Capital Controls Under FTAs (2011, 8 de febrero). United States Council for International Business. <http://www.uscib.org/index.asp?DocumentID=4052A>
- 10 Financial Services and Capital Transfer Provisions in Recent Free Trade Agreements (2003, 1 de abril). John B. Taylor. Testimonio del Subsecretario de Finanzas sobre Asuntos Internacionales ante el Subcomité de política monetaria internacional e interna, el Comité de comercio y tecnología sobre servicios financieros, Cámara de Representantes. Extraído de [http://www.stanford.edu/~johnbtaylor/taoyorpeeches/Financial%20Services%20and%20Capital%20Transfer%20Provisions%20\(1%20Apr%2003\).doc](http://www.stanford.edu/~johnbtaylor/taoyorpeeches/Financial%20Services%20and%20Capital%20Transfer%20Provisions%20(1%20Apr%2003).doc)
- 11 Transfer of funds (2000) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Extraído de UNCTAD/ITE/IIT/20. <http://www.unctad.org/en/docs/psiteitd20.en.pdf>
- 12 The Funds Role Regarding Cross-border Capital Flows (2010, 15 de noviembre). Elaborado por el Departamento de Estrategia, Políticas y Revisión y el Departamento Legal. Fondo Monetario Internacional. Extraído de <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/111510.pdf>

Cuando las reglas internacionales interactúan: Derecho de inversión internacional y legislación aplicable en conflictos armados

artículo 4

Freya Baetens



Las últimas dos décadas han sido testigos de un gran aumento de diferencias arbitrales entre inversores y estados en virtud de tratados de inversión internacional. La CNUDMI ha reportado 357 casos registrados para finales de 2009; de éstos, 202 casos—o el 57 por ciento—fueron iniciados después de 2004¹. Tribunales independientes emiten decisiones regularmente determinando si los estados han violado las normas de protección de las inversiones garantizadas en virtud de varios tratados de inversión bilaterales y multilaterales—un fenómeno que ha convertido el derecho de inversión internacional en uno de los campos más dinámicos del derecho internacional público.

Sin embargo, si bien se está prestando cada vez más atención a las normas de protección de las inversiones consagradas en los tratados de inversión internacional, es poco el debate que gira en torno a la interacción entre el derecho de inversión internacional y otros sub-campos del derecho internacional. Pero lejos de operar de manera aislada, el derecho internacional tiene implicancias importantes para, y recibe el impacto de, otras normas del derecho internacional, incluyendo el derecho de los derechos humanos, el derecho de comercio internacional y fuentes de derecho regional, tales como las de la Unión Europea.

Este breve ensayo se enfoca en una de las relaciones interactivas que resulta particularmente oportuna dado el actual malestar en algunas partes de Medio Oriente y el Norte de África: el derecho de la inversión extranjera y la legislación aplicable en conflictos armados. Aquí no se expondrán conclusiones definitivas; en cambio, este artículo pretende establecer las áreas para generar un debate más profundo.

La norma de 'plena protección y seguridad'

No existe un vínculo evidente o expreso entre el derecho de inversión internacional y la legislación que se aplica en situaciones de conflictos armados u hostilidades. Sin embargo, las reglas sobre protección de inversores extranjeros no se suspenden automáticamente cuando estalla un conflicto armado; por el contrario, los tratados bilaterales de inversión (TBIs) a menudo contienen cláusulas que abordan precisamente tales situaciones—con frecuencia denominadas cláusulas de 'plena protección y seguridad' o de 'constante protección y seguridad'². Estas cláusulas han sido aplicadas e interpretadas por tribunales arbitrales. En el caso *Amco Asia c. la República de Indonesia*, el socio contractual del inversor a nivel local (PT Wisma) tomó por la fuerza el proyecto de inversión (un hotel) con la ayuda de las fuerzas armadas de Indonesia³. El tribunal decidió que pese a que la toma forzosa no era atribuible a Indonesia, este estado estaba igualmente en falta de sus obligaciones internacionales porque no protegió al inversor contra una toma como tal por parte de ciudadanos indonesios. Asimismo, en el caso *AMT c. Zaire*, el

tribunal sostuvo que Zaire no cumplió con sus obligaciones al no evitar el saqueo de la inversión por las fuerzas armadas⁴.

Notablemente, la interpretación de las cláusulas de plena protección y seguridad ha sido extendida más allá de la seguridad física para garantizar cierto grado de seguridad legal. Ejemplos incluyen los casos *CME c. la República Checa* y *Lauder c. la República Checa*, donde ambos paneles evaluaron los mismos hechos (extinción de contratos), y llegaron a una conclusión diferente, pero coincidieron en que la norma de plena protección y seguridad abarca la protección de los derechos legales, incluyendo el acceso a un sistema judicial⁵. Sin embargo, esta norma prescribe meramente la diligencia debida y no impone responsabilidad absoluta. Además, durante el conflicto armado, los inversores extranjeros también podrían estar protegidos en virtud de otras obligaciones de tratado de inversión, por ejemplo las de expropiación y trato nacional—dependiendo de la formulación del TBI en cuestión.

Conflicto entre normas: ¿Prevalece la protección del inversor o la legislación aplicable en los conflictos armados?

El derecho de inversión internacional presenta una tensión entre su existencia como *lex specialis* primordialmente basado en tratados y su pretensión de ser una proyección de principios del derecho internacional general. De hecho, es congruente con la lógica fundamental del derecho internacional de inversión que sólo las normas de protección de inversión que *deben* ceder el paso a la ley del conflicto armado, se pueden esperar que cedan. No obstante, en un orden legal internacional donde incluso determinados derechos humanos fundamentales están sujetos a derogación en situaciones de conflicto armado, resulta inevitable plantear ciertas cuestiones. Es verdad que el derecho de inversión internacional trasciende sus límites como un régimen primordialmente autónomo; y de hecho, hay áreas donde el derecho de inversión ha tomado prestado por analogía ciertos aspectos del derecho humanitario internacional, tales como la protección de los extranjeros. Sin embargo, los efectos del conflicto armado sobre el derecho internacional en general (y, en particular, la ley de tratados) siguen siendo sustanciales, y hay una extensiva práctica fuera del ámbito del derecho de inversión que explica el efecto del derecho humanitario sobre el derecho internacional general. Por lo tanto, toda pretensión de una continua aplicación del derecho de inversión en situaciones donde el derecho humanitario internacional reemplace el derecho internacional general debe ser examinada con cierta dosis de escepticismo.

Circunstancias excepcionales: Estado de Necesidad y *force majeure*

Conforme a las reglas internacionales sobre responsabilidad estatal, los Estados pueden justificar una 'conducta internacionalmente ilícita' basándose en circunstancias que justifican tal conducta ilícita, más notablemente el estado de 'necesidad' y *force majeure*. Estas justificaciones del derecho internacional general también se aplican en el contexto del derecho de inversión internacional. En el caso *AAPL c. Sri Lanka*⁶, el estado de necesidad militar en particular fue evaluado por el tribunal cuando examinó los actos de las fuerzas de seguridad de Sri Lanka ejecutando una operación para contrarrestar la insurrección durante la cual se destruyó la inversión (un criadero de langostinos). No obstante, el tribunal sostuvo que la fuerza desplegada por las fuerzas armadas había sido excesiva y declaró culpable a Sri Lanka.

El estado de necesidad también fue invocado en casos de crisis económicas tales como los casos *CMS c. Argentina*, *Enron c. Argentina*, *LG&E c. Argentina* y *Sempra c. Argentina*⁷. Sin embargo, los tribunales se han mostrado muy reacios a aceptar una justificación como tal—con la excepción del tribunal en el caso *LG&E* (procedimiento de anulación aun

pendiente). Finalmente, incluso si un tribunal aceptara la justificación del estado de 'necesidad' o de force majeure, esto no necesariamente libera al Estado demandado del pago de indemnización por pérdidas materiales o excluye el ilicitud por la violación de normas perentorias del derecho internacional en general, ya sea que la conducta sea llevada a cabo por el gobierno saliente o por el movimiento insurreccional que conformará el nuevo gobierno, de acuerdo con el principio de continuidad del Estado.

No hay derechos sin obligaciones: cuando los inversores están involucrados en conflictos armados

Al enfocarse solamente en la protección de los inversores durante conflictos armados solo se destaca una parte de la situación; críticamente hablando, los intereses de las comunidades civiles afectadas por un conflicto armado también deben ser protegidos. Estas comunidades necesitan protección no solo de los efectos inmediatos del conflicto armado, sino también de las personas o entidades que manejan los hilos, ya que la gran mayoría de los conflictos armados modernos, si no están basados, al menos están estrechamente conectados con intereses económicos de las partes beligerantes. Las corporaciones que mantienen relaciones comerciales con grupos o entidades socios que al mismo tiempo están involucrados en conflictos armados (internos) pueden estar involucradas indirectamente en la comisión de crímenes graves. A través del otorgamiento de recursos financieros a los grupos armados regionales, por ejemplo, la explotación de recursos naturales en zonas de conflicto, los actores comerciales internacionales pueden incluso incurrir en una responsabilidad penal si saben que sus recursos también están siendo utilizados para abastecer a estos grupos armados con armas posteriormente utilizadas contra civiles. Los crímenes cometidos pueden llegar a ser crímenes internacionales tales como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o incluso genocidio. En tales casos (extremos), los actores corporativos hasta pueden ser sometidos a juicio ante la Corte Penal Internacional por su

“

Notablemente, la interpretación de las cláusulas de plena protección y seguridad ha sido extendida más allá de la seguridad física para garantizar cierto grado de seguridad legal.

”

papel de participación en tales crímenes, si es que puede establecerse la responsabilidad penal individual de la(s) persona(s) a cargo de tales transacciones financieras en nombre de un actor corporativo.

Conclusión

No obstante lo poco probable que pueda parecer a prima vista—las reglas del derecho de inversión internacional y la legislación aplicable en conflictos armados sí interactúan en la práctica. Esto se ha hecho penosamente evidente para los inversores extranjeros en Libia y en otros lugares del Norte de África y el Medio Oriente, donde las personas y la propiedad (particularmente de origen extranjero) están sufriendo violencia y destrucción. Esto plantea la pregunta: ¿los inversores

extranjeros en Libia pueden demandar al gobierno de Libia (actual o futuro) por la pérdida de ganancias debido a la violación de la norma de 'plena protección y seguridad'? Actualmente Libia tiene solo 13 TBIs en vigencia (6 de los cuales son con miembros de la UE) pero otros países que están atravesando por un período de malestar pueden tener muchos más TBIs en vigor—Egipto por ejemplo es parte de más de 70 TBIs. La buena noticia desde la perspectiva del inversor, por supuesto, es que estos tratados siguen siendo válidos pese a cambios radicales de gobierno. Entonces, las obligaciones internacionales continúan vigentes y el gobierno insurreccional que posteriormente se convierta en el gobierno legítimo puede ser declarado responsable por las violaciones que ocurran durante la insurrección. Las implicancias prácticas de esto, sin embargo, no están claras.

En este artículo se ha destacado un ejemplo sobre la manera en que los avances en 'otros campos del derecho internacional' influyen en el desarrollo del derecho de inversión internacional, y también *vice versa*, cómo los avances en el derecho de inversión tienen un impacto sobre la evolución de otros campos del derecho internacional. Esto hace surgir la necesidad de examinar cómo los conceptos, principios y reglas desarrolladas en el contexto de otros sub-campos podríán (o deberían) informar el contenido del derecho de inversión. Además, algunas soluciones concebidas para resolver problemas en esta otras áreas pueden brindar ejemplos para atender problemas actuales en el campo del derecho de inversión. Esto a su vez puede servir como una ayuda para determinar si el derecho de inversión internacional está abierto a avances en otros sub-campos del derecho internacional, o, si está evolucionando en dirección a un régimen autónomo*.

Autor

El Dr. Freya Baetens es Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, en la Universidad de Leiden. Este artículo incluye temas que han sido sugeridos por los miembros del panel sobre 'Inversión Internacional y Conflictos Armados' (la Sra. Meg Kinnear, el Dr. Gleider Hernandez, el Juez (Ret.) Koorosh Ameli y el Dr. Philipp Ambach) en la conferencia sobre "La interacción del derecho de inversión internacional con otros campos del Derecho Internacional Público" (Leiden, 8-9 de abril de 2011); para mayor información sobre la conferencia, véase más abajo. Los temas abordados en el presente artículo, sin embargo, fueron seleccionados únicamente por el autor y no necesariamente son compartidos por todos los miembros del panel.

*Aquellos que estén interesados en discutir más profundamente estos temas, están invitados a participar en la conferencia sobre "La interacción del derecho de inversión internacional con otros campos del Derecho Internacional Público" que tendrá lugar el 8 y 9 de abril de 2011 en la Universidad de Leiden, en los Países Bajos. La misma reunirá a expertos del campo del derecho de inversión internacional y reconocidos especialistas y profesionales de otros sub-campos del derecho internacional. Para consultar un borrador del programa y registrarse online, por favor ingrese a <http://www.law.leiden.edu/research/news/conference-ii.html>

Para consultas, favor de dirigirse al Dr. Freya Baetens en f.baetens@law.leidenuniv.nl

Notas

1 "Latest Issues in Investor-State Dispute Settlement", IIA Issues Nota No. 1 (2010), UNCTAD: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf

2 Para consultar un análisis extensivo al respecto, véase C. Schreuer, 'Full Protection and Security', JIDS (2010) 1–17.

3 Amco Asia Corporation and Others v The Republic of Indonesia, Laudo, 20 de noviembre de 1984, 1 ICSID Rep 413; también véase Rumeli v Kazakhstan, Laudo, 29 de julio de 2008; Saluka Investments BV (The Netherlands) v The Czech Republic, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006; Eastern Sugar v Czech Republic, Laudo Parcial, 27 de marzo de 2007.

4 AMT v Zaire, Laudo, 21 de febrero de 1997, 5 ICSID Rep 11.

5 CME v The Czech Republic, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, 9 ICSID Rep 121; Ronald S. Lauder v The Czech Republic, Laudo, 3 de septiembre de 2001, 9 ICSID Rep 66.

6 AAPL v Sri Lanka, Laudo, 21 de junio de 1990, 4 ICSID Rep 246.

7 CMS Gas Transmission Company v Argentina, Laudo, 12 de mayo 2005; Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentina, Laudo, 22 de mayo de 2007; LG&E Energy Corp and ors v Argentina, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006; Sempra v Argentina, Laudo, 28 de setiembre de 2007.

Noticias en Breve

Grupo de trabajo avanza lentamente hacia un acuerdo sobre transparencia en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Un grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se reunió del 7 al 11 de febrero de 2011 en Nueva York para debatir el acceso a la información sobre diferencias entre inversores y estados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La reunión marcó el segundo encuentro de delegaciones gubernamentales que están trabajando para llegar a un acuerdo sobre el tema de la transparencia en el contexto de las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas, que son ampliamente utilizadas en los arbitrajes entre inversor y estado.

Los debates se enfocaron en tres amplias áreas que se encuentran interrelacionadas: (1) la forma de cualquier trabajo producido por el grupo de trabajo; (2) su aplicabilidad; y (3) su contenido. Si bien los miembros del grupo de trabajo de la CNUDMI parecieron llegar a un acuerdo sobre varios puntos dentro de esas tres categorías, aun hay diferencias con respecto a un número de asuntos fundamentales. La sesión del grupo de trabajo concluyó sin la adopción de ninguna decisión final y sin hacer un cierre de ninguno de los debates.

Avances incrementales, pero sigue el abismo

La reunión de febrero de 2011 vio cierto progreso sobre algunos de los asuntos preliminares examinados la primavera pasada. En cuanto al tema de la forma, por ejemplo, el apoyo a la idea de que el grupo de trabajo debería proceder a redactar reglas claras sobre transparencia se vio cristalizado en oposición a una directiva o principios más vagos.

Con respecto al contenido de estas reglas, muchas delegaciones también defendieron una mayor transparencia en varias etapas de las diferencias entre inversor y estado. En particular, las propuestas de que el público deba ser notificado sobre al menos la existencia de diferencias entre inversor y estado; que deba permitirse la intervención de amicus curiae para presentar escritos en determinadas circunstancias, y que los laudos deban ser hechos públicos, recibieron bastante respaldo.

Las delegaciones expresaron posturas más divergentes sobre otros temas, tales como sí y qué documentos presentados ante los tribunales (tales como escritos, declaraciones de testigos y exposiciones de pruebas) deben ser divulgados.

Otro tema central de debate se relaciona con el alcance y la disponibilidad de excepciones a las nuevas reglas sobre transparencia, y la aplicabilidad de las reglas nuevas sobre transparencia a diferencias surgidas en virtud de tratados existentes y futuros.

Hubo aparente unanimidad sobre la necesidad de contar con una excepción para evitar la divulgación de información confidencial o privilegiada u otro tipo de información protegida bajo la legislación aplicable. También hubo un consentimiento general sobre el hecho de que una excepción para proteger la "capacidad de manejo de los procedimientos arbitrales" sería demasiado amplia, y que podría absorber la regla general que dispone la divulgación pública. No obstante, algunas delegaciones apoyaron la idea de otorgar al tribunal discreción para desviarse de las reglas sobre transparencia para "proteger la integridad del proceso arbitral". Esa excepción fue descrita como la posibilidad de permitir al tribunal proteger la seguridad física y evitar la intimidación de los testigos. Sin embargo, la preocupación por el hecho de que la excepción potencial sobre la "integridad del proceso arbitral" podría ser interpretada más ampliamente, si no fuera definida más específicamente, impulsó objeciones a su inclusión.

En cuanto al tema de la aplicación de las reglas de transparencia en diferencias surgidas en virtud de futuros tratados, la división recayó entre aquellos que prefieren un sistema de tener que adoptar las reglas (el grupo "opt-in") y aquellos que prefieren un sistema de tener que excluir las reglas (el grupo "opt-out"). Los primeros tomaron la postura de que si y cuando se concluyen nuevas reglas de transparencias, éstas deberían ser un instrumento por separado o independiente que solo será aplicado si y cuando los estados tomen la medida específica de adoptar las reglas de transparencia en sus futuros tratados. Una referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en un tratado no incluiría los nuevos componentes de transparencia. Las reglas estándar de la CNUDMI en este escenario serían las reglas genéricas, 'no-transparentes'.

La postura del otro grupo fue que las disposiciones sobre transparencia deberían ser adoptadas en relación con las Reglas de Arbitraje generales de la CNUDMI; y que las referencias a aquellas reglas generales en futuros tratados incorporen automáticamente las reglas de transparencia, a menos que los países especifiquen lo contrario (optando por no utilizar las reglas de transparencia) en sus tratados. En esta opción, las partes de los tratados aun conservarían el poder de no someterse a las nuevas reglas, pero es preciso que lo señalen explícitamente.

Quizás el tema más contencioso se centró en la aplicación de nuevas reglas en diferencias surgidas en virtud de tratados existentes. Se señaló que si las nuevas disposiciones sobre transparencia son incorporadas dentro del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las referencias a estas reglas en los tratados existentes (a diferencia de, por ejemplo, referencias

“

Quizás el tema más contencioso se centró en la aplicación de nuevas reglas en diferencias surgidas en virtud de tratados existentes.

”

más específicas al "Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976"), podrían ser interpretadas para incorporar cualquier modificación al Reglamento de la CNUDMI, incluyendo nuevas disposiciones sobre transparencia.

Algunas delegaciones parecían estar cómodas con, si es que no apoyaban, la noción de que la referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en tratados existentes podría dar como resultado la aplicación de nuevas reglas sobre transparencia en diferencias surgidas en virtud de tratados existentes; otros, sin embargo, objetaron que una aplicación como tal de las disposiciones sobre transparencia en diferencias surgidas de tratados existentes resultaría en una aplicación "retroactiva" objetable o improcedente de las reglas de transparencia.

Para dirimir las diferentes posturas sobre este asunto, el grupo de trabajo discutió el desarrollo de "soluciones creativas" tales como un convenio, interpretación o declaración multilateral que los países podrían adoptar o firmar para aclarar sus posturas sobre sí y cuándo las disposiciones sobre transparencia serían aplicadas a diferencias surgidas de tratados existentes.

El grupo de trabajo solicitó a la Secretaría de la CNUDMI que redacte los posibles textos donde se establezcan estas "soluciones creativas". También se solicitó a la Secretaría que redacte posibles reglas que reflejen las propuestas presentadas sobre contenido. Estos textos serán considerados por el grupo de trabajo durante su próxima reunión, que se encuentra programada para octubre de 2011 en Viena, Austria.

Grupos de la sociedad civil presentan solicitud de amicus en el caso Pac Rim c. El Salvador

El Centro de Derecho Ambiental Internacional, en nombre de La Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador, ha presentado una solicitud ante la Secretaría del CIADI para proceder en calidad de amici curae en una diferencia entre una empresa minera estadounidense y el gobierno de El Salvador.

Las posibles organizaciones amici componen una coalición de organizaciones comunitarias, institutos de investigación y organizaciones ambientalistas, de derechos humanos, sin fines de lucro con un interés común sobre la industria minera de El Salvador.

La solicitud de amici surge en respuesta a un caso de arbitraje por USD\$77 millones contra El Salvador, Pac Rim c. la República de El Salvador. Pac Rim Cayman LLC, una subsidiaria estadounidense de Pacific Rim Mining Corp de Canadá, alega que El Salvador le negó ilegalmente permisos que eran necesarios para explorar y desarrollar operaciones de minería para extraer oro, incluyendo en un sitio para su mina El Dorado. La diferencia está siendo presentada en virtud del Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC).

En 2002, los Ministerios de Economía y Medio Ambiente otorgaron permisos de exploración a Pacific Rim para determinar el potencial para desarrollar la minería de oro en el país. No mucho después de que la empresa comenzara la exploración, los miembros de la comunidad comenzaron a preocuparse por la contaminación del suelo y del agua asociada con el agua con cianuro utilizada en el proceso de minería de oro. La Mesa trabajó activamente para concientizar sobre el potencial de la minería para devastar el medio ambiente de El Salvador.

Pacific Rim reclama que invirtió USD\$77 millones para adquirir, mejorar y conservar los derechos de exploración y explotación. Sin embargo, el gobierno de El Salvador dejó de otorgar permisos de exploración mientras se elaboraba la evaluación de impacto ambiental.

Las áreas de explotación minera propuestas por Pac Rim todas se encuentran dentro de la cuenca del Río Lempa, el río más grande y más importante de El Salvador y la fuente de agua dulce para abastecer a aproximadamente la mita de la población de 6 millones de este país. De acuerdo con los potenciales amici, la gente que vive cerca de las zonas de exploración minera observó los impactos negativos relacionados con la exploración minera tan pronto como en 2004. Las comunidades que habitan cerca del sitio El Dorado reportaron un reducido acceso al agua, agua contaminada y plantearon cuestiones sobre el daño a la agricultura y problemas de salud. El potencial de las consecuencias ambientales adversas de la explotación total del proyecto podría ser mucho más dramático.

Las comunidades comenzaron a organizar su oposición a las actividades mineras, y transmitieron su preocupación a otros individuos, organizaciones y funcionarios del gobierno. En 2005, los miembros de la comunidad formaron el Comité Ambiental de Cabañas, que luego se reunió con otras organizaciones de la sociedad civil para formar La Mesa como una organización general nacional.

La creciente oposición de la comunidad gradualmente fue captando la atención del gobierno de El Salvador. En 2008, el entonces Presidente Elías Antonio Saca señaló que la explotación minera de metales no debería seguir en El Salvador sin realizar otro estudio sobre los posibles impactos ambientales y la codificación de leyes mineras más estrictas. En enero de 2010, el Presidente Carlos Mauricio Funes estableció una "Evaluación Ambiental Estratégica sobre Minería Metálica en El Salvador". El Departamento de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía terminará e informará sobre su Evaluación Ambiental Estratégica en mayo de 2011.

“

Las áreas de explotación minera propuestas por Pac Rim todas se encuentran dentro de la cuenca del Río Lempa, el río más grande y más importante de El Salvador y la fuente de agua dulce para abastecer a aproximadamente la mita de la población de 6 millones de este país.

”

Los amici alegan que las consecuencias ambientales no fueron delineadas en la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de Pac Rim. Un experto en hidrogeología revisó la EIA y declaró que los organismos de regulación en las naciones desarrolladas llamarían al informe "de bajo nivel". El informe, si bien consta de 1.400 páginas, presenta casi una completa falta de datos aplicados como punto de referencia sobre la cantidad y la calidad del agua, evitando así toda futura comparación y evaluación significativa.

Los amici alegan que la jurisdicción de un tribunal del CIADI bajo el Artículo 25 solo se extiende a "diferencias legales", y el Artículo 10.1 del TLCAC solo se aplica a diferencias sobre "medidas". Estas limitaciones juegan un papel jurisdiccional crucial, según afirman los amici, que argumentan que esta terminología es un reconocimiento de que las políticas públicas generales están fuera de los límites de la función judicial y que no son una fuente de "diferencias legales".

Además, los amici argumentan que a pesar de la demanda presentada por Pac Rim contra la República de El Salvador, el verdadero foco de la diferencia es entre Pac Rim y las comunidades organizadas independientemente que se verían afectadas por la mina propuesta. Pac Rim está utilizando el proceso del CIADI para sacar una "ventaja ilegítima" frente a sus opositores en la diferencia sobre las políticas internas de El Salvador en cuanto a la minería.

El mayor productor de plomo de Norteamérica presenta notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje contra Perú

El productor de plomo Renco Group tomó acciones para arbitrar contra Perú en diciembre de 2010. Renco, en nombre de sí mismo y su subsidiaria Doe Run Peru (DRP), reclama que la conducta de Perú lo expuso indebidamente al riesgo de

reparación ambiental, daño ambiental y lesiones personales, lo que la llevó a cerrar sus operaciones de fundición y refinado.

Renco alega que la conducta de Perú violó varios acuerdos contractuales y el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) entre EUA y Perú.

Como compensación, Renco está reclamando al menos US\$800 millones por daños. Además, Renco busca un laudo que declare a Perú exclusivamente culpable por varias demandas civiles contra Renco y DRP por parte de los habitantes cercanos a las instalaciones de DRP en Perú.

La diferencia afecta a La Oroya, un pueblo ubicado en lo alto de los Andes con una población aproximada de 30.000 habitantes, que creció junto con la instalación de una planta de fundición y refinado de metal en 1922. Años de operaciones y subproductos industriales tóxicos derivados de las operaciones de refinado y fundición han dejado altos niveles de contaminantes en el aire, el agua y el suelo de la región¹. De acuerdo con Renco, cuando DRP compró su negocio en 1997, el gobierno peruano acordó limpiar “gran parte de” la contaminación preexistente en y alrededor de La Oroya².

Posteriormente, DRP solicitó al gobierno peruano varias extensiones de la fecha límite para realizar las tareas de gestión y limpieza ambiental. Según Renco, debió hacer esto por que el gobierno peruano subestimó el trabajo que esta limpieza involucraría, por la expansión de las obligaciones impuestas sobre DRP, y por las dificultades financieras relacionadas con el mercado metalúrgico³.

Sin embargo, en julio de 2010, después de que DRP perdiera la extensión de la fecha límite para probar que tenía la capacidad financiera necesaria para reiniciar las operaciones y terminar la limpieza ambiental, el permiso para continuar con sus operaciones fue cancelado.

“

Años de operaciones y subproductos industriales tóxicos derivados de las operaciones de refinado y fundición han dejado altos niveles de contaminantes en el aire, el agua y el suelo de la región.

”

Esta situación ha llamado la atención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual emitió una petición en 2009. La Comisión alega que cuando el gobierno peruano le otorgó a DRP una extensión de tiempo para completar sus esfuerzos de reparación ambiental, el mismo le permitió indebidamente a la empresa posponer la limpieza ambiental⁴. Los peticionarios, que son los residentes de La Oroya, reclaman que el estado permitió las actividades comerciales para fraguar intereses relativos a la salud pública.

Petición de organizaciones canadienses ante el Parlamento Europeo sobre disposiciones de inversión en trato comercial

Una coalición de organizaciones canadienses está preocupada por los mecanismos de protección de los inversores bajo negociación en el Acuerdo Comprensivo

Económico y Social entre Canadá y la UE (por sus siglas en inglés, CETA). El CETA pretende liberalizar el comercio y la inversión entre Canadá y Europa, potenciando su relación económica; sin embargo, los oponentes alegan que el CETA dará como resultado un déficit considerable en Canadá, la pérdida de empleos y una desatención del bienestar público.

Un marco al estilo del Capítulo 11 del TLCAN inspiró las normas del CETA para proteger a los inversores. Anteriormente, los acuerdos comerciales europeos excluían estas protecciones sustanciales de los inversores y los métodos de arbitraje.

Los defensores del acuerdo señalan a la promesa de que CETA será un acuerdo económico mutuamente beneficioso. Los gobiernos de Canadá y la UE apuntan al potencial de estos acuerdos para mejorar la inversión, la movilidad laboral y la cooperación regulatoria.

Pero en una carta dirigida al Parlamento Europeo, los opositores canadienses apuntaron a las radicales cláusulas de protección de los inversores. Los mismos alegan que las medidas socavarán la capacidad de los estados de autorregularse, temiendo que disposiciones similares a las del TLCAN ponen los intereses económicos de los inversores por encima del bienestar público.

Las disposiciones relativas a los inversores del TLCAN originalmente intentaban evitar que los inversores fuesen victimizados por sistemas legales inadecuados. Sin embargo, el CETA no necesita hacer un enfoque de la protección de los inversores de la misma manera – Canadá y la UE ambos tienen canales judiciales adecuados para apoyar las reclamaciones de inversores, alegan las organizaciones canadienses, que incluyen sindicatos de trabajadores y grupos de expertos.

Los opositores del CETA destacan los \$CAD 157 millones por daños que Canadá ya ha perdido en las reclamaciones relativas al TLCAN. Aseguran que el CETA dará como resultado mayores pérdidas financieras y obstaculizará las políticas sociales progresivas porque la protección de los inversores se apropiará de los mejores intereses de los ciudadanos.

Notas

1 Patrick J. McDonnell, Town Built on Lead Weighs the Fallout, Los Angeles Times, 18 de junio de 2007, <http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-peru18jun18,0,1472010.story?page=2>

2 Notificación de intención para someter una reclamación a arbitraje, párrafo 3.

3 Notificación de intención para someter una reclamación a arbitraje, párrafos 30-31.

4 Petición de Earthjustice a la CIDH 2006, pág. 67, véase nota al pie 1

Laudos y Decisiones

Firma del RU triunfa frente a Rusia, pero los daños son mucho menores a los solicitados *RosInvestCo c. la Federación Rusa (Caso del SCC No. Arb. V079/2005)*
Lise Johnson

En un laudo con fecha del 12 de septiembre de 2010, el tribunal en el caso RosInvestCo v. Russian Federation concluyó que la Federación Rusa había expropiado ilegalmente la propiedad de RosInvestCo, pero la victoria del demandante se vio enmudecida al recibir solo US\$3.5 millones de su reclamación por US\$232.7 millones.

El laudo es particularmente notable por su tratamiento de la disposición de nación más favorecida (NMF), y específicamente al grado en que la disposición permite a los inversores “elegir a su gusto” las cláusulas más favorables de los TBIs sin tener cuenta a disposiciones que podrían restringir los derechos otorgados en las mismas.

El tema relativo al alcance de la disposición de NMF surgió en primer lugar a partir de la decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal en octubre de 2007. En la misma, el tribunal determinó que el tratado bilateral de inversión (TBI) entre el RU y Rusia no le otorgaba el poder de atender la diferencia; sin embargo, el tribunal concluyó que RosInvestCo podría utilizar la disposición de NMF contenida en este tratado para introducir una disposición de arreglo de diferencias más amplia encontrada en el TBI entre Dinamarca y Rusia.

En el laudo de 2010, el tribunal nuevamente abordó la capacidad de RosInvestCo de basarse en una disposición más amplia para el arreglo de diferencias presente en el TBI entre Dinamarca y Rusia. Esta vez, el tribunal consideró si también debería tomar en cuenta las limitaciones de estas disposiciones contenidas en el mismo TBI; específicamente la escisión de diferencias relativas a la imposición de impuestos.

Luego de señalar que no necesitaba resolver definitivamente este asunto, efectivamente el tribunal no consideró dichas limitaciones en el laudo.

Antecedentes

A principios de diciembre de 2003, las autoridades fiscales rusas comenzaron a re-evaluar las responsabilidades impositivas de Yukos Oil Corporation, reclamando a esta compañía miles de millones de dólares en impuestos atrasados y penalidades emitidas en contra de la misma. Para el 16 de noviembre de 2004, esas valuaciones impositivas alcanzaron aproximadamente los US\$15 mil millones, y el gobierno había tomado medidas para comenzar a cobrar esta suma.

Cuando se desplomó el valor de las acciones de Yukos, RosInvestCo, una corporación inglesa, compró un total de siete millones de acciones de la compañía a finales de 2004, presuntamente basándose en que el mercado había sobreestimado los riesgos de Yukos.

Sin embargo, Rusia siguió en su esfuerzo por cobrar los impuestos y penalidades asociadas, que para mediados de diciembre de 2004 se elevaban a una suma de aproximadamente US\$20 mil millones. Rusia empezó a rematar una parte esencial del negocio de Yukos el 19 de diciembre de 2004. Los bienes restantes fueron posteriormente liquidados en una serie de remates, el último fue realizado el 15 de agosto de 2007.

RosInvestCo presentó una solicitud de arbitraje en octubre de 2005, afirmando que por medio de las valuaciones impositivas, penalidades y las acciones de cumplimiento se expropió la propiedad de RosInvestCo en violación del TBI vigente entre el Reino Unido y Rusia.

En cuanto a los méritos, Rusia se defendió basándose en diferentes fundamentos, incluyendo que las medidas no fueron

expropiatorias porque fueron hechas en legítimo ejercicio de su poder fiscal y policial; y que las acciones del gobierno no habían causado ninguna pérdida sustancial o permanente, ni interfirieron con las expectativas legítimas del inversor.

Análisis del laudo

De acuerdo con el tribunal, determinar si las valuaciones impositivas, penalidades y acciones de cumplimiento tomadas por Rusia implicaron la expropiación de la propiedad de la empresa, depende de si fueron: (1) bona fide, (2) no-discriminatorias y (3) no-confiscatorias.

El tribunal concluyó que “algunas de las explicaciones y argumentos de la Demandada [justificando sus valuaciones impositivas y acciones de cumplimiento] parecían plausibles”¹, que el remate del 19 de diciembre de 2004 parecía “haber sido conducido dentro de los límites de discreción consagrados por el derecho ruso”², y que los remates relacionados con la quiebra parecían ser congruentes con el derecho ruso e incluso conforme a “las normas más elevadas aplicables en virtud del IPPA [TBI]”³. [La traducción nos pertenece]

Finalmente, el tribunal concluyó que “las medidas tomadas por la Demandada, considerando su efecto acumulativo para Yukos”, no pasaron la prueba de ser bona fide, no-discriminatorias y no-confiscatorias, y por lo tanto, constituyeron una expropiación⁴. Sin embargo, el tribunal se rehusó a determinar si alguna de las medidas recusadas, consideradas por separado, constituiría una violación del TBI.

Con respecto a los argumentos de Rusia en cuanto a las expectativas legítimas de RosInvestCo y sus presuntas pérdidas (o, más precisamente la ausencia de las mismas), el tribunal determinó que estas cuestiones se relacionan con la suma de los daños que serían otorgados, no con el hecho de si hubo una expropiación o no. El hecho de que el tribunal encontró los argumentos de Rusia sobre estas cuestiones persuasivos se ve reflejado en su decisión de otorgar a RosInvestCo solo una fracción de la suma reclamada.

El extenso análisis de los méritos en el laudo es destacable por su tratamiento de temas tales como los límites de la legítima libertad regulatoria del gobierno, los elementos de una demanda de expropiación y la determinación de daños. Asimismo, el laudo es particularmente remarcable por su tratamiento de jurisdicción y, dentro de este tema más amplio, la cuestión específica de determinar si y cómo la cláusula de exención de “impuestos” dentro del alcance del TBI entre Dinamarca y Rusia podría afectar la capacidad del tribunal de basarse en las disposiciones relativas al arreglo de diferencias de dicho acuerdo (en conjunción con el artículo de NMF contenido en el TBI entre el RU y Rusia) para atender la demanda de RosInvestCo.

Análisis: tribunal permite a inversor hacer uso de la disposición de NMF

Tal como se mencionó anteriormente, el tribunal determinó, en su decisión jurisdiccional de 2007, que el TBI entre el RU y Rusia, independientemente, no le otorgaba la autoridad para determinar si había habido una expropiación o no. El tribunal concluyó, sin embargo, que podía ejercer jurisdicción sobre la diferencia utilizando la disposición de NMF presente en el TBI entre el RU y Rusia para introducir una disposición más amplia de arreglo de diferencias contenida en el TBI entre Dinamarca y Rusia.

Después de que la decisión sobre jurisdicción fuera emitida, Rusia afirmó que pese a que el TBI entre Dinamarca y Rusia contenía disposiciones más amplias de arreglo de diferencias entre inversor y estado, estas disposiciones estaban limitadas por una excepción bajo el Artículo 11(3) que escindía la “imposición de impuestos” del alcance del acuerdo. Así, según lo expresado por Rusia, debido a que (1) el TBI entre Dinamarca y Rusia, sobre el cual el tribunal basó

su jurisdicción, no permitía el arbitraje de diferencias entre inversor y estado relativas a la “imposición de impuestos” y dado que (2) todas las reclamaciones de RosInvest se basaron en la imposición de impuestos por Rusia, el tribunal no tenía jurisdicción sobre la diferencia.

En respuesta, RosInvestCo intentó enmarcar su reclamación como para sacar las valuaciones impositivas del eje de la diferencia. Alegó que estas valuaciones fueron pretextos para la expropiación, pero que en sí mismas no expropiaron su propiedad. De acuerdo con el demandante, su propiedad fue expropiada a través de remates conducidos para cobrar dichos impuestos. RosInvestCo también citó la decisión del caso Renta 4 S.V.S.A. v. The Russian Federation para respaldar este argumento. En ese caso, Rusia esencialmente había presentado el mismo argumento en torno al impacto del Artículo 11 sobre excepción de “impuestos” tal como lo hizo en el caso RosInvestCo. Sin embargo, el tribunal del caso Renta desestimó este argumento en términos inciertos, declarando que “[p]ensar que diez palabras que aparecen en una serie de disposiciones incidentales cerca del final del TBI danés brindaría una escapatoria para evadir los compromisos esenciales de protección del inversor sería absurdo”⁵. [La traducción nos pertenece]

El tribunal del caso RosInvestCo reconoció que pese a que ya había determinado que tenía jurisdicción en base al Artículo 8 del TBI entre Dinamarca y Rusia, “podría alegarse que... [e]l Tribunal está obligado a importar el Artículo 8 en su contexto, es decir, sujeto al Artículo 11”⁶. No obstante, en vez de aceptar o rechazar este argumento, el tribunal optó por dejar el tema sin resolver, declarando que su resolución era “irrelevante”⁷. El tribunal explicó que, al momento de evaluar la responsabilidad, no consideraría si hubo “una expropiación por medio de la imposición de impuestos”. Sino, en cambio, determinaría si la “combinación acumulativa” de las medidas impositivas y los consecuentes remates expropiaron la propiedad de RosInvestCo⁸. Según el tribunal, un enfoque de la “totalidad de las circunstancias” como tal que subsume las medidas impositivas dentro del grupo más amplio de la conducta recusada evitaba la necesidad de determinar qué impacto, si hubiere alguno, la excepción de impuestos bajo el Artículo 11 tuvo en su jurisdicción.

Los casos de RosInvestCo y Renta reavivan el debate sobre el alcance apropiado de la cláusula de NMF. En efecto, ambas decisiones permiten a un inversor cubierto por el TBI “básico” entre el RU y Rusia utilizar la disposición de NMF del tratado para gozar de las protecciones de un “super tratado” no existente —un tratado compuesto solo por las protecciones favorables de otros acuerdos disponibles, y no por las limitaciones que los países insertan específicamente en dichos acuerdos.

Significativamente, al permitir a un inversor del RU gozar de disposiciones más favorables de arreglo de diferencias del TBI entre Dinamarca y Rusia desarticuladas de las excepciones impositivas u otras excepciones contenidas en el acuerdo, se permitiría también al mismo inversor gozar de un trato más favorable que un inversor danés cubierto por el TBI entre Dinamarca y Rusia. Esto plantea la pregunta: si un inversor danés fuera a presentar una reclamación en virtud del TBI entre Dinamarca y Rusia, ¿podría citar el tratamiento que fue realmente concedido al inversor del RU como fundamento para pasar por encima de la excepción impositiva del Artículo 11?

Discutiblemente, el enfoque permitido en el caso RosInvestCo (y explícitamente sancionado en el caso Renta) convierte la disposición de NMF de ser una herramienta para evitar la discriminación entre inversores extranjeros de diferentes países, a una herramienta que incrementa gradualmente las protecciones de tratado más allá de las intenciones de las partes contractuales.

Notas

1 Paras. 97, 520, 524, 557, 567, 612.

2 Para. 522.

3 Para. 535.

4 Para. 633 (emphasis added); see also paras. 498, 525, 557, 575.

5 Renta 4 S.V.S.A. v. Russian Federation, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, para. 74.

6 Para. 270(a).

7 Para. 271.

8 Para. 271.

Panamá libre de reclamos presentados por inversor de EUA por diferencia sobre planta de energía Nations Energy Inc., et al. c. la República de Panamá, Caso del CIADI No. ARB/06/19

Jennifer Donofrio

Se ha ordenado a un grupo de inversores americanos que pague US\$4.6 millones a Panamá como una recuperación parcial de los gastos y costos asumidos por Panamá en una diferencia del CIADI.

En su laudo del 24 de noviembre de 2010, redactado en español, el tribunal de tres miembros desestimó por mayoría todos los reclamos presentados por Nations Energy Inc., Jaime Jurado y Electric Machinery Enterprises, Inc.—un consorcio de inversores de EUA en una planta de energía eléctrica panameña.

Los demandantes tenían participación en COPESA, una corporación de energía panameña bajo acuerdo para construir y operar una planta de energía. La construcción de la planta de COPESA comenzó en 1998, cuando una ley impositiva panameña estaba en vigor que era particularmente favorable para los inversores extranjeros. Sin embargo, Panamá derogó la ley en 1999.

Varios años después, los inversores procedieron a vender sus acciones y a asegurarse la transferencia de los créditos fiscales. De acuerdo con los demandantes, la correspondencia de la DGI (Dirección General de Ingresos, el servicio impositivo interno de Panamá) parecía indicar —hipotéticamente— que la transferencia de los créditos fiscales sería permisible. Esta aprobación se hizo en respuesta a la solicitud de los demandantes con respecto a los créditos fiscales relacionados con los préstamos otorgados por un banco. En la solicitud de los demandantes no se mencionaron las inversiones indirectas o la posibilidad de que COPESA emitiera las acciones y los créditos fiscales asociados con las mismas.

La solicitud específica de los demandantes en torno a COPESA y la transferibilidad del crédito fiscal fue denegada en 2005 conforme a la actual legislación panameña. Dado que la transferencia de los créditos fiscales fue prohibida, según los demandantes, vender los bonos y acciones se tornó casi imposible, y esto contribuyó a la ruina financiera de COPESA.

Bajo el TBI entre EUA y Panamá, los demandantes citaron trato injusto e inequitativo y la expropiación indirecta en relación con la negativa de permitir la transferencia de créditos fiscales a terceras partes. Solicitaron US\$62 millones en daños contra Panamá aparte de la reparación por los costos, honorarios e intereses.

Al rechazar la demanda de trato justo y equitativo, el tribunal remarcó que el TBI permite entablar reclamaciones sobre “cuestiones impositivas” en solo unas pocas circunstancias, tales como la presunta expropiación. Las políticas impositivas, determinó el tribunal, recaían fuera de los parámetros de la demanda de trato justo y equitativo.

Posteriormente, el tribunal discutió si la negación por parte de Panamá de permitir a los demandantes transferir los créditos fiscales podría ser calificada como una expropiación bajo el TBI. El tribunal determinó que un “derecho hipotético” a transferir los créditos fiscales no era un “atributo verdadero” de posesión de propiedad que justifique una demanda de expropiación.

En una opinión disidente, José María Chillón Medina, el árbitro designado por los demandantes, expresó su desacuerdo sobre algunas decisiones de sus colegas Claus von Wobeser (designado por Panamá) y Alexis Mourre (Presidente). Disintió

de lo dispuesto por la mayoría sobre la norma de trato justo y equitativo, los créditos fiscales y los costos del arbitraje.

Medina consideró la disposición de trato justo y equitativo contenida en el TBI como un requisito para una norma específica de equidad, incluso en áreas que involucran la imposición de impuestos. De otra manera, argumentó, uno de los grandes propósitos del tratado —proteger las inversiones— fácilmente podría quedar sin sentido.

Además, Medina acentuó que los créditos fiscales estaban vigentes cuando los demandantes iniciaron sus inversiones. Reconoció la importancia de la soberanía estatal sobre la política financiera, pero alegó que un Estado puede cambiar una ley mientras también preserva los derechos otorgados en una regulación previa.

Asimismo, Medina alegó que los demandantes tenían una expectativa razonable de que había un marco legal estable que los protegería contra la pérdida de valor de las inversiones. En su opinión, la decisión del tribunal obstaculizó el ambiente de inversión e infringió la responsabilidad internacional.

Finalmente, Medina no estuvo de acuerdo con que los demandantes debieran asumir los costos del arbitraje. Señaló que los acusados también presentaron demandas que el tribunal rechazó. Por lo tanto, los demandantes no deberían haber sido atribuidos todos los gastos del arbitraje ya que ambas partes presentaron demandas que el tribunal finalmente desestimó.

Demandantes holandeses despejan obstáculo jurisdiccional en reclamación contra Venezuela *Cemex v. Venezuela Caso del CIADI No. ARB/08/15* **Jennifer Donofrio**

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ha dictaminado que la ley de inversión de 1999 de Venezuela no establece un consentimiento a arbitraje. No obstante, el tribunal concluyó que tiene jurisdicción para atender la demanda presentada por inversores holandeses en virtud del TBI entre los Países Bajos y Venezuela.

Cemex Caracas y Cemex Caracas II reclaman que la planta de cemento de la cual eran propietarios indirectos fue expropiada sin indemnización.

El primer demandante, Cemex Caracas Investments BV, y su subsidiaria en propiedad absoluta, Cemex Caracas II Investments BV, ambas fueron incorporadas en los Países Bajos.

Cemex Caracas II poseía el 100% de las acciones de la empresa Vencement Investments, de Las Islas Caimán, que a su vez poseía el 75,7% de las acciones de Cemex Venezuela (CemVen), una empresa cementera incorporada que opera en Venezuela. (Los demandantes de ahora en adelante serán llamados “Cemex”).

Cemex reclamó que el tribunal del CIADI tenía jurisdicción para atender el caso bajo el derecho de inversión de Venezuela y conforme al TBI entre los Países Bajos y Venezuela. En particular, los demandantes apuntaron al Artículo 22 del derecho de inversión de Venezuela, alegando que el mismo disponía el consentimiento a arbitraje internacional con inversores extranjeros. Ambas demandas fueron recusadas por Venezuela.

Venezuela alegó que el TBI exigía que la inversión fuera “de” los demandantes. Sin embargo, la inversión en disputa fue realizada a través de la empresa intermediaria de Las Islas Caimán; por lo tanto, de acuerdo con Venezuela, la inversión en CemVen no satisfacía este criterio.

El tribunal solicitó aclaración evaluando la intención estatal al momento de la promulgación de la ley de inversión. En el momento de la adopción de la ley, Venezuela ya había ratificado 17 TBIs. Los anteriores TBIs, en términos simples, ofrecían ya sea el consentimiento incondicional a arbitraje en el CIADI o el consentimiento al CIADI con la solicitud del ciudadano involucrado.

El tribunal concluyó que si Venezuela hubiera tenido la intención

de dar consentimiento anticipado a arbitraje en el CIADI, los redactores del Artículo 22 lo habrían expresado explícitamente. Por lo tanto, se consideró que la ley de inversión venezolana no daba consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

Sin embargo, el tribunal razonó que el TBI cubre las inversiones indirectas. Citó interpretaciones similares de TBI en casos anteriores donde se trató la propiedad indirecta, tal como en el caso *Siemens c. Argentina*, al determinar su jurisdicción sobre el procedimiento. El tribunal estableció que el TBI autorizaba a Cemex a entablar una reclamación por la presunta violación de sus inversiones indirectas.

Este es el segundo tribunal del CIADI que determinó que el Artículo 22 no abre las puertas al arbitraje en el CIADI. Una conclusión similar fue expresada en la decisión jurisdiccional del 10 de junio de 2010 con respecto a las subsidiarias de Exxon-Mobil y Venezuela⁹.

El tribunal postergó la determinación de los costos del procedimiento a una etapa posterior del arbitraje.

Notas

⁹ *Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27

Gobierno de Tayikistán viola Tratado de la Carta de la Energía, pero se desestima reclamación de inversor *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tayikistán, Caso del SCC No. V (064/2008) (ECT)* **Jennifer Donofrio**

Un tribunal de la Cámara de Comercio de Estocolmo ha desestimado una reclamación de un inversor austriaco en una diferencia con Tayikistán sobre licencias de exploración de energía, pese a concluir que el gobierno de Tayikistán había violado el Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT).

En 1998, el inversor, Mohammad Ammar Al-Bahoul, entró en negociaciones sobre la exploración de gas y petróleo con el gobierno de Tayikistán. Pese a que los permisos no fueron otorgados, la exploración de energía comenzó igualmente.

El Sr. Bahoul alegó que solicitó reiteradamente, y el gobierno de Tayikistán prometió en repetidas ocasiones, las licencias y permisos necesarios. A raíz de los crecientes problemas técnicos y de gestión, el demandante detuvo las operaciones. El mismo también descubrió que otras organizaciones obtuvieron acceso a zonas exploratorias que anteriormente le habían sido ofrecidas de manera exclusiva.

En un laudo parcial de septiembre de 2009—hecho público recientemente—se afirmó que el gobierno de Tayikistán había violado el ECT cuando las licencias de exploración de energía prometidas nunca fueron otorgadas. La decisión fue confirmada en un laudo final dictado el 8 de junio de 2010.

Pero si bien el demandado había solicitado al tribunal ordenar a Tayikistán que emita las licencias de exploración, dicha solicitud fue considerada inviable dada la falta de disponibilidad y cooperación de Tayikistán en el procedimiento, el tiempo que pasó desde la solicitud inicial de las licencias por parte del demandante, y la presencia de otras empresas en el territorio vinculado a las licencias.

Considerando el desempeño específico, el demandante solicitó una reparación por daños de aproximadamente US\$230 millones y casi US\$240 millones en intereses. Pero el tribunal estableció que el demandante basó estas cifras en predicciones hipotéticas y declinó la solicitud de reparación por daños.

Sin embargo, el tribunal ordenó a Tayikistán que pague una parte de los costos legales y de arbitraje del demandante. También dejó abierta la posibilidad de que el demandante presente alegatos por gastos a los que pueda incurrir “en circunstancias futuras” dada la “continua violación” del ECT por Tayikistán.

Publicaciones en Eventos

Nueva publicación de la serie de la CNUDMI sobre temas relativos a los Acuerdos de Inversión Internacional

“Scope and Definition” (Alcance y definición), CNUDMI, Marzo de 2011

En el nuevo estudio de la CNUDMI titulado “Scope and Definition” se examina la manera en que los conceptos de “inversión” e “inversor” han sido definidos en los acuerdos de inversión internacional (AIs), y cómo las diferentes definiciones han afectado a los países que reciben la inversión externa directa (IED). En el estudio también se destaca que hay una tendencia en los recientes AIs de definir más concretamente el alcance de estos dos términos, posiblemente en respuesta a las interpretaciones de los tribunales arbitrales en el pasado. El escrito concluye con una sección sobre las opciones de políticas para los negociadores de los AIs. Se alega que agregar una dimensión de políticas de desarrollo a la definición técnica de inversión ayudaría a colocar las preocupaciones sobre desarrollo en el centro de los objetivos de los acuerdos, y al frente de las consideraciones de los tribunales (es decir, incluso antes de emprender una evaluación sustantiva de las medidas impugnadas del país anfitrión). De acuerdo con la CNUDMI, la adopción de una práctica como tal sería una medida importante para hacer que los AIs contribuyan a la sustentabilidad económica. El estudio está disponible en: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=5885&lang=1>

“Most-favoured Nation Treatment” (Trato de Nación más Favorecida), CNUDMI, enero de 2011

En este escrito de la CNUDMI se hace un recuento sobre la evolución de las cláusulas de trato de nación más favorecida (NMF) en los AIs y se explica el trato de NMF y algunos de los temas clave que surgen en la negociación de los acuerdos, particularmente el alcance y la aplicación de la disposición de trato de NMF para la liberalización y protección de los inversores extranjeros en la práctica reciente relativa a estos tratados. Posteriormente, en el escrito se analiza si y bajo qué condiciones la aplicación de las cláusulas de trato de NMF contenidas en los AIs pueden ser utilizadas por los tribunales arbitrales para modificar la protección sustantiva y las condiciones de los derechos otorgados a los inversores bajo los AIs para entrar y operar a un Estado anfitrión. El escrito brinda opciones de políticas con respecto a la aplicación tradicional del trato de NMF e identifica reacciones de los Estados ante el inesperado uso amplio del trato de NMF, y proporciona varias opciones para redacción, tales como especificaciones o limitaciones del alcance de la aplicación del trato de NMF a ciertos tipos de actividades, aclarando la naturaleza del “trato” bajo el AI, clarificando la comparación que debe hacer un tribunal arbitral así como la calificación de la comparación “en circunstancias similares” o excluyendo su uso en casos entre inversor y Estado. El estudio se encuentra disponible en: <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=14358&intItemID=5821&lang=1>

“Land deals in Africa: What is in the contracts?” (Tratos agrarios en África: ¿Qué hay en los contratos?), Lorenzo Cotula, IIED, febrero de 2011

En este escrito elaborado por Lorenzo Cotula del International Institute for Environment and Development (IIED) se analizan doce tratos agrarios en diferentes partes de África y sus más amplios marcos legales. Se discuten las cuestiones contractuales que requieren el escrutinio público, y pretende promover un debate público informado sobre las mismas. Los temas clave identificados en el escrito se relacionan con el proceso contractual, la justicia económica entre el inversor y el país anfitrión, la distribución de los riesgos, costos y beneficios dentro del país anfitrión, el grado de integración de asuntos sociales y ambientales, y el grado en el cual el equilibrio entre las consideraciones económicas, sociales y ambientales pueden evolucionar a lo largo de los plazos de duración de estos contratos que a menudo son extensos. En el estudio se señala que en lugar de apurarse a firmar contratos agrarios, los gobiernos deberían promover un debate público vigoroso y transparente sobre el futuro de la agricultura en su país. Las organizaciones de productores deben ser fundamentales en el debate, y el escrutinio de la sociedad civil puede ayudar a que

el interés renovado sobre la agricultura trabaje para alcanzar un desarrollo sostenible de base amplia. Esta investigación pretende brindar una base empírica para estos procesos y contribuir a que los mismos se encaminen en esa dirección. El informe está disponible en: <http://pubs.iied.org/12568IIED.html?a=Cotula>

“Foreign Direct Investment in Times of Crisis” (La inversión externa directa en tiempos de crisis),

Lauge Skovgaard Poulsen, Gary Clyde Hufbauer, Peterson Institute for International Economics, Working Paper Series WP11-3, enero de 2011

En este escrito se compara la recesión de la inversión externa directa (IED) con las respuestas de la IED a las crisis económicas del pasado. Se señala que pese a que los flujos de salida de los países desarrollados han sufrido mucho al igual que los principales países desarrollados después de las crisis pasadas, los flujos de salida parecen que se están recuperando más lentamente esta vez. A diferencia del declive general en los últimos años, los flujos de entrada a los mercados emergentes a menudo se mantuvieron estables durante sus pasadas crisis económicas. Ambos patrones indican que la escala global de la crisis actual ha generado una mayor respuesta de la IED que la generada después de las crisis específicas en un país determinado en el pasado. En comparación con los baches económicos mundiales desde la década de 1970, la actual recesión de la IED también ha tenido una mayor magnitud. La excepción es la caída de la IED a principios de la década del 2000, pese a la menor crisis económica de ese momento. En el estudio se recomienda que los creadores de políticas no solo liberalicen en mayor medida los regímenes de la IED—tal como es el patrón habitual durante crisis anteriores—sino que más bien utilicen esta caída para repensar sus políticas relativas a la IED con un enfoque mejorado sobre la promoción de la “IED sostenible”. El estudio está disponible en: <http://ideas.repec.org/p/iie/wpaper/wp11-3.html>

Eventos 2011

8-9 de Abril

THE INTERACTION OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW WITH OTHER FIELDS OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (LA INTERACCIÓN DE LA LEY DE INVERSIONES INTERNACIONALES CON OTROS CAMPOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO), Leiden, Países Bajos, <http://law.leiden.edu/research/news/conference-iii.html>

3-5 de Mayo

MINERÍA Y MINERALES: ¿QUÉ PAPEL EN UN FUTURO SOSTENIBLE?, CEPMLP, la Universidad de Dundee, http://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&prodid=89&modid=2

6 de Mayo

CONFERENCIA PÚBLICA DE LA ITF: ¿HAY UNA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN? Londres, Reino Unido, <http://www.biiic.org/events/view/id/561/>

20 de Mayo

INTERNATIONAL ARBITRATION IN THE 21ST CENTURY: TRENDS, DEVELOPMENTS, CHALLENGES (ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL SIGLO 21: TENDENCIAS, DESARROLLOS, DESAFÍOS), Los Angeles, Estados Unidos, <http://www.lacba.org/showpage.cfm?pageid=12469>

9-10 de Junio

CONFERENCIA SOBRE DIEZ AÑOS DE ARBITRAJE BAJO EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA ORGANIZADO POR SCC, EL CIADI Y LA SECRETARÍA DE LA CARTA DE ENERGÍA, Estocolmo, <http://www.chamber.se/?id=33813>

14-15 de Junio

6TH ANNUAL CONFERENCE ON INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION (6ª CONFERENCIA ANUAL SOBRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN INTERNACIONAL), Nueva York, Estados Unidos, http://law2.fordham.edu/html/cal-2uwcpcalendar_viewitem.html?idc=11690

26-27 de Octubre

SIXTH COLUMBIA INTERNATIONAL INVESTMENT CONFERENCE: “THE RESOURCE BOOM AND FDI IN AFRICA (SEXTA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE INVERSIONES DE COLUMBIA: “EL BOOM DE RECURSOS Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN ÁFRICA), Faculty House, Columbia University, Nueva York



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,
Ginebra, Swiza

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