



## La futura política de inversión internacional de la Unión Europea

### Qué se debe esperar a raíz del Tratado de Lisboa



7



8



13

**Nombramientos de árbitros en el arbitraje de inversión:** La razón por la cual las opiniones expresadas sobre cuestiones de la ley deben ser impugnables

**El requisito de transparencia en las nuevas reglas de arbitraje de la CNUDMI:** Una visión premonitrice, por Ignacio Torterola

**El Acuerdo Modelo para el Desarrollo de la Minería del Colegio de Abogados Internacional (IBA):** Un nuevo paradigma para los proyectos de explotación de recursos naturales, por IISD

**Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos Preferenciales de Comercio:** ¿Pocos TBIs es mejor que muchos? por Lauge Skovgaard Poulsen

**Análisis de CEMEX c. Venezuela;** Sempra c. Argentina, Enron c. Argentina, Saba Fakes c. Turquía

# contenido



- 
- 3 Entrevista**  
Hacia una política integral de inversión internacional  
*Tomas Baert*
- 
- 5 Artículos**  
Reivindicando el interés público en la política de inversión internacional de Europa: ¿Los futuros TBIs de la UE serán de alguna manera mejores que los 1.200 TBIs existentes de los estados miembro de la UE?  
*Marc Maes*
- 
- 6** La política de inversión internacional de la UE: Hardware sin software  
*Ramon Torrent*
- 
- 7** El Acuerdo Modelo para el Desarrollo de la Minería del Colegio de Abogados Internacional (IBA): Un nuevo paradigma para los proyectos de explotación de recursos naturales  
*IISD*
- 
- 8** El requisito de transparencia en las nuevas reglas de arbitraje de la CNUDMI: Una vision premonitoria  
*Ignacio Torterola*
- 
- 13** Designación de árbitros en arbitrajes de inversión: ¿Por qué la expresión de opiniones sobre cuestiones de derecho debería ser recusable?  
*Tony Cole*
- 
- 16** Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos Preferenciales de Comercio: ¿Pocos TBIs es mejor que muchos?  
*Lauge Skovgaard Poulsen*
- 
- 18** Requisitos procesales para la recusación de árbitros: Hallando errores en CEMEX c. Venezuela  
*Lise Johnson*
- 
- 21 Noticias en Breve**
- 
- 23 Laudos y Decisiones**
- 
- 26 Publicaciones Recientes**
- 
- 26 Calendario de Eventos**

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

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

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

Gerente del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible  
Nathalie Bernasconi

Redactor  
Damon Vis-Dunbar

Sub-redactor edición francesa  
Henrique Suzy Nikema

Traductora edición francesa  
Isabelle Guinebault

Sub-redactor edición en español  
Fernando Cabrera

Traductora edición en español  
Maria Candeli Conforti

## entrevista

# Hacia una política integral de inversión internacional: Entrevista a Tomas Baert, Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Servicios e Inversión

Dado que el Tratado de Lisboa de la UE otorga a la Unión Europea competencia sobre la Inversión Extranjera Directa, en julio la Comisión Europea lanzó dos documentos que ayudan a diagramar los siguientes pasos: un proyecto de regulación sobre la manera de tratar los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) existentes de los Estados Miembro de la UE durante los próximos cinco años, y una Comunicación que pone en marcha el debate sobre la futura política de inversión internacional de la UE. ITN Quarterly habló con Tomas Baert sobre ambos documentos y lo que queda por delante.

### ¿Ahora que la Comisión Europea ha presentado un proyecto de regulación sobre el establecimiento de acuerdos de transición para los TBIs entre Estados Miembro y terceros países, que pasará a continuación?

Ahora que la Comisión europea ha presentado una propuesta oficial ante los dos entes legislativos — el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo— hemos entrado a lo que se conoce como el Procedimiento Legislativo Ordinario, anteriormente conocido como procedimiento de Codecisión. El Consejo y el Parlamento considerarán la propuesta y discutirán sus condiciones de aceptación. Al mismo tiempo, continuamos trabajando sobre aspectos futuros más amplios de la política de inversión internacional de la UE, que se encuentran descritos en la Comunicación. Pero en cuanto a la regulación en sí misma, debemos esperar que ésta entre en vigor y sea adoptada antes de comenzar a tratar los temas contenidos en la misma.

### La regulación presume que la Unión Europea ahora posee competencia exclusiva sobre la inversión extranjera, que según se interpreta, incluye las normas frecuentemente contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs). Sin embargo, el Tratado de Lisboa, no define la “Inversión Extranjera Directa”, y algunos comentaristas han expresado cierta duda sobre si la competencia de la UE abarca todos los elementos contenidos en los TBIs. ¿Ud. espera que este sea un tema de debate con los Estados Miembro?

Sí, pienso que la cuestión será planteada; de hecho, ya ha sido planteada. Sin embargo, no creo que sea un tema principal en la discusión sobre regulación. Por supuesto, para una audiencia más amplia, podría ser interesante discutir el significado exacto de la Inversión Extranjera Directa, lo cual, tal como ud. mencionó, no se encuentra definida en el Tratado de Lisboa. Pero a fin de cuentas, este asunto no es de suma importancia desde una perspectiva práctica de políticas. Habrá negociaciones sobre la inversión, y si el Tribunal Europeo concluye que nuestros acuerdos de inversión contienen un elemento relacionado con la competencia mixta, pues bien—obviamente deberemos seguir los procedimientos y medidas de ratificación apropiadas.

De hecho, creemos que hay grandes posibilidades de que nuestros futuros acuerdos de inversión sean acuerdos mixtos,

no tanto debido a la inversión, sino por otras razones. En la Comunicación sugerimos que tratemos la inversión en particular (aunque no exclusivamente) en el contexto de los acuerdos de libre comercio (ALCs), y en nuestros ALCs generalmente hay elementos que son de competencia mixta. En cuanto a estos acuerdos, trabajamos sobre lo que en el mundo legal se conoce como “Pastis Principle”—una gota de Pastis en el agua enturbia todo el vaso. En otras palabras, aun cuando haya un pequeño elemento de competencia mixta en un acuerdo, todo el acuerdo se torna mixto. Actualmente, se está debatiendo la existencia de la competencia de la UE en procedimientos penales en relación con la violación de IPR (en español, derechos de propiedad intelectual) y la cooperación cultural. En ese caso, trataremos este tema tal como lo hacemos actualmente en nuestros ALCs.

A nivel académico, por supuesto, se pueden escribir libros enteros sobre este tema, y seguramente seguiremos ese debate. También escucharemos atentamente lo que tiene para decir el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en inglés, ECJ). Pero no creemos que vaya a ocupar un lugar principal en el debate político sobre la regulación.

### La regulación propuesta establecería las condiciones para que los Estados Miembro puedan celebrar nuevos acuerdos, una de ellas sería que estos Estados deban incluir una cláusula de NMF (Nación Más Favorecida) a fin de garantizar que todos los Estados Miembro se beneficien del tratado. ¿Está la intención de que los Estados Miembro negocien en nombre de la Unión Europea?

La presunción en este punto está errada. Hemos propuesto una cláusula en la regulación, el Artículo 9.2, el cual establece que podemos solicitar a los Estados Miembro que introduzcan ciertas cláusulas estándar en futuros acuerdos de inversión. En el memorando explicativo que acompaña la regulación propuesta, incluimos algunos ejemplos, tales como las cláusulas de terminación, cláusulas de transferencia (tema que fue identificado por el Tribunal de Justicia) y la posibilidad de introducir cláusulas de NMF. Sin embargo, esto no significa que automáticamente vayamos a insistir que haya cláusulas de NMF en todos los acuerdos.

Dicho esto, una de las principales preocupaciones de la Comisión Europea es la discriminación entre los inversores de la UE: el hecho de que algunos inversores en este momento reciben mejor trato que otros, y que otros no reciben tratamiento en los TBIs por la falta de tratados bilaterales de inversión. Este es el tema que queremos tratar. La disposición de NMF es un mecanismo interesante para tratar el problema, esencialmente al permitirnos solicitar a nuestros Estados Miembro que requieran a los países socios que extiendan los beneficios de un TBI a los otros inversores de la UE.

Sin embargo, esto no significa que planeemos que los Estados Miembro negocien en nombre de la Unión Europea, o que se les permita abrir la puerta al mercado interno. La disposición de NMF podría ser una forma de tratar el tema de la discriminación entre los inversores de la UE, y de garantizar que haya igualdad de condiciones. Preferimos tratar este tema a través de acuerdos a nivel de la UE. Pero en un período intermedio, consideraremos otras alternativas, y una de ellas podría ser que solicitemos a nuestros Estados Miembro que utilicen cláusulas estándar.



### **¿La Comisión prevé desarrollar eventualmente un modelo de TBI de la UE?**

No. La Comunicación es bastante explícita sobre este punto, por varias razones. Podemos llevar a cabo un debate teórico muy interesante sobre el modelo perfecto de TBI; pero en la práctica este debate podría llevar un año o más internamente, y con las otras instituciones. Pero al final, el modelo podría no resultar muy efectivo en nuestras negociaciones. Esa es una razón práctica de que el modelo de TBI no necesariamente resulta útil para defender nuestros intereses. La segunda razón es que ya hay mucha historia sobre la mesa. Cuando negociemos con una tercera parte, en algunos casos nuestros Estados Miembro ya habrán celebrado hasta 26 TBIs con ese país. Al decidir cómo reemplazar aquellos TBIs, es preciso que consideremos sus contenidos, y que determinemos cómo podemos ofrecer protección a las inversiones de todos los inversores de la UE sin hacer diferencia en base a su nacionalidad. Esto nos lleva a la tercera y última razón para no perseguir un modelo de TBI. Un modelo comprendería un enfoque para todos, y no creemos que sea correcto tener un mismo modelo para negociar con economías en desarrollo, emergentes y desarrolladas.

Habiendo dicho todo esto, cabe mencionar que sí habrán políticas y cláusulas estándar. No prevemos que haya una disposición diferente de Tratamiento Nacional en cada acuerdo, por ejemplo. Habrán algunas cláusulas modelo, para que no tengamos que reinventar la rueda en cada nueva negociación.

### **¿Cuan activos han sido los inversores de la UE en hacer lobby para garantizar que se mantenga el status quo con respecto a los TBIs?**

Los inversores han sido muy activos y han logrado que sus opiniones sean escuchadas. Por supuesto, hay gran diversidad de puntos de vista y posturas. Hay inversores que creen que actualmente están bien protegidos en los TBIs existentes. Estos inversores han indicado que les gustaría mantener el status quo a un mínimo. Hay otros inversores de los Estados Miembro que no tienen un mismo nivel de tratamiento, o no tienen TBIs en absoluto, y éstos están más preocupados por la futura política de inversión europea que por mantener el status quo. Pero generalmente lo que sí escuchamos de la comunidad de inversión es que los acuerdos de inversión —ya sea un acuerdo único o parte de un ALC— son algo que ellos valoran.

### **Otro grupo que tiene interés en la política de inversión internacional de la UE es el de los estudios jurídicos que están en el negocio del arbitraje entre inversor-estado.**

#### **¿Sus opiniones han sido escuchadas?**

Absolutamente. Se han llevado a cabo muchas conferencias y seminarios sobre este tema, muchos de los cuales han sido organizados por estudios jurídicos. Estas firmas están muy interesadas en ver qué pasa — tanto con respecto a mantener los acuerdos de los Estados Miembro como a los futuros acuerdos a nivel de la UE — y en particular, en relación con su impacto sobre el negocio del arbitraje en torno a las inversiones.

### **La Comunicación de la Comisión remarca que la transparencia será un elemento importante de los procedimientos para la solución de diferencias entre inversor y Estado. Si esto se convierte en una política de la UE, ¿debería aplicarse a las actuales diferencias de inversión que involucran a los Estados Miembro?**

El primer punto que quisiera aclarar es que la Comunicación plantea muchas cuestiones, pero no necesariamente tiene todas las respuestas. Sobre algunos temas, como la transparencia, tratamos que el debate continúe y sugerimos una directiva general, sin necesariamente reflejar las cuestiones específicas y prácticas sobre la manera de incorporar algunos de estos temas en una política común de inversión. Digo esto porque hay muchas cuestiones que se aplican a este tema de transparencia. También, muy prácticamente, no podríamos cambiar todas las prácticas existentes en los acuerdos de los cuales hoy no somos parte. Pero la idea es que tengamos una política europea común para todos. La tarea ahora es hacer un debate con los Estados Miembro en el Consejo Europeo sobre esa política, para que cuando los Estados Miembro estén autorizados a negociar ellos mismos, trabajen en una misma dirección. Por supuesto, no podemos tener una política común que luego no coincida con las prácticas de los Estados Miembro.

### **La Comunicación también menciona que una política de inversión común debe estar guiada por los objetivos de la UE tales como los derechos humanos y el desarrollo sostenible. ¿La Comisión ha considerado incluir obligaciones para los inversores en el área de los derechos humanos y la responsabilidad social corporativa (RSC) en los tratados de inversión de la UE?**

Si, esto ha sido considerado. Pero entonces nuevamente, tal como lo mencioné anteriormente, hay muchas cuestiones para debatir. Las planteamos, y tratamos de indicar nuestra postura general con respecto a la política. Pero no necesariamente damos todas las respuestas. Las respuestas deberían surgir cuando comencemos a hablar muy específicamente sobre las negociaciones que perseguiremos, por lo cual después necesitaremos directivas de negociación. En ese contexto, es preciso que veamos cómo tratar ciertos temas, incluyendo los que ha mencionado recién.

Ahora, en cuanto a los derechos humanos y otros principios, estos involucran otros aspectos de la acción externa de la UE; no se limitan a la política de inversión. No veo ningún gran obstáculo en este área, pero sí es necesario reflexionar más sobre la manera de concretar las propuestas en nuestras negociaciones de inversión. En cuanto a otros temas como la RSC, debemos tener en cuenta los desarrollos a nivel de la Unión Europea y en el ámbito global. Ya hemos comenzado a considerar estos temas, tal como sucede en las negociaciones entre la UE y CARIFORUM, que cubren la inversión. Y seguramente lo seguiremos haciendo en el futuro. En esta etapa, no tengo una respuesta específica sobre la manera en que esto será realizado. Pero indudablemente será un tema importante en el debate público y político sobre las políticas de inversión de la UE.

# Reivindicando el interés público en la política de inversión internacional de Europa: ¿Los futuros TBIs de la UE serán de alguna manera mejores que los 1.200 TBIs existentes de los estados miembro de la UE?

## artículo 1

Marc Maes

El Tratado de Lisboa ha transferido la competencia sobre la Inversión Extranjera Directa (IED) de los Estados Miembro de la Unión Europea a la Unión misma y la ha agregado a la exclusiva política comercial común. Esta transferencia de competencia no solo requiere el desarrollo de una política de inversión común de la UE, sino también la promulgación de medidas legislativas para aclarar el status de los 1.200 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) existentes de los Estados Miembro de la UE y de sus negociaciones en curso para futuros TBIs. Esto ofrece una oportunidad única para evaluar los TBIs existentes y para conducir un debate abierto y amplio sobre la futura política de inversión internacional europea.

De hecho, esta oportunidad es casi única dado el hecho de que la política de inversión internacional tradicionalmente ha sido extremadamente excluyente y poco transparente. En muy rara ocasión, los estados miembro comunican o consultan a otros sobre sus programas o negociaciones de TBI, excepto a sus inversores y la comunidad empresarial, quienes a menudo son invitados a participar en cerrados grupos de trabajo administrativo o a proponer modificaciones en los textos de negociación. El resultado de un proceso de tan reservado y excluyente es una falta de congruencia entre los tratados de inversión, que solicitan la máxima protección para los inversores transnacionales, ofreciendo extraordinarios privilegios (tales como el derecho a eludir los tribunales internos para recusar políticas gubernamentales en arbitrajes internacionales cerrados), sin las correspondientes obligaciones para los inversores, y casi sin ninguna consideración de otros intereses públicos o privados<sup>1</sup>.

El 7 de julio de 2010, la Comisión Europea lanzó dos documentos: un proyecto de Regulación<sup>2</sup> y una Comunicación<sup>3</sup>. El proyecto de Regulación, que propone un acuerdo de transición para los TBIs existentes, debe ser aprobado tanto por el Consejo como por el Parlamento, mientras que la Comunicación sobre la futura política de inversión de la UE invita al Consejo, el Parlamento, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones a expresar sus opiniones.

La Comunicación es esencialmente un documento de debate que no vincula legalmente a la Comisión. Más importante será el primer borrador de mandatos para las negociaciones sobre inversión de la UE con Canadá, India, Singapur, China y MERCOSUR, el cual será propuesto por la Comisión en otoño. Formalmente, es preciso que solamente el Consejo, es decir, los Estados Miembro, apruebe estos mandatos, y no hay indicio de que el Consejo vaya a cambiar repentinamente su práctica y organice amplias consultas para determinar su postura. El Tratado de Lisboa ha otorgado competencia al Parlamento de la UE para aprobar acuerdos de comercio e inversión, pero no los mandatos de negociación. Sin embargo, el Parlamento ha advertido al Consejo y a la Comisión que mejor le consulte sobre los mandatos si pretende asegurarse la aprobación parlamentaria al final de las negociaciones. Lamentablemente, los mandatos (borrador) de negociación seguirán siendo documentos "restringidos" no abiertos a la evaluación pública.

Incluso antes de hacerlo público el 7 de julio, el proyecto de la regulación ha sido objeto de intenso lobby y disputa entre los

grupos de lobby corporativo y los estudios jurídicos, y entre los Estados Miembro en consonancia con las posturas corporativas. Por consiguiente, se ha perdido una gran oportunidad para evaluar los actuales TBIs con miras a lograr un mayor equilibrio entre los intereses públicos y privados.

La Comisión abandonó su propuesta de eliminar gradualmente los TBIs de Estados Miembro en siete años. En cambio, el proyecto propone autorizar automáticamente y sin revisión alguna todos los TBIs celebrados por Estados Miembro el día en que la regulación entre en vigor. Sin embargo, la Comisión ha mantenido otra opción para tratar los TBIs proponiendo que puede retirar la autorización cuando los acuerdos existentes no cumplan con la legislación de la UE, se superpongan con otros tratados de inversión de la UE o "constituyan un obstáculo para el desarrollo e implementación de las políticas de la Unión relativas a la inversión". Los estados miembro de la UE están criticando intensamente esta propuesta ante el Comité de Políticas Comerciales y sin duda tratarán de deshacerse de la misma.

Tal como se mencionó anteriormente, las "políticas de la Unión relativas a la inversión" dependerán en mayor medida de los mandatos de negociación que de la Comunicación. La Comunicación tampoco entra en demasiado detalle a este respecto. Resulta interesante que, a diferencia de la parcialidad de los 1.200 TBIs existentes de la UE, la Comunicación menciona objetivos de políticas más amplios, en lo que se refiere explícitamente a los objetivos de la política extranjera europea en general (tal como la promoción del imperio de la ley, los derechos humanos y el desarrollo sostenible) y también a las Directivas de la OCDE para las multinacionales. También señala que debe haber un equilibrio entre los diferentes intereses relativos a la expropiación y respalda una mayor transparencia, coherencia y previsibilidad en la solución de diferencias entre inversor y estado.

Pero la Comunicación no pone en duda el arbitraje entre inversor y estado en sí mismo, y tampoco incluye ninguna adición sobre las características clave de los TBIs de los estados miembro, tales como las de Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, Plena Seguridad y Protección e incluso las Cláusulas Generales. Hasta aquí, no hay indicio de que estos elementos vayan a estar presentes en futuros tratados de inversión de la UE de una forma más equilibrada.

Sin embargo, el caso aun no está cerrado. Si bien los Estados Miembro seguirán aferrándose a sus obsoletos y desequilibrados TBIs y modelos de TBI, el Parlamento podría emprender la defensa del enfoque común de la UE, y lo que es más importante, su congruencia y coherencia con respecto a las políticas y objetivos generales de la Unión. Después de todo, si no se corrigen, los defectos de la práctica actual de TBIs podrían tener un efecto contraproducente en las políticas de interés público y ambiental europeas y esto podría costar caro a los contribuyentes europeos en relación con el pago de indemnización a los inversores extranjeros.

### Autor

Marc Maes es Oficial de Políticas Comerciales de la Coalición belga de ONGs 11.11.11.

### Notas

<sup>1</sup> Para consultar una declaración, comunicados de prensa y libros de lectura sobre la política de inversión de la UE desde una perspectiva de la sociedad civil de la UE, véase [www.s2nnetwork.org](http://www.s2nnetwork.org)

<sup>2</sup> Propuesta de regulación del Parlamento Europeo y el Consejo: Estableciendo acuerdos de transición para los tratados bilaterales de inversión entre Estados Miembro y terceros países, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico Europeo y el Comité de las Regiones: Hacia una política integral de inversión internacional, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146307.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf)

# La política de inversión internacional de la UE: Hardware sin software

Ramon Torrent

## artículo 2

El Tratado de Lisboa amplía el ámbito de la política comercial europea en lo que marca el último hito importante de un largo (e inconcluso) trayecto a través del cual la CE/UE ha pretendido extender su competencia exclusiva a toda el área de las relaciones económicas exteriores<sup>1</sup>.

Con respecto a esta meta, la Comisión Europea siempre ha llevado la delantera, aunque con un éxito limitado. En el Tratado de Maastricht de 1992 no pudo ampliar el alcance del artículo 113 relativo a la política comercial. Después, intentó lograr un objetivo similar refiriéndose a la “conexión con el comercio” de todos los fenómenos económicos e instando al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a que reconociera que todos los acuerdos de la OMC se encontraban cubiertos por la competencia exclusiva de la CE. Sin embargo, esto fracasó cuando el TJCE, en su Opinión 1/94, rechazó la tesis de la Comisión y estableció que los Estados Miembro seguían teniendo competencia sobre muchos asuntos abarcados por los AGCS y ADPIC. Después de otro fracaso en el Tratado de Amsterdam de 1997 (similar a lo sucedido con el Tratado de Maastricht), la Comisión obtuvo un logro parcial en 2001, en el Tratado de Niza, cuando pudo extender significativamente el ámbito del artículo 133 (ex artículo 113) del TCE para incluir el “comercio de servicios”. Sin embargo, tuvo que pagar un alto precio por este logro, en parte porque la redacción del artículo 133 se convirtió en un caos, imposible de interpretar y de aplicar.

Pero esta es una “historia de Bruselas” sobre el hardware del proceso de integración europea: es decir, la división de competencias entre la CE/UE y sus Estados Miembro. Pero lo que realmente importa en términos políticos y económicos es el software a ser procesado por este hardware. Y el hecho es que en ninguna ocasión a lo largo de este trayecto de 20 años se ha previsto un nuevo software —es decir, una nueva “política europea” para las relaciones económicas exteriores, o para la IED en particular-, que se diferenciara de la ya definida por los Estados Miembro individualmente. Y este sigue siendo el caso en la Comunicación y la Propuesta de Reglamento de la Comisión. En ninguno de los documentos se apunta que vaya a haber una nueva política sobre la IED, más allá de la idea banal de que debe darse prioridad a las relaciones con los socios más importantes o con aquellos que la UE ya está negociando. El principal objetivo es el ejercicio de la nueva competencia de la UE (“para marcar el territorio”) sin afectar las actuales políticas y acuerdos internacionales de los Estados Miembro.

Por lo tanto, tal como sucede a menudo con la “literatura de Bruselas”, parece ser más ilustrativo analizar brevemente lo que la Comunicación y la Propuesta no dicen que lo que sí dicen. Me concentraré en dos puntos importantes que se encuentran significativamente ausentes en el debate sobre la futura política de inversión internacional de la UE.

En primer lugar, la Comisión no trata el problema de cómo establecer una política exterior de la UE (que además sea “ambiciosa”) sin contar con legislación interna en el área cubierta por esa política exterior. En efecto, la UE no posee



un régimen general sobre la IED —un régimen legal que debe ser amplio y complejo, porque la noción aparentemente simple de “trato a las empresas”, que es fundamental para definir este régimen en el plano internacional, presenta una especie de “doble universalidad” en el plano interno: no solo cubre todos los sectores económicos sino también todos los aspectos del régimen legal aplicable a las firmas. Por ejemplo, ¿qué tipo de política tendrá la UE para la protección de las inversiones cuando no hay ni una sola palabra en el derecho de la UE (primario o secundario) sobre esta cuestión? Este es un problema que no puede resolverse haciendo una referencia genérica a la “construcción progresiva” de un tal régimen.

En segundo lugar, la Comisión no aborda la flagrante contradicción que existe entre los actuales TBIs de los Estados Miembro (que no acompañan su obligación horizontal sobre Trato Nacional de una lista de excepciones, como sí hacen los TBIs celebrados por EUA) y la normativa interna de la UE que reserva explícitamente un trato más favorable a las empresas establecidas en la UE propiedad de o controladas por ciudadanos/capitales de la UE que el otorgado a otras empresas también establecidas en la UE pero que son propiedad o están controladas por ciudadanos/capitales de Estados no Miembro de la UE (dos ejemplos significativos son el programa de audiovisuales MEDIA y el reglamento sobre concesión de licencias a las líneas aéreas). Este hecho —que los Estados Miembro de la UE violan sistemáticamente los TBIs de los que son Parte—es, en mi opinión, uno de los más indignantes de las relaciones económicas internacionales y de la legislación de la UE (aun más indignante debido a la complicidad de los expertos en esconderlo). ¿No debió haber sido la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la mejor oportunidad para abordarlo?

### Autor

Ramon Torrent es Director de la Cátedra Internacional OMC/Integración Regional de la Universidad de Barcelona. Es ex Director de Relaciones Económicas Exteriores en el Servicio jurídico del Consejo de la UE

### Notas

<sup>1</sup> Hablando técnicamente, el Tratado de Lisboa, entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, modifica los dos tratados que forman la base constitucional de la Unión Europea (UE): el Tratado sobre la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (el Tratado de Roma), al que rebautiza como Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Estos son los dos tratados que gobiernan a la Unión. La Política Comercial común es objeto del Título II de la Parte 5 del TFUE.

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico Europeo y el Comité de las Regiones: Towards a comprehensive European international investment policy, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146307.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf)

<sup>3</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: Establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)



# El Acuerdo Modelo para el Desarrollo de la Minería del Colegio de Abogados Internacional (IBA): Un nuevo paradigma para los proyectos de explotación de recursos naturales

## artículo 3

Por IISD



En octubre de 2009, en su reunión anual celebrada en Madrid, el Comité de Derecho Minero del Colegio de Abogados Internacional (en inglés, IBA) lanzó un proyecto para elaborar un Acuerdo Modelo para el Desarrollo de la Minería (Model Mining Development Agreement, MMDA). El MMDA fue concebido para brindar un punto de partida diferente a la negociación de contratos de minería entre gobiernos anfitriones y empresas mineras, basado expresamente en la promoción del desarrollo sostenible a nivel social, económico y ambiental a través de acuerdos de minería más equitativos y transparentes.

Tal como se señaló en la primera consulta pública sobre el MMDA, conducida en Toronto en abril de 2010, el Modelo reconoce que ya no es suficiente negociar solo el otorgamiento de licencias de minería y regalías. La licencia social para operar también debe ser negociada junto con la licencia de minería. El MMDA establece una agenda para conducir una negociación como tal que permita a los gobiernos, empresas y actores involucrados identificar lo que sería necesario en las circunstancias específicas de cada proyecto en cuestión.

El proyecto MMDA cubre el desarrollo de la minería, las fases de producción y reclamación de un proyecto de minería, entendido como iniciado después de que la exploración y los estudios de viabilidad demuestren la viabilidad ambiental y económica de un sitio para la explotación minera. No cubre la fase de exploración, aunque es posible que se conciba otro proyecto para hacerlo.

El MMDA es una herramienta a través de la Web capaz de abordar diferentes circunstancias en vez de proporcionar un modelo que se ajuste a todos. Brinda cláusulas de muestra que vienen de 50 ejemplos importantes de acuerdos ya existentes de desarrollo minero en lugar de ofrecer una fórmula única. Pero el diseño va más allá de esta flexibilidad. De hecho, los puntos principales se encuentran en la tabla de contenidos donde se incluyen enlaces a las cláusulas de muestra, y que sirve como un menú para las partes de una negociación y para las comunidades potencialmente afectadas a ser consideradas durante la negociación de un acuerdo de desarrollo minero. Si bien no todas las cláusulas serán pertinentes para todas las situaciones, colectivamente conforman una lista de comprobación para formular una agenda de negociación y también sirven como una herramienta para ayudar a redactar acuerdos desde una perspectiva de desarrollo sostenible.

La audiencia a la cual está dirigido el MMDA incluye principalmente a los países en desarrollo y las empresas mineras, pero también está destinado a todos los actores involucrados en el proceso de desarrollo minero. Por lo tanto, se prevé que este modelo sea de utilidad para los negociadores gubernamentales, la industria, las organizaciones de la sociedad civil, las comunidades de Pueblos Indígenas, los legisladores y demás actores involucrados en el proceso. El Comité de Derecho Minero del IBA reconoce que será necesario llevar a cabo actividades adecuadas de difusión y capacitación, y pretende desarrollar más relaciones para lograr este fin.

Howard Mann, Asesor Legal Internacional Senior del IISD está liderando la participación del IISD en este proyecto como miembro del comité administrativo internacional del MMDA. Describe el MMDA como un actor potencial para cambiar las reglas del juego, estableciendo un paradigma para la minería y otros proyectos de explotación de recursos naturales que ponga el desarrollo sostenible en primer plano de las negociaciones. "Los aspectos sociales, económicos y ambientales dejarán de ser accesorios si se implanta este Modelo. Sino que, en cambio, estos aspectos formarán parte integral de la estructura y el proceso de negociación. Desde los vínculos económicos, pasando por la comunidad local hasta la protección de los derechos humanos, el Modelo cubre una amplia gama de asuntos sociales, económicos y ambientales". [La traducción nos pertenece]

El Sr. Mann se ha sentido muy impresionado por el compromiso de abogados del sector privado con el proyecto: Peter Leon, presidente del Comité de Derecho Minero, ha señalado que:

"Para la conferencia anual del IBA en Vancouver en octubre de 2010, planeamos la elaboración de un recurso no-prescriptivo, disponible ampliamente a través de la Web, que puede generar negociaciones y resultados contractuales informados, transparentes y equitativos. Nuestra visión es que los países anfitriones y los inversores comparten un interés común en la estabilidad de la relación de inversión, y que dicha estabilidad se logra de mejor manera cuando los países anfitriones y regiones garanticen el desarrollo sostenible y significativo a nivel social y económico." [La traducción nos pertenece]

El MMDA actualmente está siendo revisado por un grupo de referencia internacional y por representantes que asistieron a las consultas de la sociedad civil conducidas en conjunto con el IISD durante el proyecto. Los comentarios obtenidos serán tenidos en cuenta en la revisión del borrador a ser presentado ante el Comité de Derecho Minero del IBA en la reunión anual de Vancouver en octubre. El MMDA estará abierto a consulta pública on-line después de la reunión de Vancouver, después de la cual se realizará una ronda de consultas, que llevará a la elaboración del documento final en diciembre de 2010.

# El requisito de transparencia en las nuevas reglas de arbitraje de la CNUDMI:

Una visión premonitoria

Por Ignacio Torterola

## artículo 4



En octubre, se espera que delegaciones de los Estados examinarán la cuestión de la transparencia en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Ignacio Torterola, Enlace al CIADI en la Embajada Argentina en Washington, DC, explica por qué una mayor apertura beneficiaría al sistema de arbitraje de inversión.

### Algunas Consideraciones Introductorias

En el mes de febrero de 2008 se reunió en la Sede de las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo II para la Reforma de las Reglas de Arbitraje. El GTII consideró la posibilidad de introducir reglas sobre transparencia y acceso a la información para aquellos casos en que interviene una parte estatal, a partir de la iniciativa de organizaciones no gubernamentales, entre las cuales se destacan el IISD y el CIEL. Mientras que el clima dentro del GTII fue creciendo como para obtener el consenso necesario, finalmente se terminó rechazando esta posibilidad, aunque se dejó en suspenso la posibilidad de un nuevo tratamiento de la cuestión para cuando el grupo de trabajo finalizara el tratamiento de las Reglas de Arbitraje. En aquel momento la propuesta contó con el apoyo decidido de dos delegaciones: Argentina y Canadá.<sup>1</sup> El Comité Editorial de "INVESTMENT TREATY NEWS QUARTERLY" me ha solicitado comentarios respecto a las razones que llevó a la Delegación Argentina a dar apoyo a aquella iniciativa.<sup>2</sup> Ofrezco aquí mi visión personal sobre la cuestión.<sup>3</sup>

El transcurso del tiempo desde aquel fallido intento en Febrero de 2008 y la próxima reunión del Grupo de Trabajo el próximo Octubre de 2010, ha sido beneficioso para la inclusión de normas sobre transparencia en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Desde febrero de 2008 a la fecha, la comunidad arbitral ha crecido en torno a la apreciación del tipo de intereses que se encuentran comprometidos en los arbitrajes contra Estados. Durante este lapso, también ha ido creciendo la comprensión que el acceso a las decisiones permite la conformación de un cuerpo de sentencias que ayudan a la existencia de un sistema arbitral (de inversión) más previsible. Por lo señalado y por otras tantas razones que se exponen a continuación me aventuro en ofrecer la conclusión que el GTII<sup>4</sup>

aprobará, en su reunión de Octubre de 2010, normas sobre transparencia y publicidad para las nuevas reglas de arbitraje de la CNUDMI. Queda por determinar cuál será el alcance de tales normas.

Las reflexiones que se ofrecen a continuación ayudan a comprender la posición de la Delegación de Argentina en la reunión de Febrero de 2008, así como ilustran sobre la evolución de la regulación de la "transparencia y el acceso a la información" en el arbitraje de inversión. Finalmente, ofrezco como conclusión algunas reflexiones personales.

### Transparencia y Publicidad en el Arbitraje de Inversión

#### *El Mandato del Grupo de Trabajo II*

En la primera sesión de deliberaciones del GTII, bajo el mandato de reformar las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, el grupo de trabajo decidió que este cuerpo legislaría con alcance general, es decir, evitando entrar en discusiones que reflejaran las preocupaciones de algunas formas específicas de arbitraje. Este espíritu, consensuado por las delegaciones, permite comprender muchas de las conclusiones a las que luego arribó el GTII y que quedaron plasmadas en las Reglas de Arbitraje.

A pesar de ello, no fue posible olvidar características propias de los distintos tipos de arbitraje, que fueron ganando lugar en el debate propuesto por los delegados. Sin dudas que una de las temáticas que más influyeron en ese debate es la experiencia de los Estados cuando son parte demandada en controversias de inversión.

Algunas normas ya aprobadas hoy y que constituyen parte de las Reglas de Arbitraje que entran en vigencia este 15 de agosto de 2010 reflejan preocupaciones claras en el sentido expresado. A modo de ejemplo, el artículo 1 de las Reglas establece que:

... 2. Se presumirá que las partes en un acuerdo de arbitraje concertado después del 15 de agosto 2010 se han sometido al Reglamento que esté en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, a menos que las partes hayan acordado que su litigio se rija por una versión determinada del Reglamento. Esa presunción no se aplicará cuando el acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después del 15 de agosto 2010 una oferta que se hizo antes de esa fecha ...



Aunque esta norma, pueda indicar en su redacción una total autonomía de cualquier tipo de sistema arbitral, en realidad – a partir de una propuesta de la Delegación de Argentina, apoyada por la Delegación de Chile y luego por las demás delegaciones – buscó exceptuar al arbitraje de inversión de la aplicación de las nuevas reglas hasta que las mismas sean incorporadas específicamente dentro de un tratado bilateral de inversión que se negocie a partir del 15 de agosto de 2010, especialmente porque en el momento en que fue adoptada – febrero de 2008 – era todavía incierto el camino que iba a tomar el grupo de trabajo en el tratamiento de ciertas materias pendientes. Esta norma permitió, sin embargo, a las delegaciones sin la presión de tener que considerar universos tan distintos como en ciertas cuestiones pueden ser el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión.

Sin embargo, así como el artículo 1(2) contiene una norma específica que se aplica al arbitraje de inversión, también puede existir una regla complementaria que establezca ciertas normas sobre transparencia y publicidad que se aplique sólo a un tipo muy específico de arbitraje: el arbitraje de inversión. En este modo, no se afectará ninguna de las distintas variantes comerciales del arbitraje y se dotará al arbitraje de inversión de una característica, que en mi opinión, es necesaria.

En definitiva, el tratamiento (y aprobación) de reglas de transparencia y publicidad para las (nuevas) Reglas de Arbitraje de la CNUDMI no es incompatible con el mandato del grupo de trabajo.

### La Obligación de Transparencia y Publicidad de los Actos de Gobierno

En los arbitrajes con “partes estatales”, pero sin dudas en los arbitrajes de inversión, se debaten cuestiones que afectan la cosa pública. La mayoría de los Estados democráticos modernos tienen como consecuencia de los principios republicanos de gobierno obligaciones de información y de acceso a la información por parte de sus ciudadanos. En el caso que esa legislación exista, como es el caso de la República Argentina, según se explica más abajo, la publicidad de ciertos actos de gobierno, no es ya una decisión del gobernante sino una obligación que le impone la ley.

En la República Argentina existe normativa que claramente establece, con carácter constitucional, el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho al acceso a la información pública a través del artículo 1º, de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo de la Constitución Nacional —que establece nuevos Derechos y Garantías— y del artículo 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Seguramente cada Delegado, de cada uno de los países miembros del GTII, puede agregar aquí las normas sobre transparencia y Publicidad de los Actos de Gobierno de cada uno de sus propios países.

### El Artículo 34(5) de las Reglas de Arbitraje CNUDMI 2010

El nuevo artículo 34(5) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI dispone:

*“34(5) Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento*

*legal ante un tribunal u otra autoridad competente”.*

La Regla 32(5) anterior establecía, respecto a la publicidad del laudo, que éste sólo podía hacerse público con el consentimiento de las partes. La nueva Regla 34(5), siguiendo el modelo adoptado por la LCIA, introduce la posibilidad de que el laudo sea hecho público, además de ser el resultado de la voluntad de las partes, porque el mismo refleja una obligación legal, situación esta última que alcanza a la mayoría de los Estados modernos.

Precisamente, la nueva norma contenida en el Artículo 34(5) refleja, justamente, la obligación legal que algunas partes en el arbitraje pueden tener como consecuencia de obligaciones legales independientes del arbitraje. En el caso de los Estados, como se ha visto anteriormente en la Segunda Sección de este Capítulo, éstos pueden tener obligaciones legales de acceso a la información y de publicidad de los actos de gobierno.

Finalmente, el sistema de cortes nacionales generalmente se desarrolla en forma totalmente pública y como resultado de las acciones que las partes pueden ejercer judicialmente en apoyo del arbitraje, es posible que una decisión arbitral termine siendo sometida al sistema de justicia nacional, transformándose así en una información que existe en el dominio público.

### La Naturaleza Pública del Arbitraje Inversor – Estado

#### Antecedentes Históricos

Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI han tenido una muy fructífera aplicación desde su sanción en 1976. Las reglas han sido utilizadas para innumerables arbitrajes ad hoc e incorporadas por instituciones arbitrales como reglas para sus procedimientos.<sup>5</sup> Sin embargo, las Reglas también han tenido una muy fructífera aplicación en el ámbito público dado que fueron adoptadas como reglas de arbitraje por los tribunales Irán – Estados Unidos, experiencia que es responsable – en mucho – del prestigio que éstas gozan en la actualidad.

Dado el carácter público de las decisiones de los Tribunales Irán – Estados Unidos permitieron ir conformando un cuerpo jurisprudencial al que se hace referencia continua cuando se trata de entender la aplicación de las Reglas CNUDMI de 1976. Este cuerpo jurisprudencial ha permitido estudiar y sistematizar la aplicación de las reglas CNUDMI. En tal sentido, CARON-CAPLAN-PELLONPAA – en una de las obras más citadas sobre las reglas – manifiestan justamente que el estudio de la aplicación de las Reglas de la CNUDMI es posible, en parte importante, por la publicidad con que se dotó a los procedimientos de los Tribunal Irán – Estados Unidos.<sup>6</sup>

Históricamente, asimismo, la práctica de los tribunales que han entendido en cuestiones relacionadas a los Estados actuando con *ius imperii* ha sido siempre pública, aplicándose este concepto a las Tribunales Arbitrales del siglo XIX como al fecundo trabajo de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Asimismo, la mayoría de las Comisiones Bilaterales que resolvieron históricamente controversias pecuniarias contra Estados Soberanos en el ámbito de la Protección Diplomática como la Comisión Mixta México – Estados Unidos y posteriormente bajo otros mecanismos especialmente diseñados como la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas<sup>7</sup> y, especialmente, los Tribunales de

Reparaciones Irán – Estados Unidos<sup>8</sup> hicieron públicos sus laudos, algunos de ellos sesionando en una época que en mucho precede a la preocupación actual por la transparencia de los actos de gobierno.

### La Práctica de los Tribunales de Inversión

El Convenio del CIADI establece que el laudo sólo se hará público con el consentimiento de las partes (Artículo 48(5) del Convenio CIADI). Sin embargo, a partir de aproximadamente el año 2000, también relacionado con el auge del uso masivo de la internet, las decisiones arbitrales comenzaron a estar disponibles públicamente en sitios en la web, inclusive sin el consentimiento de las Partes y a través de filtraciones que permitían los abogados de algunas de las Partes en la controversia.

Este fenómeno no alcanza solamente a las decisiones bajo el sistema CIADI, sino que también impacta a procedimientos bajo otras reglas, especialmente casos bajo las reglas de la CNUDMI. Esto justifica que un comentarista pueda decir que cierta información como “la existencia de la controversia, las partes y sus representantes legales, la naturaleza de la disputa y la composición del tribunal arbitral” encuentren su camino hacia la información de dominio público.<sup>9</sup>

### Resolución de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Metalclad, Loewen, Methanex y UPS.

Temprano en la vida de los arbitrajes de inversión, los Tribunales tuvieron que dedicar su atención al tratamiento del acceso a la información y la participación de terceros en el arbitraje. Esta problemática se manifestó, especialmente, en los casos arbitrales sustanciados bajo el Capítulo XI del TLCAN. En *Metalclad c. México* el Tribunal estableció que ni bajo el TLCAN ni bajo las Facilidades Extendidas del CIADI existía regla alguna que limitara a las Partes la libertad de hacer públicos documentos que hayan sido objeto del juicio arbitral.<sup>10</sup> En *Loewen c. USA* el Tribunal sostuvo que no era deseable una regla general sobre confidencialidad en el arbitraje con parte estatal, en la medida que restringiría el acceso público a información que refiere a cuestiones de gobierno y de interés público.<sup>11</sup>

Como consecuencia de todos estos antecedentes, en el año 2001, la “Comisión de Libre Comercio” del TLCAN dispuso:

1. *Nada de lo dispuesto en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, y, sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada de lo dispuesto en el TLCAN impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él.* 2. *En aplicación de lo anterior:*

(a) *De conformidad con el artículo 1120(2), las Partes del TLCAN acuerdan que nada de lo dispuesto en las reglas de arbitraje pertinentes impone una obligación general de confidencialidad o impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al Capítulo XI, o expedidos por él, salvo la excepciones específicas y limitadas previstas expresamente en esas reglas<sup>12</sup>*

En *Methanex c. USA*<sup>13</sup> el Tribunal tuvo que referirse a cuestiones de transparencia diferentes a las referidas en los casos *Metalclad* y *Loewen*: más precisamente a la participación de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral. En términos

generales, las determinaciones del Tribunal en *Methanex*, aplicando el Artículo 15 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, son similares a las que posteriormente adoptaría el Tribunal en otro caso bajo el Capítulo XI del TLCAN: *UPS c. Canadá*.<sup>14</sup> Por conveniencia, trato aquí ambas decisiones en conjunto, sin desconocer que ambas tienen sus propias características particulares.

Ambos Tribunales determinaron que tenían jurisdicción para resolver la participación de *amicus curiae* bajo los amplios poderes a ellos otorgados bajo la Regla 15 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

### Aguas del Tunari c. Bolivia y AASA y APSF (Suez) c. República Argentina.

Antes de la Reforma a las Reglas de Arbitraje ocurrida en el año 2006, inclusive bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI – que parecen ser las que originalmente eran las más ajustadas para regular la materia específica del arbitraje de inversión y, en tal sentido permitir alguna forma de participación y transparencia –, establecían que las audiencias se desarrollarían a puertas cerradas y que sólo podían participar de ellas las partes, sus agentes, asesores, abogados, testigos y expertos. En función de esta norma el Tribunal en *Aguas del Tunari c. Bolivia* decidió, ante un pedido realizado por un grupo de interés para participar en el Procedimiento Arbitral, que no estaba en su poder autorizar la participación sino existía el consentimiento de ambas partes.

El Tribunal en *Aguas Argentinas Sociedad Anónima y Suez (AASA), Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA y AWG c. República Argentina*<sup>15</sup> aceptó la participación de *Amicus Curiae* aunque negó la participación de éstos en la audiencia, así como negó el acceso a documentos existentes en el expediente.<sup>16</sup> El Tribunal reguló en detalle la participación de los *amici* y condicionó – al igual que lo habían hecho los tribunales en *Methanex* y *UPS* – a que éstos acerquen al Procedimiento elementos de hecho o de derecho que ayuden al Tribunal a resolver el caso. Asimismo, intentó a través del procedimiento regulado no hacer más gravosa el ejercicio de la defensa por las partes en el arbitraje.

El mismo Tribunal entendió en el caso *Aguas Argentinas Sociedad Anónima y Suez (AASA), Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA y AWG c. República Argentina*<sup>17</sup> negó la participación de los *amici*, justamente por no cumplir con las condiciones a la que sujetó la participación de éstos en el caso referido en el párrafo anterior.

### La Reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006 BiWater Gauff

En el año 2006, la Secretaría del CIADI realizó una reforma integral de las Reglas de Arbitraje del CIADI.<sup>18</sup> La Secretaría del CIADI, el grupo de trabajo elegido para llevar adelante las reformas y las demás personas que fueron consultadas en el proyecto entendieron que la temática de la “transparencia y participación de terceros” estaban entre las cuestiones que demandaban una revisión de las Reglas de Arbitraje, para adaptarlas a las nuevas necesidades que surgían del mayor número de casos y de la circunstancia que el consentimiento arbitral se había dado en un tratado.<sup>19</sup>

En tal sentido, tres nuevas reglas, que intentaban reflejar el estado de la práctica arbitral de inversión, fueron aprobadas. La Regla 32 sobre “apertura de las audiencias”, la Regla 37(2)

sobre participación de amicus curiae y el artículo 48 sobre publicación del laudo arbitral. La Regla 32(2) dispone respecto a las audiencias:

*“(2) Unless either party objects, the Tribunal, after consultations with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearing, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.”*

La Regla 37(2) dispone respecto a la participación de amicus curiae en el procedimiento arbitral:

*“(2) After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:*  
*(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;*  
*(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;*  
*(c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.*

*The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.”*

Finalmente, la nueva Regla 48 dispone:

*“(4) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.”*

El Tribunal en *Biwater Gauff* fue el primero en aplicar las nuevas normas del CIADI en materia de transparencia y acceso a la información. Dos cuestiones distintas se presentaron para la resolución del Tribunal: (a) la publicación de documentos presentados por las partes en el arbitraje (y el acceso a ellos por terceras partes) y, (b) la participación de amicus curiae en el arbitraje. Debe notarse, en tal sentido, que las nuevas reglas del CIADI no contienen normas sobre publicación de documentos y que estas cuestiones han quedado en gran parte limitadas a las disposiciones que en tal sentido pueda contener el acuerdo arbitral que da lugar a la controversia.

El Tribunal permitió la participación de los amici en cuanto consideró que existía un interés público en la controversia y que la participación de los amici favorecería la aceptación del resultado del arbitraje, así como ayudaría al Tribunal a cumplir con sus obligaciones.<sup>20</sup> Por otra parte, el Tribunal no permitió la participación de los amici en la audiencia<sup>21</sup> o el acceso de estos a los documentos del proceso arbitral.<sup>22</sup>

### Hacia la Conformación de un Cuerpo Jurisprudencial

Desde hace un tiempo he venido expresando la idea que todas las

decisiones arbitrales deberían tener cierta forma de publicidad. Cuando refiero a las decisiones arbitrales no me limito a las decisiones en materia de arbitraje de inversión sino que incluyo también la publicidad de cualquier tipo de decisión arbitral, inclusive las que tienen un carácter estrictamente comercial. La razón es simple: la publicidad de las decisiones arbitrales crea un cuerpo jurisprudencial<sup>23</sup> que ayuda a la calidad y consistencia de las decisiones arbitrales y a la confianza que genera en sus usuarios, no solamente aquellos habituados a recurrir a este mecanismo sino a un público más amplio que está encontrando el atractivo del arbitraje pero que desconfía del “secretismo” que rodea a la práctica arbitral y que, ciertas veces, lo transforma en algo casi esotérico. Lo ocurrido con el arbitraje de inversión en la última década prueba que la publicidad ayuda a hacer más previsible el sistema y reduce las ineficiencias e imprevistos que las partes pueden encontrar en el futuro. Además, eleva los estándares profesionales requeridos a los árbitros en sus decisiones.

Sin saberlo, esta idea que imaginé revolucionaria ya había sido expresada por otros juristas que también habían pensado en la necesidad de dar publicidad a las decisiones arbitrales, a los fines de formar un cuerpo jurisprudencial, elevar la calidad de las decisiones y ayudar – de esa manera – a la previsibilidad y confianza de las partes (y el público en general) en relación al arbitraje como medio de solución de controversias.<sup>24</sup> En tal sentido, dos obras de obligatoria lectura son MOURRE<sup>25</sup> y LEW<sup>26</sup> en “The Case for the Publication of Arbitral Awards”. Lew, claramente expresa la conveniencia de esta idea en los siguientes términos:

*“la publicación de las decisiones arbitrales identificará las verdaderas ventajas del arbitraje: especialistas y expertos en el arbitraje operando a nivel internacional. El desarrollo de un cuerpo jurisprudencial dará al arbitraje una mayor certeza de la que actualmente existe con respecto a la dirección que los árbitros seguirán y facilitará la aceptación del derecho comercial internacional y la aceptación de la lex mercatoria. Ello casi seguramente resolverá problemas que recurrentemente se le presentan a los árbitros e influenciará la actitud negociadora y las decisiones de los hombres de negocios. Más importante aún, la publicación sistemática de laudos arbitrales demostrará que el arbitraje no solo es una alternativa viable a las cortes internacionales como medio de solución de controversias sino que además demostrará concluyentemente que el arbitraje es más apropiado como medio de solución de controversias que surgen del comercio internacional”.*<sup>27</sup>

Mourre identifica ciertos aspectos que entiendo es necesario considerar. Sostiene que es necesario un sistema que permita la publicación del mayor número de casos y con las menores omisiones posibles. Sólo un número suficientemente amplio de casos puede dar lugar a la conformación de un cuerpo jurisprudencial.<sup>28</sup> El acceso a otras decisiones arbitrales mejoraría la calidad de nuevas decisiones arbitrales y permitiría una identificación más clara de los principios jurídicos que cumplen un rol central en el proceso arbitral.<sup>29</sup> Finalmente sostiene la necesidad de conocer el nombre de los árbitros, por el prestigio a éstos asociados, lo cual daría mayor o menor relevancia a la decisión (así como mayor previsibilidad y consistencia al sistema arbitral).<sup>30</sup>

No puedo sino coincidir con todas las apreciaciones hechas en el párrafo anterior.



## Conclusiones

Las Reglas de la CNUDMI sobre Transparencia y Acceso a la Información no debían haberse entendido como una cuestión revolucionaria sino como la evolución necesaria que permitía dotar a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, cuando se aplican a arbitrajes con partes estatales, el mismo nivel de transparencia del que gozan otros sistemas arbitrales. Asimismo, las normas no hacían otra cosa que regular una situación de hecho. Si la práctica arbitral ya estaba preparada en el año 2008 para aceptar normas de transparencia en el arbitraje CNUDMI con parte estatal y, a esa fecha, la evolución de la cuestión ya había alcanzado el desarrollo expresado en las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006, así como en la detallada organización que le otorgaron los Tribunales Methanex, UPS y Suez, el año 2010 necesariamente encuentra que estas circunstancias solo han podido evolucionar favorablemente para la inclusión de estas normas.

En consecuencia, en opinión de este autor, el GTII en su próxima reunión – de Octubre de 2010 – se encontrará ante un escenario en el cual la cuestión en debate no es la posibilidad de establecer una sección suplementaria para regular transparencia y participación de terceros para casos con intervención de parte estatal, lo cual debería ser resuelto positivamente dada la evolución de la práctica arbitral a la que he venido refiriendo, sino determinar el alcance y el nivel de esa transparencia y del acceso a la información.

## Autor

Ignacio Tortorola es un abogado argentino. Ha sido miembro del Cuerpo Diplomático Argentino desde 2000. En 2003, comenzó en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina del Procurador General (PTN) en los casos relacionados con la crisis económica y social de ese país. Las opiniones aquí expresadas son las del autor y no debe interpretarse como el reflejo de la opinión del gobierno argentino o cualquiera de sus ministerios u organismos. El autor agradece a todos aquellos que proporcionaron información, sugerencias y contribuciones para este artículo, especialmente Ronan McHugh, Lozza Mariana Martins Ariel, Alejandro Turyn, Davies Mona y Gosis Diego, pero la responsabilidad final del contenido de este artículo es suya sola.

## Notas

- 1 Siguiendo el ejemplo de Argentina y Canadá, otras delegaciones también apoyaron alguna forma de transparencia y la participación de terceros, en particular las delegaciones de Chile, Colombia, Honduras, México, Noruega, Paraguay, Suiza, Uganda, EE.UU. y Venezuela, entre otras.
- 2 La posición de la Delegación de la República Argentina en la Reunión de Febrero de 2008 consistió en apoyar la creación de un registro de los casos de inversión que se iniciaran bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL. Ese mismo órgano registraría las decisiones de los tribunales bajo esas mismas reglas. No hubo necesidad de tomar posición respecto al restante contenido de la propuesta de CIEL y IISD dado que ninguna de ellas contó con el mínimo consenso posible para que su tratamiento prosperara en el seno del GTII. El Registro de los casos y decisiones llegó a contar casi con el consenso necesario para su aprobación. En opinión de este autor, además, la participación de amicus curiae ha sido ampliamente aceptada en la práctica, lo cual debería facilitar su tratamiento y aceptación.
- 3 El autor representó a la Procuración del Tesoro de la Nación (Argentina) ante el Grupo de Trabajo en las reuniones de Septiembre de 2007, Febrero de 2008, Septiembre de 2009, Febrero de 2010 y durante la aprobación de las reglas en el mes de julio de 2010. Las opiniones que aquí se ofrecen son personales y en nada comprometen a la República Argentina, su gobierno o a sus agencias.
- 4 Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL (definir mejor a que se dedica)
- 5 Tal es el caso de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA), el Cairo International Commercial Arbitration Center, la American Arbitration Association (AAA), el International Center for Dispute Resolutions (ICDR) de la AAA, y el Hong Kong Arbitration Center. Muchas otras instituciones internacionales de gran prestigio han optado también por las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, utilizando las reglas mismas – con algunas variaciones particulares – para administrar los arbitrajes que en ellas se disputan.
- 6 “... la experiencia de los Tribunales Irán – Estados Unidos con su extenso número de casos es central para entender las reglas de arbitraje UNCITRAL. Este Tribunal más que ningún otro cuerpo jurídico ha debido interesarse en la aplicación de estas reglas. Asimismo, el hecho que la práctica de este tribunal, al contrario de otros tribunales, es pública, lo que permite aprender de la práctica...” Caron & Caplan & Pellonpaa. THE UNCITRAL ARBITRATION RULES. A COMMENTARY. Oxford Commentaries on International Law. 2008, página 9. (traducción del autor)
- 7 Andrea, Gattini. THE UN COMPENSATION COMMISSION: OLD RULES, NEW PROCEDURES ON WAR REPARATIONS. EJIL, Vol. 13 No.1, 161 – 168 (2002).
- 8 Caron & Caplan & Pellonpaa. Op.Cit. página 9.
- 9 Mistelis, Loukas. CONFIDENTIALITY AND THIRD PARTY PARTICIPATION: UPS V. CANADA AND METHANEX CORP. V. USA. EN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION. LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW. Edited by Todd Weiler, Cameron May, 2005.[traducción del autor] “... mientras que la privacidad de los procedimientos en arbitraje de inversión todavía se reconoce, información tal como la existencia de la controversia, las partes y sus representantes legales, la naturaleza de la disputa y la composición del tribunal arbitral encuentran su camino hacia la información de dominio público.

10 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI ARB(AF)97/1. (Lauterpacht,Civiletti, Siqueiros). Decisión del 30 de Agosto de 2000. ¶13.

11 The Loewen Group Inc and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América. Caso CIADI ARB(AF) 98/3. (Mason, Fortier,Mivka). Decisión del 5 de enero de 2001. ¶26

12 Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. [http://www.economia.gob.mx/es/economia/p\\_solucion\\_controversias\\_inversionista](http://www.economia.gob.mx/es/economia/p_solucion_controversias_inversionista)

13 Methanex c. Estados Unidos de América. Caso CNUDMI. (Veeder,Rowley,Reisman). Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 7 de agosto de 2002.

14 United Parcels Service of America INC (UPS) c. Canadá. Caso UNCITRAL. (Keith,Fortier,Cass). Decisión sobre la Participación de Amici Curiae. 17 de octubre de 2001.

15 Aguas Argentinas Sociedad Anónima y Suez (AASA), Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA y AWG c. República Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. (Salacuse,Kauffman-Kohler,Nikken).Decisión sobre la Participación de Amicus Curiae.

16 La República Argentina apoyó la participación de los amici en las Audiencias, pero siendo que la Parte Demandante negó tal participación el Tribunal no hizo lugar al pedido de las ONGs. En tal sentido ver Aurelia Antonietti, THE 2006 AMENDMENTS OF THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITIES RULES. THE 2006 AMENDMENTS TO THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITY RULE. ICSID Review - FILJ, Vol. 21, No. 2, Fall 2006, página 6.

17 Aguas Provinciales de Santa Fe y Suez (APSF), Aguas de Barcelona SA, e Interaguas Servicios del Agua c. República Argentina. Caso CIADI ARB/03/17. (Salacuse,Kauffman-Kohler,Nikken).Decisión sobre la Participación de Amicus Curiae.

18 Aurelia Antonietti, THE 2006 AMENDMENTS OF THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITIES RULES. Op. Cit. página 2. Antonietti sostiene que “con el incremento de casos frente al CIADI y el crecimiento de su jurisprudencia, se hizo palpable la necesidad de introducir modificaciones a las Reglas de Arbitraje del CIADI para que estas pudieran satisfacer las necesidades de los usuarios del Centro, particularmente en relación a los casos que se iniciaban bajo los invocación de los tratados bilaterales o acuerdos multilaterales de inversión. En tal sentido, se habían presentado quejas respecto a la falta de transparencia, y en tal sentido – fue expresada la necesidad de codificar las prácticas habituales de los tribunales CIADI. Se propusieron cambios que tenían por objetivo introducir esos cambios y que reflejaran la práctica de los tribunales. A los fines de introducir esos cambios, la Secretaría del CIADI se benefició de las consultas que hizo a miembros del Comité Consultivo del Banco, a asociaciones profesionales, grupos de interés, experto en arbitraje internacional y a instituciones a través del mundo.” Ver en tal sentido, Antonietti, Op. Cit. página 3.

19 Aurelia Antonietti, Op. Cit. página 3. Como es ampliamente reconocido, el CIADI se creó con la idea de su aplicación a controversias de inversión en las cuales el consentimiento había sido dado a través de una cláusula contractual. Esta circunstancia hace que los hechos que se discuten en un arbitraje CIADI actual puedan potencialmente tener un impacto mucho más importante sobre el interés público que una controversia puntual por una cuestión comercial – con una parte estatal – contenida en un contrato.

20 Bewater Gauff c. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order No. 5 (Hanotiou, Born, Laundau). Orden Procesal No. 5 del 2 de febrero de 2007, ¶¶ 47 y siguientes.

21 Bewater Gauff, Op. Cit. ¶72

22 Bewater Gauff, Op. Cit. ¶68

23 Cuando refiero a cuerpo jurisprudencial no necesariamente intento afirmar que estas decisiones tengan carácter de precedentes sino simplemente de guía autorizada a los fines de crear un sistema que provea la mejor calidad posible de decisiones.

24 Esto debe leerse en oposición al ritmo de las publicaciones que las “instituciones arbitrales” dan a la publicidad de sus decisiones.

25 Mourre, Alexis. PRECEDENT AND CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRAL AWARDS. In Precedent in International Arbitration. IAI Series, Yas Banitafermi, Editor, 2008.

26 Julian D.M. Lew, THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS, IN THE ART OF ARBITRATION – BSSAY ON INTERNATIONAL ARBITRATION – BIBER AMICORUM PIETER SANDERS 12 SEPTEMBER 1912 – PTEM, página 223, J.C. Schultz and A.J. van den Berg eds. Kluwer, 1982.

27 (traducción del autor) “[t]he publication of arbitrations awards would ... identify the real advantages of arbitration: specialist and expert arbitrators operating on the international level. The development of an arbitral case law would give to arbitration a greater certainty than that presently existing, with respect to the probable attitude of the arbitrators, and would facilitate the commercial world’s knowledge and acceptance of the lex mercatoria. This would almost certainly obviate many recurring problems presented to arbitrators and would influence the negotiating attitudes and commercial decisions of businessmen. Above all, the systematic publication of arbitration awards would show that not only is arbitration an alternative to national courts as a system of dispute settlement, but it would prove conclusively that arbitration is the most appropriate forum in which to resolve disputes arising out of international commerce. Julian D.M. Lew, THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS, IN THE ART OF ARBITRATION – BSSAY ON INTERNATIONAL ARBITRATION – BIBER AMICORUM PIETER SANDERS 12 SEPTEMBER 1912 – PTEM, página 223 (J.C. Schultz and A.J. van den Berg eds. Kluwer, 1982). Citado por Mourre, A. Op. Cit. página 223.

28 Mourre, Op.Cit. página 48. Para apoyar esta afirmación Mourre cita a Christian Larroumet, A PROPOS DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE. Gaz. Pal. Dec.14, 2006.

29 Mourre, Op. Cit. página 49.

30 Mourre, Op. Cit. página 58

## Nombramientos de árbitros en el arbitraje de inversión: La razón por cual las opiniones expresadas sobre cuestiones de la ley deben ser impugnables

### artículo 5

Tony Cole



El aspecto del arbitraje de inversión internacional que tal vez sea el más condenado por los críticos del sistema es el papel que desempeñan en la resolución de diferencias de inversión los tribunales no permanentes, constituidos exclusivamente para decidir un caso determinado, y que consisten en individuos pertenecientes primordialmente del mundo del arbitraje comercial internacional. Estos tribunales, según se alega, carecen de la legitimidad que poseen organismos más permanentes, y muy a menudo reflejan la opinión del mundo comercial donde generalmente trabajan para ganar sus sueldos.

La respuesta de rutina a este reclamo por los especialistas en arbitraje es que se evidencia una grave malinterpretación de la realidad de estos tribunales. Cada tribunal, se subraya, es seleccionado por las partes de la diferencia, con el resultado de que ambos, el Estado y el inversor, puedan garantizar que el tribunal sea tanto imparcial como experto en el derecho de inversión internacional. La utilización de un tribunal como tal, se alega, es considerablemente más justa que la alternativa de exigir al inversor que presente argumentos sobre el caso ante un tribunal interno tanto inicialmente constituido como realmente controlado por el Estado contra el cual se presentó la reclamación, y que carece de conocimientos especializados reales sobre el derecho de inversión internacional.

No hay una duda real de que la respuesta de los especialistas en arbitraje es esencialmente correcta, ya que un tribunal arbitral que funcione adecuadamente, constituye un medio ideal para la solución de diferencias relativas a la inversión internacional. Esto solo puede ser asegurado, sin embargo, cuando el proceso de constitución del tribunal se encuentra apropiadamente diseñado y ejecutado. Pero, tal como se demostró en una reciente decisión del caso Urbaser S.A. c. Argentina, las actuales reglas que rigen la designación de árbitros siguen dando lugar a precisamente la misma forma de manipulación del tribunal que a menudo denuncian los críticos.

El 12 de agosto de 2010, se emitió una decisión sobre la recusación de un árbitro en el caso del CIADI Urbaser S.A. c. Argentina, donde se denegó la recusación de la designación

de Campbell McLachlan, un letrado muy reconocido, como árbitro. La recusación se había basado en opiniones generales de derecho expresadas por McLachlan en sus escritos académicos. Es decir que los demandantes habían recusado el nombramiento de McLachlan por Argentina no porque tuviera algún vínculo con el gobierno argentino que pusiera en duda su capacidad para actuar de manera justa, sino porque anteriormente había emitido declaraciones sobre algunas cuestiones legales que serían cruciales en el arbitraje Urbaser, y que según alegaron los demandantes, esto demostraba claramente que McLachlan se pronunciaría a favor de Argentina en torno a estas cuestiones.

En sí misma, esta decisión es poco notoria, ya que no hay ningún foro arbitral destacado o jurisdicción nacional que realmente permita la recusación de árbitros debido a declaraciones anteriores sobre cuestiones generales de derecho. Sin embargo, si bien resulta difícil criticar la decisión de Urbaser siendo un reflejo de la postura predominante sobre esta cuestión dentro del ámbito del arbitraje, los detalles de la misma sirven para destacar los problemas generados por el enfoque actual. Lo que resulta más conflictivo es que McLachlan no fue recusado simplemente porque había apoyado casualmente una interpretación de una cuestión legal pertinente al arbitraje Urbaser. Sino más bien, los demandantes destacaron dos declaraciones específicas encontradas en publicaciones académicas donde McLachlan no solo presentó un argumento para apoyar su postura, expresando su opinión con contundencia, sino que en un caso se refirió al tratado bilateral de inversión en cuestión en el arbitraje Urbaser. Tal como alegaron los Demandantes, McLachlan ya había señalado cómo actuaría sobre al menos uno de los temas centrales del caso.

No hay nada de raro en un arbitraje donde una parte se enfrente con un tribunal que contenga un miembro que muestre una hostilidad ya conocida a las posturas legales que la parte utilizara para respaldar sus argumentos. Incluso, después de todo, algunos jueces, ya sea de tribunales internos o internacionales, seguramente tendrán una postura ya conocida sobre determinadas cuestiones de derecho, ya sea expresada en publicaciones académicas o en decisiones anteriores. Entonces, para entender porqué esta situación es más conflictiva en el caso del arbitraje de inversión que en un sistema judicial es esencial comprender el método por el cual los árbitros son designados para los distintos casos, así como también el impacto que este proceso puede tener sobre la manera en que se considera el laudo resultante, tanto por

las partes de un arbitraje como por una audiencia que con frecuencia se muestra escéptica en torno a la conveniencia de que estas diferencias sean resueltas a través de arbitrajes.

Si bien se dice que los árbitros cumplen una función judicial, y debido a los muy limitados fundamentos sobre los cuales pueden recusarse los laudos de inversión internacional en los tribunales casi legítimamente puede considerarse que los árbitros ejercen una forma de poder judicial por encargo, fundamentales diferencias existen entre árbitros y jueces debido a la manera en que son designados para los diferentes casos.

Pese a que los enfoques para la designación de jueces pueden variar entre los diferentes sistemas judiciales nacionales, el rasgo más característico de la designación judicial es su naturaleza altamente institucionalizada. Las partes son libres de elegir el sistema judicial donde desean que su caso sea atendido, ya sea a través de la elección acordada de foros, o meramente eligiendo el foro donde iniciar el litigio, pero nunca pueden elegir a un juez en particular para actuar en el caso. En cambio, una vez que se seleccionó el sistema judicial, se nombrará el juez que entenderá en la causa a través de las normas que rigen el sistema.

Por supuesto, es posible que una parte recuse al juez designado, pero las normas sobre las cuales puede hacerlo son limitadas, y generalmente se restringen a instancias donde un juez posea un interés personal en el procedimiento, o un prejuicio personal del juez contra una parte del caso. Esta limitación en la capacidad de recusar a un juez es el reflejo de la naturaleza altamente institucionalizada del papel judicial que desempeña. No solo los jueces son nombrados a través de reglas institucionales, sino que sus decisiones son tomadas dentro de un contexto institucional de revisión por parte de tribunales superiores, la obligación profesional de cooperar con otros tribunales en la creación de un cuerpo de leyes coherente, y el reconocimiento del papel que desempeña el juez como mandatario estatal, en vez de ser un empleado de las partes en el caso que preside.

Por contraste, el procedimiento que rige la designación los árbitros en un arbitraje de inversión refleja una estructura institucional esencialmente diferente. O más precisamente, una estructura en la cual no hay institución alguna. Según este enfoque, cada parte de una diferencia tiene el derecho de nombrar a un juez del panel de tres árbitros que presidirá la diferencia. Un tercer individuo, el Presidente del panel, será luego designado a través de un acuerdo de los árbitros nombrados por ambas partes, e idealmente también de las partes de la diferencia.

La diferencia más obvia entre este procedimiento y el proceso por el cual se designan los jueces para entender en una causa, es por supuesto, el grado de intervención de las partes en la selección de los árbitros. Si bien, tal como se remarcó anteriormente, las partes en un procedimiento judicial están limitadas a elegir el foro en el cual desean que su caso sea atendido, las partes de un arbitraje

pueden elegir los árbitros específicos que presidirán su caso. Además, si bien la visión clásica de un arbitraje es que ambas partes acordarán ser representadas por cada miembro del tribunal, la realidad del arbitraje contemporáneo de la inversión internacional es que cada parte tiene casi todo el control sobre la designación de su árbitro. Es decir, cada parte nombrará a su árbitro preferido, y solo el Presidente estará sujeto a alguna forma de consenso.

Asimismo, si bien todo juez designado para presidir un litigio es elegido dentro de un reducido grupo de individuos que desempeñan un papel institucional a largo plazo, no hay restricciones reales sobre los individuos que pueden actuar como árbitros en los arbitrajes de inversión internacional, más allá de la restricción fácilmente alcanzable dentro del sistema del CIADI de que los árbitros deben tener "reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas".

El impacto de este proceso es importante para reconocer, teniendo en cuenta que un litigio que funciona adecuadamente resultará en una decisión tomada por un juez designado de manera independiente que aplique imparcialmente la legislación pertinente, una decisión en un arbitraje contemporáneo de inversión internacional –incluso uno que funcione correctamente– será emitida por un tribunal constituido a través de un proceso donde ambas partes tengan razón en sospechar que la designación por la otra parte es realizada en un intento de elegir a un individuo que actuará en su favor, en lugar de decidir el caso de manera justa y objetiva.

Es en este contexto adverso, que se ha desarrollado el procedimiento para la recusación de árbitros. Dado que el papel central que se otorga a las partes en el sistema de designación supone un obvio riesgo de que las partes intenten nombrar a individuos que seguramente decidirán a su favor, cada parte tiene el derecho a objetar a cualquier árbitro nominado. Si bien las normas específicas aplicadas para evaluar la recusación de un árbitro nominado varían dependiendo de las reglas y leyes bajo las cuales opera el arbitraje, dichas normas giran en torno a dos amplios conceptos, "independencia" e "imparcialidad". En términos generales, el requisito de "independencia" se relaciona con elementos objetivos en cuanto a los vínculos existentes entre el árbitro y las partes, mientras que la "imparcialidad" se refiere a elementos subjetivos del estado de ánimo del árbitro nominado.

Por lo tanto, por ejemplo, el requisito de "independencia" impide a la parte nominadora designar a un abogado que habitualmente desempeña un trabajo para dicha parte, y quien por lo tanto, podría actuar en favor de dicha parte principalmente para asegurarse más trabajo en el futuro. Similarmente, el requisito de "imparcialidad" excluye la designación de todo árbitro que, según pueda demostrarse, ya haya tomado una decisión de que una de las partes ganará la diferencia.

El procedimiento de recusación de un árbitro está diseñado para garantizar niveles aceptables de imparcialidad dentro de un contexto de designación que en si mismo está altamente abierto a la manipulación de las partes.

No obstante, las recusaciones presentadas en declaraciones generalizadas sobre cuestiones de derecho, tal como en la decisión del caso Urbaser, crea una dificultad particular para el sistema de recusación de árbitros. La justificación para permitir a las partes que seleccionen su propio árbitro, después de todo, es que ellos se asegurarán que al menos un árbitro del tribunal entienda su perspectiva, y éste puede expresar sus argumentos en cualquier deliberación entre los árbitros. Es decir, si bien no se permite a las partes que seleccionen

“

El procedimiento de recusación de un árbitro está diseñado para garantizar niveles aceptables de imparcialidad dentro de un contexto de designación que en si mismo está altamente abierto a la manipulación de las partes.

”



árbitros predispuestos en su favor, sin importar los hechos o argumentos presentados en el curso del arbitraje, toda la cuestión de selección de los árbitros por las partes se vería socavado si las mismas no consideraran las opiniones sustantivas de los árbitros sobre los principios de derechos pertinentes al arbitraje.

El reconocimiento de este hecho se ve reflejado en la distinción comúnmente marcada en la práctica arbitral y académica entre la recusación de un árbitro que anteriormente ha expresado sus opiniones sobre el caso al que ha sido designado, y la de un árbitro que simplemente ha expresado su opinión sobre cuestiones generales de derecho que serán cruciales para el caso. Una recusación basada en la primera situación tiene mayor probabilidad de éxito, mientras que la segunda seguramente fracasará.

Sin embargo, la sutileza de esta distinción no es difícil de destacar. Consideremos un caso donde un Demandante ha iniciado un arbitraje de inversión contra el Estado X, en base a una diferencia contractual entre las dos partes. El Estado X nunca ha aceptado arbitrar directamente con el Demandante, pero ha firmado un tratado bilateral de inversión con el Estado de donde proviene el Demandante. En ese tratado, el Estado X ha aceptado arbitrar directamente con inversionistas del otro Estado toda reclamación donde se aleguen violaciones del tratado. Además, el tratado también incluye lo que se ha dado en llamar una "cláusula general" (en inglés, "umbrella clause"), según la cual el Estado X acepta respetar todo acuerdo que haya celebrado con inversores del otro Estado. El hecho de que si la cláusula general permite o no al Demandante iniciar un arbitraje alegando que la violación, por parte del Estado X, de su contrato con el Demandante también constituye una violación del tratado, es un tema muy debatido en el derecho contemporáneo de inversión.

Siendo conciente de esta dificultad, y en conocimiento de que, a menos que tenga éxito en la decisión sobre este tema, su reclamación fracasará completamente, el Demandante nominó al Profesor Jones, quien es famoso por su fuerte adhesión a la opinión de que la cláusula general en efecto otorga a los inversores acceso a arbitraje por la violación de contratos celebrados con el Estado.

Bajo el actual enfoque de recusación de árbitros, la fuerte postura del Profesor Jones sobre el tema de las cláusulas generales no daría al Estado X ningún fundamento para recusar su nombramiento, aun cuando su decisión sobre este punto central del arbitraje se encuentre efectivamente predeterminada. En efecto, esto sería así aunque solo un mes antes de su nominación al panel arbitral el Profesor Jones reiterara en una entrevista su opinión sobre las cláusulas generales, señalando que en su opinión no habría ninguna duda sobre la manera en que serían resueltas estas cuestiones.

En contraste, sin embargo, si en esa entrevista también hubiera mencionado rumores de un arbitraje pendiente a ser presentado por el Demandante, y señalado que la cláusula general en el tratado definitivamente daría a los Demandantes acceso a arbitraje, el Estado X podría utilizar esta referencia específica al caso entre el Demandante y el Estado X como un medio para evitar el nombramiento del Profesor Jones al tribunal. Pero desde la perspectiva del Estado X seguramente esta distinción da exactamente lo mismo. En ambos casos el Profesor Jones fue nombrado para el tribunal para cumplir con un objetivo específico, en lugar de garantizar un arbitraje justo, y en ambos casos su decisión final es igualmente certera. Afirmar que el Estado X no tiene un fundamento legítimo para

presentar una reclamación, siempre que la decisión del Profesor Jones sea el resultado de la aplicación justa de un principio legal, en lugar de ser tendenciosa en contra del Estado X, es ignorar el contexto del nombramiento. Después de todo, este no fue un juez designado por un sistema judicial independiente, que casualmente posee opiniones desfavorables para una parte. Sino que este nombramiento del árbitro fue una parte específica de la maniobra procesal de la otra parte.

Este tema finalmente nos lleva al centro de la cuestión relativa a porqué se permite la recusación de un árbitro, y qué tipo de arbitraje se intenta llevar a cabo. Si el objetivo es simplemente evitar que se designe a árbitros que serán tendenciosos en contra de una de las partes, entonces las decisiones con respecto al Profesor Jones, y la del caso Urbaser, son perfectamente justificables. Pero en cambio, si la preocupación es que la decisión final de un arbitraje debería ser algo más que el resultado de un juego de "arreglemos al tribunal a nuestro favor", entonces la distinción contenida en la decisión Jones y del caso Urbaser simplemente no basta.

Hay, por supuesto, complicaciones significativas en todo intento de desarrollar una norma para permitir recusaciones basadas solamente en la expresión de opiniones sobre cuestiones generales de derecho. El caso Urbaser es conveniente porque presenta un claro ejemplo del problema descrito; pero en la mayoría de los casos, la cuestión será mucho más difícil, y las partes aprovecharán toda oportunidad para recusar al árbitro nominado por sus oponentes, como parte de su propia maniobra procesal.

No obstante, la dificultad que supone encontrar una norma que funcione no debería ser suficiente para justificar el no hacer nada para remediar un problema evidente. Después de todo, si se descalifica al árbitro preferido por una parte debido a una recusación como tal, no queda clara la manera en que estos resultaron perjudicados. Conservan el poder de nombrar a otro árbitro, y el mismo seguramente estará dispuesto a escuchar los argumentos de esa parte con una mente abierta. Es decir, están simplemente forzados a arbitrar frente a un tribunal imparcial, tal como aceptaron hacerlo originalmente. Por el contrario, si la recusación del árbitro es rechazada, la parte recusante está forzada a arbitrar frente a un tribunal en el cual al menos un miembro simplemente no actuará en su favor sobre uno o más temas cruciales del caso, sin importar cuán imparcialmente desempeñe su trabajo.

La cuestión finalmente se centra en qué debe ser y hacer un tribunal arbitral, y si el arbitraje de inversión internacional es un intento genuino para solucionar diferencias de manera justa, o si es un juego ilegítimo según alegan sus mayores críticos. Nadie que conozca a los profesionales que actúan en los tribunales de arbitraje de inversión internacional cuestionaría la seriedad con la cual desempeñan sus funciones, pero a menos que el problema que se destaca en la decisión del caso Urbaser sea atendido, no será una gran sorpresa que la legitimidad de dichos tribunales sea puesta en duda.

#### Autor

Tony Cole es Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick. Anteriormente, Tony fue miembro del departamento de litigios y el grupo de arbitraje comercial internacional en White & Case de Nueva York.

#### Notas

1 Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, por parte de los Demandantes, 12 de agosto de 2010. Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/07/26

# Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos Preferenciales de Comercio:

## ¿Pocos TBIs es mejor que muchos?

Lauge Skovgaard Poulsen

### artículo 6

Considerando las amplias implicancias y a menudo el alto costo que resultan cuando inversores utilizan los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBIs) para adjudicar reclamaciones contra los países en desarrollo, los gobiernos de estos países necesitan elaborar poderosos argumentos para justificar que estos tratados sean de interés nacional. Una notable contribución a este debate recientemente ha sido aportada por los profesionales de ciencias políticas Jennifer Tobin y Mark Busch, quienes emprendieron la investigación del vínculo entre los TBIs y los acuerdos preferenciales de comercio (en adelante, APCs). Utilizando técnicas estadísticas, analizaron datos anuales de pares de países desarrollados y países en desarrollo entre 1960 y 2004 y concluyeron que los TBIs “suben la posibilidad de llegar a un APC entre el Norte y el Sur con todas las profundas obligaciones recíprocas que esto implica”<sup>1</sup>.

Si esto prueba ser cierto, Tobin y Busch habrían revelado un hallazgo excepcionalmente importante que podría sumar peso al argumento de que los TBIs tienen un efecto positivo en los flujos de inversión. Porque pese a que la mayor parte de la literatura empírica alega que los TBIs no han ayudado a los países en desarrollo a atraer capitales extranjeros en ningún grado considerable, los APCs parecen haber tenido un mayor impacto sobre dónde y cuánto invierten las multinacionales en el extranjero<sup>2</sup>. En otras palabras, los TBIs pueden no tener un impacto en los flujos de inversión de manera extensiva por sí mismos, pero podrían hacerlo indirectamente al incrementar la probabilidad de alcanzar acuerdos más amplios de integración económica.

En este breve ensayo se alega, sin embargo, que en su forma actual, la argumentación de Tobin y Busch se basa en una comprensión errónea de las implicancias prácticas de los TBIs, y su análisis estadístico es refutado casi por completo por las políticas para la creación de reglas inversor-estado en los tratados de inversión en la mayoría de los países desarrollados.

#### Los TBIs como acuerdos preferenciales

La argumentación de Tobin y Busch se divide en dos partes. Primero los autores plantean que las multinacionales occidentales hacen lobby con sus gobiernos para firmar TBIs y APCs como una forma de proteger sus inversiones y reducir los costos comerciales, respectivamente. Pero para los gobiernos de países desarrollados, los TBIs son acuerdos ‘más fáciles’ de celebrar que los APCs, ya que los últimos a menudo enfrentan la oposición de sus propios electores proteccionistas. Así es que mientras los estados más ricos quieren firmar TBIs con los países en desarrollo, sólo buscan celebrar un APC cuando éste les proporciona grandes beneficios. Y esto, ellos alegan, sucede cuando el APC puede dar ventaja a las multinacionales del país anfitrión con respecto a sus competidores extranjeros. La otra cara de este argumento, sin embargo, sería que tales ventajas se vieran en parte reducidas si las firmas competidoras también estuvieran cubiertas por los TBIs en el estado anfitrión. Esto implica que el apoyo a un APC sería mayor si el país en desarrollo no ha firmado

demasiados TBIs con otros gobiernos de países desarrollados<sup>3</sup>. Para aumentar la probabilidad de un APC, Tobin y Busch argumentan que “pocos TBIs es mejor que muchos”.

Por lo tanto, una de las suposiciones subyacentes es que un TBI puede dar a las multinacionales considerables ventajas preferenciales cuando un país en desarrollo no ha firmado TBIs con los estados de procedencia de las firmas competidoras. Pero tan lógico como esto puede sonar, se están representando de manera errónea las implicancias prácticas de los tratados de inversión. En su mayoría, los TBIs incluyen amplias definiciones de las inversiones, y muchas cubren expresamente las inversiones controladas indirectamente. Así que si firmas se encuentran muy preocupadas porque no poseen cobertura de TBI como sus competidores, tienen la opción de estructurar sus vehículos de inversión como crean conveniente, por ejemplo, a través de empresas en terceros países. De esta manera, pese a que el alcance de ‘treaty-shopping’\* no es muy bien entendido, Barton Legum, ex presidente de la división de arbitraje del TLCAN, probablemente tiene razón al decir que:

“La realidad es que el capital extranjero es altamente fungible y la amplitud de las definiciones de inversor e inversión, por lo tanto, se combinan para transformar facialmente las obligaciones bilaterales del TBI en una obligación que el Estado anfitrión debe considerar potencialmente aplicable a todos los inversores”<sup>4</sup>. [La traducción nos pertenece]

La estructura legal corporativa de las multinacionales modernas tiene varias capas y por ello implica que, si bien las protecciones otorgadas en los TBIs tal vez sean preferenciales en teoría, este es raramente el caso en la práctica. Incluso un solo TBI que contenga una amplia cobertura ‘tradicional’ de inversores e inversiones, a fines prácticos, debería entenderse como que está abarcando las obligaciones adeudadas a todo otro estado e inversor<sup>5</sup>. La noción de que una multinacional puede conservar futuras preferencias en virtud de un APC si los países en desarrollo no firman TBIs con otros estados anfitriones parece estar fuera de sincronía con la potencial cobertura de la red global de TBIs.



Incluso un solo TBI que contenga una amplia cobertura ‘tradicional’ de inversores e inversiones, a fines prácticos, debería entenderse como que está abarcando las obligaciones adeudadas a todo otro estado e inversor.



#### La política de la creación de reglas para los tratados de inversión<sup>6</sup>

Pero si bien esto cuestiona la relación curvilínea entre los TBIs y los APCs sugerida por Tobin y Busch—es decir, que pocos TBIs es mejor que muchos—no necesariamente se contradice con su primera proposición, que los países desarrollados tienden a acoplar sus programas relativos a los TBIs con los APCs. De hecho, existen razones pragmáticas para que hagan esto. Los APCs modernos a menudo incluyen capítulos de protección de inversiones, así que haber firmado un TBI simplificaría cualquier APC posterior. Asimismo, una negociación de TBI podría indicar si el país en desarrollo es lo suficientemente ‘maduro’ para entrar en negociaciones mucho más complejas y que

demandan mucho tiempo. Pero si bien un país como Japón de hecho esté utilizando los TBIs como 'peldaños' para acceder a APCs por estas mismas razones<sup>7</sup>, ¿esto realmente refleja un fenómeno más amplio? ¿Los países en desarrollo deberían esperar que firmar un TBI con un país desarrollado, haría más probable la celebración de un APC posterior?

Empecemos por los Estados Unidos. Pese a que el Representante comercial de Estados Unidos (en inglés, USTR) ocasionalmente ha mencionado que un TBI con los Estados Unidos podría llevar a la firma de un APC, es dudoso que un vínculo como tal haya existido como política<sup>8</sup>. Un experimentado negociador norteamericano de TBIs, Kenneth Vandervelde, no menciona ningún vínculo entre la negociación de un TBI con la de un APC en ninguno de sus extensivos trabajos sobre el programa de TBI de EUA por ejemplo<sup>9</sup>. Asimismo, ningún estudio de APCs de EUA conocido por este autor puede ayudar a sostener que los TBIs han allanado el terreno para formar acuerdos de comercio americanos de ninguna manera sustantiva<sup>10</sup>. Así que cuando al observar la real secuencia de TBIs y APCs de EUA, no es sorprendente que el patrón casi nunca brinde una fuerte evidencia en favor de la argumentación de Tobin y Busch: de los trece APCs firmados por EUA con economías en desarrollo o de transición (incluyendo el TLCAN), solo tres fueron precedidos por un TBI. Estos son los APCs con Marruecos, Panamá y el CAFTA-DR (en el cual se han firmado TBIs con El Salvador, Honduras, y Nicaragua), pero Tobin y Busch no proporcionan ninguna evidencia de que los TBIs en cuestión estuvieran conectados con posteriores negociaciones comerciales<sup>11</sup>.

Sin embargo, aun cuando aquellos que toman decisiones en alguna ocasión han considerado los TBIs como potenciales peldaños para firmar APCs, uno debería recordar que EUA ha firmado menos de cincuenta TBIs. Y pese a ser un número importante, estos constituyen una parte minúscula dentro de la red global de TBIs. Solamente 15 países de la UE han firmado más de 1.000. Así que cuando se sugiere un patrón general para la creación de políticas de TBI entre los países desarrollados, Europa claramente es la prueba de fuego. Pero en este punto el vínculo sugerido entre los TBIs y los APCs es aún más difícil de seguir. Recordemos que, al menos hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (el 1 de diciembre de 2009); los estados miembro de la UE negociaron TBIs individualmente mientras que celebraban APCs como grupo. Pero pese a que el 61 por ciento de los países desarrollados en el análisis de Tobin y Busch son estados miembro de la UE, no discuten lo que esto implica para su modelo teórico. Tampoco es tenido en cuenta en su análisis estadístico<sup>12</sup>, lo cual lleva a una afirmación implícita bastante audaz: un país en desarrollo (hipotéticamente) con ningún otro tratado de inversión puede incrementar sus posibilidades de celebrar un APC con la UE de 0.01 a 0.05 simplemente al firmar un TBI con un estado miembro de la UE. La afirmación que la ausencia o presencia de TBIs ha jugado un papel clave para la elección de socios de la UE para firmar APCs probablemente sorprendería a los creadores de políticas europeos, y los autores no citan informes oficiales, no han hecho entrevistas, ni han encontrado ningún estudio sobre la política comercial de la UE que pueda respaldar su argumentación.

Asimismo, si nos remitimos a la segunda proposición, —pocos TBIs aumentan la probabilidad de firmar un APC, mientras que muchos hacen lo contrario—la implicancia en el contexto europeo es que un país en desarrollo que posee un solo TBI, digamos con Finlandia por ejemplo, tiene más posibilidades de obtener un APC con la UE que otro que ha firmado TBIs con la mayoría de los estados miembro de la UE. El grado en que los TBIs han

jugado algún papel sustancial en la política comercial europea hasta ahora —lo cual es cuestionable— es por lo menos una sugerencia bastante ilógica, y aquí nuevamente no parece haber más evidencia para apoyarla que su modelo estadístico.

### Un poco de econometría no es suficiente

Así que, pese a que el trabajo de Tobin y Busch da qué pensar, es innovador y sofisticado —valiendo la pena reflexionar sobre el mismo— es difícil que sus resultados sean compatibles con la realidad en el campo. ¿Por qué será esto? Aparte del hecho de que probablemente se genera una mala interpretación de las implicancias prácticas de los TBIs para las multinacionales, una razón podría ser su casi exclusiva confianza en las técnicas econométricas para constatar las estrategias gubernamentales en el régimen de inversión internacional. Mientras que a veces es una estrategia empírica legítima si los datos disponibles son correctos, se torna riesgoso cuando no lo son<sup>13</sup>. Las metodologías cualitativas naturalmente están plagadas de sus propias limitaciones y corren riesgo de ser tendenciosas, pero a menudo es prudente chequear si las argumentaciones causales basadas solamente en correlaciones estadísticas están apoyadas por tipos de evidencia alternativos. Este no parece ser el caso. Así que antes de incluir el argumento del "peldaño" entre las justificaciones para firmar (al menos unos pocos) TBIs<sup>14</sup>, se aconseja a los gobiernos de los países en desarrollo que esperen otros estudios que confirmen los argumentos de los autores donde se utilicen metodologías alternativas y otras fuentes de datos. Dadas las observaciones formuladas en el presente documento, es probable que esto sea un desafío importante.

### Autor

Laugé Skovgaard Poulsen es aspirante a Doctorado en la Facultad de Economía de Londres. Puede ser contactado en l.n.poulsen@lse.ac.uk.

### Notas

1 J. Tobin and M. Busch, "A TBI is Better Than a Lot: Bilateral Investment Treaties and Preferential Trade Agreements," 62 *World Politics* 1 (2010), en 31.

2 UNCTAD, *The role of international investment agreements in attracting foreign direct investment to developing countries* (Geneva: United Nations 2009), cap. 3.

3 Tobin y Busch también alegan que muchísimos APCs celebrados con otros estados ricos los torna menos atractivos como socios de APC. Pese a la lógica subyacente de esta parte de su argumento de hecho es convincente, el presente ensayo se enfocará puramente en sus conclusiones con respecto a los TBIs.

\*N. del T: Un contribuyente "compra" los beneficios de un tratado que normalmente no le corresponderían. Para este fin, generalmente el contribuyente interpone una sociedad en un país que tiene una ventaja por la firma de un convenio. Fuente: Becker, Helmut y Wurm, Felix J., op. cit. p.1.

4 B. Legum, "Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?," 22 *Arbitration International* 521 (2006), en 525.

5 *Ibid.*, en 524.

6 Esta sección es una extensión de; L. S. Poulsen, "The importance of TBIs for foreign direct investment and political risk insurance: Revisiting the evidence," en: K. Sauvant (ed.) *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010* (New York: Oxford University Press, forth.), notas al pie 60-63 y texto adjunto.

7 Entrevista telefónica con el ex negociador de TBI Japonés en Julio de 2009, no apto para referencia.

8 Por ejemplo, Tobin y Busch respaldan sus hallazgos econométricos mediante una cita del USTR que dice que sus negociaciones de TBI con Pakistán llevarían a la firma de un APC posterior. Pero si bien esto era esperado por varios negociadores clave de Pakistán (en varias entrevistas, Lahore e Islamabad, primavera de 2009), es dudoso si esta era realmente la postura de EUA. Un USTR oficial señaló que: "Debido a que Musharraf había conferido mucho capital político a la posibilidad de firmar un APC, no podíamos decir abiertamente que era prácticamente imposible pasar esto por Washington, así que seguimos la corriente". (Comentario en el seminario sobre el programa de TBIs de Pakistán, Programa del Sur de Asia de la Facultad Johns Hopkins de Estudios Avanzados Internacionales, 11 de mayo, 2009 [el autor de este ensayo fue el disertante]).

9 Por ej., K. Vandervelde, *U.S. International Investment Agreements* (Oxford: Oxford University Press, 2009), en particular 66-82.

10 Véase por ej.; J. Schott (ed.) *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities* (Washington DC: Institute for International Economics, 2004).

11 Véase nuevamente Vandervelde, op. cit.

12 Tobin y Busch codifican un APC de la UE como una serie de APCs bilaterales con estados miembro de la UE.



Un principio fundamental del arbitraje entre inversor y Estado es la facultad de las partes para que sus diferencias sean resueltas por árbitros independientes e imparciales. A fin de garantizar la adhesión a este principio, las leyes y reglas que rigen los arbitrajes entre inversor y Estado otorgan a las partes el derecho de recusar a aquellos árbitros que carecen de estas cualidades. Dada la importancia de garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros, y tal como se evidencia en la reciente decisión y subsiguiente comentario del caso *Vivendi c. Argentina*,<sup>1</sup> los abogados y actores involucrados en los arbitrajes entre inversor y Estado están dedicando muchos esfuerzos para definir las normas sustantivas que justifican la recusación de los árbitros, y para entender lo que aquellas normas requieren en la práctica.

Sin embargo, un tema que ha recibido poca atención, y que merece mucha más, son los requisitos procesales para la recusación de árbitros. Una decisión sobre recusación que fue hecha pública a principios de 2010 ilustra la importancia de una de estas cuestiones procesales – el tema de los límites de tiempo para presentar recusaciones. En ese caso, *CEMEX c. Venezuela*,<sup>2</sup> conforme al Convenio y las Reglas del CIADI, el tribunal rechazó la recusación de la Demandada sobre la base de que ésta no fue presentada “sin demora”<sup>3</sup>. De acuerdo con el Tribunal, el mismo no debió considerar los méritos del caso debido a que la propuesta de recusación del árbitro fue extemporánea.

Esta decisión es conflictiva por muchas razones. Primero, requiere que las partes monitoreen e investiguen las actividades de los árbitros (y de las entidades y personas relacionadas con los mismos), en lugar de hacer cumplir las continuas obligaciones de investigación y divulgación de los árbitros. Segundo, permite que las reglas procesales, conforme a lo establecido en las Reglas de Arbitraje del CIADI – y normas imprecisas contenidas en este documento – impugnen los derechos sustantivos de las partes bajo el Convenio del CIADI. Y tercero, pretende permitir que las normas procesales liberen a los tribunales de sus obligaciones sustantivas bajo el Convenio del CIADI. No se sabe si un mejor análisis de cualquiera de estos tres temas hubiera producido un resultado diferente. Lo que sí es seguro, sin embargo, es que el enfoque adoptado por el Tribunal en la decisión sobre recusación de CEMEX es defectuoso.

#### **Antecedentes de la Diferencia y Propuesta de Recusación**

En octubre de 2008, y en respuesta a las acciones tomadas por el gobierno de Venezuela que afectaron a la industria cementera, CEMEX inició una acción judicial contra Venezuela en virtud del Convenio del CIADI y del tratado bilateral entre Venezuela y los Países Bajos<sup>4</sup>. El 31 de diciembre de 2008, CEMEX designó a Robert B. von Mehren como su árbitro; y el 12 de febrero de 2009, el Sr. von Mehren entregó a las partes su curriculum vitae y la declaración de independencia e imparcialidad, tal como lo requiere la Regla 6 de las Reglas del CIADI. El Tribunal fue constituido el 6 de julio de 2009.

El 21 de septiembre de 2009, la defensa por Venezuela se dirigió al Tribunal por escrito planteando un tema que precisaba ser “abordado y aclarado”. Asimismo, informaba al Tribunal que otra causa contra Venezuela, *Holcim c. Venezuela*, había sido presentada ante la Secretaría del CIADI en abril de 2009, que, tal como en el caso CEMEX, surgió a partir de las acciones tomadas por Venezuela en relación a la industria cementera en 2008. La defensa por Venezuela explicó que los abogados del Demandante en el caso *Holcim* pertenecían a la firma *Debevoise and Plimpton LLP* (“*Debevoise*”), la misma firma, cuyo árbitro designado por el Demandante en el caso *Cemex*, el Sr. von Mehren, había sido socio antes de retirarse. La defensa por Venezuela remarcó que el Sr. von Mehren detalló una oficina, número de teléfono y dirección de e-mail de *Debevoise* en su curriculum vitae, y solicitó mayor información sobre la relación entre el Sr. von Mehren y *Debevoise*.

El Sr. von Mehren respondió ese mismo día confirmando que era un socio retirado de *Debevoise*, pero seguía teniendo una oficina y utilizaba los servicios de secretariado brindados por la firma<sup>5</sup>. También explicó que recibía una pensión de *Debevoise* basada en las ganancias de la firma mientras fue socio. El Sr. von Mehren agregó que no sabía que el caso *Holcim* había sido presentado en el CIADI, y mucho menos que *Debevoise* estaba actuando como abogados del Demandante en ese caso.

El 15 de octubre de 2009, la demandada buscó más información en cuanto a la oficina y los servicios de secretariado proporcionados por *Debevoise* y las medidas que estaban siendo adoptadas para proteger la confidencialidad del procedimiento de arbitraje. El Sr. von Mehren contestó el 20 de octubre. Al día siguiente Venezuela respondió en un e-mail que se sentía incomoda con la relación entre el Sr. von Mehren y *Debevoise* y que pretendía recusar formalmente al árbitro, conforme a lo dispuesto por el Artículo 57 del Convenio del CIADI. El 26 de octubre de 2009 la demandada presentó su recusación, solicitando destituir al Sr. von Mehren, basándose en su continua relación con *Debevoise*, representante del Demandante en el caso *Holcim*, una acción presentada contra Venezuela debido a la misma serie de hechos disputados en la diferencia de CEMEX.

#### **La Decisión sobre Recusación**

En una decisión con fecha del 6 de noviembre de 2009, los dos miembros del Tribunal que no habían sido recusados rechazaron la propuesta de Venezuela para recusar al Sr. von Mehren por ser extemporánea. El Tribunal explicó que para que el procedimiento de arbitraje fuese “ordenado y justo”, la recusación del árbitro debería ser presentada “sin demora”. Remarcó que ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje de este Centro, especifican “un plazo determinado, vencido el cual no puede considerar la solicitud de recusación”<sup>6</sup>. No obstante, la Regla 9(1) de las Reglas de Arbitraje establece que “la parte que proponga la recusación de un árbitro... deberá” presentarla “sin demora.” El Tribunal luego afirmó, sin mayor discusión,

que, conforme a lo previsto en la Regla de Arbitraje 27 del CIADI, la “sanción por la omisión de formular sin demora la objeción consiste en la renuncia del derecho a objetar”<sup>7</sup>.

De acuerdo con el Tribunal, al utilizar la expresión “sin demora”, la Regla 9(1) no parece “fijar un plazo determinable”, y en cambio, deja que el Tribunal decida caso-por-caso si las recusaciones son presentadas sin demora o no. Entonces, el Tribunal observó la aplicación de la regla por otros tribunales. Citó los casos *Azurix c. Argentina*, *CDC c. Seychelles* y *Vivendi c. Argentina* como ejemplos de decisiones donde una demora de ocho meses, 147 días y 53 días, respectivamente, había sido juzgada como demasiado prolongada para ser calificada como “sin demora”. También remarcó que el tribunal en el caso *Saba Fakas c. Turquía* había descrito la presentación de una propuesta de recusación “sin demora” como la formulada después de diez días de la constitución del tribunal.

Volviendo a los hechos del caso CEMEX, el Tribunal señaló que la Demandada supo que el Sr. von Mehren era un socio retirado de Debevoise antes del 12 de febrero de 2009, fecha anterior a la constitución del Tribunal, cuando la Demandada recibió el curriculum vitae del Sr. von Mehren. El Tribunal además observó que la Demandada sabía que Debevoise estaba representando a los demandantes en el caso *Holcim* cuando el CIADI registró ese caso el 10 de abril de 2009. Refutando el argumento de la Demandada de que el curriculum vitae del Sr. von Mehren no contenía toda la información sobre su relación con Debevoise, y que Venezuela recién obtuvo esa información después de solicitarla en septiembre de 2009, luego de lo cual presentó la propuesta de recusación, el Tribunal concluyó que:

*[E]n abril de 2009, la Demandada tenía en su poder todos los elementos que le permitían plantear las preguntas que formuló en septiembre de 2009. Esperó más de cinco meses para plantearlas. Lo hizo más de dos meses después de la constitución del Tribunal. Habiendo recibido inmediatamente, el 21 de septiembre de 2009, la información solicitada, todavía esperó un mes antes de presentar su propuesta de recusación...<sup>8</sup>*

El Tribunal luego declaró que, conforme a lo previsto en la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, “la sanción por la omisión de formular sin demora la objeción consiste en la renuncia del derecho a objetar”<sup>9</sup>.

### Problemas con la Decisión

La decisión sobre la recusación del caso CEMEX es problemática por un número de razones. Por un lado, el Tribunal de hecho impuso a la Demandada la obligación continua de vigilar las actividades de los árbitros y de las entidades y personas relacionadas con los mismos. El Tribunal señaló que, a partir del 10 de abril de 2009, la Demandada “tenía en su poder todos los elementos que le permitían plantear las preguntas que formuló en septiembre de 2009”. Estos elementos eran dos: el CV de uno de los tres árbitros del caso CEMEX, donde se detallaban la dirección y el número de teléfono de una oficina de

Debevoise, el estudio jurídico del cual el árbitro había sido socio; y el registro de otro caso en el CIADI, *Holcim*, en el cual Debevoise representaba a los demandantes. Así, el Tribunal concluyó que se requería que la Demandada evaluara si cualquiera de las relaciones enumeradas en los CVs de los árbitros creaba situaciones que darían lugar a dudas con respecto a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Además, de acuerdo con el Tribunal, la falla de la Demandada para monitorear e investigar las circunstancias y relaciones de los árbitros impedía la recusación presentada por la Demandada.

Este enfoque, sin embargo, impone la obligación de investigar y divulgar potenciales conflictos en el jugador equivocado. Tal como lo indica la Regla 6 de Arbitraje del CIADI<sup>10</sup> y las decisiones sobre la recusación<sup>11</sup>, y respaldado por las realidades prácticas en cuanto a quién tiene acceso a información pertinente, es el árbitro no las partes, quien debe investigar si existen conflictos, y si los hay, debe divulgarlos. Cargar a las partes con el conocimiento constructivo de conflictos que pudieran surgir en base a información revelada en los CVs de los árbitros es imponer una carga dura, e erróneamente puesta, sobre estas partes.

Otro problema con la decisión del Tribunal es que este abdicó su propia responsabilidad bajo el Convenio del CIADI de revisar la propuesta de recusación en base al supuesto incumplimiento de las Reglas de Arbitraje por parte de la Demandada. Tal como lo remarcó el Tribunal, la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje establece que si una parte que “sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición” de las Reglas de Arbitraje o “de cualquier otra regla o de algún acuerdo aplicable al procedimiento... y no objeta sin demora dicho incumplimiento, se considerará... que ha renunciado a su derecho a objetar”. Sin embargo, lo que el Tribunal no señaló fue que la Regla 27 no pretende dispensar a los tribunales de sus obligaciones bajo el Convenio del CIADI. El Artículo 58 del Convenio del CIADI requiere que los tribunales tomen una decisión sobre “cualquier propuesta de recusación de [un]... árbitro”. Obliga a los tribunales a sustituir al árbitro si “la recusación fuere estimada”. No hay excepción en el Convenio del CIADI que permita a los tribunales rehusarse a evaluar una propuesta de recusación en base a que la propuesta no haya sido presentada “sin demora”.

Tercero, un problema similar al de la decisión sobre recusación del caso CEMEX es que el Tribunal muy fácilmente se basó en disposiciones procesales imprecisas de las Reglas de Arbitraje para negar los derechos de las partes bajo el Convenio del CIADI. Más específicamente, el Convenio del CIADI confirma los derechos de las partes con respecto a los árbitros “que gocen de amplia consideración moral... , e inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio”<sup>12</sup>. “ . También otorga a las partes el derecho a proponer la recusación de árbitros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14<sup>12</sup> y especifica que las partes podrán solicitar la anulación del laudo si el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente, si hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal, o si hubiere quebrantamiento

grave de una norma de procedimiento<sup>14</sup>. Conforme a la Regla 27 de Arbitraje, si una Parte no objeta “con prontitud” el incumplimiento de las Reglas de Arbitraje, se considerará que ha renunciado a su derecho a objetar. Sin embargo, la Regla 27 no establece que si una Parte no objeta con prontitud el incumplimiento de las Reglas de Arbitraje ésta renuncia a su derecho, bajo el Convenio del CIADI, a que el arbitraje sea conducido por árbitros independientes e imparciales y se ajuste a un procedimiento fundamentalmente justo<sup>15</sup>. Aún más significativo, la Regla de Arbitraje 9, que rige específicamente los requisitos procesales para proponer la recusación de un árbitro, no contiene ninguna referencia a que la no presentación “sin demora” de una recusación resulte en la renuncia del derecho a pedir la recusación de un árbitro<sup>16</sup>.

En ninguna parte de la Decisión sobre Recusación el Tribunal explica adecuadamente cómo y por qué el incumplimiento de una norma procesal imprecisa daría como resultado la renuncia de los derechos fundamentales de las partes contenidos en el Convenio relativos a la recusación de árbitros por una falta manifiesta de las cualidades requeridas. En cambio, el Tribunal simplemente declaró de manera conclusiva que no debió considerar el fondo de la objeción de la Demandada por no haber presentado su propuesta de recusación sin demora<sup>17</sup>. Y pese a que el tribunal cita algunos casos en apoyo a su interpretación de “sin demora”, en cada uno de los casos donde los tribunales determinaron que la propuesta no fue presentada “sin demora”, estos no obstante procedieron a examinar los méritos de las recusaciones<sup>18</sup>.

## Conclusión

Los participantes y observadores del sistema de arbitraje del CIADI cada vez más subrayan la importancia de la independencia e imparcialidad de los árbitros. La falta real o aparente de estas cualidades puede demorar la solución de diferencias, aumentar los costos y poner en riesgo la legitimidad de este medio para la solución de diferencias entre inversores y estados. Sin embargo, mientras que se ha prestado mucha atención a las normas sustantivas utilizadas para garantizar la independencia e imparcialidad, no se ha puesto un foco significativo sobre los aspectos procesales de la recusación de árbitros. No obstante, tal como muestra la decisión sobre recusación del caso CEMEX, estos asuntos procesales pueden determinar – correcta o erróneamente – el resultado de una propuesta de recusación.

## Autor

Lise Johnson es abogado y actualmente asesor jurídico, trabajando en cuestiones relacionadas con el derecho y la política internacional.

## Notas

1 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina, Caso No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo Dictado el 20 de agosto de 2007 por parte de la República Argentina (10 de Agosto de 2010).

2 CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso No. ARB/08/15).

3 Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Arbitro (Noviembre 06, 2009) (la “Decisión sobre Recusación”).

4 Véase Decisión sobre Recusación, nota supra \_\_; CEMEX presentará demanda de arbitraje internacional, CEMEX Comunicado de Prensa, 20 de agosto, 2008, disponible en [http://www.cemex.com/qr/mc\\_pr\\_082008.asp](http://www.cemex.com/qr/mc_pr_082008.asp).

5 La Decisión sobre Recusación señala que el Sr. von Mehren respondió a la carta de la Demandada “[e]l mismo día”. (apartado 22). Sin embargo, no se indica cómo respondió ni cuándo la demandada recibió la comunicación.

6 Decisión sobre Recusación, en el apartado 34.

7 Decisión sobre Recusación, en el apartado 36.

8 Decisión sobre Recusación, apartado 44.

9 Decisión sobre Recusación, apartado 36.

10 La Regla 6(2) requiere que cada árbitro firme una declaración cuyo texto más relevante es, “Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquellas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento”.

11 Véase, por ej., Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo dictado el 20 de agosto de 2007 (10 de agosto, 2010), apartado 222;

12 Artículos 14(1) & 40.

13 Artículo 57.

14 Artículo 52(1).

15 También cabe destacar que la Decisión sobre Recusación del Tribunal no deja claro cómo debe aplicarse la Regla 27. Esta Regla se refiere a la renuncia de las partes a su derecho de objetar el incumplimiento de reglas o regulaciones. Entonces podría alegarse que, conforme a la Regla 27, la Demandada renunció a su derecho a objetar el incumplimiento de la Regla 6 por Sr. von Mehren en referencia a las obligaciones de divulgación de los árbitros. La decisión, no obstante, no sugiere que el Tribunal haya aplicado la Regla 27 de esa manera. En cambio, el Tribunal parece haber interpretado esta disposición relativa a la no objeción del incumplimiento de otras partes o de árbitros como la renuncia de los derechos de las partes contenidos en las Reglas (e incluso en el Convenio) para tomar acciones afirmativas. Una interpretación como tal parece llevar la Regla 27 más allá de la aplicación pretendida.

16 Cf., por ej., la Regla de Arbitraje 49(1) & (5) (que claramente establece que si una parte no solicitara una decisión que suplemente o que rectifique el laudo dentro de los 45 días después de la fecha en que se haya dictado un laudo, el Secretario General “deberá rechazar el registro de la solicitud”).

17 Decisión sobre Recusación, apartados: 31 (“El Tribunal considerará en primer lugar la cuestión de si la propuesta de recusación del Sr. von Mehren formulada por la Demandada fue extemporánea. Si lo fue, el Tribunal no tendrá que considerar los aspectos sustanciales de esa propuesta.”); 32 (“Un proceso arbitral ordenado y justo, mientras que permite recusar a árbitros por razones específicas, requiere asimismo que esas recusaciones se hagan dentro de los plazos pertinentes. En consecuencia, las reglas de arbitraje normalmente prevén que las recusaciones extemporáneas no deban considerarse.”); 36 (“La sanción por la omisión de formular sin demora la objeción consiste en la renuncia del derecho a objetar, conforme a lo previsto en la Regla 27 del Reglas de Arbitraje del CIADI.”); 44-45 (“... Teniendo en cuenta todos esos factores, concluimos que Venezuela no presentó su propuesta de recusación del Sr. von Mehren “sin demora”, en el significado que se le da a ese término bajo la Regla 9(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y por lo tanto que ha renunciado a su derecho a objetar conforme a la Regla 27 de dicho ordenamiento. 45. En consecuencia, no tenemos que considerar el fondo de la objeción de la Demandada.”).

18 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la República Argentina (CIADI Caso No. ARB/03/17), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (CIADI Caso No. ARB/03/19), AWG Group c. la República Argentina (CNUDMI); Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral (22 de Oct. 2007, apartados 27-43); CDC Group PLC c. la República de Seychelles (CIADI Case No. ARB/02/14), Decisión de Anulación del Comité Ad Hoc (29 de Junio, 2005), apartado 54; Azurix Corp c. la República Argentina (CIADI Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Recusación del Presidente del Tribunal (25 de Febrero, 2005) (Esta decisión no fue publicada, pero se encuentra resumida brevemente en los apartados 35 & 36 de la Decisión de Anulación del Comité ad hoc (1 de Septiembre, 2009)).



# Noticias en Breve

## Las Partes anuncian solución de diferencia sobre planta de energía alemana 28.8.2010

Una empresa de energía sueca y la República Federal de Alemania, según se afirma, han resuelto su arbitraje en el CIADI que surgió a partir de la paralización de la construcción de una controvertida planta de energía alimentada a carbón en la ciudad de Hamburgo.

Tal como se reveló en IAREporter a principios de 2009, Vattenfall recurrió a arbitraje en una solicitud para recusar demoras en el otorgamiento de permisos y otros obstáculos impuestos a la construcción de la planta.

A fines de agosto, Vattenfall anunció que había llegado a un acuerdo para concluir el caso en el CIADI, pero se rehusó a revelar detalles debido a que el arbitraje aun seguía en curso. (Dado que las partes generalmente son libres de discutir las cuestiones relativas a un arbitraje del CIADI, no está claro si Vattenfall está cumpliendo con una orden de confidencialidad impuesta por el tribunal o acordada voluntariamente con Alemania).

Hasta la fecha, diferentes informes de medios alemanes e internacionales han aludido a una posible debilitación de las restricciones locales sobre el uso del agua que hubieran evitado que la planta terminada operara en su plena capacidad. Vattenfall había reclamado que el proyecto se había visto obstaculizado por estrictas limitaciones sobre la cantidad de agua que podría extraerse del Río Elbe para refrigeración (también hay limitaciones similares con respecto a la descarga de agua caliente nuevamente al río).

Grupos ambientalistas alemanes han criticado abiertamente la planta de Hamburgo y probablemente presionarán a las autoridades para obtener más detalles sobre la solución.

## Ratificación belga de TBI con Colombia suspendida a consecuencia de protesta laboral 16.6.2010

La ratificación de un tratado bilateral de inversión entre Colombia y la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo ha sido suspendida en medio de la presión ejercida por sindicatos belgas en repudio a las condiciones laborales presentes en Colombia.

Bélgica negocia tratados de inversión en asociación con Luxemburgo, y ha celebrado acuerdos como tales con más de 100 países. Un TBI entre la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo (BLEU) y Colombia fue negociado a principios de esta década y firmado en febrero de 2009.

Los TBIs denominados BLEU necesitan travesar un complicado proceso de ratificación en Bélgica mediante el cual estos tratados deben ser aprobados por dos cámaras federales del parlamento, así como por tres gobiernos regionales que representan a las regiones de Flandes, Valonia y la Capital Bruselas.

Después de las elecciones regionales de Bélgica en junio de 2009, los gobiernos de coalición de las regiones de Flandes y Valonia anunciaron que sería necesario incorporar normas laborales y ambientales vinculantes dentro de los futuros acuerdos de comercio e inversión.

Por lo tanto, cuando los críticos de los sindicatos plantearon sus objeciones durante los meses subsiguientes con respecto al TBI entre BLEU y Colombia — y a lo que caracterizaron como disposiciones laborales inadecuadas— el proceso de

ratificación empezó a ir cuesta abajo. El 3 de marzo de 2010, el gobierno regional de Flandes anunció que ya no buscaría la ratificación del TBI con Colombia.



Después de las elecciones regionales de Bélgica en junio de 2009, los gobiernos de coalición de las regiones de Flandes y Valonia anunciaron que sería necesario incorporar normas laborales y ambientales vinculantes dentro de los futuros acuerdos de comercio e inversión.



## Compañía petrolera, al no notificar previamente a Ecuador sobre la violación de tratado, frustra reclamaciones 27.6.2010

Los árbitros han determinado que ciertas reclamaciones por violación del tratado bilateral de inversión entre EUA y Ecuador son inadmisibles debido a que la empresa de energía de EUA no notificó claramente y por adelantado que Ecuador estaba en violación de sus obligaciones de tratado.

Burlington Resources Inc. pretende responsabilizar a Ecuador por no brindar protección y seguridad física a dos grandes bloques destinados al desarrollo petrolero en la selva tropical amazónica.

Los sitios —oficialmente denominados Bloques 23 y 24— fueron concedidos a fines de la década de 1990, pero esto ha generado enfrentamientos con grupos indígenas que se oponen a la exploración petrolera.

De hecho, no mucho después de que Burlington comprara acciones en los bloques, la empresa invocó las cláusulas de fuerza mayor (force majeure) de los contratos de repartición de la producción, señalando que condiciones fuera de su control impedían el desarrollo inmediato en la zona.

Desde entonces, la controversia en torno a los dos bloques ha generado mayores enfrentamientos con grupos indígenas y grupos ambientalistas de países ricos que han organizado campañas en contra del desarrollo petrolero. Si bien Burlington ha trabajado para apaciguar las críticas, cambió su estrategia en 2008 cuando decidió demandar a Ecuador por imponerle un cuantioso impuesto sobre las ganancias inesperadas que afectó colateralmente otras actividades de producción de la empresa Burlington en el país.

Como parte del arbitraje en el CIADI, Burlington también alegó que la República de Ecuador fue responsable de no brindar la seguridad adecuada para que las actividades detenidas en los Bloques 23 y 24 pudieran seguir adelante.

Los reclamos, si hubieran sido estimados sus méritos, habrían demostrado ser políticamente contenciosos — al menos porque los árbitros deberían haber examinado otras obligaciones de Ecuador con respecto a las comunidades indígenas en virtud del derecho internacional.

De cualquier manera, sin embargo, los reclamos de Burlington en cuanto a la protección y seguridad física no serían escuchados —al menos esta vez— por los árbitros del CIADI.

En su decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, los árbitros sostuvieron que Burlington no notificó claramente a Ecuador sobre sus reclamos por la denegación de protección y seguridad física, y por lo tanto, el período de espera obligatorio de seis meses dispuesto en el tratado (que debe pasar antes de iniciar el arbitraje) no había comenzado a transcurrir. Como tal, los reclamos sobre protección y seguridad física presentados en la Solicitud de Arbitraje por parte de Burlington en 2008 fueron considerados inadmisibles por los árbitros.

#### **Zimbabue no paga laudo del CIADI 7.5.2010**

Un grupo de ciudadanos holandeses que fueron concedidos aproximadamente 8,2 Millones de Euros en un laudo arbitral el año pasado, todavía deben recibir el pago de la República de Zimbabue<sup>1</sup>.

El gobierno de Zimbabue, que se encuentra limitado por falta de fondos, hasta ahora se ha rehusado a pagar el laudo, el cual ordenó la indemnización a los agricultores cuyas fincas fueron confiscadas como parte de un violento proceso de redistribución de tierras en Zimbabue.

Luego de los esfuerzos para que Zimbabue pagara voluntariamente, los demandantes solicitaron la confirmación del laudo del CIADI a un Tribunal de Distrito federal en Nueva York. El 1 de febrero de 2010, se emitió un fallo por US\$ 25 millones contra Zimbabue, que no impugnó la solicitud de confirmación. El fallo del tribunal de Nueva York permite a los demandantes demandar bienes de Zimbabue que estén o estén transitando a través de uno de los principales centros financieros del mundo.

Mientras que los demandantes continúan reclamando el pago, los intereses del 10% calculados semi-anualmente siguen acumulándose en el fallo.

#### **Un estado del TLC que no es parte de una diferencia interviene en arbitraje para presentar argumentos 22.4.2010**

La República de El Salvador ha intervenido en un arbitraje en curso entre otra parte del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA por sus siglas en Inglés) y un inversor basado en Estados Unidos.

La intervención de El Salvador se realizó conforme a una disposición del CAFTA que permite a otros estados miembro presentar sus puntos de vista sobre temas relativos a la interpretación del Tratado.

En una breve presentación con fecha del 19 de marzo de 2010, El Salvador argumentó que el capítulo de inversión del CAFTA no cubre diferencias pre-existentes (es decir, diferencias que surgieron antes de la entrada en vigor del CAFTA y persistieron de allí en adelante).

La maniobra de El Salvador marca la primera instancia donde una parte del CAFTA ha ejercido su derecho según lo dispuesto en el Artículo 20.2 del Capítulo 10 sobre inversión de este Tratado.

Notablemente, el capítulo de inversión del CAFTA no aborda expresamente diferencias pre-existentes; sin embargo, El Salvador sostiene que una lectura de varias disposiciones del CAFTA lleva a la conclusión de que el capítulo solo cubre las "medidas" gubernamentales que ocurren después de la entrada en vigor del tratado.

#### **Mientras que nuevos casos aterrizan en el CIADI, y surgen varios más, Bolivia sube la temperatura del debate sobre el sistema arbitral 4.22.2010**

A punto de salir una decisión políticamente delicada sobre medidas provisionales emitida por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la República de Bolivia ha solicitado la recusación de los tres miembros del tribunal.

De acuerdo con una fuente familiarizada con la solicitud, Bolivia sostiene que los árbitros son prejuiciosos contra el gobierno, y no cumplen con el criterio de "imparcialidad" impuesto por el sistema del CIADI.

Conforme a las reglas del CIADI, una recusación de todo el tribunal debe ser adjudicada por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI (es decir, el Presidente del Banco Mundial).

Sin embargo, en función de los antecedentes de aversión hacia el CIADI que ha expresado Bolivia, todavía hay que ver si el Centro delegará la recusación a un organismo externo. En algunas ocasiones, el Centro ha delegado casos cuando se han presentado recusaciones a árbitros que anteriormente estuvieron vinculados con el Banco Mundial (por ej. Andrés Rigo Sureda, ex abogado Senior del Banco Mundial).

La última maniobra de Bolivia marca un aumento de las hostilidades entre este país y una institución arbitral de la cual el gobierno ha pretendido distanciarse en los últimos años.

En 2007, Bolivia se retiró del CIADI, reclamando que el Centro era tendencioso a favor de los inversores extranjeros.

No obstante, el retiro de Bolivia no cortó todos los lazos con el Centro con sede en Washington. Un arbitraje pre-existente, el caso de Quiborax, siguió siendo arbitrado en el Centro, mientras que otro caso presentado en 2007 por una filial de Telecom Italia duró casi dos años antes de que un acuerdo fuera interpuesto para llevar la diferencia a un arbitraje ad-hoc.

Más recientemente, una empresa de energía de EUA ha presentado un arbitraje en el CIADI en relación con la nacionalización de su participación en una empresa de energía boliviana. PanAmerican alega que la maniobra de Bolivia de nacionalizar el 51% de su participación accionaria en la empresa de energía Chaco violó las protecciones contenidas en el tratado bilateral de inversión entre EUA y Bolivia al no proporcionarle compensación plena.

Pese a que Bolivia ha rechazado contundentemente nuevos reclamos presentados ante el CIADI después del anuncio de que este país se retiraría del CIADI en 2007, se espera que PanAmerican alegue que fue una de las tantas firmas multinacionales de energía que notificaron a Bolivia en 2005 sobre el potencial arbitraje sobre reclamaciones que surgieron a partir de los planes de nacionalización de ese país con respecto al sector energético. Como tal, este consentimiento o aceptación del ofrecimiento de Bolivia para arbitrar ante el CIADI hubiera estado presente mucho antes de que el país anunciara su retiro del CIADI en mayo de 2007.

#### **Notas**

<sup>1</sup> Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabue (Caso del CIADI No. ARB/05/6)

# Laudos y Decisiones

**Argentina en apuros por violar disposición de Trato Justo y Equitativo** Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/19)

**Lise Johnson**

El 30 de julio de 2010, el tribunal del CIADI en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal c. Argentina emitió una decisión unánime declarando a Argentina responsable en tres casos separados pero procesalmente consolidados.

En 1993, en el marco de un programa de privatización, Argentina otorgó a una empresa Argentina, AASA, una concesión de 30 años para operar servicios de agua y aguas de desecho en y alrededor de la ciudad de Buenos Aires. Esa empresa había sido creada y financiada por un grupo de inversionistas extranjeros para operar la concesión, incluyendo los demandantes, Suez, Vivendi Universal S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Anglian Water Group Ltd. (AWG).

Después de aproximadamente diez años de operación de la concesión, en abril de 2003, los inversores extranjeros de AASA iniciaron estas causas contra Argentina, alegando que un número de acciones y omisiones del gobierno relacionadas con la crisis financiera del país desbarató la concesión y destruyó el valor de la misma.

Los demandantes denunciaron que mediante la conducta del gobierno se violaron las obligaciones de Argentina a los inversores en virtud de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) con España, el Reino Unido y Francia.

Específicamente, los demandantes alegaron que Argentina infringió el tratado porque (1) expropió ilegalmente la propiedad de los inversores, (2) no brindó a los inversores “plena protección y seguridad”, y (3) no otorgó a los inversores un trato justo y equitativo (en inglés, FET).

De acuerdo con los Demandantes, estas violaciones surgieron a partir de: las medidas regulatorias y legales promulgadas por Argentina, de la conducta de este país para “forzar” la renegociación de la concesión y por la renuencia de Argentina de subir la tarifa de los servicios de agua y aguas de desecho.

En 2006, Argentina puso fin a la concesión y transfirió el sistema de servicios de agua y aguas de desecho a una entidad estatal. Argentina apoyó esta acción alegando que AASA había violado sus obligaciones asumidas en el contrato de concesión al, entre otras cosas, distribuir agua con excesivos niveles de nitrato. Los Demandantes agregaron la terminación del contrato por parte de Argentina a su lista de actos presuntamente ilegales para respaldar su reclamación.

El Tribunal primero rechazó el argumento de los Demandantes de que las medidas legales y regulatorias generales promulgadas por el gobierno expropiaron la propiedad de los inversores. El Tribunal señaló que tales acciones se encontraban dentro de los poderes generales del país y, por lo tanto, no podían ser expropiatorias.

Segundo, el Tribunal concluyó que la negación del gobierno para elevar las tarifas no constituyó una expropiación, porque tal inacción no privó sustancialmente a los inversores de su inversión. Tercero, el Tribunal determinó que si bien las acciones del gobierno en relación con la terminación de la concesión podrían

haber constituido una violación del contrato, las mismas no llegaban a ser una violación de tratado.

Después, el Tribunal evaluó y rechazó la reclamación de los inversores en cuanto a la violación de la disposición de “plena protección y seguridad”. Al hacer esto, el Tribunal señaló que no adoptaría la interpretación extensiva de esta obligación presente en otras decisiones. En cambio, adoptó el significado “tradicional” que, según el Tribunal, esencialmente solo requiere que los gobiernos protejan a los inversores y sus inversiones de un daño físico.

El Tribunal luego se refirió a la obligación FET. Interpretó esta obligación como exigiendo a los estados que protejan las “expectativas legítimas” objetivas y razonables de los inversores teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. Estas circunstancias, remarcó el Tribunal, incluyen factores tales como la naturaleza de la inversión, los derechos e intereses de Argentina para ejercer su autoridad regulatoria y la historia y condiciones políticas, económicas y sociales de este país.

Al aplicar esta interpretación, el Tribunal concluyó que Argentina violó la obligación FET, rehusándose a ajustar la tarifa y a través de un trato “forzoso” a AASA en un intento de renegociar los términos del contrato de concesión. Sin embargo, rechazó los argumentos de los Demandantes de que la terminación del acuerdo por el gobierno también violó la norma. El Tribunal explicó que si bien la terminación podría haber sido una violación del contrato, ésta no llegaba a ser una violación de tratado.

Notablemente, uno de los miembros del tribunal, el Profesor Pedro Nikken, se expidió individualmente para criticar la interpretación de la obligación FET del tribunal. En particular, refutó la noción presentada por el Tribunal en este caso, y en otros, de que la disposición estaba destinada a proteger las “expectativas legítimas” de los inversores. No obstante, el Profesor Nikken señaló que estaba de acuerdo con la conclusión final del Tribunal de que Argentina infringió la obligación FET.

Finalmente, el Tribunal examinó si la defensa de “necesidad” en virtud del derecho consuetudinario internacional (en adelante, DCI) absolvería a Argentina de su responsabilidad. Aceptó el argumento de Argentina de que el país estaba atravesando una grave crisis económica que, en teoría, podría justificar la defensa. No obstante, esto no protegió a Argentina en este caso porque, según señaló el Tribunal, Argentina podría haber tomado otras acciones, que no violaran los derechos de los inversores, para responder a la crisis.

Argentina había instado al Tribunal a tomar en cuenta el hecho de que la concesión afectaba el servicio de agua e impactaba el derecho humano a este recurso. El Tribunal también remarcó que en un escrito amicus curiae presentado por un grupo de cinco ONGs se exhibían argumentos similares.

Sin embargo, el Tribunal rechazó la noción de que las obligaciones de derechos humanos del gobierno para garantizar a su población el derecho al agua tenían prioridad sobre sus obligaciones con los inversores en virtud de los TBIs. De acuerdo con el Tribunal, los estados deben respetar tanto los derechos humanos como las obligaciones de tratados por igual.

La decisión del Tribunal solo aborda la culpabilidad. Ahora procederá a determinar la suma de los daños, honorarios y gastos que Argentina deberá pagar.



**Laudo contra Argentina anulado *Sempra Energy International c. la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/16)***  
**Lise Johnson**

El 29 de junio de 2010, el Comité de Anulación ad hoc en una de las muchas diferencias de inversión presentadas contra Argentina anuló el laudo dictado por el Tribunal contra ese país.

Esta diferencia, tal como la gran mayoría de las diferencias de inversión presentadas contra Argentina, surgió de acciones tomadas por el gobierno en respuesta a su crisis financiera a fines de 1990s y principios de 2000s.

El Demandante, un inversor de EUA que tenía acciones en dos empresas distribuidoras de gas natural argentinas, presentó el caso en el CIADI el 11 de septiembre de 2002. Alegó que mediante su conducta, el gobierno violó los derechos del inversor e infringió las obligaciones del país en virtud del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Estados Unidos y Argentina.

El 28 de septiembre de 2007, el Tribunal concluyó que Argentina había violado la obligación de trato justo y equitativo (en inglés, FET) y la cláusula "general" (en inglés, "umbrella" clause).

Argentina presentó una solicitud de anulación de la decisión el 25 de enero de 2008.

En apoyo a su solicitud, Argentina argumentó que el Tribunal se equivocó: al asumir su jurisdicción sobre la diferencia, en su tratamiento de la recusación de un árbitro, al admitir e interpretar ciertos elementos de prueba y al interpretar y aplicar la norma FET, la cláusula "general" y el alegato de defensa de "necesidad".

Estos errores, afirmó Argentina, apoyaban la anulación conforme a lo establecido por el Artículo 52 del Convenio del CIADI sobre la base de que el Tribunal (1) se había constituido incorrectamente, (2) se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, (3) había violado gravemente una norma fundamental de procedimiento, y (4) no había expresado en el laudo los motivos en que el mismo se fundaba.

El Comité de Anulación primero se refirió al tema de jurisdicción. Argentina había argumentado que Sempra, como accionista minoritario de las empresas distribuidoras de gas natural afectado por las medidas de Argentina, no tenía la facultad para presentar reclamaciones relativas a daños presuntamente sufridos por dichas empresas.

Sin embargo, el Comité rápidamente rechazó ese argumento, indicando que "claramente opinaba que Sempra" tenía derecho a iniciar una reclamación con arreglo al Convenio del CIADI contra Argentina con respecto al daño supuestamente causado a la inversión de Sempra en Argentina, es decir, sus participaciones accionarias indirectas y minoritarias en las sociedades locales.

Seguidamente, el Comité de Anulación examinó el reclamo de Argentina de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al equiparar la defensa de necesidad en el Artículo XI del TBI con la defensa de necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional (DCI). De acuerdo con Argentina, la aplicación del Artículo XI era distinta, y requería la aplicación de un examen diferente menos riguroso que la defensa de necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, continuó, el Tribunal estaba obligado, aunque no lo hizo, a efectuar el examen del Artículo XI, y al no hacerlo, se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

El Comité de Anulación aceptó que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar distintivamente la legislación aplicable, es decir, el Artículo XI del TBI. Al llegar a la conclusión de que la defensa de necesidad del DCI y la disposición del tratado eran de hecho diferentes y por lo tanto

requerían un análisis y aplicación por separado, el Comité marcó una distinción fundamental entre los dos.

Según el Comité, la invocación de necesidad bajo el derecho consuetudinario internacional presupone que se ha cometido un acto que es "incompatible con las obligaciones internacionales del Estado". Por el contrario, el Artículo XI establece que, cuando resulte aplicable, las medidas adoptadas por el Estado no son incompatible con las obligaciones internacionales del Estado. (Párrafo 200).

El Comité finalmente concluyó que, debido a que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar la disposición de tratado, el Comité tenía que anular el laudo en su totalidad.

**Segundo laudo contra Argentina anulado en un mes *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3)- Procedimiento de Anulación***  
**Lise Johnson**

Inmediatamente después de la decisión sobre anulación del caso Sempra el 30 de julio de 2010, el Comité de Anulación ad hoc en este caso anuló partes significativas del laudo dictado por el Tribunal del CIADI en mayo de 2007. Esta decisión relevó a Argentina de su obligación de pagar a los Demandantes, Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets L.P., los aproximadamente US\$ 100 millones en compensación, según lo ordenó el Tribunal en este caso.

Los Demandantes eran accionistas minoritarios de la empresa argentina de transporte de gas, TGS. Inviertieron en la empresa en 1992 después de que Argentina privatizara sus sectores de distribución y transporte de gas. La diferencia surgió cuando Argentina tomó varias medidas en respuesta a su crisis financiera que afectaron el marco regulatorio y legal que regía las operaciones de TGS.

Los inversores extranjeros iniciaron la causa argumentando que mediante las acciones tomadas, el gobierno dañó su inversión en TGS y violó varias disposiciones del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Estados Unidos y Argentina.

El Tribunal determinó que a través de sus acciones Argentina violó la obligación de trato Justo y Equitativo (FET) y la cláusula "general" y ordenó a Argentina que pagara a los Demandantes US\$ 106.2 millones.

Argentina después solicitó la anulación de la decisión. Alegó ante el Comité de Anulación ad hoc constituido para entender en la causa que la decisión del Tribunal debería ser anulada en base a varios de los limitados fundamentos de anulación permitidos en virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI.

Más específicamente, Argentina afirmó que el Tribunal (1) se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, (2) había violado gravemente una norma fundamental de procedimiento, y (3) no había expresado en el laudo los motivos en que el mismo se fundaba. Los errores del Tribunal, afirmó Argentina, fueron numerosos, incluyendo su aceptación de jurisdicción, admisión y evaluación de pruebas y la interpretación por parte del Tribunal de las obligaciones y argumentos de defensa de Argentina en virtud del TBI.

Cuando se evaluaban los méritos de la solicitud de Argentina, el Comité de Anulación bombardeó la decisión con declaraciones referidas a su restringido papel. Explicó que en virtud del Convenio del CIADI y guiándose por otras decisiones de anulación, su función era la de garantizar que el laudo fuera legítimo, no correcto o convincente. Además, el Comité señaló que no era responsable de garantizar coherencia en jurisprudencia. Esa responsabilidad, agregó, más bien pertenecía a los tribunales de inversión.

Una por una, el Comité rechazó las objeciones de Argentina en cuanto a las decisiones del tribunal de que tenía jurisdicción y que la conducta de Argentina violó la obligación FET y la cláusula "general".

Sin embargo, basándose en los argumentos planteados por el Comité por propia voluntad, anuló la conclusión del Tribunal de que Argentina no podría basarse en la defensa del estado de "necesidad" en virtud del derecho consuetudinario internacional (DCI).

El Comité señaló que la anulación sobre este tema estaba garantizada porque, cuando consideraba la defensa de necesidad bajo el DCI, el Tribunal no aplicó la ley pertinente y no expresó los motivos en que se fundaba.

Más específicamente, entre los errores del Tribunal estaba que concluyó demasiado rápidamente que el alegato de necesidad solo podría aplicarse si las medidas recusadas eran los "únicos" medios disponibles para que el estado pudiera proteger sus intereses fundamentales. Similarmente, el Comité indicó que aun si este fuera el examen correcto, el Tribunal fue demasiado rápido para establecer que Argentina no cumplía con el mismo.

Otro error para apoyar la anulación fue que el Tribunal fue demasiado breve a determinar que Argentina no podría hacer uso del alegato de necesidad bajo el DCI porque ella misma había contribuido a su estado de necesidad.

En el laudo, el Tribunal se había basado en su determinación de que el alegato de necesidad bajo el DCI no era aplicable para también concluir que la excepción de necesidad contenida en el TBI tampoco cubría las acciones de Argentina. Consecuentemente, basándose en la decisión de anular el aspecto del laudo relativo al alegato de necesidad bajo el DCI, el Comité también anuló el aspecto del laudo donde el Tribunal señaló que la defensa de necesidad bajo el tratado no era aplicable.

El Comité especificó, sin embargo, que no estaba expresando ninguna opinión sobre la relación entre la defensa de necesidad bajo el DCI y defensa bajo el tratado, ni tampoco sobre la conclusión del Tribunal de que el significado de estas dos defensas era esencialmente el mismo.

Luego, el Comité procedió a anular las conclusiones del Tribunal en cuanto a que Argentina había violado la obligación FET y sus obligaciones establecidas en la cláusula "general". De acuerdo con el Comité, estas decisiones debían ser anuladas porque, si el Tribunal hubiera determinado que las defensas de necesidad eran aplicables, podría haber encontrado que Argentina no fue responsable de ninguna violación del TBI.

### **Reclamación contra Turquía considerada como "frívola"**

*Sr. Saba Fakes y la República de Turquía, (Caso CIADI No. ARB/07/20) - Laudo*

#### **Damon Vis-Dunbar**

Un tribunal del CIADI echó por tierra una reclamación presentada por Saba Fakes\*, un ciudadano holandés y jordano, por falta de jurisdicción, marcando la última de una serie de reclamaciones presentadas sin éxito contra Turquía por demandantes vinculados a la familia Uzan.

Los Uzans, una familia turca que controla un gran imperio comercial, han enfrentado múltiples procesos penales en Turquía relacionados con fraude y lavado de dinero, así como un juicio de alto perfil en 2001-2002 en Nueva York iniciado por Nokia Corporation y Motorola Credit Corporation.

El presente caso involucra las acciones de miembros de la familia Uzan en Telsim, una importante empresa de telefonía celular de

Turquía. El Demandante en esta diferencia alega que en 2003 se convirtió en el propietario legal de dichas acciones, antes de que fueran confiscadas y vendidas por las autoridades turcas.

El Sr. Sakes presentó su reclamación por US\$ 19 mil millones ante el CIADI en 2007, alegando múltiples violaciones del TBI entre Holanda y Turquía.

Las deliberaciones del Tribunal se centraron primordialmente en la cuestión relativa a que si el Sr. Fakes poseía una inversión en Turquía, tal como lo exige el Convenio del CIADI y el TBI entre Holanda y Turquía.

Determinar la existencia de una inversión a menudo supone un desafío para los arbitrajes del CIADI porque el Convenio de este centro no brinda una definición o criterio del término 'inversión'. En ausencia de una definición clara a este respecto, los tribunales han adoptado una amplia variedad de enfoques diferentes.

El denominado test Salini, utilizado por algunos tribunales, sostiene que el Convenio del CIADI requiere que una inversión cumpla con cuatro criterios: (1) una contribución (2) una cierta duración (3) un elemento de riesgo y (4) una contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión. Algunos tribunales han agregado otros criterios a la lista, mientras que otros los han quitado.

En este caso, el Tribunal se basó en tres criterios: contribución, duración y daño, explicando que:

"Estos tres criterios provienen del significado más común de la palabra 'inversión', ya sea en el contexto de una compleja transacción internacional o en la educación de un hijo: en ambos casos, se requiere que uno contribuya con una cierta cantidad de fondos o know-how, uno no puede obtener los beneficios de dicha contribución instantáneamente, y corre el riesgo de que esta contribución no de beneficio alguno, ya que puede suceder que un proyecto nunca se complete o que un hijo no satisfaga las expectativas de sus padres".

Finalmente, el Tribunal determinó que el arreglo del Sr. Fakes con el Sr. Uzan no cumplía con ninguno de estos criterios, en gran parte porque el Sr. Sakes nunca demostró la propiedad legal de las acciones en Telsim.

Según el testimonio del Sr. Sakes, su papel era el de hacer de "señuelo" para atraer a potenciales compradores de acciones en Telsim, enmascarando el papel del Sr. Uzan como el verdadero poseedor de las acciones.

Para desalentar la presentación de reclamaciones igualmente "frívolas", se ordenó al Sr. Sakes que se hiciera cargo de todos los costos del procedimiento. Por lo tanto, además de sus propios gastos, el Sr. Sakes también deberá pagar US\$ 182.500.00 de los gastos de Turquía.

#### **Notas**

<sup>1</sup> Ésta diferencia fue previamente titulada Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina. El título fue modificado formalmente por el Centro CIADI el 8 de mayo de 2009 para reflejar un cambio de nombre de uno de los demandantes.

<sup>2</sup> Los tribunales han mirado con sospecha otras reclamaciones presentadas contra Turquía por miembros de la familia Uzan. Para consultar informes sobre estos casos, véase:

Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration", por Damon Vis-Dunbar, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.investmenttreatynews.org/content/archives.aspx>

"Cementownia claim against Turkey found to be 'manifestly ill-founded'", Por Elizabeth Whitsitt, noviembre de 2009, disponible en: <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/cementownia-claim-against-turkey-found-to-be-manifestly-ill-founded.aspx>

# Publicaciones Recientes

## Declaración Pública sobre el Régimen de Inversión Internacional

Académicos de 30 universidades a lo largo de 11 países han firmado una declaración donde se expresa la preocupación por el hecho de que el régimen de la inversión internacional obstaculiza la capacidad de los gobiernos para actuar en pos del interés público. La declaración presta especial atención al arbitraje entre inversor y estado —el medio común para resolver diferencias de inversión bajo los tratados de inversión internacional. En muchos casos, los tribunales constituidos en virtud de estos tratados “han dado prioridad a la protección de la propiedad y los intereses económicos de las empresas transnacionales por sobre el derecho a regular de los Estados y al derecho de los pueblos a la libre determinación”, señalan los signatarios. En lugar del arbitraje internacional, la declaración propone que el derecho interno sea el principal marco legal para la regulación de las relaciones entre inversionistas y estados. En este documento, se insta a los Estados a que revisen sus tratados de inversión en miras de retirarse de ellos o corregirlos, y también se apela a las organizaciones internacionales a que examinen los riesgos que los arbitrajes internacionales plantean a los gobiernos, y que hagan recomendaciones sobre alternativas preferidas a dichos arbitrajes.

La declaración pública se encuentra disponible en: [http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement/](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/).

## World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy, UNCTAD, 2010

El World Investment Report 2010 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) remarca que los tratados de inversión internacional están atravesando una “evolución sistémica”, en respuesta a un creciente número de arbitrajes entre inversores y estados y las diferentes interpretaciones de las disposiciones relativas a la inversión por parte de los tribunales arbitrales. Por un lado esto incluye el proceso de revisión de modelos de TBIs —un ejercicio que Rusia, Francia, Colombia, México, Austria y Alemania han emprendido durante la última década —y por otro simplemente terminar determinados tratados, algo realizado por Ecuador en 2008. Nuevos tratados renegociados demuestran que los gobiernos están redactando los TBIs con mayor precisión, de acuerdo a lo expresado por UNCTAD. Por ejemplo, los negociadores han explicado el alcance de los tratados, incorporado excepciones y aclarado el significado de obligaciones específicas.

El World Investment Report 2010 se encuentra disponible en: <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=5535&lang=1>

## Aumento del interés mundial por las tierras agrícolas: ¿pueden devengar beneficios sostenibles y equitativos? Banco Mundial, 2010

Un nuevo informe del Banco Mundial ha reportado un considerable aumento masivo del interés de los inversores por las tierras agrícolas, principalmente en África. En 2008, un año después de que el incremento en el precio de los alimentos desencadenara una crisis alimentaria mundial, se anunciaron la firma de acuerdos por 45 millones de hectáreas de tierra; el 70 por ciento de las mismas se encuentran en África. El área total es mayor que la tierra cultivable disponible en Francia, Alemania, el Reino Unido e Italia, juntos. Investigaciones del Banco Mundial confirman la escala del problema a través de un inventario de acuerdos sobre tierras agrícolas en determinados países. Entre 2004 y 2009, por ejemplo, Sudán, Liberia y Etiopía transfirieron 4,0, 1,6 y 1,2 millones de hectáreas de

tierras agrícolas a diferentes inversores, respectivamente. La tendencia es particularmente preocupante, dados los disturbios recientes en Mozambique debido al precio del pan, y a la advertencia emitida por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación en torno a una “situación inestable” y “meses críticos por venir”. El informe señala al fuerte enfoque sobre los países africanos que poseen un tipo de gobernanza agrícola muy débil. Además, las tierras son a menudo transferidas de manera tal que se omiten los derechos a la tierra existentes, y esta tendencia resulta social, económica y ambientalmente no sostenible. El IISD y Global Donor Platform serán los organizadores de un debate en línea desde el 13 de septiembre al 8 de octubre para revisar las conclusiones del informe y emitir recomendaciones sobre los pasos a seguir. Para mayor información favor de visitar <http://www.ediscussion.donorplatform.org/>.

## Calendario de Eventos Septiembre

2 - 3

### THIRD INVESTMENT ARBITRATION FORUM (TERCER FORO DE INVERSIÓN INTERNACIONAL),

Ciudad de México, México, <http://www.juridicas.unam.mx/>

10

### THE FIFTEENTH INVESTMENT TREATY FORUM PUBLIC CONFERENCE, (QUINCEAVA CONFERENCIA PÚBLICA DEL FORO SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN)

Londres, Inglaterra, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/546/>

16-17

### THE SWEDISH ARBITRATION DAYS 2010 - DAMAGES AND OTHER RELIEF IN INTERNATIONAL ARBITRATION, (DÍAS SUECOS DE ARBITRAJE 2010- DAÑOS Y DEMÁS REPARACIONES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL),

Estocolmo, Suecia, [www.swedisharbitration.se](http://www.swedisharbitration.se)

22-23

### INVESTMENT TREATY ARBITRATION (ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN),

Londres, Reino Unido, [c5-online.com/arbitration](http://c5-online.com/arbitration)

Octubre

22-24

### FOREIGN DIRECT INVESTMENT INTERNATIONAL MOOT COMPETITION (COMPETENCIA DEBATE INTERNACIONAL SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA),

Malibu, California, <http://www.fdimoot.org/>

26

### INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION - THE NEED OF CHANGE OF LEGAL REGULATIONS, (ARBITRAJE DE INVERSIÓN INTERNACIONAL- LA NECESIDAD DE CAMBIO DE LAS NORMAS LEGALES),

Varsovia, Polonia, <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/en/conference26october>

27-29

### 4TH ANNUAL INVESTMENT FORUM FOR DEVELOPING COUNTRY INVESTMENT NEGOTIATORS (4TO FORO ANUAL DE INVERSIÓN PARA LOS NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO),

Nueva Delhi, India, <http://www.iisd.org/investment/>

Noviembre

17-20

### HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE 25TH ANNIVERSARY (CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE HONG KONG 25 ANIVERSARIO),

Hong Kong, <http://www.hkiac.org/25th>,

Diciembre

8-9

### THE 15TH GENEVA GLOBAL ARBITRATION FORUM - AHEAD OF THE CURVE, (EL 15 FORO DE ARBITRAJE GLOBAL DE GINEBRA – ANTES DE LA CURVA),

Ginebra, Suiza, <http://www.ggaf.ch/>





Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible

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

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

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

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

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

