



Sólo una Pequeña Pausa para Respirar: Fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el AECG

Jelena Bäumlér



Declaración Interpretativa Conjunta de India sobre TBIs: Un Intento por Quitar los Fantasmas del Pasado

Sarthak Malhotra

Trato Especial y Diferenciado en los Acuerdos Internacionales de Inversión

Riham Marii

Conferencia sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD 2016: Llevando la Reforma de AIs al Próximo Nivel

James Zhan y Diana Rosert

También en esta edición: Elección de Trump afecta negociaciones mega-regionales incluyendo el ATCI, TPP y RCEP; Brasil e India rubrican TBI, texto aún no publicado; Después de firmar AECG, Canadá y la Unión Europea “trabajarán expeditivamente” en la creación de un Tribunal Multilateral de Inversión; *Rusoro v. Venezuela*; *Menzies v. Senegal*; *Almàs v. Polonia*; *CEAC v. Montenegro*; *Murphy v. Ecuador*; *Copper Mesa v. Ecuador*

contenido

- 3 Artículos**
Sólo una Pequeña Pausa para Respirar: Fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el AECG
Jelena Bäumlér
- 6 Declaración Interpretativa Conjunta de India sobre TBIs: Un Intento por Quitar los Fantasmas del Pasado**
Sarthak Malhotra
- 8 Trato Especial y Diferenciado en los Acuerdos Internacionales de Inversión**
Riham Marii
- 10 Conferencia sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD 2016: Llevando la Reforma de AIs al Próximo Nivel**
James Zhan y Diana Rosert
- 13 Noticias en Breve**
Elección de Trump afecta negociaciones mega-regionales incluyendo el ATCI, TPP y RCEP; Brasil e India rubrican tratado bilateral de inversión (TBI); texto aún no publicado; AECG firmado; Canadá y la Unión Europea “trabajarán expeditivamente” en la creación de un Tribunal Multilateral de Inversión
- 14 Laudos y Decisiones**
Venezuela debe pagar US\$1.000 millones por expropiar inversión de empresa minera canadiense
Claudia María Arietti López
- 15 Tribunal del CIADI rechaza utilización de la cláusula de NMF del AGCS de la OMC como medio para importar el consentimiento a arbitraje de Senegal de un TBI de terceras partes**
Suzy H. Nikièma
- 17 Tribunal de la CPA considera actos de la agencia de propiedad agrícola polaca no atribuibles a Polonia**
Claudia María Arietti López
- 18 Demandante no considerada inversionista debido a interpretación de “sede” bajo el TBI entre Chipre y Montenegro**
María Florencia Sarmiento
- 19 Impuesto de Ecuador sobre ganancias extraordinarias de petróleo a una tasa de 99% viola las expectativas legítimas de Murphy, según decisión del tribunal de la CPA**
Inaê Siqueira de Oliveira
- 21 Tribunal de la CPA ordena a Ecuador el pago de \$24 millones a empresa minera canadiense**
Matthew Levine
- 24 Recursos y Eventos**

Investment Treaty News Quarterly es publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable
International Environment House 2, 9, Chemin de Balaxert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Director de Comunicación
Damon Vis-Dunbar

Gerente Principal de Comunicación
Mira Oberman

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikièma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español
Marina Ruete

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Líder de Arquitectura Informática (web)
Matt Rock

Design (PDF)
PortoDG | [f](#) [i](#) /portodg

Sólo una Pequeña Pausa para Respirar: Fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el AECG

Jelena Bäumlér

artículo 1



El 13 de octubre de 2016, el Tribunal Constitucional Federal alemán (FCC, por sus siglas en inglés) emitió un fallo muy esperado sobre la solicitud de protección jurídica temporaria contra el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea. El Tribunal dictó un fallo salomónico, pero de alguna manera confuso.

1. Contenido del fallo

Primero, es preciso subrayar que no se trata del fallo definitivo en este asunto, sino por interdicto temporal basado en que podrían ocurrir daños irreversibles en caso de que el tribunal no tome medidas al respecto. En esencia, los demandantes alegan que una decisión positiva de la Unión Europea y sus Estados Miembros de firmar y aplicar provisionalmente el AECG violaría los derechos establecidos bajo la Constitución de Alemania (específicamente el Art. 38(1) en relación con los Art. 79(3) y Art. 20(1) y (2)). Los demandantes (con otras 125.000 personas —entre los cuales se encuentran el partido de izquierda Die Linke, organizaciones de defensa al consumidor y un profesor de flauta particular— reunidos en un procedimiento) pidieron al Tribunal que no permitiese al miembro alemán que apruebe el AECG en la votación del Consejo Europeo.

El Tribunal rechazó la demanda. Sin embargo, emitió uno de sus famosos “sí, pero...” fallos. El FCC decidió que el representante alemán podría aprobar el AECG en el Consejo —según la opinión del Tribunal, requiriendo una votación unánime, que en sí misma no es indiscutible entre los expertos en derecho de la UE— pero únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:

1. Toda decisión del Consejo en torno al AECG únicamente debe involucrar aquellas partes del acuerdo que recaigan dentro de la competencia exclusiva de la Unión Europea.
2. Hasta el fallo definitivo del FCC, el Tribunal requiere suficiente “respaldo democrático” de toda decisión tomada por los comités a ser establecidos bajo el AECG.

3. El Art. 30.7(3)(c) del AECG debe ser interpretado para permitir a Alemania cancelar unilateralmente la aplicación provisional del AECG.

En su razonamiento, el Tribunal destacó que una decisión sobre una medida temporal requiere una consideración cautelosa de los efectos perjudiciales para los demandantes *sin* la adopción de una medida preliminar por el Tribunal y sus consecuencias *si* el mismo ordenase al gobierno que desapruuebe el AECG en la votación del Consejo. El tribunal explicó que, por un lado, las restricciones impuestas al gobierno alemán para desarrollar y participar activamente en las políticas de comercio y asuntos exteriores de la UE así como las consecuencias perjudiciales para la Unión Europea como un todo para negociar y celebrar los acuerdos comerciales podrían ser inmensas. Un voto negativo del representante alemán en el Consejo para la firma y aplicación provisional del tratado de hecho podría ser irreversible y muy probablemente llevaría a la extinción del AECG, dañando, por lo tanto, la reputación y confianza tanto de Alemania como de la Unión Europea. Por otro lado, las consecuencias de un voto afirmativo podrían permitir la aplicación provisional del AECG, pero —con respecto a los derechos de los demandantes que supuestamente resultarían infringidos— podría no ser irreversible en caso de que el AECG no sea compatible con la Constitución de Alemania, una cuestión que los jueces dejaron abierta expresamente para ser decidida en el procedimiento principal.

“El Tribunal Constitucional Federal alemán emitió un fallo salomónico, pero de alguna manera confuso, sobre la solicitud de protección jurídica temporaria contra el AECG.”

En cuanto a la primera condición, la aplicación provisional únicamente debe involucrar aquellas partes que indudablemente recaigan dentro de la competencia de la UE. El Tribunal subrayó que el gobierno alemán en sí mismo declaró no estar de acuerdo con las áreas bajo discusión y sugirió que pueden surgir áreas problemáticas en algunos capítulos, incluyendo el sistema de solución de controversias y las carteras de inversión (Capítulos 8 y 13), transporte marítimo (Capítulo 14), reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales (Capítulo 11) y comercio y trabajo (Capítulo 23).

Con respecto a la segunda condición, el Tribunal sostuvo que parece surgir una amenaza inminente

a raíz de que cualquier decisión de los comités del AECG podría generar conflictos con la identidad de la Constitución alemana (“*Verfassungsidentität*”, Art. 79(3)). Por lo tanto, el Tribunal requirió que toda decisión de estos comités únicamente pueda ser tomada después de llegar a un acuerdo con el Consejo, tal como lo establece el Art. 218(9) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TJUE), por decisión unánime, apoyando por lo tanto, el “respaldo democrático” de estos comités, pero otorgando efectivamente a todos los Estados Miembros de la UE el derecho a vetar toda decisión a ser tomada en los respectivos comités.

“El Tribunal Constitucional Federal alemán emitió un fallo salomónico, pero de alguna manera confuso, sobre la solicitud de protección jurídica temporaria contra el AECG.”

Sobre la última condición, el Tribunal indicó que, si alguno de los peligros planteados por el AECG corriera el riesgo de materializarse, el gobierno alemán debería garantizar la posibilidad de cancelar la aplicación provisional del AECG por medio de una declaración unilateral. A estos fines, Alemania —como resulta pertinente bajo el derecho internacional público— debería notificar su entendimiento de interpretación del Art. 30.7(3)(c), AECG, es decir que Alemania podría declarar unilateralmente la terminación de la aplicación provisional de dicho Acuerdo.

2. Algunas observaciones preliminares

El FCC ha adquirido notoriedad por sus decisiones sobre las cuestiones pertinentes a la Unión Europea, aunque en menor medida por su verdadero resultado —finalmente concluyó que las operaciones monetarias directas (“*Outright Monetary Transactions*”) no constituyen un acto *ultra vires* ni trató de detener el AECG— que por su razonamiento.

El tribunal ha realizado tres cosas remarcables. Para comenzar, puso un límite estricto al gobierno alemán. Alemania únicamente podrá aprobar el AECG bajo ciertas condiciones que no sean una mera incomodidad, pero requiere negociar a nivel de la UE, incluso con Canadá. Por esta razón, el AECG se encuentra categorizado por el FCC como un “acuerdo mixto” que exige que aquellas regulaciones que no sean de competencia de la UE sean excluidas de la aplicación provisional. Por lo tanto, comenzó a dialogar con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), esta vez no sobre la protección de los derechos humanos o el poder del Banco Central Europeo, sino con respecto a la delimitación de la competencia cuando se trata de

la política comercial común. Expresó su opinión sobre lo que el FCC considera ser las áreas de competencia que podrían haber permanecido dentro de la esfera de competencia de los Estados Miembros de la UE, especialmente con respecto a la protección de las inversiones. Es discutible si uno debería ir tan lejos como para interpretar esto como una advertencia al TJUE de no ir demasiado lejos en la opinión consultiva en curso entre la Unión Europea y Singapur (Caso A-2/15) al determinar que todos los aspectos del comercio y la inversión recaen dentro de la competencia explícita o implícita de la UE. Sin embargo, no cabe duda de que el Tribunal podría haber sido menos explícito y evitar nombrar áreas con el fin de no correr el riesgo de interferir con la competencia del TJUE para interpretar la legislación de la UE.

Asimismo, con respecto a los comités del AECG, el FCC fue más profundo en la legislación de la UE. El Tribunal interpreta el Art. 218(9) del TJUE como que exige una decisión unánime del Consejo con respecto al AECG, dado que, según el FCC, estos comités son “organismos” que recaerían dentro de dicha disposición. Sin embargo, estas conclusiones podrían constituir interpretaciones y sugerencias que exceden el poder del Tribunal alemán y que, en cambio, deberían ser aclaradas por el TJUE.

Finalmente, el Tribunal destacó la participación del derecho internacional público. Sugirió que Alemania debería conservar la facultad de terminar unilateralmente la aplicación provisional del AECG. Dejó abierta la manera en que este requisito podría ser cumplido.

El Art. 30.7(3)(c) AECG establece que: “Una parte puede terminar la aplicación provisional del presente Acuerdo mediante notificación escrita a la otra Parte. Esta cancelación tendrá efecto el primer día del segundo mes posterior a la notificación” [la traducción nos pertenece].

Si el AECG es un acuerdo mixto, tal como lo sugirió el FCC, habrá 30 partes (al menos mientras el Reino Unido siga en la Unión Europea) que cubran las competencias de la Unión Europea así como la de los Estados Miembros de la UE. Sin embargo, la aplicación provisional únicamente concierne a las partes “únicamente de la UE”. En su declaración, el Tribunal parece sugerir que Alemania es parte del acuerdo, y por lo tanto, también se encuentra facultada para cancelar la aplicación provisional “del presente acuerdo” en el marco del Art. 30.7(3)(c) del AECG. De hecho, el término “una parte” bajo el AECG significa que Canadá actúa por el lado canadiense, y la Unión Europea así como todo Estado Miembro lo hace por el lado europeo.

Sin embargo, si el AECG es aplicado provisionalmente por decisión del Consejo en las partes que son “únicamente de la EU”, Alemania se encuentra obligada por un efecto vinculante general del derecho de la UE (Art. 216(2) del TJUE). ¿Puede Alemania terminar mediante un acto unilateral la aplicación provisional de las partes del AECG que son “únicamente de la UE”? Según mi opinión, una

declaración unilateral de Alemania no puede alterar el efecto vinculante de un acuerdo celebrado por la Unión Europea ya que esto alteraría una disposición general del TJUE. Es ese caso, toda notificación unilateral de cancelación por parte de Alemania no tendría ningún sentido, ya que cancelaría la aplicación de las partes del AECG que son “únicamente de la UE”.

¿O Alemania podría actuar en nombre de la Unión Europea? Esto podría basarse en el hecho de que, dado que se requiere un acto unánime en el Consejo, en cualquier momento cualquier Estado Miembro de la UE podría terminar unilateralmente la aplicación provisional. Sin embargo, una declaración unilateral no puede ser considerada como un acto contrario a una decisión unánime del Consejo Europeo, y ni Alemania ni ningún otro Estado Miembro de la UE puede actuar unilateralmente en nombre de la UE o de sus organismos.

“Una declaración unilateral no puede ser considerada como un acto contrario a una decisión unánime del Consejo Europeo, y ni Alemania ni ningún otro Estado Miembro de la UE puede actuar unilateralmente en nombre de la UE o de sus organismos.”

La tercera opción es presentar argumentos más amplios con miras a la eventual entrada en vigor del AECG. De acuerdo con el Artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (VCLT-IO) un Estado o una organización internacional se encuentra facultado para terminar la aplicación provisional si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo. Si el AECG es un “acuerdo mixto”, se requiere la ratificación de las 30 partes para que el AECG eventualmente entre en vigor. Podría argumentarse que una declaración unilateral por parte de Alemania basada en el hecho de que el AECG no es compatible con la Constitución alemana en efecto implicaría que Alemania no ratificará el AECG. Bajo el principio de solidaridad, la declaración unilateral podría llevar a una decisión respectiva del Consejo de notificar a Canadá sobre la terminación de la aplicación provisional del AECG en nombre de todo

el lado de la Unión Europea. Esto, sin embargo, no reflejaría el poder unilateral de terminación tal como lo requiere el FCC.

3. Conclusión: un rompecabezas salomónico

Lo que se hizo evidente es que la idea de un “acuerdo mixto” es una pesadilla para todas las partes involucradas —la Unión Europea y sus organismos, los Estados Miembros de la UE, la población europea y los tribunales que han tenido que ver con la construcción del mismo—. De hecho, negociar un acuerdo como un trabajo único solo para posteriormente dividir y separarlo en distintas piezas podría ir en contra del espíritu de todo acuerdo internacional y no considera de manera suficiente el hecho de que las partes convinieron el acuerdo como un trabajo único.

El Tribunal se encontró en una posición difícil, no tanto porque se plantearan cuestiones jurídicas complejas —que un tribunal constitucional tiene la tarea de resolver— sino más bien porque el fallo fue emitido contra solicitud de medidas temporarias casi 12 horas después de que la audiencia oral fuera celebrada. Toda decisión que no sea consiente de los efectos sobre todas las partes involucradas y afectadas podría tener consecuencias perjudiciales. Si el Tribunal, al nombrar explícitamente los capítulos en lo que concierne la cuestión de las competencias, su extraño requisito sobre el “respaldo democrático” de los comités y la condición bastante confusa en cuanto a la capacidad de terminar unilateralmente la aplicación provisional del AECG, encuentra una conclusión racional al tema, esto recae en cada observador del fallo*. Mientras los observadores aún están intentando armar el rompecabezas salomónico planteado por el FCC, los Estados Miembros, la UE y Canadá firmaron el AECG el 30 de octubre de 2016, el cual será aplicado provisionalmente después de la aprobación del Parlamento Europeo. Mientras tanto, los demandantes en este caso solicitaron nuevamente medidas provisionales basándose en el argumento de que el gobierno alemán no ha cumplido plenamente con las condiciones impuestas por el FCC.

Autora

Jelena Bäumlér es Ayudante de Cátedra en Derecho Público, Internacional y Europeo de la Universidad de Rostock, donde enseña Derecho Comercial Internacional y Derecho Económico Europeo. Una versión anterior de este artículo fue publicada por Simon Lester el 14 de octubre de 2016 en el Blog de Derecho y Política Económica Internacional en <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-baumlér-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html>. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

* Bundesverfassungsgericht. (13 de octubre de 2016), 2 BvR 1368/16. *Applications for a Preliminary Injunction in the “AECG” Proceedings Unsuccessful*. Press Release No. 71/2016 of 13 October 2016. Extraído de <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>.

artículo 2

Declaración Interpretativa Conjunta de India sobre TBIs: Un Intento por Quitar los Fantasmas del Pasado

Sarthak Malhotra



India posee tratados bilaterales de inversión (TBIs) o acuerdos para la promoción de las inversiones bilaterales (BIPAs, por sus siglas en inglés) vigentes con 72 países¹. La duración inicial de los acuerdos firmados con 25 países aún no ha expirado². Recientemente, el Gobierno de India (Gobierno) ha iniciado negociaciones con estos países proponiendo una Declaración Interpretativa Conjunta (Declaración)³ que incluye aclaraciones similares al texto del nuevo Modelo de TBI de India⁴. A continuación destacamos nueve de las aclaraciones contenidas en la Declaración.

1. Definición de “inversor”

De acuerdo con la Declaración (párrafo 2), la definición de “inversor” incluye únicamente a las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación del Estado receptor y que tengan su sede en el Estado receptor. También agrega a esta definición un requisito de que la persona jurídica se encuentre involucrada en “operaciones sustanciales de negocios”, excluyendo expresamente acuerdos para evitar obligaciones impositivas y la tenencia pasiva de activos tales como acciones, títulos y tierras (párrafo 2.1(a)). En un intento de promover la importancia de “vínculos directos, reales y transparentes” con las economías de los Estados contratantes, en la Declaración se afirma que el término “inversor” no debe incluir entidades nacionales y aquellas que inviertan a través de una entidad de un Estado no contratante (párrafo 2.2).

2. Definición de “inversión”

En el párrafo 4.1 se aclara que “inversión” no incluye actividades previas al establecimiento. También ofrece una prueba para determinar lo que constituye una “inversión”, basándose en la prueba *Salini* (párrafo 4.3)⁵. Aprendiendo del laudo desfavorable en el caso *White Industries v. India*⁶, el párrafo 4.3 excluye las órdenes o sentencias solicitadas o registradas mediante una acción judicial, administrativa o arbitral del alcance de “inversión”.

Finalmente, en respuesta a la gran cantidad de demandas que India está enfrentando por parte de grandes corporaciones, tales como Vodafone y Cairn Energy, en relación con sus exigencias impositivas retrospectivas, en el párrafo 5.1 se aclara que las medidas impositivas no se encuentran protegidas por los TBIs.

3. Trato Justo y Equitativo (FET, por sus siglas en inglés)

En la Declaración se aclara que la obligación del país con respecto al estándar FET se extiende únicamente al nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional (párrafo 6.1). La intención del gobierno es restringir la amplitud de la interpretación del estándar FET⁷.

También dispone, bajo el párrafo 6.2, que la violación de otra disposición del TBI, o de otro acuerdo internacional distinto, no constituye una violación del FET, reafirmando, así, que el FET es un estándar autónomo que debe distinguirse de otras normas. En el caso *Philip Morris v. Australia*, Philip Morris argumentó que la presunta violación de las obligaciones de Australia bajo algunos acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) también constituye una violación del TBI entre Australia y Hong Kong a través de su cláusula paraguas. Con esta aclaración en la Declaración, el Gobierno pretende resguardarse de este tipo de argumentos⁸.

Bajo el párrafo 6.3, las medidas tomadas para la protección y mejora de las siguientes áreas tampoco deben constituir una violación del FET: (a) recursos naturales y medio ambiente; (b) salud humana, animal o vegetal; (c) capital humano, condiciones de trabajo y derechos humanos; (d) condiciones económicas y la integridad del sistema financiero; y (e) la implementación de medidas de políticas fiscales, incluyendo las medidas impositivas.

La Declaración también aclara que el FET no torna ejecutables las representaciones y promesas contractuales contenidas en los TBIs. Su significancia jurídica ha de ser determinada bajo la legislación aplicable especificada en el contrato de inversión o conforme al derecho del Estado receptor (párrafo 6.5(a)).

4. Obligación de “Medios Eficaces”

En el caso *White Industries*, aunque el TBI entre India y Australia no dispone una obligación de brindar a *White Industries* “medios eficaces para hacer valer las demandas y hacer cumplir los derechos”⁹, el tribunal se basó en la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) para utilizar la disposición de “medios eficaces” del TBI entre India y Kuwait y responsabilizar a India por la demora judicial.

Para evitar situaciones similares en el futuro, la Declaración aclara que la obligación de brindar “medios eficaces” es meramente una obligación de no denegar “acceso a procedimientos jurídicos o administrativos de conformidad con el procedimiento establecido por la ley” y no crea obligaciones sustantivas adicionales (párrafo 7.1). También establece expresamente que las demoras normales en los procedimientos judiciales o administrativos no violan el requisito de “medios eficaces”. Además, la violación de esta disposición únicamente debe ser determinada si el inversor ha agotado todos los recursos internos (párrafo 7.2).

5. Cláusulas Paraguas (en inglés, Umbrella Clauses)

La Declaración aclara que las obligaciones contractuales específicas bajo solamente un TBI incluyen obligaciones específicas acordadas en un contrato por escrito y no involucran “actos de autoridades gubernamentales, administrativas o judiciales exclusivamente en su

capacidad regulatoria o por decreto u orden de consentimiento administrativo o judicial” (párrafo 8.1). También establece que toda interpretación de tales obligaciones contractuales debe realizarse de acuerdo con la ley aplicable en el contrato (párrafo 8.2). Sin embargo, para determinar una violación de la cláusula paraguas, el inversor debería seguir el mecanismo de solución de controversias establecido en el contrato. Solamente podría recurrirse al mecanismo del TBI si ningún procedimiento se encontrara prescrito en el contrato a tales efectos (párrafo 8.3). Creemos que esto puede restringir el alcance de la cláusula paraguas, ya que refuerza la distinción entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, la cual no se encuentra clara en las cláusulas paraguas.

6. Trato Nacional (TN) y de Nación Más Favorecida (NMF)

El tribunal de *White Industries* sostuvo que la disposición de NMF podría ser utilizada para tomar disposiciones sustantivas—no disposiciones de solución de controversias—de tratados de terceras partes. La Declaración afirma que la NMF no permite escoger a conveniencia disposiciones de otros tratados (párrafo 9.2(a)). También reitera la opinión del tribunal de que la NMF no se aplica al mecanismo de solución de controversias contenido en los TBIs o a “otros asuntos procesales o jurisdiccionales bajo ninguna circunstancia” (párrafo 9.2(b)).

La Declaración también aclara que el ejercicio legítimo de las facultades discrecionales de procesamiento, incluyendo la discreción de ejecutar una ley o regulación, no debe constituir una violación de la cláusula de NMF o TN, siempre y cuando la ley subyacente no sea incongruente con el TBI (párrafo 9.4)¹⁰.

Según la Declaración, la prueba de “circunstancias similares” llevada a cabo en el análisis de NMF o TN debe ser “una investigación específica con respecto a los hechos altamente dependiente del contexto”. A tal fin, la Declaración ofrece una guía sobre los factores pertinentes a ser considerados, tales como los efectos reales o posibles de las inversiones en la comunidad local, y el objetivo de las políticas o medidas involucradas (párrafo 9.3(b)).

7. Expropiación

La Declaración afirma que determinar si una medida constituye una expropiación directa o indirecta requiere una investigación caso por caso basada en los hechos. También señala que los tribunales deben considerar factores tales como la destrucción total o parcial y permanente del valor de la inversión y la denegación de los derechos de manejo y control de la inversión al momento de determinar si ocurrió una expropiación (párrafo 10.2). Además, aclara que la interferencia en el manejo o control, cuando se hace de buena fe y en cumplimiento con la legislación del Estado receptor, tales como las leyes financieras y de insolvencia, no constituiría una expropiación (párrafo 10.2(b)). Reflejando las aclaraciones añadidas recientemente al ámbito de aplicación del FET, la Declaración señala que las medidas tomadas para alcanzar ciertos objetivos de políticas públicas no constituyen una expropiación (párrafo 10.3).

8. Intereses Esenciales de Seguridad

Para limitar el alcance de la revisión de los tribunales cuando se invoca una defensa de “intereses esenciales

de seguridad”, la Declaración establece que, en tales casos, no debe permitirse que ningún tribunal pueda “revisar los méritos de una decisión como tal, aun cuando el procedimiento arbitral involucre la evaluación de una demanda por daños y/o compensación, o una adjudicación de cualquier otro tema referido al tribunal” (párrafo 11.1).

9. Solución de Controversias

Para establecer la existencia de una controversia, un inversor debe demostrar que ha sufrido daños reales y de manera no especulativa como un resultado directo y previsible de la violación y que sus demandas estén listas para su adjudicación bajo el TBI (párrafo 12.1). En cuanto al párrafo 12.1(c), una demanda estará “lista” solo si (a) se encuentra basada en una conducta gubernamental, (b) la conducta gubernamental es definitiva y legalmente vinculante, y (c) la conducta gubernamental infringe un daño definitivo y concreto capaz de ser considerado una violación.

Conclusión

La Declaración pretende alcanzar un equilibrio justo entre la protección de los inversores extranjeros y las inversiones frente a cierta clase de comportamientos gubernamentales y conservar la flexibilidad de los Estados para adoptar las medidas necesarias en pos del interés público. En particular, las aclaraciones sobre el FET y la protección de la expropiación demuestran el compromiso de India para garantizar que sus derechos a regular no se encuentren obstaculizados. La Declaración también pretende moldear los TBIs como una herramienta para promover la ética en las prácticas de negocios. Plantea puntos importantes a ser abordados para reformar el régimen de inversión extranjera de India, y para alentar a otros países en desarrollo a emprender reformas similares.

Autor

Sarthak Malhotra está cursando el último año de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional de Gujarat, India. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

- 1 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2016). *International investment agreements navigator (IIA navigator)*. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/96#iialnnerMenu>.
- 2 Estos países son Baréin, Bangladesh, Bosnia y Herzegovina, Brunei, China, Colombia, Finlandia, Islandia, Jordania, Kuwait, Laos, Latvia, Libia, Lituania, Macedonia, México, Mozambique, Myanmar, Arabia Saudita, Senegal, Serbia, Sudán, Siria, Trinidad y Tobago y Turquía.
- 3 Declaración Interpretativa Consolidada de India. (8 de febrero de 2016). Extraído de http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf.
- 4 Gobierno de India. (2015). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*. Extraído de http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf.
- 5 Para un debate detallado, véase Grabowski, A. (2014). *The definition of investment under the ICSID Convention: A defense of Salini*. *Chicago Journal of International Law*, 15(1), 287–309. Extraído de <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>.
- 6 *White Industries v. India*, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011. Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>.
- 7 Creemos que el verdadero efecto no es necesariamente este, dado que, de acuerdo con la interpretación de varios tribunales arbitrales, el estándar mínimo de protección bajo el derecho consuetudinario internacional ha evolucionado debido al impacto de los TBIs en la protección de la propiedad extranjera. Véase, por ejemplo, *Chemtura v. Canada*, Laudo Final, 2 de octubre, 2010, párrafo 121. Extraído de http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf; *Mondev v. United States*, Caso del CIADI No. AR-B(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre, 2002, párrafos 116–117. Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>.
- 8 Véase S.D. *Myers v. Canada*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre, 2000. Extraído de <http://www.italaw.com/documents/SDMyers-1stPartialAward.pdf>.
- 9 *White Industries*, nota 6 *supra*, párrafos 11.4.19–20.
- 10 En *Apotex v. United States*, el tribunal sostuvo que el hecho de que la Administración Federal de Drogas (FDA) de los Estados Unidos impusiera una “Alerta de Importación” sobre ciertos medicamentos fabricados por Apotex pero no a otros fabricantes de medicamentos con problemas comparables constituía una discriminación de facto. Sin embargo, el tribunal finalmente concluyó que la discriminación respondió a un fin legítimo y, por lo tanto, se encontraba justificada bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). *Apotex v. United States of America*, Caso del CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo, 25 de agosto de 2014. Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf>.

Trato Especial y Diferenciado en los Acuerdos Internacionales de Inversión

Riham Marii

artículo 3



1. Orígenes del Trato E&D

El Trato Especial y Diferenciado (E&D) —originalmente forjado en el Sistema Multilateral de Comercio (SMC) durante la década de 1960 para brindar mayor flexibilidad a los compromisos comerciales de los países en desarrollo— ha evolucionado significativamente en las negociaciones de comercio y también ha adquirido gran importancia en los acuerdos de inversión.

Históricamente, el E&D en el contexto comercial surgió de una necesidad de diferenciación en cuanto al alcance, excepciones y asistencia otorgada a los países en desarrollo. El E&D fue codificado como una regla normativa del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1979 bajo la denominada “cláusula habilitante”, que dispone el trato preferencial a los países en vías de desarrollo, a base de no reciprocidad, de manera conmensurada con sus necesidades de desarrollo. Establece un mayor espacio de políticas para los países en vías de desarrollo¹, reflejando la idea fundamental de que “un enfoque único no puede aplicarse a todos”. La decisión contenida en el GATT permitió a los países en desarrollo desviarse de las cláusulas de nación más favorecida (NMF) y otras obligaciones de no discriminación, estableciendo un Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) en el SMC. Fundamentalmente, el SPG pre-Uruguay establecía derechos preferenciales para los países en desarrollo, incluyendo un mayor acceso al mercado, flexibilidad en la adopción de medidas y reservas de protección y la exención de algunas disciplinas del GATT².

Al equilibrar nuevamente el principio de igualdad soberana del derecho internacional, que insta a todos los Estados —independientemente de su nivel de desarrollo— a atenerse a los acuerdos internacionales en los mismos términos, el E&D pretende lograr que los países en desarrollo cumplan con sus compromisos sin obstaculizar su proceso de desarrollo. El concepto ha adquirido gran relevancia después de un debate intrincado sobre la relación entre el comercio y el desarrollo. También se basa en las desigualdades económicas que justifican la aplicación del principio de diferenciación para los países en desarrollo, estipulando que “el acceso al mercado debería ser establecido en términos que benefician a los menos privilegiados”³. En este contexto, el trato E&D surgió para brindar formalmente a los países desarrollados algunas flexibilidades y preferencias para implementar los acuerdos económicos, dependiendo de sus necesidades y capacidades.

2. E&D: Del comercio a la inversión

Por las mismas razones, el E&D posteriormente comenzó a verse reflejado en los acuerdos internacionales de inversión, principalmente en aquellos celebrados entre los países

en desarrollo. En particular, los acuerdos regionales Sur-Sur contenían anexos de reservas, permitiendo que cada parte contratante tomase en cuenta sus propios objetivos nacionales de políticas.

Discutiblemente, el E&D surgió a raíz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual define la reserva como “una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”⁴. En este contexto, el derecho internacional establece márgenes discrecionales para determinar el alcance de cada reserva. En un sentido más general, las reservas son consideradas como una herramienta para modelar las obligaciones de tratado de manera que puedan cumplir con las regulaciones y leyes estatales.

Los derechos preferenciales para los países en desarrollo adquirieron mayor importancia en la década de 1980 cuando se comenzaron a percibir las externalidades del mercado y sus efectos secundarios en las industrias nacionales y las empresas de los Estados receptores. Esto sucede especialmente en los países en desarrollo, ya que sus empresas nacionales pueden ser particularmente vulnerables, especialmente frente a los grandes inversores multinacionales. Por lo tanto, algunos países en desarrollo incorporaron estas exigencias en sus primeros acuerdos. Véase, por ejemplo, el tratado bilateral de inversión (TBI) de 1988 entre China y Japón: “no debe considerarse un ‘trato menos favorable’ que cualquiera de las Partes Contratantes otorguen un trato discriminatorio, de acuerdo con las leyes y regulaciones aplicables, a los nacionales y las empresas de la otra Parte Contratante, en caso de que sea realmente necesario por razones de orden público, seguridad nacional o el buen desarrollo de la economía nacional”⁵.

Este enfoque, en ese entonces sin precedentes, comenzó a generalizarse en los acuerdos regionales. El Acuerdo Unificado para la Inversión de Capitaes Árabes en los Estados Árabes de 1980 permite explícitamente a los Estados que otorguen privilegios preferenciales a algunos inversores o proyectos destinados a fomentar el desarrollo de la economía nacional, la integración regional y la transferencia de tecnología⁶. También es notable, que el Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) de 1987, aparte de las reservas específicas contenidas en los anexos, incluye una disposición general que requiere que las inversiones estén alineadas con los objetivos nacionales de políticas, y las leyes y regulaciones nacionales⁷.

Además, una noción más amplia del E&D fue incorporada en el Protocolo de Finanzas e Inversión de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano (SADC, por sus siglas en inglés) de 2006. Dispone excepciones que permiten un trato preferencial a algunas inversiones e inversores para alcanzar objetivos de desarrollo nacional. También establece condiciones más favorables para los países menos desarrollados (PMDs) basadas en beneficios mutuos y de no reciprocidad, y garantiza el trato preferencial para los PMDs con respecto a la apertura de los mercados y la derogación de incentivos⁸. El E&D también se vio reflejado bajo la forma de asistencia a los PMDs a raíz de esta cooperación regional destinada a fomentar el desarrollo de los Estados miembros a través de la inversión.

Los acuerdos regionales más recientes incluyen cláusulas explícitas sobre el trato E&D para excluir algunas inversiones o actividades económicas de un tratado o de algunas de sus disposiciones. También disponen suspensiones temporarias y la aplicación gradual del tratado o de algunas cláusulas —un período de transición para otorgar flexibilidad a los Estados

para atender sus necesidades de desarrollo u otros asuntos de interés económico al reducir la disparidad operativa de estos acuerdos—. Por ejemplo, el borrador del Código de Inversiones Panafricano (PAIC, por sus siglas en inglés) de 2015, además de los programas y medidas de reserva excluidas del trato nacional y de NMF, dispone requisitos de desempeño orientados al desarrollo; trato preferencial para calificar inversiones e inversores, en proporción con los objetivos de desarrollo nacional y períodos interinos⁹.

3. Resurgimiento del E&D en los TBIs: un contexto intrigante

Si bien el E&D se encuentra explícitamente establecido en los acuerdos regionales Sur-Sur, donde se establece un nivel mínimo de igualdad de condiciones entre las partes mientras otorga libertad de acción para implementar sus objetivos de políticas nacionales, históricamente solo se encuentra mencionado indirectamente en los TBIs, no en cláusulas autónomas, sino dentro de un contexto de FET, trato nacional y otras disposiciones. Sin embargo, el trato E&D ha adquirido gran importancia en los recientes modelos de TBIs que contienen lenguaje explícito para la modulación de compromisos y brindando apoyo, más allá de aquellos que establecen preferencias concretas y sustantivas tal como se encuentran determinadas en los anexos de reservas de los países. Las características nuevas del E&D incluyen medidas de salvaguardia, requisitos de desempeño, obligaciones sobre la transferencia de tecnología y otras medidas de apoyo, exenciones generales y otras flexibilidades procesales que implican un nivel de compromiso dependiendo del nivel de desarrollo del Estado.

Los recientes modelos de TBI muestran un patrón creciente de modulación de los actuales compromisos. Por ejemplo, el modelo actualizado de TBI de Egipto refleja su interés por promover el desarrollo sostenible considerando el nivel de desarrollo de dicho país, tal como se refleja considerablemente en las cláusulas de NMF y trato nacional que fueron recientemente moduladas. También invoca el derecho internacional en lugar de establecer un estándar independiente a este respecto, especialmente con respecto al trato justo y equitativo (FET) y la protección de la seguridad física.

El modelo de TBI de India omite completamente las cláusulas de NMF y FET, y excluye las medidas de contratación pública del alcance del tratado, otorgando implícitamente un trato preferencial a los inversores nacionales¹⁰. Asimismo, permite la flexibilidad para que los Estados puedan adoptar algunas medidas basadas en asuntos legítimos de interés público tales como medio ambiente, salud pública, seguridad y orden público, sin incurrir en responsabilidad estatal por la violación del tratado. Estas medidas deben ser tomadas de manera no discriminatoria ni arbitraria, en buena fe y en circunstancias similares¹¹.

Similarmente, los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFIs) de Brasil establecen que el trato nacional y de NMF estará sujeto a objetivos legítimos de bienestar público. Los ACFIs están especialmente enfocados en la facilitación de las inversiones a través de la promoción de la cooperación tecnológica, científica y cultural. Estos acuerdos disponen el intercambio de información, conocimientos especializados y transferencia de tecnología, y permiten las medidas de desarrollo sin perjudicar los intereses de los Estados en torno a la seguridad¹². Estas características nuevas reflejan la causalidad entre la inversión y el desarrollo, y están diseñadas para alinear la inversión con los objetivos de políticas nacionales para el desarrollo.

A diferencia de lo que ocurre en el contexto comercial, el E&D en los tratados de inversión tiende a derogar el trato de manera no discriminatoria al generar un trato más favorable según el nivel de desarrollo del país. Sin embargo, los tratados de inversión son similares al derecho comercial

en el hecho de que adoptan un enfoque basado en la exclusión de ciertas obligaciones del alcance del acuerdo, otorgando al Estado el derecho a eximirse de determinados compromisos que podrían dañar su soberanía o que no coincidan con sus intereses legítimos de desarrollo.

4. Conclusión

Teóricamente justificado en el SMC para permitir a los Estados que asuman responsabilidades diferenciadas bajo un mismo acuerdo, el trato E&D surgió en el régimen de inversión para compensar los desequilibrios presentes en los tratados entre Norte y Sur, reflejando naturalmente el creciente ímpetu de los asuntos de interés de desarrollo sostenible. Los acuerdos regionales de inversión Sur-Sur hicieron surgir un trato E&D para promover ampliamente la inversión entre los signatarios. Esto resonó en los países en desarrollo, quienes comenzaron a abogar en el SMC en pos de un funcionamiento más favorable y eficaz de los acuerdos comerciales para promover el desarrollo.

Pese a que los acuerdos regionales de inversión Sur-Sur proveyeron el balance necesario en el régimen de inversión, la falta de equilibrio en los acuerdos de inversión entre Norte-Sur sigue siendo innegable. Consecuentemente, resulta dudoso si el trato E&D seguirá estando explícitamente incluido en los modelos de TBI de los países en desarrollo y en los TBIs Norte-Sur, ya que de muchas maneras no coinciden con la postura de los países desarrollados.

Finalmente, es importante recordar que el trato E&D depende de la manera en que los Estados diseñan y adaptan sus obligaciones de manera conducente a su desarrollo, de acuerdo con sus intereses de políticas nacionales. Sin embargo, el resurgimiento de un trato E&D más amplio y explícito, pese a ser muy oportuno en el contexto de reforma del régimen de inversión, presta a reflexionar sobre reconsiderar cómo el E&D será percibido en el nuevo contexto de inversión.

Autor

Riham Marii es Oficial de AIs en la *General Authority for Investment and Free Zones* y el Ministerio de Inversión de Egipto. Posee antecedentes en asuntos económicos en la Universidad del Cairo y un Master en Economía Política Internacional de la Universidad Pierre Mendès-France, Grenoble, Francia. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen a la autora y no necesariamente reflejan la opinión del gobierno egipcio.

Notas

- 1 Hoeckman, B. (2005). Operationalizing the concept of policy space in the WTO: Beyond special and differential treatment. *Journal of International Economic Law*, 8(2), 405–424.
- 2 International Institute for Sustainable Development (IISD). (2003, primavera). Special and differential treatment. *IISD Trade and Development Brief*, 2. Extraído de http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_sdc_may_2003_2.pdf.
- 3 García, F. J., & Ciko, L. V. (2003). Theories of justice and international economic law. En J. Linarelli (Ed.), *Research handbook on global justice and international economic law* (págs. 54–95). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, pag. 71.
- 4 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, entrada en vigencia el 27 de enero, 1980, Art. 2(1)(d). Extraído de [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 1155/volume-1155-I-18232-English.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf).
- 5 Procolo del Acuerdo entre Japón y la República Popular de China sobre el Fomento y la Protección Recíproca de las Inversiones, 1 de agosto, 1988, párrafo 3. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/747>.
- 6 Acuerdo Unificado para la Inversión de Capitales Árabes en los Estados Árabes, 26 de noviembre, 1980, Art. 16. Extraído de <http://www.pipa.ps/files/file/Unified-Agreement-for-the-Investments-of-Arab-Capital-en.pdf>.
- 7 Acuerdo entre el Gobierno de Brunei Darussalam, la República de Indonesia, Malasia, la República de las Filipinas, la República de Singapur y el Reino de Tailandia para la Promoción y Protección de las Inversiones, 15 de diciembre, 1987, Art. 3. Extraído de http://asean.org/?static_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments.
- 8 Protocolo de Finanzas e Inversión, 18 de agosto, 2006, Anexo 1 (Cooperación sobre las Inversiones), Artículos 7 y 20. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2730>.
- 9 Borrador del Código de Inversión Panafricana, 26 de marzo, 2016. Extraído de <http://www.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/CoM/com2016/e1600511.pdf>.
- 10 Srividya, J. (2015). Bringing the state back in: India's 2015 model BIT. *Columbia FDI Perspectives*, 154. Extraído de <http://dx.doi.org/10.7916/D8RJ4HX6>.
- 11 Gobierno de India. (2015). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*. Extraído de http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf.
- 12 Los seis ACFIs firmados por Brasil en 2015 (con Angola, Chile, Colombia, Malawi, México y Mozambique) están disponibles en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

Conferencia sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD 2016: Llevando la Reforma de AII al Próximo Nivel

James Zhan y Diana Rosert

artículo 4



Como parte del Foro Mundial de Inversiones 2016 (WIF, por sus siglas en inglés)¹, los negociadores de los acuerdos internacionales de inversión (AII) y varias partes interesadas se reunieron el 19 de julio de 2016 en la Conferencia de Alto Nivel de AII en Nairobi, Kenia. Aproximadamente 50 delegados de diferentes países, parlamentarios, directivos de organizaciones internacionales y representantes de la sociedad civil discutieron la primera fase de la reforma de AII y cómo pasar a la siguiente fase.

La “primera fase” se refiere a los procesos de reforma de AII que comenzaron algunos años atrás y que ahora son la norma en la formulación de políticas internacionales de inversión: muchos países revisaron sus redes de AII, desarrollaron tratados modelo con disposiciones mejoradas y negociaron tratados más favorables con respecto al desarrollo sostenible; otros ya han comenzado estos procesos. De acuerdo con el **Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2016**, más de 100 países han participado en la reforma de AII, a menudo utilizando como guía el **Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible** y la **Hoja de Ruta para la Reforma de los AII** elaborados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Basándose en las lecciones aprendidas hasta el momento, la “fase dos” apunta a una reforma integral, apuntando asimismo a los AII existentes.

Si bien el grado de participación en la reforma de AII y los enfoques adoptados varían según los diferentes países y regiones, surgió un consenso sobre la necesidad de reformar los AII en la primera fase. Los disertantes en la Conferencia de AII apoyaron rotundamente la reforma de AII, y el mensaje común fue que se deberían promover los objetivos de desarrollo sostenible, salvaguardar el derecho a regular y seguir un enfoque equilibrado, mientras se protege y promueve la inversión extranjera². Otro mensaje recurrente fue la necesidad de un enfoque más coordinado para la reforma de tratados de inversión y la solución de controversias, incluyendo la intensificación del diálogo a nivel multilateral. Varios disertantes consideraron que la fase dos debe abordar la naturaleza fragmentada de las actuales respuestas a la reforma.

La Conferencia de AII estuvo marcada por una mayor voluntad de considerar opciones y nuevas sugerencias para la próxima fase de reforma de los AII. Varios disertantes destacaron las oportunidades de colaboración a largo plazo, por ejemplo, con respecto al tribunal multilateral de inversiones, un mecanismo de apelación y los principios directivos para la formulación de políticas de inversión. Al mismo tiempo, se hizo una advertencia en cuanto a algunos enfoques novedosos a la solución de controversias de inversión.

Principios rectores del G-20 para la formulación de políticas mundiales de inversión

Los representantes de los diferentes miembros del G20 que disertaron en la Conferencia de AII dieron la bienvenida a los Principios Rectores del G-20 para la Formulación de Políticas Mundiales de Inversión y reconocieron la contribución de la UNCTAD en su elaboración. Los **Principios Rectores no vinculantes** fueron acordados durante la **Reunión Ministerial del G20** en julio en Shanghái y aprobados por los líderes del G20 en la Cumbre de Hangzhou en septiembre. Pocas declaraciones aludieron al desarrollo de Principios Sur-Sur sobre la Inversión Internacional para el Desarrollo Sostenible, que fue el tema central de un **evento paralelo** organizado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y *Kenya Investment Authority* (KenInvest) durante el WIF. En este evento se discutió la necesidad y viabilidad de desarrollar principios para aumentar la cooperación Sur-Sur para una reforma integral del régimen de inversión.

Facilitación de las Inversiones en los AII y más allá

Muchos disertantes consideraron que la facilitación de las inversiones era uno de los temas más urgentes de la agenda de la reforma para la fase dos, inspirándose también en el Menú de Acción Global de la UNCTAD para la Facilitación de las Inversiones³. Considerando la brecha financiera de un trillón de dólares para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), sugirieron que las medidas de facilitación deberían estar enfocadas como una herramienta para movilizar la inversión en el desarrollo sostenible, particularmente el desarrollo de infraestructura.

“El mensaje común fue que se deberían promover los objetivos de desarrollo sostenible, salvaguardar el derecho a regular y seguir un enfoque equilibrado, mientras se protege y promueve la inversión extranjera”

Los participantes observaron que las disposiciones para la facilitación de las inversiones estaban ampliamente ausentes en los AII. Remarcando que el Menú de Acción incluye acciones para fortalecer diferentes aspectos de la facilitación de las inversiones en los AII, varios disertantes apoyaron la inclusión de tales disposiciones. Un delegado añadió que su país utiliza un nuevo modelo, el cual incorpora disposiciones para la facilitación de las inversiones y refleja los elementos propuestos en el Menú de Acción de la UNCTAD.

El papel de las medidas para la facilitación de las inversiones a nivel nacional y las instituciones relacionadas —tales como las agencias de promoción de inversiones, ventanillas únicas y comités interministeriales— también fue subrayado. Varios participantes sugirieron que es preciso explorar en mayor medida la facilitación de las inversiones a través de políticas nacionales e internacionales, basándose en el Menú de Acción de la UNCTAD.

Derecho a regular e inversión responsable

Muchos disertantes consideraron que preservar el derecho a regular y equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores son los principales objetivos de la reforma de AII. Varios sugirieron que los AII deberían abordar la promoción de los derechos humanos y la protección de las normas de salud, medio ambiente y trabajo. Algunos remarcaron que sus AII ya contienen lenguaje a estos efectos. El Acuerdo Económico y Comercial Global (AEGC) entre Canadá y la Unión Europea, que incluye un artículo donde se reafirma el derecho a regular y una cláusula de “no-estabilización”, fue mencionado como un ejemplo reciente. Varios disertantes expresaron su compromiso de promover la inversión responsable. Una parte interesada sugirió que es preciso que la UNCTAD y otras organizaciones trabajen en mayor medida sobre las obligaciones aplicables al inversor en los AII y sobre el nexo entre la inversión y la sustentabilidad.

Con respecto al contenido sustantivo de los AII, los participantes identificaron las definiciones de inversión y de inversor, trato justo y equitativo, expropiación indirecta, cláusula paraguas, denegación de beneficios y la cláusula de supervivencia como disposiciones a ser abordadas en los esfuerzos para la reforma. Entre otras cosas, se sugirió realizar mayor investigación sobre la definición de la cartera de inversión, del término “actividades comerciales sustanciales” y el alcance del derecho a regular.

Reforma del arbitraje entre inversionista y Estado: sistemas judiciales, mecanismos de apelación y alternativas para la solución de controversias

Se consideró que la exploración de más opciones para reformar el arbitraje entre inversionista y Estado es una tarea en curso para la próxima fase de reforma. Muchos disertantes dieron la bienvenida a la propuesta de la UE para crear un sistema judicial de inversión, que consista en un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación, y su incorporación a los acuerdos de la UE con Canadá y Vietnam. Esto fue

visto como una opción innovadora para abordar las preocupaciones relacionadas con la legitimidad y otros asuntos relativos al mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés). Los estados miembros de la UE y algunos pocos países fuera de la UE subrayaron la necesidad de un mecanismo de apelación para una mayor coherencia en las decisiones de ISDS.

Los representantes y varios estados miembros de la UE sugirieron que incluir sistemas judiciales de inversión en los diferentes tratados podría ser un buen paso para crear un tribunal multilateral de inversión. Un participante añadió que un tratado multilateral podría crear un tribunal como tal para reemplazar los tribunales arbitrales bajo los tratados actuales. Otro disertante advirtió que era incierto si un tribunal de inversión aportaría más justicia e imparcialidad y que este enfoque podría acarrear riesgos.

Varios oradores sugirieron fortalecer la prevención de controversias y mecanismos alternativos para la solución de las mismas. Algunos representantes describieron las medidas que sus países están tomando como parte de la legislación interna y los tratados de inversión para alentar la solución de controversias por otros medios que no sean el arbitraje. Por ejemplo, crearon comités conjuntos a cargo de la mediación de controversias o defensores del pueblo para facilitar la relación entre los inversores y el gobierno.

Algunos disertantes también sugirieron considerar los tribunales nacionales y regionales como alternativas al arbitraje. Un orador hizo referencia al nuevo modelo de tratados de su país, que requiere el agotamiento de los recursos locales antes de recurrir a arbitraje. Otro representante de país presentó un enfoque de tratado basado en el arbitraje entre Estados en lugar de la solución de controversias entre inversionista y Estado. Otros dos disertantes remarcaron que la ISDS es un componente necesario de los AII.

Para ayudar a los países con recursos y conocimientos específicos limitados, un representante propuso una agencia de asesoría jurídica sobre la solución de controversias de inversión, por ejemplo, que sea diseñada siguiendo la Legislación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la Organización Mundial del Comercio (WTO).

“Muchos disertantes consideraron que preservar el derecho a regular y equilibrar los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores son los principales objetivos de la reforma de AII.”

Mayor colaboración y coordinación en la fase dos de la reforma de AII

Varios disertantes discutieron cómo afrontar el desafío de la creciente fragmentación en los esfuerzos de reforma de AII y la redacción de tratados. Algunos sugirieron que es conveniente un mayor diálogo e intercambio a nivel multilateral. Como posibles vías para lograr una mayor participación multilateral, los oradores identificaron debates para establecer un tribunal multilateral de inversión y un mecanismo mundial de apelación y el fomento del consenso sobre el alcance de disposiciones clave. Esto último podría ser respaldado compartiendo las mejores prácticas.

El fomento del consenso, una mayor colaboración y coordinación entre los países también podría ayudar a lidiar con las deficiencias de los actuales tratados. Más específicamente, un disertante sugirió explorar si la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio) podría servir como modelo para crear un mecanismo para reformar la gran cantidad de tratados de inversión que no contienen salvaguardias y para aclarar el lenguaje en tratados más recientes.

“Algunos disertantes sugirieron que es conveniente un mayor diálogo e intercambio a nivel multilateral. El fomento del consenso, una mayor colaboración y coordinación entre los países también podría ayudar a lidiar con las deficiencias de los actuales tratados.”

Varios oradores destacaron su predisposición para aprender de otros enfoques y sugirieron que la flexibilidad, pragmatismo, apertura y creatividad podrían facilitar la reforma de AII. Un participante subrayó el papel de la sociedad civil en los esfuerzos para la reforma.

Muchos llamaron a un incremento de las actividades de capacitación y asistencia técnica por parte de la UNCTAD y de otros organismos para apoyar los esfuerzos para la reforma de las complejas redes de AII, particularmente en los países en vías de desarrollo y los menos desarrollados. Varios representantes de países en desarrollo llamaron la atención a los desafíos de la negociación y renegociación de tratados. Se

remarcó que el Marco de Políticas de Inversión y la Hoja de Ruta para la Reforma de los AII brindan una guía de gran utilidad a este respecto. Se solicitó a la UNCTAD que desarrollara más herramientas de políticas para apoyar los procesos de reforma de AII, por ejemplo, a través de una lista de control o plan de acción para la fase dos de la reforma.

Muchos oradores solicitaron a la UNCTAD y a otras organizaciones tales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) continuar brindando plataformas para el diálogo de políticas sobre la reforma de AII y la ISDS.

Mandato renovado sobre AII y desarrollo sostenible

Paralelamente con el WIF, los 194 estados miembros de la UNCTAD se reunieron en Nairobi para la 14ta sesión de la UNCTAD y llegaron a un acuerdo sobre el programa de trabajo de la UNCTAD para los próximos cuatro años. El documento resultante —el **Nairobi Maafikiano**— otorga un papel central a la UNCTAD para lograr los ODSs y cubre una amplia gama de actividades en el área de comercio, inversión y desarrollo. También establece que la UNCTAD debería “continuar su actual programa de reuniones y consultas con los Estados miembros sobre los [IIAs] de conformidad con la Agenda de Acción de Addis Abeba, manteniendo su papel como foro de debate internacional sobre los [IIAs], y prestando asistencia a los Estados miembros en sus esfuerzos por fortalecer la dimensión de desarrollo, según sea apropiado” (párrafo 38(l)). La UNCTAD también debería seguir “promoviendo una mejor comprensión de los aspectos de los acuerdos internacionales de inversión que conciernen al desarrollo” (párrafo 55(hh)). Esto brinda un marco sólido para el trabajo de la UNCTAD sobre la reforma de los AII en los próximos años.

Las grabaciones y declaraciones de la Conferencia de AII se encuentran disponibles en <http://unctad-worldinvestmentforum.org/programme2016/international-investment-agreements-conference-2016>.

Autores

James Zhan es Director de la División de Inversión y Empresas de la UNCTAD y Jefe de Edición del Informe sobre las Inversiones en el Mundo. Diana Rosert es Oficial Adjunta de Asuntos Jurídicos de la Sección sobre Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen exclusivamente a los autores y no necesariamente reflejan la opinión de la UNCTAD. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 El WIF de la UNCTAD es una reunión bienal de múltiples actores de alto nivel destinada a facilitar el diálogo y la acción sobre los principales desafíos emergentes relativos a la inversión. Véase <http://unctad-worldinvestmentforum.org>.

2 El Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD fue utilizado como referencia.

3 El Menú de Acción para la Facilitación de las Inversiones de la UNCTAD estuvo en el centro del debate durante el WIF 2016. En varios eventos se hizo referencia a la necesidad de fomentar la facilitación de las inversiones a través de un plan de acción global concreto. La actualización del Menú de Acción Global de la UNCTAD de septiembre de 2016 está disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Hub/Home/519>.

noticias en breve

Elección de Trump afecta negociaciones mega-regionales incluyendo el ATCI, TPP y RCEP

En septiembre, **funcionarios de la UE reconocieron** que es probable que las negociaciones del Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la UE y Estados Unidos no concluyan antes del final del mandato del Presidente Barack Obama. Después del 9 de noviembre, cuando el candidato proteccionista del partido republicano Donald Trump ganó las elecciones presidenciales de los Estados Unidos, el futuro de las negociaciones del ATCI se tornó incluso más incierto. El 11 de noviembre, la Comisaria de Comercio de la UE Cecilia Malmström declaró que: “**el ATCI probablemente estará en el frízer** por un tiempo y lo que pase cuando sea descongelado, creo que tenemos que esperar y ver”.

Si bien la postura de Trump sobre el ATCI es poco clara, en su campaña se declaró fuertemente en contra de los tratados multilaterales de comercio existentes, incluyendo el Acuerdo Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP) firmado anteriormente este año e incluso el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que está vigente desde 1994. El 22 de noviembre, **el Presidente electo anunció** que entre sus primeras medidas el día de asunción (20 de enero de 2017) planea la salida total del TPP por Estados Unidos, y lo caracterizó como “un potencial desastre” para el país. “En cambio, negociaremos tratados bilaterales de comercio justos y que favorezcan el empleo y la industria en el territorio americano”, agregó.

En respuesta, **el Primer Ministro japonés Shinzo Abe señaló** que “el TPP no tendría sentido sin los Estados Unidos”. El TPP —celebrado por Australia, Brunei, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam— incluye una cláusula que impide su entrada en vigor sin la ratificación de Estados Unidos. **El Ministro de Comercio peruano Eduardo Ferreyros propuso** nuevas conversaciones: “Podemos modificar esa cláusula y aprovechar para cambiar otras que puedan no resultarnos convenientes”. **El Ministro de Comercio australiano Steven Ciobo también afirmó** que los países podrán seguir adelante con el acuerdo introduciendo algunas modificaciones y posiblemente sumando nuevos miembros.

Los analistas consideran la salida del TPP por los Estados Unidos como una oportunidad para que China asuma el liderazgo en las negociaciones de comercio e inversión de Asia y el Pacífico. China está negociando un Área de Libre Comercio del Asia Pacífico (FTAAP, por sus siglas en inglés) y un acuerdo de Asociación Económica Regional Global (RCEP, por sus siglas en inglés). El último excluye a los Estados Unidos, pero incluye a Australia, India, Japón, Nueva Zelanda y Corea del Sur, así como a los diez Estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés). Durante la cumbre de la Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) celebrada en Perú el 19 y 20 de noviembre, **Tan Jian, principal delegado de China, dijo** que Chile, Perú y otros países ahora desean sumarse a las negociaciones del RCEP, y que los actuales socios negociadores pretenden concluir el trato tan pronto como sea posible para contrarrestar el proteccionismo.

Brasil e India rubrican tratado bilateral de inversión (TBI); texto aún no publicado

Durante el 10^{mo} Foro Anual de Negociadores de Países en Desarrollo en materia de Inversión, celebrado en Colombo, Sri Lanka, del 7 al 10 de noviembre, los representantes de Brasil e India anunciaron que recientemente han rubricado

un tratado bilateral de inversión (TBI).

Desde el 2015, Brasil ha firmado siete TBIs (con Angola, Chile, Colombia, Malawi, México, Mozambique y Perú) basados en su **nuevo modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI)**, el cual está enfocado en la facilitación de las inversiones y la prevención de controversias a través de la creación de un defensor del pueblo en cada Estado contratante y un comité conjunto. En diciembre de 2015, India aprobó la revisión de un **modelo de TBI**, que —si bien incluye una disposición sobre el estándar de trato— evita el término “trato justo y equitativo” (FET, por sus siglas en inglés) y la cláusula de trato de nación más favorecida (NMF), e incluye obligaciones para el inversor.

Se reportó que el TBI entre Brasil e India incorpora elementos de ambos enfoques. Por ejemplo, en línea con el enfoque de Brasil, incluye elementos de cooperación y facilitación de las inversiones, y se enfoca en la prevención de las controversias en lugar de establecer el arbitraje entre inversionista y Estado; en concordancia con el modelo de India, no hace referencia al FET ni incluye una cláusula de NMF.

AECG firmado; Canadá y la Unión Europea “trabajarán expeditivamente” en la creación de un Tribunal Multilateral de Inversión

El 30 de octubre, durante la 16^a Cumbre entre la Unión Europea y Canadá celebrada en Bruselas, los dos socios negociadores firmaron el **Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG)**, después de siete años de negociación. El Presidente de la Comisión Europea **Jean-Claude Juncker lo caracterizó** como “el mejor tratado de comercio que la Comisión Europea haya negociado” y agregó que establecerá estándares globales para otros acuerdos comerciales.

Los líderes de Canadá y la Unión Europea también firmaron un **Instrumento Interpretativo Conjunto** donde reconocieron “el derecho a regular en pos del interés público” como un valor fundamental. El instrumento caracteriza al AECG como “un cambio radical e importante en las reglas de inversión y la solución de controversias” y como la base de un Tribunal Multilateral de Inversión, en cuya creación Canadá y la Unión Europea se comprometieron a “trabajar expeditivamente”.

La firma del acuerdo había sido puesta en duda pocas semanas antes. El 18 de octubre, el parlamento subnacional de la región belga de **Wallonia votó** para no otorgar poderes al gobierno federal belga para firmar el AECG. La ceremonia de firma que había sido programada para el 27 de octubre fue cancelada producto de esta situación. El mismo día, los líderes políticos de Bélgica llegaron a un **acuerdo para apoyar el AECG**.

En dicho **acuerdo**, se reportó que Wallonia recibió garantías de que el AECG no perjudicaría a los productores locales, que la participación de los Estados en el mecanismo del **Sistema Judicial de Inversión (SJI)** dependería en la aprobación específica de los Estados miembros de la UE individualmente, y que Bélgica solicitaría al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU) una opinión consultiva sobre la compatibilidad del mecanismo del SJI con el derecho de la UE.

La ratificación del Parlamento Europeo **será requerida** para la aplicación provisional del AECG en la Unión Europea. Sin embargo, supuestamente debido al trato de Wallonia, el SJI será excluido del alcance de la aplicación provisional. Asimismo, el SJI únicamente será implementado después de la ratificación de los Estados miembros de la UE individualmente. Mientras tanto, los funcionarios de Canadá y la UE explicarán los detalles del sistema, incluyendo la selección de jueces, acceso al SJI por parte de pequeñas empresas y el mecanismo de apelación.

laudos y decisiones

Venezuela debe pagar US\$1.000 millones por expropiar inversión de empresa minera canadiense

Rusoro Mining Ltd. vs. La República Bolivariana de Venezuela, Caso del CIADI No. ARB(AF)/12/5

Claudia María Arietti López

En un laudo del 22 de agosto de 2016, un tribunal del Mecanismo Complementario (AF) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones (CIADI) ordenó a Venezuela el pago de US\$966,5 millones más intereses a la empresa canadiense, Rusoro Mining Limited (Rusoro), por expropiar ilegalmente su inversión minera.

Antecedentes y demandas

Entre 2006 y 2008, a través de una participación mayoritaria en 24 empresas venezolanas, Rusoro adquirió indirectamente 58 concesiones mineras y contratos para explorar y producir oro en Venezuela.

En ese momento, Venezuela ya había establecido, entre otras restricciones, una limitación sobre las exportaciones de oro. En abril de 2009, impuso más limitaciones, y en julio de 2010 relajó las regulaciones que rigen a las empresas públicas mientras que reafirmó las limitaciones a las empresas privadas. Finalmente, en julio de 2010, Venezuela redujo las restricciones y unificó el régimen para los productores públicos y privados.

El 17 de agosto de 2011, el entonces Presidente Hugo Chávez anunció la nacionalización de la industria minera para la extracción de oro en Venezuela. El 16 de septiembre de 2011, emitió un decreto de nacionalización que establecía el control estatal sobre los derechos mineros y de propiedad de todas las empresas productoras de oro y ordenó la transferencia de todas las concesiones o contratos existentes a empresas mixtas controladas por el Estado.

Después de seis meses de negociación, Rusoro y Venezuela no pudieron llegar a un acuerdo sobre el monto de la compensación. Consecuentemente, el 17 de julio de 2012, Rusoro inició un procedimiento de arbitraje, reclamando que Venezuela expropió su inversión, entre otras violaciones del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Venezuela y Canadá. Rusoro solicitó una compensación de aproximadamente US\$2,3 mil millones más intereses.

Tribunal rechaza todas las objeciones jurisdiccionales de Venezuela

Primero, Venezuela argumentó que dado que las demandas de expropiación de Rusoro también se basaban en las medidas tomadas por Venezuela entre 2009 y 2010, la controversia había prescrito debido al estatuto de limitación de tres años contenido en el TBI. El tribunal determinó que solo las medidas adoptadas por Venezuela antes del 17 de julio de 2009 (tres años antes de que la solicitud de arbitraje fuera registrada) habían prescrito.

En su segunda objeción, Venezuela alegó que el MC del CIADI no tenía jurisdicción, dado que cuando el arbitraje fue registrado (en agosto de 2012), este país ya se había retirado del Convenio del CIADI. El tribunal, coincidiendo con Rusoro, y en línea con la decisión del caso *Venoklim v. Venezuela*, sostuvo que la fecha pertinente era la fecha

de solicitud (17 de julio de 2012), cuando Venezuela todavía era un estado miembro del CIADI.

Venezuela también señaló que Rusoro violó el Artículo 29 de la ley de minas de Venezuela, que requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas antes de adquirir derechos mineros, y por lo tanto, no era un inversor protegido y no poseía una inversión protegida bajo el TBI. El tribunal disintió con Venezuela y concluyó que el Artículo 29 de la ley de minas no se aplica a la adquisición indirecta de las empresas que poseen derechos mineros.

Demanda de Rusoro por expropiación directa es aceptada ya que Venezuela no garantizó una "compensación oportuna, adecuada y eficaz"

Rusoro argumentó que, a través del decreto de nacionalización de 2011, Venezuela expropió su inversión, violando el TBI. A su vez, Venezuela indicó que el TBI contemplaba la nacionalización y que cumplió con los requisitos del tratado, a excepción de la compensación. Según Venezuela, la falta de acuerdo sobre el monto de la compensación no torna la nacionalización ilegal *per se*.

Dado que ambas partes coincidieron en que la expropiación existió, el tribunal analizó la legalidad de la misma. Mencionó que aunque la expropiación por Venezuela fue realizada con un fin público, bajo el debido proceso legal y de manera no discriminatoria, no garantizó a Rusoro una compensación oportuna, adecuada y eficaz. Asimismo, concluyó que la expropiación fue ilegal.

En cuanto al requisito del interés público, el tribunal señaló que los estados tienen discreción para establecer sus políticas públicas y que el decreto de nacionalización claramente dispone el interés público de la expropiación.

Además, el tribunal sostuvo que la expropiación fue realizada conforme a un debido proceso legal porque Rusoro tenía dos opciones bajo el derecho venezolano de impugnar el decreto de nacionalización, pero que nunca lo hizo.

En cuanto al prerrequisito de no discriminación, el tribunal concluyó que tanto los inversores venezolanos como los extranjeros se encontraban igualmente afectados por el decreto de nacionalización.

Con respecto al requisito de compensación, Rusoro alegó que nunca recibió una compensación y que la negociación fue "pura fachada" (párrafo 398), ya que el decreto de nacionalización limita la compensación al valor contable. Venezuela, por el contrario, afirmó que negoció con Rusoro de buena fe durante seis meses y que la empresa se quedó sin compensación porque rechazó la oferta de Venezuela.

El tribunal subrayó que el estándar de compensación establecido en el TBI era el "valor genuino" de la inversión, que debería ser considerado que el "valor justo de mercado". También indicó que el decreto establecía un estándar diferente, es decir, el valor contable de la inversión. Finalmente el tribunal se refirió al hecho de que Venezuela no pagó la suma ofrecida ni la depositó en fideicomiso en favor de Rusoro.

Demanda alternativa por expropiación progresiva o indirecta considerada poco convincente

Rusoro también reclamó que sufrió una expropiación indirecta como resultado de una serie de medidas adoptadas por Venezuela comenzando en 2009 que culminó con el decreto de nacionalización. El tribunal rechazó este reclamo ya que no encontró evidencia concluyente de que, antes de promulgar el decreto de nacionalización, Venezuela hubiera previsto e implementado un plan para nacionalizar el sector de explotación de oro.

Se admite demanda paralela de que las mayores restricciones sobre exportaciones de oro impuesta por Venezuela violan el TBI

Rusoro presentó varias demandas paralelas. El tribunal concluyó que no pudo probar que Venezuela violó las disposiciones del TBI en torno al trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, no discriminación y libre transferencias. Sin embargo, concluyó que Venezuela violó el TBI al imponerle una mayor restricción sobre la exportación de oro.

Rusoro reclamó que, con las medidas de 2010, Venezuela impuso varias restricciones sobre la capacidad de Rusoro para exportar oro en violación de la prohibición del TBI en cuanto a las restricciones de exportación. El tribunal estuvo de acuerdo. Remarcó que, si bien al momento en que Rusoro realizó su inversión las regulaciones vigentes permitían que se exporte un 85 por ciento de la producción, la regulación de 2010 redujo esa cifra al 50 por ciento.

Tribunal utiliza tres metodologías para calcular la compensación

Para determinar la suma de la “compensación adecuada” a ser pagada por Venezuela a Rusoro por la expropiación ilegal, el tribunal primero remarcó que había dos temas sobre los cuales las partes debían acordar: que la fecha de valuación apropiada era la fecha del decreto de nacionalización, y que el “valor genuino” de la inversión era el “valor justo de mercado”.

Al evaluar el valor justo de mercado de la inversión, el tribunal concluyó que el mejor método para determinar el monto era el de combinar tres métodos de valuación: otorgó un peso del 25 por ciento al valor máximo del mercado (US\$700,6 millones), 25 por ciento al valor contable (US\$908 millones) y 50 por ciento al valor ajustado de la inversión (US\$1,1 mil millones). Basándose en lo antedicho, el tribunal determinó que el valor de la inversión al 16 de septiembre de 2011 era de \$966,5 millones.

El tribunal también ordenó a Venezuela el pago de US\$1,2 millones en daños por la violación del TBI en relación a las restricciones sobre la exportación, y otorgó intereses pre- y post-laudo sobre el monto total del laudo a una tasa LIBOR en dólares para los depósitos de un año, más el 4 por ciento, de intereses compuestos anualmente.

Notas: El tribunal del MC del CIADI estuvo compuesto por Juan Fernandez-Arnesto (Presidente, designado por acuerdo de las partes, ciudadano español), Francisco Orrego Vicuña (nominado por la demandante,

nacional chileno) y Bruno Simma (designado por la demandada, ciudadano alemán). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>.

Tribunal del CIADI rechaza utilización de la cláusula de NMF del AGCS de la OMC como medio para importar el consentimiento a arbitraje de Senegal de un TBI de terceras partes

Menzies Middle East and Africa S.A. y Aviation Handling Services International Ltd. vs. República de Senegal, Caso del CIADI No. ARB/15/21
Suzy H. Nikièma

En un laudo dictado el 5 de agosto de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) rechazó su jurisdicción para abordar una solicitud de arbitraje contra Senegal. En particular, el tribunal aceptó la objeción de Senegal a la jurisdicción, rechazando la invocación de la cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para importar el consentimiento de Senegal a arbitraje internacional.

Antecedentes y demandas

La demanda fue entablada el 17 de abril de 2015 por Menzies Middle East and Africa S.A. (Menzies), una empresa registrada en Luxemburgo, y por Aviation Handling Services International Limited (AHSI), establecida en las Islas Vírgenes Británicas.

En noviembre de 2003, las demandantes adquirieron AHS SA, una empresa establecida conforme al derecho senegalés que fue creada para la conducción de actividades de gestión en tierra en los aeropuertos de Senegal.

Según las demandantes, Mamadou Pouye y los hermanos Ibrahim y Karim Aboukhalil eran los beneficiarios económicos de las dos empresas que controlaban AHS SA. Senegal, en cambio, alegó que el beneficiario de hecho era Karim Wade, hijo del ex Presidente de Senegal y anterior Ministro de Transporte Aéreo senegalés.

AHS SA llevó a cabo sus actividades hasta 2013, cuando el Tribunal para la Supresión del Enriquecimiento Ilícito (CREI, por sus siglas en francés) abrió una investigación contra Wade, Pouye y los hermanos Aboukhalil por enriquecimiento ilícito y connivencia en dicha falta. Como parte de este procedimiento, AHS SA fue colocada bajo la administración temporaria del CREI como medida precautoria.

En marzo de 2015, Wade fue declarado culpable por enriquecimiento ilícito, y Pouye y los hermanos Aboukhalil por connivencia en dicho enriquecimiento. Por orden del CREI, sus bienes fueron confiscados, incluyendo sus acciones en AHS SA. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Senegal en agosto de 2015.

En su demanda ante el tribunal del CIADI, las demandantes alegaron que la colocación de AHS SA bajo dicha administración y el desastroso manejo que siguió a esto, no solo no era ilegal bajo el derecho senegalés, en particular bajo el código de inversiones,

sino que también constituía una expropiación indirecta y una medida discriminatoria conforme al derecho internacional en general y los tratados bilaterales de inversión (TBIs) con los Países Bajos y el Reino Unido. También alegaron que la decisión de la Corte Suprema fue arbitraria. Menzies y AHSI reclamaron una suma total por daños de €41.633.169.

Senegal, al rechazar todas las argumentaciones, planteó tres objeciones a la jurisdicción del tribunal: ausencia de consentimiento a arbitraje (falta de jurisdicción *ratione voluntatis*); la falta de existencia de una inversión realizada en Senegal (falta de jurisdicción *ratione materiae*); y la nacionalidad senegalesa de las demandantes (falta de jurisdicción *ratione personae*).

Análisis sobre la jurisdicción ratione voluntatis por parte del tribunal

La cuestión planteada en la primera objeción fue si el Estado había dado su consentimiento a arbitraje. Para analizarlo, los árbitros consideraron las reglas invocadas:

(a) El Artículo II (1) del AGCS, el cual establece que “cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país” (de la versión en español del AGCS).

(b) El Artículo 12.2 del código de inversiones de Senegal, el cual dispone que “las controversias entre una persona natural o una persona jurídica y la República de Senegal [...] deben ser resueltas de acuerdo con el proceso arbitral [...] que surjan [...] de acuerdos y tratados para la protección de las inversiones entre la República de Senegal y el Estado del cual el inversor es nacional”. [La traducción de la cita nos pertenece]

(c) Las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en el TBI entre Senegal y los Países Bajos (artículo 10) y en el TBI entre Senegal y el Reino Unido (artículo 8).

El tribunal consideró en primer lugar el caso de Menzies (A), antes de abordar el de AHSI (B).

A. El caso de Menzies

Las demandantes argumentaron que la cláusula de NMF del AGCS permitía importar el consentimiento a arbitraje que Senegal había otorgado en los dos TBIs. Por el contrario Senegal alegó, entre otras cosas, que las demandantes no podían invocar el AGCS porque los actores privados no pueden invocar acuerdos de la OMC.

El tribunal rechazó el argumento de las demandantes, declarando que el mismo estaba basado en “un mecanismo complejo y muy equívoco” (párrafo 131). Invocó tres elementos principales para respaldar su decisión.

1. El AGCS no brinda consentimiento a arbitraje

De acuerdo con el tribunal, “de ninguna manera existe consentimiento a arbitraje en el artículo II del AGCS” (párrafo 139). Considerando que este artículo no hace referencia al arbitraje ni a la solución de controversias, el tribunal concluyó que no podría extraer del mismo el

consentimiento expreso, claro e inequívoco de Senegal a arbitraje en favor de nacionales de Luxemburgo, como Menzies, tal como lo exige el derecho internacional en general y el arbitraje de inversión.

2. La cláusula de NMF bajo el Artículo II del AGCS no es aplicable al arbitraje de inversión

De acuerdo con las demandantes, dado que la cláusula de NMF del AGCS es aplicable a “medidas [...] que afectan el comercio de servicios” (párrafo 115), esto incluiría “ofertas de consentimiento a arbitraje” (párrafo 117). Partiendo de esto, las ofertas de arbitraje contenidas en los dos TBIs constituirían un “trato” más favorable dentro del significado del AGCS, para el beneficio de servicios similares a los de Menzies.

El tribunal no se mostró convencido de que el artículo del AGCS fuera aplicable al arbitraje de inversión. Basándose en los debates de las negociaciones del AGCS, el tribunal concluyó que los Estados miembros no habían otorgado su “consentimiento informado e inequívoco a la aplicación de las cláusulas de arbitraje contenidas en los TBIs” (párrafo 149). Esta conclusión fue confirmada, señaló el tribunal, por la subsecuente práctica de los Estados, que prefieren otorgar acceso a arbitraje internacional a los prestadores de servicios en los TBIs en lugar de hacerlo en el AGCS.

El tribunal también decidió que aunque se haya demostrado que el artículo II del AGCS fuera aplicable al arbitraje de inversión, esto no constituye un consentimiento a arbitraje o la extensión de una oferta de arbitraje. Las consecuencias de una interpretación contraria serían “considerables”, declaró el tribunal (párrafo 145).

3. Las demandantes invocaron los TBIs firmados por Senegal con terceros Estados para el arbitraje

De acuerdo con las demandantes, Menzies estaba facultada para invocar la cláusula de NMF en el AGCS para reclamar acceso a arbitraje internacional, basándose en los TBIs firmados con dos terceras partes (Senegal con los Países Bajos y Senegal con el Reino Unido). De hecho, Menzies solicitó al tribunal que considerara el AGCS como el “tratado básico” en la aplicación de la cláusula de NMF, para importar el trato más favorable contenido en estos dos TBIs; en este caso el trato más favorable sería la oferta a arbitraje.

El tribunal rechazó estos argumentos y se negó a “‘crear’ consentimiento al ‘unir’ partes dispares después de [...] un análisis sobre la ‘interacción’ entre la cláusula de NMF y las ofertas de arbitraje destinadas a los inversores por terceras partes” (párrafo 135).

B. El caso de AHSI

Con respecto a AHSI, el tribunal apoyó la postura de Senegal, según la cual el artículo 12 del código de inversiones no constituye una oferta independiente de consentimiento a arbitraje o un otorgamiento unilateral de jurisdicción. También remarcó, tal como afirmó la demandante, que AHSI, registrada en las Islas Vírgenes Británicas, no se benefició de la protección contenida en el TBI entre Senegal y el Reino Unido. Por lo tanto, AHSI no pudo invocar la oferta de arbitraje.

Habiendo aceptado la primera objeción de Senegal a la jurisdicción, el tribunal decidió que no era necesario evaluar las otras objeciones, y rechazó la jurisdicción para atender el caso.

Basándose en el principio de “los costos siguen a los acontecimientos”, el tribunal decidió que las demandantes debían asumir los gastos del arbitraje así como los costos de la defensa legal incurridos por Senegal.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Bernard Hanotiau (Presidente designado por las partes, nacional belga), Hamid Gharavi (nominado por las demandantes, ciudadano franco-iraní) y Pierre Mayer (designado por la demandada, nacional francés). El laudo está disponible sólo en francés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7483.pdf>. Las citas en este resumen fueron traducidas de la versión en inglés de este artículo, a menos que se indique lo contrario.

Tribunal de la CPA considera actos de la agencia de propiedad agrícola polaca no atribuibles a Polonia
Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland, Caso de la CPA No. 2015-13
Claudia María Arietti López

En un caso administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), el tribunal decidió que los actos de la agencia de la propiedad agrícola de Polonia no eran atribuibles a Polonia, rechazando el caso iniciado por las demandantes noruegas, Kristian Almås y Geir Almås, en base a los méritos.

Antecedentes de hecho y demandas

Las demandantes eran las únicas accionistas de Pol Farm Sp. z oo (Pol Farm). En 1997, Pol Farm y la agencia de la propiedad agrícola de Polonia (ANR, por sus siglas en polaco) celebraron un contrato de arrendamiento que abarcaba aproximadamente 4.200 hectáreas de tierra en la Comuna de Świdwin, Polonia (Contrato de Arrendamiento).

Después de realizar una serie de inspecciones y encontrar varias irregularidades en Pol Farm, en julio de 2009 ANR canceló el Contrato de Arrendamiento. En octubre de 2009, un Tribunal de Distrito de Polonia abrió un procedimiento de quiebra de Pol Farm y liquidó la empresa. Posteriormente, en octubre de 2015, un Tribunal Penal polaco declaró culpables a las demandantes por malversación y varios otros cargos. El fallo actualmente se encuentra bajo apelación.

En noviembre de 2013, las demandantes iniciaron un arbitraje contra Polonia, reclamando que las acciones de ANR violaron el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Noruega y Polonia al expropiar su inversión sin una compensación adecuada, al no dispensarles trato equitativo y protección razonable y al someterlas a medidas discriminatorias y poco razonables. También argumentaron que la cancelación del Contrato de Arrendamiento por Polonia violó la cláusula paraguas del TBI. También solicitaron compensación por la suma de €23 millones, aparte de los intereses y costos del arbitraje. Las demandantes no mencionaron las acusaciones penales ni la declaración de quiebra de Pol Farm en la demanda.

Alcance del caso de las demandantes determinado por la atribución de las acciones de ANR a Polonia

La principal demanda de las demandantes se centró en que la cancelación del Contrato de Arrendamiento por parte de ANR constituía una expropiación indirecta. Por lo tanto, el tribunal se enfocó primero en determinar si la conducta de ANR podría atribuirse a Polonia, señalando que la falta de atribución iría en detrimento de las otras demandas. Tal como lo sugirieron ambas partes, el tribunal se remitió al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001 de la Comisión de Derecho Internacional (los Artículos de la CDI) para analizar este tema.

El Artículo 4 de la CDI: ¿la ANR es un órgano del Estado?

El Artículo 4 de la CDI reza que el comportamiento de un órgano del Estado —incluyendo a cualquier persona o entidad con dicho estatus bajo el derecho interno del Estado— será considerado un hecho del Estado. El tribunal remarcó que, bajo el derecho interno polaco, ANR poseía otra personería jurídica y que ejercía autonomía operacional. Por lo tanto, concluyó que ANR no podría ser considerado un órgano estatal *de jure* según las leyes de Polonia.

Asimismo, el tribunal subrayó que el comentario sobre el Artículo 4 de la CDI considera que una entidad también puede ser un órgano estatal *de facto*. A este respecto, las demandantes alegaron que ANR ejerce funciones ejecutivas de Estado porque posee el poder para administrar, vender y arrendar propiedad agrícola estatal. Tampoco estuvo de acuerdo con la opinión de las demandantes, afirmando que un arrendamiento agrícola es una transacción comercial, aun cuando sea celebrada con una entidad estatal y aunque involucre tierras estatales.

Además, para analizar la autonomía de ANR, el tribunal observó otros dos casos, *Hamester v. Ghana* y *Jan de Nul v. Egypt*. Basándose en las características similares de las entidades involucradas en estos casos con las de ANR, el tribunal concluyó que ANR no podría ser considerada un órgano estatal *de facto* ya que goza de autonomía de gestión y financiera.

Artículo 5 de la CDI: ¿La cancelación del arrendamiento fue realizada en ejercicio de atribuciones de poder público?

Bajo el Artículo 5 de la CDI, el comportamiento de una entidad que no sea órgano del Estado aún puede ser atribuido a un Estado cuando dicha entidad pueda ejercer atribuciones del poder público y que de hecho ejerza dichas atribuciones al observar ese comportamiento.

Para analizar este artículo, el tribunal se basó en la prueba de dos partes del caso *Jan de Nu*, la cual establece que los actos deben ser llevados a cabo por una entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público, y que el acto en sí mismo debe involucrar el ejercicio de dicho poder público.

El tribunal remarcó que aunque ANR celebró un Contrato de Arrendamiento ejerciendo su poder estatutario para administrar la propiedad agrícola del Estado, no estaba ejerciendo su poder público cuando lo canceló. Por lo tanto, concluyó que tal acción no podía ser atribuida a Polonia.

Para refutar lo antedicho, las demandantes alegaron que la cancelación no estaba autorizada por el Contrato de Arrendamiento, y que fue el resultado de una motivación política subyacente, que convirtió el acto en un ejercicio de poder público de conformidad con el Artículo 5 de la CDI.

El tribunal no estuvo de acuerdo con las demandantes, señalando que no necesitaba llegar a una “conclusión definitiva sobre la legalidad de la cancelación del Contrato de Arrendamiento por parte de ANR bajo el derecho polaco” (párrafo 251). Señaló, asimismo, que solamente debía decidir, como ya lo había hecho, que la cancelación constituyó un ejercicio del poder contractual.

En cuanto a la determinación de si la cancelación estaba motivada por una política subyacente, el tribunal analizó el laudo de *Vigotop v. Hungary*, sobre el cual se basaron las demandantes. El tribunal del caso *Vigotop* concluyó que Hungría expropió su inversión al emplear una disposición de cancelación contenida en un contrato firmado por su filial con Hungría.

El tribunal remarcó en primer lugar que el caso *Vigotop* involucraba la cancelación de un contrato con el Estado en sí mismo y no con otra entidad que tenía poder contractual. Luego analizó si se cumplían las condiciones enunciadas por el tribunal de *Vigotop*, y concluyó que no.

Artículo 8 de la CDI: ¿Fue la cancelación del arrendamiento realizada por instrucciones del gobierno polaco?

El tribunal también afirmó que el Artículo 8 de la CDI establece que el comportamiento de una entidad puede ser considerado un hecho del Estado si la entidad actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al llevar a cabo ese comportamiento.

Basándose en el comentario sobre el Artículo 8 de la CDI y los laudos de los casos *Jan de Nul v. Egypt* y *White Industries v. India*, el tribunal indicó que para determinar si el acto de una entidad puede ser atribuido a un Estado, el Estado debería tener el control tanto de la entidad como del acto específico en cuestión.

Al no encontrar evidencia de que ANR haya actuado bajo instrucciones o bajo la dirección o control del gobierno polaco, concluyó que no había fundamentos para demostrar la atribución conforme al Artículo 8 de la CDI.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por James R. Crawford (Presidente, designado por sus co-árbitros, ciudadano australiano), Ola Mestad (nominado por la demandante, nacional noruego) y August Reinisch (designado por la demandada, nacional australiano). El laudo del 27 de junio de 2016 está disponible en <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1872>.

Demandante no considerada inversionista debido a interpretación de “sede” bajo el TBI entre Chipre y Montenegro

CEAC Holdings Limited v Montenegro, Caso del CIADI No. ARB(AF)/14/8

María Florencia Sarmiento

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) declaró por

mayoría que la demandante no poseía una “sede” en Chipre conforme al tratado bilateral de inversión (TBI) entre Chipre y Montenegro; y por lo tanto, no calificaba como “inversor” bajo el TBI. Por ende, el tribunal no admitió su competencia para atender el caso.

Antecedentes de hecho y demandas

El caso involucra una planta de aluminio (KAP) en Montenegro que pertenecía y era administrada por CEAC, una empresa establecida bajo las leyes de Chipre. En 2003, CEAC compró al Gobierno de Montenegro aproximadamente el 65 por ciento de las acciones de KAP. Para mejorar y hacer rentable la planta, CEAC también adquirió una participación minoritaria en RBN, el principal proveedor de materia prima de KAP. Además, la matriz de CEAC adquirió un proceso de licitación de todas las acciones de una central termoeléctrica de carbón perteneciente al Estado de Montenegro para garantizar a KAP una fuente de electricidad.

En 2006, CEAC empezó a tener problemas cuando supo que Montenegro había realizado declaraciones financieras inexactas sobre KAP y sobre RBN durante el proceso de licitación, donde se subestimaron las deudas y obligaciones de KAP en €10 millones. Esto llevó a la privatización de la planta termoeléctrica por el Parlamento de Montenegro “basándose en una argumentación dudosa”, que comprometió el abastecimiento de electricidad a un precio competitivo para KAP.

CEAC inició un arbitraje contra los vendedores y Montenegro en virtud del contrato de compraventa a fin de dirimir estas cuestiones, pero el mismo fue interrumpido después de llegar a un acuerdo en noviembre de 2007. Según este acuerdo, CEAC transfirió el 50 por ciento de sus acciones en KAP a Montenegro, que a cambio comenzó a subsidiar la electricidad vendida a KAP y emitió garantías públicas en favor de dicha empresa.

En 2014, CEAC inició un arbitraje ante el CIADI contra Montenegro, afirmando que el gobierno impidió sus intentos de reestructurar y modernizar KAP a través de algunas acciones que causaron un default en el pago de las deudas de KAP. Estas acciones incluían, según CEAC, la negación de brindar a KAP los subsidios para la electricidad convenidos según el acuerdo de resolución, la negativa del representante de Montenegro en la junta de directores de la empresa de aprobar las declaraciones financieras y el plan de negocios y la negación de dar consentimiento por escrito como garante en el marco de un contrato de préstamo.

CEAC reclamó que Montenegro violó varias obligaciones asumidas bajo el TBI, incluyendo el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés), las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida y la prohibición contra la expropiación ilegal, solicitando una compensación monetaria.

La cuestión de la “sede”

CEAC solicitó un laudo declarando que poseía su sede de negocios en Chipre y que, por lo tanto, calificaba como un “inversor” en el marco del Artículo 1(3)(b) del TBI. Por su parte, Montenegro pidió que declare que CEAC no tenía sede en Chipre.

El Artículo 1 del TBI, en su parte pertinente, establece que: “3. El término ‘inversor’ significa [...] (b) una entidad jurídica incorporada, constituida o de otra manera debidamente organizada de acuerdo con las leyes y regulaciones de una Parte Contratante, que posee su sede en el territorio de esa Parte Contratante y que realiza inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante”.

De acuerdo con CEAC, el significado del término “sede” no puede ser interpretado libremente en virtud del tratado sino que debe ser determinado por un *renvoi* a la legislación municipal. En este contexto, CEAC sostuvo que el término “sede” significa “oficina registrada”, no una “sede real”, y que esta es la interpretación respaldada por el Reglamento del Parlamento Europeo y la práctica de tratados tanto de Chipre como de Montenegro. Asimismo, afirmó haber establecido su oficina registrada en Chipre y que los respectivos certificados de dicha oficina constituían una prueba concluyente a estos efectos.

Según la opinión de Montenegro, la “sede” es el lugar donde la entidad jurídica se encuentra efectivamente administrada y financieramente controlada, y donde lleva a cabo sus actividades comerciales. También afirmó que el objeto y propósito del TBI no establece un *renvoi* a la legislación municipal porque la “prueba de la sede” debe ser conducida en base a criterios recíprocos e idénticos.

De acuerdo con Montenegro, el término “sede” interpretado libremente conforme al TBI requiere algo “más que una oficina registrada” e incluso bajo el derecho chipriota, el término “sede” no puede ser considerado como una “oficina registrada” (párrafo XYZ).

Según la opinión de Montenegro, independientemente de la interpretación del término, CEAC no poseía una sede en Chipre, y el domicilio declarado de la supuesta oficina no calificaba como una oficina registrada en el contexto del derecho chipriota. Argumentó que los certificados no eran pruebas concluyentes, indicando que los mismos son emitidos sin ninguna investigación independiente. También afirmó que intentó realizar un envío postal de un paquete al domicilio de CEAC en Chipre pero que falló tres veces porque CEAC no era conocida en ese domicilio.

El análisis del tribunal

La mayoría consideró que a los fines de realizar el análisis pertinente no era necesario determinar el significado preciso del término “sede” tal como se encuentra usado en el TBI, ya que la evidencia registrada no respaldaba una conclusión de que CEAC poseía una oficina registrada en Chipre en el momento que concierne al caso.

La mayoría también determinó que, aun bajo la legislación municipal de Chipre, los certificados de una oficina registrada no son pruebas concluyentes de que la oficina exista. Remarcó que CEAC no proporcionó evidencia contra las afirmaciones de Montenegro de que la oficina estuviera desocupada y sin acceso al público ni indicó otro domicilio en Chipre. Por lo tanto, concluyó que CEAC no poseía una oficina registrada en dicho país en el momento en que la solicitud de arbitraje fue registrada.

CEAC había entablado una demanda alternativa, alegando que poseía un domicilio fiscal en Chipre, pero

el tribunal dictaminó que, según el derecho chipriota, la “sede” no puede ser considerada como un equivalente al “domicilio fiscal”.

Decisión y costos

La mayoría decidió que CEAC no poseía una “sede” en Chipre y, por lo tanto, no calificaba como un “inversor” en el marco del TBI. Por ende, la mayoría concluyó que no poseía jurisdicción para atender el caso y rechazó todas las demandas. También ordenó que CEAC debía asumir todos los costos y gastos del procedimiento excepto los incurridos en torno a las objeciones preliminares de Montenegro de conformidad con el principio de los costos siguen a los acontecimientos y dado el hecho de que las objeciones preliminares de Montenegro fueron rechazadas.

Opinión separada de William Park

William Park, el árbitro designado por CEAC, emitió una opinión disidente por separado sobre la cuestión central de la sede. Park no coincidió con la conclusión de la mayoría de que la “sede” requiere algo más que una “oficina registrada”, afirmando que el término constituye esencialmente un concepto del derecho municipal derivado de sistemas continentales. Según este árbitro, el significado simple de “oficina registrada” coincide con el de “sede” en Chipre tal como se encuentra usado en el TBI. Conforme a este estándar, Park subrayó que CEAC parecía poseer una sede.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por el Profesor Bernard Hanotiau (Presidente designado por acuerdo de las partes, ciudadano belga), el Profesor William P. Park (nominado por la demandante, nacional suizo y estadounidense) y Brigitte Stern (designada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible únicamente en inglés en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7456.pdf>.

Impuesto de Ecuador sobre ganancias extraordinarias de petróleo a una tasa de 99% viola las expectativas legítimas de Murphy, según decisión del tribunal de la CPA

Murphy Exploration & Production Company - International vs. La República de Ecuador, Caso de la CPA No. 2012-16 (anteriormente AA 434)
Inaê Siqueira de Oliveira

En el procedimiento iniciado por la empresa estadounidense Murphy Exploration & Production Company – International contra Ecuador, un tribunal constituido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) concluyó que Ecuador violó el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) bajo el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Ecuador y Estados Unidos al promulgar la Ley 42 y el Decreto 662, los cuales establecían un impuesto sobre las ganancias derivadas de la venta de petróleo cuando superaban un determinado precio de referencia.

Esta no es la primera vez que un tribunal arbitral decide sobre un caso presentado por Murphy contra Ecuador. En diciembre de 2010, después de un procedimiento que duró casi 3 años y medio, la mayoría de un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) rechazó su jurisdicción

para atender la demanda (Caso del CIADI No. ARB/08/4).

El Contrato de Participación

El punto de partida de la controversia es un Contrato de Participación firmado en 1996 entre *Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana*, predecesora de la compañía estatal Petroecuador, y un consorcio de inversores extranjeros para la exploración y producción de petróleo (Consortio). Murphy controló una de las empresas participantes del Consortio hasta marzo de 2009.

Bajo el Contrato de Participación, los miembros del Consortio tenían derechos de propiedad sobre las acciones en la producción de petróleo. Las mismas fueron calculadas utilizando una fórmula, que según Murphy, no incluía el precio del petróleo como variable. No obstante, según Ecuador, “el precio del petróleo era una parte integral de la fórmula para calcular la participación accionaria de las partes” (párrafo 74).

El aumento mundial del precio del petróleo, Ley 42 y Decreto 662

A principios de 2002, el precio mundial del petróleo crudo comenzó a subir, alcanzando un pico de US\$75 por barril en julio de 2006, casi cuatro veces más que el precio promedio durante las dos décadas anteriores (aproximadamente US\$20 por barril).

Frente a este escenario, Ecuador promulgó la Ley 42, modificando la ley de hidrocarburos de dicho país para permitir “al Estado recaudar de las empresas petroleras que poseen contratos de participación lo que fue descrito como una ‘participación en los excedentes de los precios de venta de petróleo’” (párrafo 82). Dicho de otra manera, la Ley 42 disponía que Ecuador participaría en las ganancias extraordinarias del Consortio provenientes de la venta de petróleo crudo *por encima* del precio de referencia —es decir, del precio establecido cuando se celebró el Contrato de Participación—. Mediante la Ley 42, Ecuador determinó su participación en, como mínimo, un 50 por ciento de las ganancias extraordinarias resultantes de los precios que excedieran el precio de referencia; y en 2007, a través del Decreto 662, Ecuador pasó a exigir un 99 por ciento.

Murphy alegó que la Ley 42 había sido una modificación unilateral del Contrato de Participación y que, debido a los efectos perjudiciales de la Ley sobre la inversión, “no tuvo otra opción más que renunciar a su inversión vendiendo sus intereses en el Consortio” (párrafo 5). Ecuador, por otro lado, respondió que la Ley 42 constituía una “cuestión tributaria” que se encontraba excluida explícitamente del TBI, implementada en vista de un aumento excepcional en el precio del petróleo, y que la Ley 42 estaba destinada a conservar los acuerdos con los operadores del sector petrolero mientras también se protegía el interés público en los recursos naturales.

La jurisdicción del tribunal: el significado de “cuestión tributaria”

Ecuador declaró que la Ley 42 era una “cuestión tributaria”, que el Artículo X del TBI excluía de la solución de controversias, a menos que estuvieran relacionadas con ciertas demandas específicas (por ejemplo, expropiación). El tribunal rechazó esta

afirmación de Ecuador. Siguiendo el enfoque adoptado en los casos *EnCana vs. Ecuador*, *Occidental vs. Ecuador* y *Duke Energy vs. Ecuador* para interpretar el significado de “cuestión tributaria”, el tribunal consideró necesario evaluar “si esa medida recaía dentro del régimen tributario nacional” (párrafo 166) y si la medida podría ser caracterizada como un impuesto bajo el derecho internacional.

Según el tribunal, la Ley 42, a diferencia de la medida impugnada en *EnCana*, “no fue promulgada como un impuesto o como parte del régimen tributario nacional” (párrafo 175), sino que fue una modificación de la Ley de Hidrocarburos bajo el mandato de Presidente para presentar un borrador de legislación de emergencia. Basándose en el caso *Burlington vs. Ecuador*, el primer tribunal en determinar si la Ley 42 constituía una medida tributaria, y en *Occidental II vs. Ecuador*, donde también se analizó este tema, el tribunal sostuvo que la Ley 42 no era una cuestión tributaria según el significado del TBI. Consideró la medida como “un cambio unilateral por parte del Estado de los términos de los contratos de participación que se encontraban regidos por la Ley de Hidrocarburos” (párrafo 190).

Violación de FET

En cuanto a los méritos de la controversia, el tribunal analizó si la disposición FET del TBI reflejaba un estándar autónomo más allá del derecho consuetudinario internacional. En cambio, consideró “que no existe una diferencia material” (párrafo 208) entre estos estándares y procedió a analizar si la Ley 42 y el Decreto 662 violaban las expectativas legítimas de Murphy.

El tribunal aceptó la moción, sugerida por Murphy, de que las expectativas legítimas “estaban fundadas en el marco jurídico tal como era al momento en que realizó la inversión” (párrafo 249). Por lo tanto, consideró que Murphy podría esperar legítimamente que los términos del Contrato de Participación no serían modificados y que los cambios serían realizados únicamente “dentro de los límites de la ley y conforme a un acuerdo negociado mutuamente entre los socios contractuales” (párrafo 273).

El tribunal no estuvo de acuerdo con la afirmación de Murphy de que el Contrato de Participación contenía una cláusula de estabilización, que no impedía ajustes regulatorios y legislativos incluso en circunstancias excepcionales, tales como un aumento significativo en el precio del petróleo. Concluyó que la Ley 42, al no haber alterado el Contrato de Participación de una manera fundamental, no violaba las expectativas legítimas de Murphy.

Sin embargo, el tribunal sí concluyó que el Decreto 662, el cual aumentó la participación estatal en las ganancias extraordinarias a un 99 por ciento, violó las expectativas legítimas de Murphy. Según la opinión del tribunal, el Decreto 662 convirtió el Contrato de Participación en un contrato de servicios, cambiando “la premisa fundacional sobre la cual se acordó el Contrato de Participación” (párrafo 282), a saber, la capacidad del Consortio para participar en el alza del precio del petróleo. También se refirió a un “ambiente de inversión hostil y coercitivo” (párrafo 281) que prevalecía cuando el Decreto 662 fue adoptado como un elemento que reforzaba la conclusión

de que Ecuador violó su obligación FET.

El tribunal condenó a Ecuador y ordenó el pago de casi US\$20 millones en compensación por los daños incurridos por Murphy como resultado de los pagos, e intereses pre-laudo (aproximadamente US\$7,2 millones) y post-laudo.

También ordenó a Ecuador el pago de la diferencia entre el precio en que Murphy fue vendida en 2009 (US\$78,9 millones) y el valor justo de mercado de la empresa como si Murphy hubiera continuado realizando pagos bajo la Ley 42 a un 50 por ciento, más intereses. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el valor final dentro de tres meses, entonces “el Tribunal hará las averiguaciones necesarias” (párrafo 504).

Notas: el tribunal arbitral estuvo compuesto por Bernard Hanotiau (Presidente designado por los co-árbitros), Kaj Hobér (designado por la demandante) e Yves Derains (nominado por la demandada, luego de la renuncia de Georges Abi-Saab en diciembre de 2013). El laudo del 6 de mayo de 2016 está disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7489_0.pdf.

Tribunal de la CPA ordena a Ecuador el pago de \$24 millones a empresa minera canadiense

Copper Mesa Mining Corporation vs la República de Ecuador, CPA No. 2012-2

Matthew Levine

Un tribunal constituido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en el marco del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) ha llegado a la etapa del laudo.

El tribunal ordenó a Ecuador a pagar una compensación por la expropiación de dos concesiones mineras a una empresa canadiense. La presunta expropiación de la opción de interés en una tercera concesión de la empresa fue rechazada. En miras a la negligencia concurrente por parte de los ejecutivos de la empresa, el tribunal descontó un 30 por ciento en el cálculo de los daños. Las partes debieron asumir sus propias costas legales y dividir los gastos del arbitraje en partes iguales.

Antecedentes y demandas

Entre 1991 y 1997, se condujeron las primeras pruebas geológicas sofisticadas en el área de Junín, al noroeste de Ecuador. El informe técnico final confirmó grandes depósitos de cobre y remarcó los posibles impactos ambientales de la mina propuesta. Desde entonces, un creciente número de residentes locales, preocupados por los perniciosos impactos de la minería, se organizaron para resistir a dicha actividad.

Aun así, en diciembre de 2002 Ecuador otorgó la concesión de Junín a un ciudadano ecuatoriano. En 2005, la empresa canadiense Copper Mesa Mining Corporation Exploration (Copper Mesa), a través de sus filiales en Barbados y Ecuador, adquirió la concesión de Junín, otra cercana en Chaucha y una opción para obtener la concesión en Telimbela.

Desde el 2005 en adelante, Copper Mesa realizó una serie de gastos en relación con las concesiones. En particular, encargó un informe geológico, adquirió una concesión cercana y una superficie de tierra en y alrededor de las áreas de concesión, elaboró y presentó un estudio de impacto ambiental (EIA) para la

fase de exploración, empleó a un equipo de personal ecuatoriano y destinó recursos para brindar servicios sociales y de desarrollo comunitario.

En abril de 2008, la Asamblea Constituyente de Ecuador promulgó una legislación conocida como el Mandato Minero, donde se declaró que las sustancias minerales “serán explotadas en función de intereses nacionales” y se estableció que la revocación de las concesiones mineras en varias categorías se harían “sin compensación económica” (párrafo 1.110). Finalmente, el Subsecretario de Minería de Ecuador ordenó la revocación de las concesiones de Junín y Chaucha debido a la falta de consulta previa a los residentes locales.

En julio de 2010, Copper Mesa envió una Notificación de Controversia por escrito a Ecuador en el marco del FIPA entre Canadá y Ecuador, alegando que Ecuador revocó o canceló ilegalmente las concesiones, privándola, por lo tanto, del valor total de sus inversiones y causándole daños sustanciales.

Inversor autorizado a presentar sus propias demandas en relación con préstamos interempresariales a filiales afectadas

Ecuador objetó la jurisdicción del tribunal sobre todas las demandas de Copper Mesa. Con respecto a la concesión de Junín, también objetó la admisibilidad de las demandas.

En una objeción importante a la jurisdicción del tribunal, Ecuador argumentó que la demanda de Copper Mesa por daños a su filial local debe distinguirse de la demanda entablada en su contra, y que las subsidiarias locales deberían haber consentido el arbitraje por separado y renunciado a todo derecho que podrían tener bajo el derecho ecuatoriano. Sin embargo, el tribunal acordó con Copper Mesa que la empresa cumplió con los requisitos formales para la iniciación del arbitraje. Sostuvo que la empresa estaba facultada, en virtud de los asuntos de jurisdicción y admisibilidad, a presentar sus propias demandas contra la demandada, con respecto a sus propias inversiones en Ecuador. Según el tribunal, la demandante no pretendía presentar o propugnar ninguna demanda en nombre de sus filiales; únicamente reclamó compensación por sus propios daños.

El tribunal también abordó la objeción de Ecuador de que Copper Mesa no tenía “las manos limpias”. Para el tribunal, Ecuador adujo una cantidad impresionante de testimonios y material pericial relacionados con la doctrina jurídica de las manos limpias bajo el derecho internacional, incluyendo las obligaciones los inversores extranjeros con respecto a los derechos humanos en el sentido más amplio. Aun así, el tribunal indicó que se trataba de un asunto de admisibilidad y no de jurisdicción, y que Ecuador no había presentado ni un solo reclamo en relación con el derecho internacional, la política pública internacional o los derechos humanos en contra de la demandante antes del comienzo del arbitraje. Para el tribunal, era ya muy tarde.

Tribunal concilia expropiación ilegal con disposición de Excepciones Generales del FIPA

Las demandas sustantivas de Copper Mesa incluían la obligación de Ecuador de pagar compensación por expropiación directa o indirecta, dispensar trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y trato nacional.

Con respecto a la expropiación, Ecuador objetó que el Mandato Minero constituía una medida adoptada por el Estado en ejercicio de su autoridad regulatoria legítima y respondiendo a una consideración irrefutable de políticas públicas, es decir, la necesidad de consultar a la población local afectada y de atender muchas cuestiones sociales, económicas y ambientales todavía no resueltas. Para Ecuador, el Mandato Minero, por lo tanto, recae bajo la disposición de Excepciones Generales del FIPA.

Según la opinión del tribunal, las normas jurídicas aplicables bajo el derecho internacional no estaban en duda. En cambio, el tema primordial a determinar era si, dadas las circunstancias, el gobierno actuó en concordancia con el proceso debido y no de manera arbitraria. En particular, el tribunal quiso destacar que su investigación no derivaba del Mandato Minero en sí mismo, sino de las Resoluciones de Revocación emitidas por el Subsecretario de Minería basadas en dicho Mandato.

Dadas las circunstancias particulares de las Resoluciones de Revocación, el tribunal decidió que no se trataba de “meras medidas regulatorias, porque, bajo las circunstancias, estas Resoluciones fueron realizadas de manera arbitraria y sin un proceso debido” (párrafo 6.66) y sostuvo que “la confiscación permanente de las concesiones de la Demandante en Junín constituía una expropiación” bajo el FIPA (párrafo 6.67).

Daños reducidos para compensar negligencia concurrente de la demandante

Copper Mesa, en su causa primaria, solicitó que el tribunal ratificara la cuantificación de los daños basada en el mercado utilizando como término medio el rango pertinente de US\$69,7 millones. Como alternativa, presentó un cálculo basado en los costos que alcanzó los US\$26,5 millones, tal como se confirmó en las declaraciones financieras auditadas.

El tribunal comenzó su análisis considerando el principio general del derecho internacional que establece que la demandante debe probar el alcance de los daños. Concluyó que, finalmente, la cuantificación basada en el mercado se fundó en una metodología demasiado incierta, subjetiva y dependiente de las contingencias. Según el tribunal, “el método más confiable, objetivo y justo en este caso para evaluar las inversiones de la Demandante en noviembre de 2008 y junio de 2009 es considerar los gastos probados de la Demandante en relación con su concesiones de Junín y Chaucha” (párrafo 7.27).

Con respecto a la concesión de Junín, el tribunal decidió que Copper Mesa contribuyó en un 30 por ciento de sus pérdidas por actos u omisiones negligentes por parte de su propia gerencia en Canadá. Después de la deducción de este 30 por ciento, la pérdida neta de la concesión de Junín fue fijada en US\$11.184.595,80.

Para la concesión de Chaucha, la negligencia concurrente no era un tema a tratar, y Copper Mesa fue otorgada \$8,3 millones más intereses compuestos. En torno a la demanda relacionada con la opción de Copper Mesa sobre Telimbela, que fue rechazada, no se otorgaron daños.

Residentes locales pretenden “contrademandar” a Copper Mesa ante tribunales canadienses

La concesión de Junín estaba ubicada cerca de una serie de pequeños pueblos. Entre diciembre de 2005 y julio de 2007, la tensión entre los residentes y Copper Mesa explotó, generando una serie de confrontaciones físicas.

En 2009, algunos residentes presentaron una demanda ante los tribunales de Ontario contra Copper Mesa y otros canadienses. En dicho juicio, los residentes reclamaron haber sido sometidos a “una campaña de intimidación, acoso, amenazas y violencia” por parte de las fuerzas de seguridad y otros agentes de Copper Mesa (Fallo del OCA, párrafo 11). Sin embargo, el tribunal concluyó que, dado que las demandas entabladas contra Copper Mesa se basaron únicamente en una responsabilidad indirecta, no revelaban una causa de acción razonable en virtud del derecho canadiense.

Consecuentemente, el Tribunal de Apelación de Ontario desestimó la apelación de los residentes. Al hacer esto, concluyó que: “las amenazas y agresiones alegadas por los demandantes son faltas graves. Ninguna de estas razones debe menoscabar los derechos de los demandantes a solicitar una reparación apropiada por dichas faltas, asumiendo que son probadas. Pero dicha reparación debe ser solicitada contra las partes que corresponde, en base a causas de acción debidamente alegadas y sostenibles. Las demandas en cuestión en este procedimiento no recaen dentro de esta categoría” (Fallo del OCA, párrafo 99).

Notas: El tribunal estuvo compuesto por V.V. Veeder (Presidente designado por acuerdo de las partes, ciudadano británico), Bernardo Cremades (nominado por la demandante, nacional español) y Bruno Simma (designado por la demandada, ciudadano alemán). El laudo final de la CPA del 15 de marzo de 2016 se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>. El fallo del Tribunal de Apelación de Ontario en el caso Piedra vs. Copper Mesa Mining Corporation, 2011 ONCA 191, está disponible en <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2011/2011ONCA0191.pdf>.

Autores

Claudia María Arietti López es becaria en Finanzas y Desarrollo Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York para Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

Suzy H. Nikiéma es consejera de Derecho Internacional del Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

María Florencia Sarmiento es ayudante de cátedra e investigación de la Universidad Católica Argentina

Inaê Siqueira de Oliveira es estudiante de Derecho de la Universidad de Rio Grande do Sul, Brasil.

Matthew Levine es abogado canadiense y contribuidor del Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.

recursos y eventos

Recursos

Juzgando al Estado en el Derecho Internacional Comercial y de las Inversiones

Por Leïla Choukroune (Ed.), Publicado por Springer, Noviembre de 2016

En este libro se analizan las particularidades del arte de hacer estado y las limitaciones de los sistemas de solución de controversias para juzgar a los Estados soberanos. El cuestionamiento del profesionalismo, independencia e imparcialidad de los adjudicadores, así como la falta de coherencia en las decisiones para impugnar las políticas públicas, han contribuido a la gran controversia que rodea los pleitos comerciales y de inversión. Estos desafíos urgen una revisión sobre por qué, cómo y para qué son juzgados los Estados. El libro cubre temas tales como la capacitación y el profesionalismo judicial a nivel mundial desde una perspectiva comparativa a nivel nacional e internacional, el derecho legítimo de los Estados a regular, los desafíos jurídicos de los Estados como demandantes, uso y mal uso de conceptos y principios jurídicos importados para la adjudicación multidisciplinaria y la necesidad de reunificar el derecho internacional en el marco de un enfoque basado en derechos (humanos). Disponible en <http://www.springer.com/gp/book/9789811023583>

Interpretación de los Acuerdos Internacionales de Inversión Por Tarcisio Gazzini, Publicado por Hart Publishing, Noviembre 2016

La mayoría de las demandas bajo tratados de inversión han planteado y siguen planteando temas de interpretación críticos y a menudo complejos. Las cuestiones fundamentales que se tratan en este análisis incluyen: ¿Son los tratados de inversión una categoría especial a los fines de la interpretación? ¿Cómo han sido aplicadas las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT, por sus siglas en inglés) a las controversias relativas a inversión? ¿Han desarrollado los tribunales nuevas técnicas para la interpretación de tratados? y, de ser así ¿son coherentes con la VCLT? ¿Cómo pueden resolverse o minimizarse los problemas de interpretación? ¿Cuán creativos han sido los tribunales al interpretar los tratados de inversión? ¿Son los Estados capaces de llevar un control eficaz de la interpretación? Disponible en <http://www.bloomsburyprofessional.com/uk/interpretation-of-international-investment-treaties-9781849462686>

¿Es la Minería un Espejismo? Reevaluando el paradigma de valor compartido considerando los avances tecnológicos en el sector minero

Por Aaron Cosbey, Howard Mann, Nicolas Maennling, Perrine Toledano, Jeff Geipel & Martin Dietrich Brauch, Publicado por IISD, Octubre de 2016

Este informe, coproducido por el *Columbia Center on Sustainable Investment*, se enfoca en el corto y mediano plazo, explorando lo que pasará en el empleo y las compras y contratación según el paradigma de valor compartido —y, por extensión, a la licencia social de las empresas mineras para operar— si el cambio tecnológico alterase radicalmente la cantidad de dinero que las empresas mineras están gastando en emplear trabajadores y en las compras y contratación. Asimismo, examina las tendencias del desarrollo tecnológico, y utiliza las compras y contrataciones y otros datos de dos empresas mineras mundiales para estimar el tipo de impactos que podrían ocurrir. Por último, evalúa las maneras en que los gobiernos y empresas podrían abordar los resultados pronosticados. Disponible en <http://www.iisd.org/library/mining-mirage-reassessing-shared-value-paradigm-light-technological-advances-mining-sector>

Solución de Controversias Relativas a Inversiones: Hacia un enfoque multilateral inclusivo

Por el Programa de Inversión y Desarrollo Sostenible del IISD, Publicado por IISD, Octubre de 2016

En 2014, el IISD celebró una reunión de expertos para explorar modelos alternativos para la solución de controversias de inversión a nivel internacional para complementar o reemplazar los mecanismos existentes. Basándose en los resultados de la reunión de 2014 y en los recientes avances de la práctica internacional en torno a la solución de controversias relativas a inversión, el IISD elaboró una reseña preliminar de

un Acuerdo para la Creación de una Agencia Internacional para la Solución de Controversias relativas a Inversiones Transfronterizas y Otras Inversiones, que fue el tema principal en los debates de la segunda reunión de expertos celebrada en Montreal del 23 al 24 de mayo de 2016. Los expertos consideraron y criticaron elementos de la reseña, sugirieron enfoques alternativos e identificaron otros recursos y fuentes a considerar. Los participantes también discutieron opciones estratégicas e institucionales para un mayor desarrollo de una base institucional a fin de ampliar el régimen internacional de la solución de controversias de inversión. Disponible en <http://www.iisd.org/library/investment-related-dispute-settlement-towards-inclusive-multilateral-approach>

Acabar con el Hambre: ¿Cuánto costaría?

Por David Laborde, Livia Bizikova, Tess Lallemand & Carin Smaller, Publicado por IISD, Octubre de 2016

El IISD y el *International Food Policy Research Institute* unieron esfuerzos para estimar lo que costaría acabar con el hambre, y la contribución que los donantes deberían hacer. El análisis se enfoca en calcular este costo a través de un mayor gasto en las redes de seguridad social directamente dirigidas a los consumidores, el apoyo rural para expandir la producción y aumentar los ingresos de los productores pobres y el desarrollo rural para reducir la ineficiencia a lo largo de la cadena de valor y potenciar la productividad rural. Esta investigación marca la primera vez que un modelo macroeconómico que abarca a múltiples países ha sido combinado con encuestas a grupos familiares. Los autores concluyeron que acabar con el hambre costaría un promedio de US\$11.000 millones extra por año del gasto público desde ahora hasta el 2030. US\$4.000 millones de gastos extras deberían provenir de donantes. Los US\$7.000 millones restantes provendrían de los mismos países pobres. Lo que es importante es que el gasto público generaría un promedio de US\$5.000 millones adicionales de inversión privada por año hasta el 2030. Disponible en <http://www.iisd.org/library/ending-hunger-what-would-it-cost>

Eventos 2016–2017

28 de noviembre a 9 de diciembre de 2016

ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSION Y ARBITRAJE ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO 2016, *International Law Institute*, Washington, DC, Estados Unidos, <http://www.ili.org/training/ili-brochure/upcoming-programs-and-events/624-2016-international-investment-treaties-and-investor-state-arbitration.html>

7 a 9 de diciembre de 2016

INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN, Asociación de Arbitraje Internacional, Bruselas, Bélgica, <http://www.arbitration-adr.org/activities/?p=conference&a=upcoming>

9 de diciembre, 2016

33^{ER} COLOQUIO CONJUNTO DE AAA-ICC-ICSID SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL, ICC, *American Arbitration Association* (AAA) & Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), París, Francia, <http://www.iccwbo.org/Training-and-Events/All-events/Events/2016/33rd-AAA-ICC-ICSID-Joint-Colloquium-on-International-Arbitration>

FORO MUNDIAL SOBRE RESPONSABILIDAD

EMPRESARIAL EN SOBORNO EXTRANJERO, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), París, Francia, <http://www.oecd.org/corruption/roundtable-on-corporate-liability-for-foreign-bribery.htm>

12 a 13 de enero de 2017

4^{TA} CONFERENCIA CONJUNTA de ITA-IEL-ICC SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ENERGÍA, ICC, *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) & *Institute for Energy Law* (IEL), Houston, Texas, <http://www.iccwbo.org/Training-and-Events/All-events/Events/2017/4th-ITA-IEL-ICC-Joint-Conference-on-International-Energy-Arbitration>

17 a 20 de enero de 2017

REUNIÓN ANNUAL DEL FORO ECONÓMICO MUNDIAL, Davos-Klosters, Suiza, <https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2017>



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

El IISD contribuye al desarrollo sustentable mediante el fomento de recomendaciones políticas sobre comercio e inversiones internacionales, política económica, cambio climático, gestión del capital natural y social, así como del papel fundamental de las tecnologías de la comunicación en estas áreas. Informamos sobre las negociaciones internacionales y difundimos el conocimiento adquirido a través de proyectos colaborativos, lo que se traduce en investigaciones más exhaustivas, el desarrollo de capacidades en países en desarrollo, un diálogo más fluido entre el Norte y el Sur, y una mejor conexión mundial entre los investigadores, los profesionales, los ciudadanos y los encargados de la formulación de políticas.

La visión del IISD es lograr una mejor calidad de vida para todos de manera sustentable. Su misión es propugnar la innovación con el propósito de que las sociedades tengan un estilo de vida sustentable. En Canadá, el IISD está registrado como organización benéfica, mientras que en Estados Unidos está clasificado como entidad 501(c)(3). Para llevar a cabo sus operaciones, el IISD recibe apoyo fundamental del Gobierno de Canadá, a través del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC, por sus siglas en inglés), el Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca y la provincia de Manitoba. La financiación de los proyectos del Instituto proviene de distintas fuentes públicas dentro y fuera de Canadá, así como de diferentes organismos de las Naciones Unidas, fundaciones y el sector privado.

El Boletín trimestral ITN agradece el envío de trabajos originales no publicados. Por favor envíe sus solicitudes a Martin Dietrich Brauch en itn@iisd.org

Para suscribirse al Boletín ITN, por favor visite: <http://www.iisd.org/itn/subscribe>