



ATCI y Cambio Climático: Pocos Beneficios Económicos, Verdaderos Riesgos Climáticos

Matthew C. Porterfield y Kevin P. Gallagher



¿La ISDS en los Acuerdos de Comercio de la UE es Legal Bajo el Derecho de la Unión Europea?

Laurens Ankersmit

Estrategias Estatales para la Defensa de los Intereses Nacionales en el Arbitraje entre Inversionista y Estado

Julia Calvert

También en esta edición: Firmado el TPP; Filtrados informes de auditoría de TBIs de Ecuador; Tribunal permanente incluido en TLC entre UE y Vietnam; Jueces alemanes rechazan propuesta de tribunal para TTIP; UNASUR a un paso de establecer Centro de Arbitraje; TransCanada inicia arbitraje contra Estados Unidos por rechazo de Keystone XL; Philip Morris pierde arbitraje contra Australia; *Electrabel v. Hungría*; *Al Tamimi v. Omán*; *Guardian Fiduciary Trust v. Macedonia*; *Quiborax y NMM v. Bolivia*

contenido

- 3 Artículos**
ATCI y Cambio Climático: Pocos Beneficios Económicos, Verdaderos Riesgos Climáticos
Matthew C. Porterfield y Kevin P. Gallagher
- 5** ¿La ISDS en los Acuerdos de Comercio de la UE es Legal Bajo el Derecho de la Unión Europea?
Laurens Ankersmit
- 7** Estrategias Estatales para la Defensa de los Intereses Nacionales en el Arbitraje entre Inversionista y Estado
Julia Calvert
- 9 Noticias en Breve**
Acuerdo Transpacífico firmado en Auckland; Experto Independiente de la ONU insta a los Estados a garantizar el espacio normativo; Auditoría de Ecuador sobre tratados de inversión: se filtran informes de CAITISA; Tribunal permanente incluido en el TLC entre la Unión Europea y Vietnam; Jueces y fiscales alemanes rechazan sistema de tribunales de inversión en el TTIP; Comisión intenta reabrir negociaciones del CETA con Canadá para reconsiderar ISDS; Centro de Arbitraje de UNASUR a un paso de ser establecido; TransCanada inicia arbitraje en virtud del TLCAN contra Estados Unidos por rechazo del oleoducto Keystone XL*; Philip Morris pierde arbitraje en la CPA contra Australia por leyes de empaquetado simple; Comisión Europea cede ante presiones por mayor transparencia en los textos del TTIP
- 11 Laudos y Decisiones**
Tribunal del CIADI desestima demanda final de compensación por la cancelación de Hungría en 2008 de un contrato de compra de energía
Matthew Levine
- 13** Tribunal desestima todas las demandas de inversor minero de Estados Unidos contra Omán
Stefanie Schacherer
- 15** Tribunal del CIADI declara su falta de competencia en un caso contra Macedonia y ordena al inversor a reembolsar el 80% de las costas y gastos judiciales
Inaê Siqueira de Oliveira
- 16** Se le otorga US\$50 millones a Quiborax contra Bolivia, un tercio de la demanda inicial
Martin Dietrich Brauch
- 19 Recursos y Eventos**

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

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

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Director de Comunicación
Damon Vis-Dunbar

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactora, edición en español
Marina Ruete

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Diseño
PortoDG | www.portodg.com.br

artículo 1

ATCI y Cambio Climático: Pocos Beneficios Económicos, Verdaderos Riesgos Climáticos

Matthew C. Porterfield y Kevin P. Gallagher



La gobernanza en el área del cambio climático debe informar de manera más amplia a la gobernanza mundial —incluyendo el comercio internacional y las políticas de inversión—. El Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) — que actualmente se encuentra bajo negociación entre la Unión Europea y los Estados Unidos— constituye uno de los tratados más importantes de comercio e inversión, dado el papel significativo que probablemente jugará en el establecimiento de reglas para la economía mundial en el siglo XXI.

El actual modelo en el que se encuentra basado el ATCI aumentará las emisiones de dióxido de carbono y perjudicará la capacidad de Europa y Estados Unidos para implementar políticas eficaces destinadas a mitigar el cambio climático. Los tratados de comercio e inversión deberían ayudar a alcanzar objetivos más amplios de cambio climático, no obstaculizarlos.

Este breve artículo describe cómo el ATCI puede aumentar las emisiones y restringir la capacidad de las naciones para mitigar y adaptarse adecuadamente al cambio climático y brinda una serie de recomendaciones para que las políticas de comercio de la Unión Europea y de Estados Unidos sean más coherentes con nuestros objetivos de cambio climático.

1. El ATCI Aumentará las Emisiones de Carbono

Dado que ya existe una fuerte relación de comercio e inversión entre los Estados Unidos y Europa, los beneficios económicos del tratado probablemente serán relativamente pocos. Los estudios más citados en los debates europeos pertenecen a Ecorys, el *Centre for Economic Policy Research* (CEPR) y la Universidad de Tufts. Los primeros dos estudios concluyeron que el tratado aumentará menos del uno por ciento del PIB en los Estados Unidos y Europa, mientras que el estudio de Tufts determinó que el impacto en el PIB será ligeramente negativo para la Unión Europea¹.

A pesar de las reducidas ganancias económicas proyectadas del tratado, el estudio Ecorys prevé que las emisiones de carbono aumentarán a 11 millones de toneladas métricas. Este aumento en las emisiones representa solo el 0,07 por ciento de la línea de base, menor que el aumento del 0,47 por ciento del PIB proyectado por Ecorys. Cuando se multiplican por las cifras del costo social del carbono, las emisiones le costarían US\$1,4 mil millones anualmente a la Unión Europea².

Esta conclusión coincide con literatura general —según una evaluación exhaustiva conducida por la Organización Mundial de Comercio y las Naciones Unidas, la mayoría de los acuerdos de comercio e inversión tienden a aumentar las emisiones de carbono³—. Se debe destacar que el estudio de Ecorys es parcial ya que no observa el impacto ambiental de muchas “barreras no arancelarias” tales como algunas subvenciones nacionales. Tampoco se han realizado consideraciones adecuadas sobre el potencial impacto de las disposiciones del ATCI que podrían limitar

la capacidad de los gobiernos para formular e implementar políticas eficaces relativas al cambio climático. Tal como observaremos, es el aspecto regulatorio del ATCI que pone las políticas de cambio climático en el más alto riesgo.

2. Riesgos Regulatorios del ATCI

El ATCI pone en riesgo la capacidad de la Unión Europea y de los Estados Unidos para regular adecuadamente a fin de alcanzar los objetivos climáticos. Los efectos jurídicos del ATCI podrían adoptar varias formas, incluyendo amplias restricciones a la autoridad regulatoria bajo las disposiciones de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés), así como una limitación a los estándares de intensidad de emisiones de carbono, modificaciones en el régimen de exportación de combustibles fósiles de Estados Unidos y restricciones en los programas de energías renovables.

a. Amplias restricciones a las regulaciones climáticas bajo las reglas de inversión

El capítulo de inversión del ATCI probablemente otorgará a los inversionistas amplios derechos, incluyendo el “trato justo y equitativo” y compensación por regulaciones interpretadas como actos de “expropiación indirecta”. Estos derechos serían aplicados por compañías privadas, incluyendo empresas de combustibles fósiles, a través del controvertido proceso conocido como ISDS que podría ser utilizado para denunciar una amplia gama de medidas gubernamentales relativas al cambio climático⁴. Se han utilizado reglas similares de otros tratados para denunciar medidas relacionadas con el medio ambiente, incluyendo una demanda entablada bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía por una regulación impuesta por Alemania a una planta de energía eléctrica operada a carbón⁵ y una demanda pendiente bajo el TLCAN a la moratoria impuesta por Quebec por la fracturación hidráulica o “*fracking*”⁶.

b. Límites a los estándares de intensidad de emisiones de carbono

Las regulaciones que limitan la intensidad de las emisiones de carbono en los combustibles del transporte también podrían ser blanco del ATCI. Se presume que el Representante de Comercio de los Estados Unidos, Michael Froman, ha utilizado las negociaciones del ATCI para presionar a la Unión Europea para que debilite los estándares de intensidad de carbono en su Directiva sobre la Calidad de los Combustibles (DCC) a fin de facilitar la exportación de petróleo, la cual involucra una alta intensidad de carbono⁷. Pese a que la Comisión Europea luego modificó la propuesta de la DCC para dar lugar al petróleo más contaminante⁸, las negociaciones del ATCI podrían ser utilizadas para imponer restricciones sobre futuros esfuerzos para implementar los estándares relativos a la intensidad de las emisiones de carbono para los combustibles⁹.

c. Modificación del régimen de exportación de combustibles fósiles

Uno de los principales objetivos de la Unión Europea en las negociaciones del ATCI es la de garantizar “un compromiso jurídicamente vinculante. . . que garantice la libre exportación de los recursos de petróleo crudo y gas [de los Estados Unidos] transformando todo proceso de otorgamiento de licencias de exportación obligatorio y no automático en un proceso por medio del cual dichas licencias de exportación a la Unión Europea sean otorgadas de manera automática y expeditiva”¹⁰. La creación de un proceso “automático” y “expeditivo” para la exportación de petróleo crudo y gas de Estados Unidos podría resultar en más emisiones de GEI que las proyectadas en los análisis cuantitativos, promoviendo la producción y consumo de estos combustibles.

Pese a que el gas natural es ampliamente considerado como una alternativa con menores emisiones de carbono que otros combustibles fósiles, tales como el petróleo y el carbón, la

expansión de la exportación de gas natural licuado (GNL) podría resultar en un aumento de las emisiones de GEI por varias razones. Licuar, transportar y re-gasificar el gas natural requiere una utilización intensiva de energía, por lo cual el GNL exportado resulta en la utilización intensiva de carbono de aproximadamente un 15 por ciento más que el gas natural empleado internamente. Además, un incremento en las exportaciones de GNL aumentará el precio del gas natural en los Estados Unidos, lo cual probablemente resulte en el uso de más carbón para generar electricidad. Asimismo, el aumento de estas exportaciones promoverá el *fracking* para la producción de gas natural, lo que podría causar más escapes accidentales de gas natural, conocidos como “emisiones fugitivas de metano”¹¹. Dado que el metano es un gas de efecto invernadero mucho más poderoso que el CO₂, “todo beneficio climático de un mayor uso de gas natural a nivel internacional podría verse menoscabado por un calentamiento acelerado debido a las emisiones fugitivas de metano”¹¹.

d. Restricciones a los programas de energías renovables

El ATCI también podría ir contra los esfuerzos para luchar contra el cambio climático al imponer nuevas restricciones sobre las políticas formuladas para promover las energías renovables. Las reglas de comercio ya están siendo utilizadas para demandar programas de energías alternativas. Desde el 2010, se han entablado alrededor de una docena de controversias por este tipo de programas¹². La Unión Europea ha indicado que pretende utilizar las negociaciones del ATCI para establecer nuevas restricciones a los programas de energías renovables que contienen requisitos de contenido local¹³. Los defensores de las disposiciones de contenido local alegan que las mismas son fundamentales para aumentar el apoyo político necesario para conservar y expandir los programas de energías renovables.

3. Colocando el Cambio Climático en Primer Lugar

En la Cumbre de París y en los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, las naciones del mundo se han comprometido a “tomar acciones urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos”¹⁴. El ATCI no debe socavar esta meta.

Tanto la Unión Europea como los Estados Unidos han avanzado a pasos agigantados para priorizar el cambio climático en otras áreas de la gobernanza económica mundial, pero no en las políticas de comercio e inversión internacional. El Banco de Inversión Europea y el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo —los bancos multilaterales de desarrollo (BMD) de la Unión Europea— restringen significativamente el financiamiento de actividades económicas que suponen un uso intensivo de combustibles fósiles. Estados Unidos también ha emitido fallos administrativos que limitan la capacidad de este país para apoyar el financiamiento de proyectos altos en emisiones de carbono a través de los BMD de los cuales es miembro, y ordena que todos los proyectos sean resilientes al clima. Se necesita adoptar de manera urgente un enfoque como este en el ATCI.

Los impactos negativos a nivel económico y regulatorio del ATCI sobre las políticas relativas al cambio climático mencionados anteriormente son inevitables. Podría aplicarse un enfoque audaz en el ATCI según el cual se excluyan las medidas de mitigación del cambio climático de la ISDS, se protejan los programas de energías renovables y se estándares de intensidad de emisiones de carbono y se desaliente la producción y consumo de combustibles fósiles.

Como primer paso para lograr una nueva relación económica que potencie los objetivos de cambio climático, los Estados Unidos y la Unión Europea deben comprometerse a respetar tres principios:

(1) Los posibles impactos económicos y regulatorios del ATCI en las políticas relativas al clima deberían ser estudiados minuciosamente;

(2) Las disposiciones del ATCI deberían guardar total compatibilidad y apoyar los objetivos de las políticas sobre el clima; y

(3) El ATCI debería como mínimo, no resultar en un incremento neto de emisiones de GEI—es decir, el ATCI debe ser “neutro o mejor en cuanto a las emisiones de carbono”.

Tal como lo articulan los ODS, “el cambio climático es un reto global que no respeta las fronteras nacionales. Las emisiones en un punto del planeta afectan a otros lugares lejanos. Es un problema que requiere que la comunidad internacional trabaje de forma coordinada”¹³. Las políticas de comercio e inversión no deberían ser la excepción.

Autores

Matthew C. Porterfield es Director Adjunto y Profesor Adjunto de *Harrison Institute for Public Law* dependiente de *Georgetown University Law Center*. Kevin P. Gallagher es Profesor de Políticas de Desarrollo Mundial en *Pardee School for Global Studies* de *Boston University*, donde co-dirige la iniciativa de gobernanza económica mundial (*Global Economic Governance Initiative*). Los autores desean agradecer a *Wallace Global Fund* por brindar el apoyo necesario para hacer posible la elaboración del presente artículo sobre políticas. Traducido al español por *María Candela Conforti*. La traducción de las citas pertenece a la traductora.

Notas

1 Véase Ecorys. (2009). *Non tariff measures in EU-US trade and investment – An economic analysis*. ECORYS Nederland BV; y CEPR. (2013). *Reducing transatlantic barriers to trade and investment*. Londres: Centre for Economic Policy Research. Para consultar un debate sobre los límites del modelo de CGE, véase Ackerman, F., & Gallagher, K. (2004). Computable abstraction: General equilibrium models of trade and environment. En F. Ackerman y A. Nadal (eds.), *The flawed foundations of general equilibrium: Critical essays on economic theory* (168–80). Nueva York: Routledge; y Ackerman, F., & Gallagher, K. P. (2008). The shrinking gains from global trade liberalization in computable general equilibrium models. *International Journal of Political Economy*, 37(1), 50–77.

2 Comisión Europea. (2013). *Impact assessment on the future of EU-US trade relations*. EC Staff Working Document (“EC Impact Assessment”), pág. 49. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150759.pdf. Sobre el costo social del carbono (SCC, por sus siglas en inglés), 11 millones de toneladas se multiplican por un promedio estimado en esta revisión exhaustiva de cifras J. C. J. M. van den Bergh, & W. J. W. Botzen. (2014). A lower bound to the social cost of CO₂ emissions. *Nature Climate Change*, 4, 253–258.

3 Organización Mundial del Comercio y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2009). *Trade and climate change*, p. xii. Extraído de: https://www.wto.org/english/ress_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf

4 Véase Van Harten, G. (2015). *An ISDS carve-out to support action on climate change*, Osgoode Hall Legal Studies Research Paper No. 38/2015. Extraído de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663504; Wilinsky, M. (2014, August 7). *Potential liability for climate related measures under the Trans-Pacific Partnership*. Extraído de http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/wilinskytranspacificpartnership8-7-14_-_revised.pdf

5 Bernasconi-Osterwalder, N., & Hoffmann, R. T. (2012, junio). The German nuclear phase-out put to the test in international investment arbitration? *Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)*, p. 4. Extraído de http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf

6 Lone Pine Resources Inc. v. Canada (CNUDMI), Notificación de Arbitraje, párrafos 48–52 (2013, 6 de septiembre). Extraído de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1596.pdf>

7 De Inside U.S. Trade (2013, 19 de septiembre). *Froman pledges to preserve Jones Act, criticizes EU Clean Fuel Directive: Froman raised concerns about trade impacts of the FQD “with senior European Commission officials repeatedly, including in the context of the . . . TTIP negotiations.”* Froman promete mantener la ley Jones Act, crítica la Directiva de la Unión Europea sobre la Calidad de los Combustibles: Froman planteó su preocupación por el impacto de la DCC en el comercio, “a funcionarios de alta jerarquía de la Comisión en repetidas ocasiones, incluyendo el contexto de... las negociaciones del ACTI”.

8 De Inside U.S. Trade (2014, 14 de octubre). *EU backpedals on vehicle fuels policy in face of U.S., Canadian pressure*.

9 De Inside U.S. Trade (2014, 14 de octubre). *EU backpedals on vehicle fuels policy in face of U.S., Canadian pressure: “[O]ngoing EU Climate Action Commissioner Connie Hedegaard . . . signaled that the EU was leaving the door open to directly targeting tar sands . . . for penalties in the future.”* La Unión Europea dio marcha atrás en su política sobre combustibles para vehículos frente a la presión de los Estados Unidos y Canadá: “la Comisaria europea de Acción por el Clima que ya está dejando su puesto, Connie Hedegaard . . . señaló que la Unión Europea estaba dejando la puerta abierta para apuntar directamente a las arenas bituminosas . . . por multas en el futuro”.

10 Consejo de la Unión Europea. (2014, 27 de mayo). *Note for the attention of the Trade Policy Committee – Non-paper on a chapter on energy and raw materials in TTIP*. Extraído de <http://www.scribd.com/doc/233022558/EU-Energy-Non-paper>

11 World Resources Institute. (2013, 20 de mayo). *What exporting U.S. natural gas means for the climate*. Extraído de <http://www.wri.org/blog/2013/05/what-exporting-us-natural-gas-means-climate>

12 Cimino, C., & Hufbauer, G. (2014, abril). *Trade remedies – Targeting the renewable energy sector*, p. 19. Extraído de http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ditc_ted_03042014Petersen_Institute.pdf

13 Comisión Europea. (2013). *EU-US Trade and Investment Partnership, Raw Materials and Energy: Initial EU Position Paper*, p. 3. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151624.pdf

14 Naciones Unidas. (n.d.). *Goal 13: Take urgent action to combat climate change and its impacts*. Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Extraído de <http://www.un.org/sustainabledevelopment/climate-change-2>

artículo 2

¿La ISDS en los Acuerdos de Comercio de la UE es Legal Bajo el Derecho de la Unión Europea?

Laurens Ankersmit



La estructura judicial única y los ambiciosos objetivos políticos de la Unión Europea (UE) indican que se trata de algo más que una organización internacional regida por el derecho internacional. Una de sus características especiales es que el sistema judicial se encuentra abierto a individuos particulares. Otra, es que otorga poderes extensivos y exclusivos a los tribunales de la UE para decidir sobre la impugnación de leyes de la UE y recusaciones de individuos en base al derecho de la UE¹. Este sistema era considerado necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior de la UE, cuyo objetivo final es el de garantizar que los emprendimientos de la UE puedan operar bajo las mismas condiciones a lo largo de toda la Unión. Como resultado, la UE posee un orden jurídico que es independiente tanto de los Estados miembros nacionales como de los ordenamientos jurídicos internacionales².

Ambas características tornan problemático introducir un mecanismo alternativo para la solución de controversias permitiendo a los individuos impugnar las leyes de la UE y las decisiones basadas en las mismas. Bajo el derecho de la UE, todo acuerdo internacional celebrado por la UE debe ser compatible con los tratados de la UE³. Esto significa que un acuerdo internacional del cual la UE es parte debe cumplir con las reglas contenidas en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que establece el sistema judicial y el mercado interior de la Unión, incluyendo las reglas sobre la ayuda pública.

La legalidad de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés), incluyendo bajo la forma de un Sistema Judicial de Inversión (ICS, por sus siglas en inglés), resulta un tema contencioso entre los académicos y expertos jurídicos, especialmente después de que Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitiera su Dictamen 2/13 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴. En este Dictamen, el TJUE sostuvo que la Unión Europea no podría acceder al CEDH, porque las competencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vulnerarían las atribuciones del TJUE, en contravención con los Tratados de la UE⁵. La ISDS (incluyendo el ICS) enfrenta cuatro problemas jurídicos específicos:

1. La ISDS podría afectar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, en particular, las facultades del TJUE para interpretar el derecho de la UE.
2. La ISDS afecta la competencia exclusiva de los tribunales de la UE para tratar las demandas por daños.
3. Bajo ninguna circunstancia los árbitros o jueces de la ISDS pueden determinar quién es el demandado o decidir sobre la división de competencias entre la UE y los Estados miembros.
4. La ISDS puede afectar negativamente la realización del mercado interior.

Este artículo detalla estas objeciones jurídicas y cierra con un debate sobre la potencial impugnación de la ISDS, incluyendo el ICS, bajo el derecho de la UE.

1. La autonomía del ordenamiento jurídico de la UE

En el contexto del derecho de los derechos humanos europeo, el TJUE rechazó el acceso de la UE al CEDH, porque permitiría que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo interpretara el derecho de la UE sin la intervención del TJUE⁶. Esta intervención era necesaria para que el TJUE pudiera garantizar que el Tribunal de Estrasburgo comprendiera correctamente el derecho de la UE.

Dado que el propósito fundamental de la ISDS (incluyendo al ICS) es permitir que los inversores puedan impugnar las leyes de la UE y las decisiones basadas en dichas leyes, el tribunal arbitral en el caso de la ISDS y el ICS debería interpretar y dar significado al derecho de la UE. Similarmente a lo que ocurre en el contexto del derecho de los derechos humanos, la ISDS (incluyendo al ICS) tiende a invadir las atribuciones de los tribunales de la UE para decidir sobre cuestiones del derecho de la UE.

La Comisión Europea es muy consciente de este tema en el contexto de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) de sus Estados miembros. En su presentación como *amicus curiae* en el caso *Achmea v. Eslovaquia*, la Comisión argumentó que el tribunal de arbitraje no debía aceptar su competencia porque “un mecanismo arbitral entre inversionista y Estado [...] entra en conflicto[s] con el derecho de la UE en torno a la competencia exclusiva del tribunal de la UE sobre demandas que involucran al derecho de la UE, aun en el caso de aquellas demandas donde el derecho de la UE se vería afectado solo parcialmente”⁷.

Similarmente, en el caso *EURAM v. Eslovaquia*, el servicio jurídico de la Comisión escribió:

El tribunal arbitral no constituye una corte o un tribunal de un Estado miembro de la UE sino un mecanismo paralelo de solución de controversias completamente fuera del marco institucional y judicial de la UE. Tal mecanismo priva de sus facultades a los tribunales de los Estados miembros en relación con la interpretación y ejecución de las reglas de la UE que imponen obligaciones a los Estados miembros de la UE⁸.

De hecho, una de las objeciones de la Asociación de Jueces de Alemania (por su nombre en alemán, *Deutscher Richterbund*) en contra de la nueva propuesta de un ICS de la Comisión Europea es que el sistema alteraría la estructura judicial de la UE y afectaría los poderes de los jueces nacionales bajo el derecho de la UE⁹.

2. Artículo 340 del TFUE: Demandando a la Unión Europea

Otro problema relacionado con los poderes de los tribunales de la UE es que bajo el derecho de la Unión los tribunales tienen competencia exclusiva para tratar y decidir sobre acciones legales de compensación por daños en virtud del segundo párrafo del Artículo 340 del TFUE, el cual cubre la responsabilidad no contractual de la UE¹⁰. En otras palabras, si uno desea demandar a la UE por daños, debe dirigirse al TJUE.

La ISDS (incluyendo al ICS) introduce una alternativa a los juicios iniciados por inversores extranjeros, menoscabando la naturaleza exclusiva de las competencias de los tribunales de la UE sobre las demandas por daños. Conforme al derecho de la UE, una demanda de este tipo constituye un remedio autónomo, pero el TJUE limita su utilización¹¹. En particular, las demandas por daños son inadmisibles si son utilizadas de manera incorrecta como una acción disfrazada para lograr la anulación o una acción por omisión. Un ejemplo sería el uso de una demanda por daños para anular los efectos de una medida que se ha tornado definitiva, tal como una multa. También resulta muy difícil, si no imposible, reclamar daños por actos legales¹². Además, el Tribunal es muy cauteloso sobre el potencial de un “enfriamiento regulatorio” si aceptara demandas por daños demasiado fácilmente. Asimismo, ha declarado que el “ejercicio de la función legislativa no debe ser obstaculizado por la posibilidad de presentar acciones por daños siempre que el interés general de la Comunidad requiera la adopción de medidas legislativas que puedan afectar adversamente intereses particulares”¹³. Presentar una demanda bajo la ISDS, por lo tanto, tiene claras ventajas para los inversores por sobre

la presentación de demandas ante los tribunales de la UE, colocando una presión perversa sobre dichos tribunales. Los tribunales de ISDS pueden ser menos cautelosos frente al riesgo del enfriamiento regulatorio y, por ende, es posible que se inclinen, más que los tribunales de la UE, a decidir sobre casos que puedan causar un enfriamiento de este tipo.

3. Determinando el demandado

Un tercer problema jurídico es cómo se realiza la determinación del demandado en un caso. Bajo los acuerdos de comercio de la UE, puede presentarse un caso de arbitraje en contra, ya sea de la UE o de un Estado miembro. Sin embargo, la determinación del demandante invade la determinación de la competencia entre la UE y los Estados miembros. Para el TJUE, estos dos temas no solo son tratados de manera similar, sino que también son principalmente considerados como un tema interno de la UE que nunca podrá ser decidido por un organismo judicial fuera del contexto institucional de la UE. En el Dictamen 2/13, el Tribunal sostuvo que:

La cuestión del reparto de la responsabilidad debe resolverse únicamente con arreglo a las normas del Derecho de la Unión pertinentes, bajo el control, en su caso, del Tribunal de Justicia, a quien corresponde la competencia exclusiva para asegurarse de que el acuerdo entre demandado [es decir, el Estado miembro] y codemandado [es decir, la Unión Europea] respeta dichas normas. Permitir que el TEDH convalidase un eventual acuerdo entre la Unión y sus Estados miembros sobre el reparto de la responsabilidad equivaldría a permitirle sustituir al Tribunal de Justicia a la hora de dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste¹⁴.

Tanto el Tratado de Libre Comercio entre la UE y Singapur como el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la UE y Canadá no cumplen con este requisito al permitir que los árbitros determinen el demandado en un caso en particular¹⁵.

4. El correcto funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea

El conflicto con las reglas del mercado interior de la UE es más diverso y complejo, y va más allá del alcance del presente artículo¹⁶. No obstante, a nivel fundamental la ISDS (incluyendo al ICS) es problemática desde la perspectiva de la legislación que rige el mercado interior de la UE porque establece un remedio discriminatorio que puede socavar el correcto funcionamiento de aquellas normas. Por ejemplo, las decisiones bajo las normas de competencia de la UE pueden ser impugnadas y perder su eficacia. Un inversor extranjero podría impugnar una decisión de la Comisión destinada a multar al inversor por el abuso de su posición dominante en virtud de la ISDS, en particular cuando la Comisión no puede probar verdaderos efectos perjudiciales para el mercado. Estas multas pueden ser tan elevadas como el 30 por ciento de las ventas anuales de un emprendimiento. Si bien los tribunales de la UE generalmente no exigen a la Comisión que adopte un “enfoque económico” en su ejecución, un mayor escrutinio de los árbitros de la ISDS podría obstaculizar la eficacia de las facultades de ejecución de la Comisión.

Otro claro ejemplo, es el reciente caso *Micula*, que involucra una controversia sobre el requisito de devolver ayuda pública ilegal¹⁷. Además, los emprendimientos de propiedad extranjera establecidos bajo las leyes de un Estado miembro determinado podrían recurrir a la ISDS, mientras que los emprendimientos de otros Estados miembros en una situación similar no podrían hacerlo, violando posiblemente las reglas de libre movimiento de servicios, establecimiento y capital¹⁸. El aspecto único de las normas de mercado interior de la UE es que poseen estatus constitucional, lo cual las torna superiores a las contenidas en los acuerdos de comercio de la UE¹⁹.

Impugnación jurídica de la ISDS bajo el derecho de la UE

Hay dos formas principales de impugnar la ISDS (incluyendo el ICS) ante el TJUE. La primera opción es solicitar el Dictamen del TJUE sobre la compatibilidad de un acuerdo “previsto” con los Tratados de la UE sobre la base del artículo 218 (11) del TFUE. Este procedimiento está únicamente abierto a los Estados miembros, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, y

está destinado a evitar complicaciones jurídicas si la UE celebra un acuerdo que no es compatible con los Tratados de la UE. Esta opción está disponible aunque el Consejo aún no ha tomado la decisión de celebrar un acuerdo como tal. Cuando el dictamen del TJUE es adverso, el acuerdo previsto puede no entrar en vigencia a menos que sea modificado o que los Tratados sean revisados. En vista del gran número de tratados de libre comercio que la Comisión está negociando actualmente, esta opción aún sigue disponible para algunos de estos acuerdos.

Otra opción es impugnar, ante el TJUE, la decisión del Consejo por medio de la cual se celebra un acuerdo internacional que contiene la ISDS o el ICS. Sin embargo, actualmente solo hay un acuerdo de la UE en vigencia que contiene la ISDS: el Tratado sobre la Carta de la Energía. Además, desde una perspectiva procesal es muy difícil impugnar una decisión como tal en virtud del derecho de la UE debido a las normas vigentes en la UE y sus Estados miembros. Por lo tanto, posiblemente la cuestión de la legalidad de la ISDS o del ICS en particular podría nunca ser planteada ante el TJUE. Y si lo hiciera, podría tener consecuencias significativas para el futuro del derecho de las inversiones en Europa.

Autor

Laurens Ankersmit es abogado en ClientEarth, una organización de derecho ambiental sin fines de lucro con oficinas en Londres, Bruselas y Varsovia. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

- Estos tribunales son tanto los tribunales de los Estados miembros como los del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los individuos pueden solicitar un recurso de la UE ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea directamente (a través de acciones directas) o ante los tribunales de los Estados miembros que pueden hacer una referencia preliminar al Tribunal de Justicia en base al Artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, por sus siglas en inglés). Véase el Artículo 267 de las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] [TFEU] O.J. C326/01). Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:12012E/TXT>
- Caso 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 585.
- Art. 218 (11) del TFUE.
- Véase nota al pie 5 en Ankersmit, L. & Hill, K. (2012, 22 de octubre). *Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law*. Extraído de <http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>
- Dictamen 2/13 Adhesión al ECHR [2014], apartados 246–247. Extraído de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>
- Ibid.*, apartados 246–247.
- Tal como lo cita el tribunal arbitral del caso *Achmea B.V. v. La República de Eslovaquia, CNUDMI, Caso PCA No. 2008-13* (laudo sobre jurisdicción 7 de diciembre de 2012), párrafo 193 [La traducción de la cita pertenece a la traductora].
- Comisión Europea, presentación como *Amicus Curiae* en el caso *European American Investment Bank AG (EURAM) v. La República de Eslovaquia* (13 de octubre de 2011) SJ.I.dlr (2011) 1154556 [La traducción de la cita pertenece a la traductora].
- Deutscher Richterbund*. (2016, febrero). *Stellungnahme Nr. 04/16: Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015*. Extraído de <http://www.dr.b.de/cms/index.php?id=952> (únicamente en alemán).
- Caso C-377/09 *Hanssens_Ensch v. Comunidad Europea*, párrafo 17.
- Lenaerts, K., Maselis, I., & Gutman, K. (2015). *EU procedural law*. Oxford: Oxford University Press, p. 490.
- Casos conjuntos C-120/06 P and C-121/06 P *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) y otros v Consejo y Comisión* [2008] ECR I-6513, párrafos 164–169.
- Ibid.*, párrafo 174.
- Dictamen 2/13 Adhesión al CEDH [2014], apartado 234.
- Véase Art. 19 (3) EUSFTA, Art. X20 del CETA. La Comisión ha tratado este problema en su propuesta del TTIP.
- Para más información, véase Ankersmit, L. & Hill, K. (2012, 22 de octubre). *Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law*. Extraído de <http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>
- Caso T-646/14 *Micula and Others v Comisión* (pendiente), véase también *Micula v Rumania* (laudo de arbitraje del CIADI) (Caso SA.38517) y Decisión de la Comisión C/393/2014 [2014] OJ C 393/27.
- El derecho de establecimiento (Artículo 49 del TFUE), el derecho a recibir y prestar servicios transfronterizos (Artículo 56 del TFUE) y la disposición sobre el libre movimiento de capital (Artículo 63 del TFUE) garantizan un trato no discriminatorio. Estas disposiciones se aplican a todas las instituciones de la UE así como a sus Estados miembros.
- Los pilares de la legislación del mercado interior de la UE son las denominadas cuatro libertades: libre movimiento de bienes, personas, servicios y capital. Las mismas pueden encontrarse en los Artículos 34, 45, 49, 56 y 63 del TFUE. Las reglas de competencia de la UE, consagradas en los Artículos 101-109 del TFUE también son parte de la legislación del mercado interior de la UE.

Estrategias Estatales para la Defensa de los Intereses Nacionales en el Arbitraje entre Inversionista y Estado

Julia Calvert

artículo 3



Varios países ahora tienen experiencia en la solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) y han logrado defender relativamente los intereses nacionales de las demandas de inversionistas basadas en acuerdos internacionales de inversión (AII). En este artículo se discuten las estrategias de defensa jurídica empleadas por Argentina y Ecuador en controversias con inversores activos en los sectores de servicios públicos y petróleo respectivamente. Si bien los diferentes matices de estos casos no pueden ser cubiertos adecuadamente por el presente artículo, mi intención es extraer las lecciones aprendidas de experiencias anteriores que podrían beneficiar a los países —particularmente del mundo en vías de desarrollo— a medida que conciben sus futuras estrategias de defensa jurídica.

1. Argentina¹

Argentina es el Estado más frecuentemente demandado en los casos de ISDS², la mayoría de los cuales surgieron a raíz de las medidas de emergencia adoptadas como consecuencia de la crisis económica que atravesó este país en 2001. Mediante estas medidas, se congelaron las tarifas desreguladas de los servicios públicos y se devaluó el Peso argentino, que había sido equiparado con el Dólar estadounidense. Como resultado, los contratos firmados con inversores extranjeros se devaluaron significativamente mientras que la deuda de los mismos continuó siendo elevada. Al menos 44 demandas conocidas, relacionadas con tratados, fueron entabladas contra Argentina en respuesta a estas medidas, de las cuales todas menos 4 fueron tratadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Solamente los operadores de servicios públicos presentaron 29 casos; el sector de servicios hídricos y sanitarios inició 9; distribuidores de electricidad y gas, 20.

Durante los años anteriores a la crisis, sólo algunos casos fueron iniciados contra Argentina, lo cual reveló a los funcionarios públicos el grado de poca preparación con la que contaba el país para enfrentar las demandas de los inversores. Pocos defensores públicos tenían conocimientos suficientes sobre los procedimientos de ISDS. Se estableció un equipo jurídico bajo la Oficina del Procurador General de la Nación Argentina para tratar exclusivamente estos casos y los gobiernos provinciales y nacionales crearon comisiones para renegociar los contratos con los inversores extranjeros afectados. La mayoría de estos inversores presentaron demandas como un medio para sacar más provecho de las negociaciones. Con las elecciones ganadas por Néstor Kirchner en 2003, se puso mayor énfasis en otorgar incentivos a los inversores extranjeros para que desistieran de las demandas de ISDS mediante la promesa de nuevos contratos. La mayoría de los contratos nuevos

permitían a los inversores aumentar las tarifas cobradas a los sectores industriales más acaudalados a cambio de un compromiso de mantener las tarifas artificialmente bajas para los consumidores pobres y que retirasen las demandas de ISDS. Este compromiso permitió a los funcionarios públicos garantizar el acceso de los hogares más pobres a los servicios básicos —un objetivo crucial de políticas dados los disturbios en los sectores menos privilegiados de la sociedad— mientras se permitía a los inversores conservar la viabilidad de sus inversiones. Esta estrategia resultó más efectiva entre los inversores que querían seguir operando en Argentina mientras que accionistas minoritarios y algunos inversores que quedaron fuera del mercado se inclinaron a seguir adelante con sus demandas arbitrales.

Cuando las renegociaciones fracasaban, Argentina defendía sus decisiones regulatorias caso por caso. Como parte central de su estrategia jurídica se destacó la invocación de estado de necesidad proveniente de algunos tratados bilaterales de inversión (TBIs) y del derecho consuetudinario internacional. Esta defensa exige las acciones tomadas por los Estados en respuesta a circunstancias extraordinarias, de las protecciones sustantivas de los tratados. Los defensores públicos alegaron que los inversores extranjeros debían asumir parte del peso de los ajustes tal como lo hacían los inversores nacionales y los ciudadanos. Tales medidas, según argumentaron, también eran necesarias para garantizar el acceso de la ciudadanía a los servicios básicos, particularmente al agua potable, que constituye una obligación de derechos humanos. Tal como lo observó Peterson³, los árbitros respondieron de manera incoherente. El tribunal del caso *CMS v. Argentina* dictaminó que la crisis no satisfacía los requisitos para declarar un estado de necesidad y otorgó a CMS US\$133.2 millones. En el caso *LG&E v. Argentina*, no obstante, el tribunal concluyó que Argentina no tenía obligación hacia los inversores extranjeros durante ese período⁴.

Argentina también procuró la anulación de todos los laudos emitidos en su contra e insistió en que dichos laudos fueran revisados por tribunales nacionales, cuyos costos debían estar a cargo de los inversores. Esta última faceta de la estrategia de Argentina ha sido particularmente controvertida, generando protestas de los inversores extranjeros y de sus países de origen. En 2012, Estados Unidos suspendió el estatus comercial preferencial de Argentina y bloqueó su acceso a los préstamos del Banco Mundial en represalia por la negativa de Argentina a pagar los laudos dictados en su contra luego de que los inversores no comparecieran ante los tribunales argentinos. Desde entonces, Argentina aceptó pagar los laudos pendientes bajo la forma de bonos públicos con un tipo de interés especial. El equipo jurídico de Argentina ha aumentado su eficacia a lo largo del tiempo frente a sus oponentes corporativos. De hecho, el equipo logró dar vuelta tres laudos dictados en tres de cinco casos donde los árbitros rechazaron de manera unánime la defensa de necesidad presentada por Argentina, incluyendo un laudo de US\$106 millones dictado en favor de Enron en 2007⁵. La estrategia de Argentina ayudó a reducir el costo de los laudos y mejorar los tiempos de pago de los mismos mientras desarrolló la capacidad técnica del Estado para enfrentar demandas futuras de inversores.

2. Ecuador⁶

Se conoce que Ecuador ha enfrentado 22 casos de ISDS, muchos de los cuales fueron entablados por firmas petroleras de propiedad extranjera después de varios intentos de restructuración del sector petrolero en dicho país. Un extensivo proceso de privatización emprendido en la década de 1990 dio como resultado muchas ganancias para las empresas privadas petroleras mientras que el índice de pobreza se mantenía estable. En 2001, Ecuador anunció que las empresas petroleras ya no recibirían el

reembolso del impuesto sobre el valor agregado (IVA), lo cual generó demandas de tratado por las empresas Occidental, Repsol y Encana. A esto le siguió una modificación a la Ley de Hidrocarburos de Ecuador, mediante la cual se imponía un impuesto del 50 por ciento sobre las exportaciones de petróleo cuando los precios excedían el nivel de referencia. A medida que el precio del petróleo subía, el gobierno enfrentó gran presión para exigir mayores beneficios de la explotación de petróleo. Cuando Rafael Correa entró al gobierno, la Ley de Hidrocarburos fue modificada nuevamente (en 2007) para aumentar el impuesto sobre beneficios extraordinarios a un 99 por ciento. El objetivo de Correa era utilizar la amenaza de este impuesto para incentivar a las empresas a aceptar el nuevo modelo de contratos que ampliaba el control del gobierno sobre la producción. Esto dio como resultado demandas de Burlington, Perenco y Murphy Exploration. En 2006 más demandas fueron entabladas por Chevron en respuesta a una acción de clase presentada por los residentes de la selva tropical del Amazonas y, otra vez, por Occidental luego de la cancelación de su contrato de concesión.

Ecuador tampoco estaba bien preparado para atender los primeros casos de ISDS. La mayoría de los abogados defensores del país estaban contratados por prestigiosas firmas jurídicas de los Estados Unidos y del Reino Unido, que operaban bajo la mirada cercana del poder ejecutivo de Ecuador. A pesar de que muchos casos se encuentran pendientes de resolución, las contradicciones presentes en varios fallos revelan la importancia de incorporar previsiones en la redacción de los AIs. Por ejemplo, en las diferencias sobre el IVA, se le otorgó a Occidental US\$75 millones luego de que los árbitros encontraran que Ecuador no brindó un marco transparente y predecible para la planificación. El tribunal de *Encana*, no obstante, dictaminó que los inversores extranjeros no tenían derecho ni expectativas legítimas de que el régimen fiscal no se alteraría durante todo el tiempo de duración de su contrato⁶. Esta contradicción se debe a las diferentes interpretaciones de los árbitros sobre las sutiles variaciones presentes en las excepciones de los TBIs en relación con asuntos impositivos. Ecuador también fue declarado culpable por expropiación en la segunda demanda de Occidental y tuvo que pagar US\$1,77 mil millones a esta empresa.

En Ecuador, estos casos están fuertemente politizados, y los grupos de la sociedad civil monitorean activamente los procedimientos. Similarmente, este país ha tomado una postura estricta sobre transparencia, publicando periódicamente información sobre los costos y progreso de los casos en los sitios web del gobierno. Asimismo, el gobierno ha utilizado los medios de comunicación para castigar a las empresas que presentan demandas arbitrales. Esto ha ayudado a fortalecer el apoyo para que el país desoiga sus obligaciones de los AIs. En 2008, Correa notificó al CIADI que ya no consentiría el arbitraje sobre asuntos que involucran al sector petrolero, pero los árbitros denegaron esta notificación⁷. Posteriormente este país insistió en que las empresas petroleras abandonaran su derecho a someter los nuevos contratos a la competencia del CIADI. El mismo año, Ecuador promulgó una nueva constitución que contiene un artículo que prohíbe al gobierno ceder su competencia soberana a entidades arbitrales internacionales fuera de América Latina. Esta cláusula brinda una base para la cancelación de los AIs actuales firmados por Ecuador con pequeños países latinoamericanos, del Caribe y economías europeas y su retiro del Convenio del CIADI. Ambas iniciativas recibieron el apoyo popular en la Asamblea Nacional. La cancelación de los AIs restantes de Ecuador ha sido pospuesta a la espera de un informe final de una Comisión de Auditoría de Ciudadanos establecida para desarrollar recomendaciones sobre dichos acuerdos.

La cancelación de los AIs no es automática ya que la mayoría de los acuerdos seguirán estando vigentes por 10 o 20 años después de la cancelación. La salida de los

AIs y del CIADI por parte de Ecuador debe ser más bien interpretada como una protesta simbólica en contra de las injusticias sistémicas del actual régimen de AIs y como un intento para dar mayor espacio al futuro progreso de la agenda de desarrollo nacional.

Discusión

Si bien ambos ejemplos exhiben los riesgos de firmar AIs, también demuestran que los inversores no siempre logran beneficiarse de los derechos que estos acuerdos les otorgan. De hecho, las estrategias adoptadas por los gobiernos, tanto dentro como fuera de los foros jurídicos, juegan un papel muy importante en el monitoreo de los costos de las controversias relativas a inversión. El incumplimiento de los gobiernos de sus obligaciones en los AIs no desanima automáticamente a los inversores a permanecer o invertir en el mercado. Los inversores extranjeros que tienen interés en conservar o expandir sus inversiones en el mercado receptor parecen mostrarse más susceptibles al uso, por parte de los gobiernos receptores, de presiones internas destinadas a frustrar demandas de ISDS, mientras que los accionistas minoritarios o aquellos saliendo del mercado son mejor tratados dentro de los límites del sistema jurídico. Las estrategias de defensa de los gobiernos, por lo tanto, deben estar en sintonía con los intereses a largo plazo de los demandantes que enfrentan.

La impugnación de las reglas de inversión en ambos países se ha basado en la presunción de una parcialidad sistémica en los actuales procedimientos de ISDS. Ambos países están trabajando para establecer un organismo alternativo para la solución de controversias bajo los auspicios de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), el cual se espera que incluya requisitos de transparencia más estrictos y un mecanismo de apelación, y que aliente la solución de controversias a nivel local y regional. Sin embargo, resulta incierto si Argentina seguirá con esta iniciativa bajo el nuevo gobierno electo, dado que Macri se comprometió a crear un ambiente favorable a las inversiones. Ecuador también ha reforzado sus esfuerzos de colaboración con socios de Latinoamérica y el Caribe, principalmente estableciendo un Observatorio de Empresas Transnacionales del Sur, el cual está destinado a facilitar el intercambio de información sobre estrategias de defensa y la capacitación de los funcionarios públicos. Las experiencias tanto de Ecuador como de Argentina prueban la importancia de la capacidad institucional, y el Observatorio es un primer paso muy positivo. No obstante, existe la necesidad de fortalecer la cooperación entre las naciones del Sur sobre asuntos relacionados con las controversias de inversión, tanto dentro como fuera de la región latinoamericana.

Autora

Julia Calvert es aspirante a PhD. del *Institute of Political Economy* y *Department of Political Science* de la Universidad de Carleton, Ottawa, Canadá. Traducido al español por María Candela Conforti. La traducción de las citas pertenece a la traductora.

Notas

¹ Esta sección fue elaborada en base a entrevistas con ex miembros de la Oficina del Procurador General del Estado, representantes legales de empresas y funcionarios públicos en Buenos Aires desde enero hasta mayo de 2014.

² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015, febrero). *Recent trends in IIAs and ISDS, IIA Issues Note, 1*. Naciones Unidas: Ginebra, p. 5. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

³ Peterson, L. E. (2012, 29 de enero). Latest split amongst ICSID arbitrators over Argentina's necessity defence reflects wide chasm, *Investment Arbitration Reporter*.

⁴ Véase *CMS Gas Transmission Company v. la República Argentina*, Laudo, CIADI, Caso No. ARB/01/8 (8 de septiembre de 2005) y *LG&E Energy Corp. v. la República Argentina*, Laudo, CIADI, Caso No. ARB/02/1 (25 de julio de 2007).

⁵ Esta sección fue elaborada en base a entrevistas con miembros de la Oficina del Procurador General del Estado, representantes legales de empresas y funcionarios públicos en Quito en octubre de 2014.

⁶ Véase *Occidental Exploration and Production Company v. la República de Ecuador*, Laudo, *London Court of International Arbitration* (LCIA), Caso No. UN3467 (1 de julio de 2004); *Encana Corporation v. la República de Ecuador*, Laudo, LCIA, Caso No. UN3481 (3 de febrero de 2006), párrafos 49–50.

⁷ Véase *Murphy Exploration v. la República de Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, CIADI, Caso No. ARB/08/4 (15 de diciembre de 2008), p. 86.

noticias en breve

Acuerdo Transpacífico firmado en Auckland; Experto Independiente de la ONU insta a los Estados a garantizar el espacio normativo

El 4 de febrero de 2016, los ministros de comercio de los países de la Cuenca del Pacífico se reunieron en Auckland, Nueva Zelanda, para firmar el **Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica** (TPP, por sus siglas en inglés).

En vísperas de la reunión, el Experto Independiente de la ONU sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred de Zayas, instó a los gobiernos a que emitieran una declaración interpretativa sobre el TPP, donde reafirmen sus obligaciones en materia de derechos humanos y sus recientes compromisos con los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

En su **declaración** del 2 de febrero de 2016, Zayas señaló que el TPP “contiene fallas fundamentales y no debe ser firmado o ratificado, a menos que se tomen medidas para garantizar la capacidad regulatoria de los Estados”. Recordó que el acuerdo fue producto de “negociaciones secretas, realizadas sin consultas democráticas a las múltiples partes interesadas” y que el mismo sería firmado a pesar de “la enorme oposición de la sociedad civil en todo el mundo”. El experto además dijo que las contradicciones del acuerdo con el derecho internacional deberán ser impugnadas ante la Corte Internacional de Justicia.

En un informe publicado en agosto de 2015, **Zayas había recomendado** la abolición del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés).

Auditoría de Ecuador sobre tratados de inversión: se filtran informes de CAITISA

Tres informes elaborados por **CAITISA**, la comisión de autoría ciudadana de Ecuador sobre los tratados bilaterales de inversión (TBIs), se filtraron en el periódico online **Diagonal** el 24 de enero de 2016. CAITISA, conformada por expertos en el área de inversión internacional y derecho internacional, fue creada en 2013 por el Presidente Rafael Correa para evaluar la legitimidad y legalidad de los TBIs ecuatorianos y el impacto de su aplicación. La comisión terminó su trabajo en diciembre de 2015.

En el informe sobre **Recomendaciones Finales**, CAITISA recomienda que Ecuador denuncie sus TBIs y que negocie nuevos instrumentos, ya sea contratos específicos con inversores extranjeros o tratados de inversión. Estos nuevos instrumentos no deben contener ninguna cláusula de excepción de protección del estilo anterior exceptuando las cláusulas sobre expropiación directa. Además, deberían detallar los derechos del Estado y las obligaciones de los inversores.

En sus observaciones sobre el arbitraje internacional en materia de inversiones, CAITISA recomienda excluir la cláusula de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) de los TBIs existentes y futuros, y exigir que las demandas se suscriban a los tribunales nacionales. También presenta algunas propuestas para un período de transición, que incluyen: prohibir los intereses compuestos en los laudos por daños, exigir el agotamiento de remedios locales, aumentar la transparencia en los procedimientos, poner límite a los honorarios de los árbitros, emitir declaraciones interpretativas, crear un mecanismo de apelación y establecer una corte permanente de inversión regional o internacional, con jueces permanentes.

Tribunal permanente incluido en el TLC entre la Unión Europea y Vietnam

El 2 de diciembre de 2015, la Unión Europea y Vietnam firmaron un tratado de libre comercio (TLC), cerrando tres años de negociaciones. El texto, publicado el 1 de febrero de 2016, cubre los temas comerciales más tradicionales, tales como SPS y TBT, y la facilitación del comercio, pero también se extiende a otros asuntos tales como la contratación pública, política de competencia, propiedad intelectual, cooperación y capacitación, empresas estatales y transparencia. Tal como otros tratados recientes de la UE, también contiene un capítulo sobre desarrollo sostenible que cubre temas ambientales y laborales.

El **capítulo de inversión** adopta el enfoque emergente de la Unión Europea con respecto a la protección de las inversiones. También incluye una nueva clase de mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado, que consiste en un tribunal permanente de nueve miembros para tratar casos de primera instancia y un tribunal permanente de apelación de seis miembros.

Jueces y fiscales alemanes rechazan sistema de tribunales de inversión en el ATCI

En una declaración emitida a principios de febrero de 2016, la Asociación de Jueces de Alemania (conocida por su acrónimo en alemán, DRB) rechazó firmemente la **propuesta publicada por la Comisión Europea** el 16 de septiembre de 2015 para establecer un Sistema Judicial de Inversión (ICS, por sus siglas en inglés) bajo la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión ATCI entre la Unión Europea y los Estados Unidos.

La DRB no cree necesario el ICS propuesto, dado que los actuales sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE garantizan el acceso a la justicia y otorgan protección efectiva a los inversores extranjeros. Argumentó que, aun cuando no fuese así, el asunto en cuestión sería abordado por los parlamentos nacionales. Para la DRB, la creación de tribunales especiales no constituye un buen camino para garantizar certeza jurídica.

En la declaración también cuestionó si la Unión Europea posee competencia legislativa para crear un tribunal de inversión. Asimismo, subrayó que dicho tribunal limitaría los poderes legislativos y alteraría el sistema judicial existente, tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros.

Por último, la declaración criticó los procedimientos y criterios propuestos para designar a los jueces del ICS, los cuales no cumplirían con los requisitos internacionales de independencia financiera y técnica. Según la DRB, la lista de jueces tendería a limitarse a personas que ya están involucradas en el arbitraje internacional de inversiones, y el ICS surgiría como un foro permanente de arbitraje en lugar de ser un tribunal internacional.

La DRB, fundada en 1909, es la mayor organización profesional de jueces y fiscales de Alemania. El **texto oficial de la Opinión No. 04/16 de la DRB** está disponible únicamente en alemán.

Comisión intenta reabrir negociaciones del CETA con Canadá para reconsiderar ISDS

Se dice que funcionarios de la UE solicitaron al gobierno federal de Canadá la revisión de la cláusula de ISDS en el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés), según **informes de CBC News** el 21 de enero de 2016. El cierre de las negociaciones del CETA fue anunciado en agosto de 2014. El **CETA** establece un mecanismo de ISDS más tradicional, que

no concuerda con el nuevo enfoque de la Unión Europea sobre un mecanismo más permanente entre inversionista y Estado. Tal como se encuentra redactado actualmente, se considera poco probable que el texto sea aprobado por el Parlamento Europeo.

Centro de Arbitraje de UNASUR a un paso de ser establecido

El 19 de enero de 2016, expertos de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) se reunieron en Montevideo, Uruguay, para concluir **acuerdos sobre el centro regional propuesto** para la solución de controversias en materia de inversiones. UNASUR es una organización intergubernamental regional que comprende las 12 naciones sudamericanas: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

El texto que establece un centro de solución de controversias, y que aún no se ha hecho público, fue negociado por ministros extranjeros, procuradores generales y ministros de finanzas de la región, mediante la consulta a bancos centrales. Una vez aprobado por los 12 Estados, el centro propuesto podría surgir como un foro alternativo al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) a nivel regional.

TransCanada inicia arbitraje en virtud del TLCAN contra Estados Unidos por rechazo del oleoducto Keystone XL*

El 6 de enero de 2016, TransCanada inició un arbitraje contra los Estados Unidos por “dilatarse la aprobación de manera irrazonable” del propuesto oleoducto Keystone XL y finalmente denegar dicha aprobación, en noviembre de 2015. La solicitud de la empresa requería un Permiso Presidencial. Alegando que Estados Unidos incumplió sus compromisos de no discriminación, expropiación y trato justo y equitativo asumidos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la empresa canadiense solicitó **compensación por daños** por más de US\$15 mil millones.

El gasoducto Keystone XL, que transportaría petróleo crudo desde la provincia canadiense de Alberta a los puertos estadounidenses del Golfo de México, se tornó un asunto político contencioso en los Estados Unidos. Los ambientalistas criticaron la alta intensidad de liberación de carbono a raíz de la extracción de petróleo de las arenas bituminosas de Alberta, y alegaron que el oleoducto iría en contra de los esfuerzos de dicho país para reducir su dependencia en los combustibles fósiles. Mientras tanto, los legisladores Republicanos y varios Estados de los Estados Unidos apoyaron el proyecto.

En su Notificación de Intención, TransCanada subrayó que la revisión de la solicitud se prolongó más de lo común para un proyecto tal como el del oleoducto. La **Administración de Obama admitió** la demora porque el proyecto se había politizado en Estados Unidos. En una **declaración después del rechazo de la solicitud** el 6 de noviembre de 2015, el Presidente Obama explicó: “América ahora es líder mundial en cuanto a la toma de acciones serias para combatir el cambio climático. Y francamente, aprobar este proyecto implicaría socavar este liderazgo mundial”.

El mismo día que inició el arbitraje, TransCanada también entabló una demanda en contra de las autoridades federales de los Estados Unidos ante un tribunal estadounidense, **reclamando** que el rechazo de la solicitud por parte de Obama excedía los poderes constitucionales

del Presidente y que faltaba la autorización del Congreso. Este caso de la corte estadounidense se desarrolla en paralelo al del TLCAN, cuya resolución se espera que tome varios años. Hasta la fecha, Estados Unidos nunca ha perdido una demanda entablada en virtud del TLCAN.

Philip Morris pierde arbitraje en la CPA contra Australia por leyes de empaquetado simple

El 17 de diciembre de 2015, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) emitió su laudo jurisdiccional en el caso que involucra a la gigante tabacalera Philip Morris contra Australia por la legislación promulgada por dicho país en cuanto al empaquetado simple de cigarrillos. De acuerdo con el **sitio web de la CPA**, el laudo estará disponible para el público una vez que toda la información confidencial haya sido redactada. Philip Morris admitió en un **comunicado de prensa** que el tribunal no aceptó su competencia sobre el caso. En esta línea, el tribunal no decidió sobre los méritos del caso.

El Senador australiano Peter Whish-Wilson **recibió el resultado** como una victoria, elogiando esta legislación como una efectiva herramienta de política pública. Sin embargo, advirtió que Australia no está libre de enfrentar demandas similares por parte de empresas extranjeras en virtud de los mecanismos de ISDS contenidos en sus acuerdos de comercio e inversión con China, Corea y los Estados Unidos. “La ISDS es la Espada de Damócles que cuelga sobre la soberanía de Australia y sobre nuestro derecho a legislar en pos del interés público” señaló. El Senador también mencionó que la defensa exitosa contra Philip Morris presuntamente les costó US\$35 millones a los contribuyentes australianos.

Comisión Europea cede ante presiones por mayor transparencia en los textos del TTIP

Los 751 Miembros del Parlamento Europeo (MPE) tendrán acceso a todos los documentos confidenciales relacionados con el ATCI. El **Parlamento anunció el acuerdo** con la Comisión Europea el 2 de diciembre de 2015, después de 11 meses de negociaciones. Según los **acuerdos operacionales**, los MPEs podrán acceder a los restrictos “textos consolidados” —que reflejan los compromisos entre la UE y Estados Unidos —en una sala segura del Parlamento Europeo, y también podrán tomar notas a mano.

El 4 de diciembre, la Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, **anunció** que las salas de lectura serán establecidas en las capitales de los 28 Estados Miembros de la UE para permitir que los miembros nacionales del Parlamento (MPs) analicen los textos consolidados. El anuncio fue realizado por Malmström cuando se dirigía a Norbert Lammert, Presidente del *Bundestag* (Cámara baja del Parlamento alemán), respondiendo a la solicitud realizada por el mandatario en 2015 para que los MPs de Alemania tuvieran acceso a los documentos en cuestión.

Una semana antes de ambos anuncios, **The Guardian** había obtenido documentos que presuntamente revelaban que la Comisión había dado acceso a la empresa petrolera estadounidense, ExxonMobil, a las estrategias confidenciales de la UE en las negociaciones del ATCI. La Comisión **negó** estas acusaciones.

*El equipo editorial desea hacer un reconocimiento, agradeciendo mucho la contribución de Jacob Greenberg, *Geneva International Fellow* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan y pasante del Programa de Inversiones para el Desarrollo Sostenible del IISD.

laudos y decisiones

Tribunal del CIADI desestima demanda final de compensación por la cancelación de Hungría en 2008 de un contrato de compra de energía

Electrabel S.A. v. la República de Hungría, Caso del CIADI No. ARB/07/1

Matthew Levine

Un reclamo final presentado en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) de una empresa de energía eléctrica belga —Electrabel S.A. (Electrabel)— ha fracasado. Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) no encontró violación alguna del estándar de trato justo y equitativo (FET, por su abreviación en inglés) por parte de Hungría.

En 2012, el tribunal del CIADI emitió una decisión desestimando tres demandas menores y posponiendo la cuarta, una demanda mayor, para su consideración en la fase de procedimiento. En el laudo de 2015 (Laudo) se ordenó a Electrabel a cubrir las costas del arbitraje.

Antecedentes

En 1995 Dunamenti (operador de la mayor planta de energía eléctrica de Hungría, en ese entonces de total propiedad de este país) y MVM (el único comprador mayorista de Hungría, 99,9 por ciento bajo propiedad de este país) celebraron un Contrato de Compra de Energía (CCE). Después del CCE, un grupo de inversores extranjeros, incluyendo a Electrabel, invirtió una suma sustancial de fondos como accionista de Dunamenti.

Hungría accedió a la Unión Europea en 2004. Entre diciembre de 2005 y junio de 2008, la Comisión Europea condujo una investigación formal sobre la asistencia estatal ilegal brindada por Hungría, entre otros instrumentos, bajo el CCE. En junio de 2008, la Comisión Europea emitió una decisión final en relación con la investigación (Decisión Final de la CE). En diciembre de 2008, Hungría canceló el CCE.

En junio de 2007, Electrabel dio inicio al presente arbitraje anticipándose a la cancelación del CCE. En marzo de 2009, por iniciativa y acuerdo de las partes, el tribunal lanzó la primera fase de procedimiento abordando únicamente temas de competencia y responsabilidad. Esta orden procesal contempló una segunda fase de procedimiento para abordar temas cuánticos. Notablemente, la Comisión Europea intervino en la primera fase de procedimiento para argumentar que las demandas de Electrabel no recaían dentro de la competencia del tribunal arbitral internacional, ya que se consideraban exclusivamente cubiertas por el derecho europeo.

A fines de noviembre de 2012, el tribunal emitió su decisión sobre jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad (Decisión de 2012). Así, declaró su propia competencia en relación con todas las demandas de Electrabel en virtud del TCE. Con respecto a la responsabilidad, el tribunal desestimó tres demandas menores entabladas por Electrabel y denegó todos los alegatos de responsabilidad

contenidos en la cuarta y última demanda —la Demanda de Cancelación del CCE— con una excepción, que Hungría no dio un trato justo y equitativo al calcular los costos incurridos por Electrabel a los fines de determinar la compensación.

A principios de 2015, un procedimiento de arbitraje iniciado por E.D.F. International en relación con una inversión similar en Hungría concluyó en un laudo arbitral. Electrabel y Hungría emitieron breves presentaciones escritas en cuanto al laudo de E.D.F.

La Decisión de 2012: Demanda de Cancelación del CCE

Durante la primera etapa de procedimiento, el tribunal consideró la Demanda de Cancelación del CCE en relación con dos artículos del TCE, el Artículo 13(1) (disposición sobre expropiación) y el Artículo 10(1) (disposición sobre FET). De esta manera, el tribunal declaró que no hubo expropiación directa ni indirecta de la inversión de Electrabel.

En cuanto a la presunta falta de Hungría de dar trato justo y equitativo, el tribunal desestimó vigorosamente el reclamo de Electrabel en relación con los acontecimientos anteriores a la Decisión Final de la CE. En cambio, afirmó que la demanda de Electrabel principalmente giraba en torno a los resultados de la investigación de la Comisión Europea. “Según la opinión del Tribunal, esa Decisión Final [CE] exigía que Hungría, bajo el derecho de la UE, cancelase el CCE de Dunamenti, tal como se explica más abajo. El tribunal también marcó una distinción entre la Decisión Final [CE] en torno a la asistencia estatal recuperable y el propio programa de Hungría para calcular los Costes de Transición (con Costes Netos de Transición)” (párrafo 6.70).

En la Decisión, por lo tanto, el tribunal concluyó que en el presente arbitraje, iniciado en virtud del Artículo 10(1) del TCE, Hungría sólo sería responsable por su aplicación del derecho de la Unión Europea para calcular los costes de transición de Electrabel a los fines de determinar la compensación. Si bien la metodología prescripta por el derecho de la Unión Europea dio como resultado una serie de valores, Electrabel se mostró decepcionada al recibir la mínima suma calculada mediante dicha metodología como compensación.

El Laudo de 2015: Trato Justo y Equitativo (FET) para calcular los Costes Netos de Transición

En el Laudo, el tribunal consideró la implementación de la metodología de la Comisión Europea, por parte de Hungría, para calcular los Costes Netos de Transición a fin de determinar si violó o no el Artículo 10(1) del TCE.

El tribunal explicó que tanto los Costes de Transición como los Costes Netos de Transición son términos con significado específico en el derecho de la Unión Europea. Al considerar si el cálculo realizado por Hungría de los Costes Netos de Transición de

Electrabel entraba en conflicto con las obligaciones de Hungría bajo el Artículo 10(1) del TCE, el tribunal remarcó que ya había rechazado, en la Decisión de 2012, todo alegato de medidas discriminatorias, y que Electrabel no presentó acusaciones en cuanto a la transparencia o al proceso debido.

Por lo tanto, tal como lo expresó concisamente el tribunal, las diferencias más importantes surgieron sólo a raíz de una arbitrariedad y a la frustración de expectativas legítimas. En general, fue Electrabel quien asumió el peso de probar su causa en virtud del estándar de FET del TCE.

Ausencia de arbitrariedad

En cuanto al reclamo de arbitrariedad presentado por Electrabel, el tribunal aplicó una prueba objetiva bajo las circunstancias que prevalecían en el momento pertinente. Así, expresó su concordancia con lo expresado por tribunales de casos anteriores, tales como *Saluka*, *AES* y *Micula*, en tanto que una medida no será considerada como arbitraria si se encuentra razonablemente relacionada con una política razonable. Y específicamente concordó con el tribunal del caso *AES*, en que esto exige la existencia de dos elementos: una política razonable y que el Estado actúe de manera razonable con respecto a dicha política.

El tribunal examinó los argumentos presentados por Electrabel, entre otros: primero, que la decisión de Hungría en cuanto al nivel de compensación estaba impulsada por un deseo de minimizar el peso asociado sobre el presupuesto nacional; y segundo, que Hungría se había expedido en contra del pago de compensación incluso antes de conocerse el alcance de las pérdidas producto de la cancelación del CCE.

Asimismo, el tribunal remarcó que el esquema utilizado por el parlamento húngaro no sólo era aplicado a Dunamenti, sino también a todo un sector industrial. También señaló que se trataba de tiempos económicos turbulentos, donde la economía húngara estaba enfrentando serias limitaciones financieras y fiscales. Las negociaciones pertinentes fueron dificultosas y muy prolongadas. El tribunal observó que, en retrospectiva, todo hubiera resultado más fácil muchos años antes, para prever una decisión estatal y su efecto en una sola entidad tal como Dunamenti, pero en ese momento el Estado debía considerar intereses mucho más amplios bajo circunstancias delicadas, para equilibrar diferentes factores que competían entre sí. Además, incluso considerando sólo a Dunamenti, Hungría intentó balancear varias consideraciones apropiadas al caso.

Finalmente, el tribunal dictaminó que Electrabel no pudo probar que “la conducta de Hungría fuera arbitraria o que no hubiera un propósito legítimo en la conducta de Hungría o que la conducta de Hungría no guardara una relación razonable con dicho propósito o que, en otras palabras, resultara

desproporcionada” (párrafo 168).

Falta de expectativas legítimas

En cuanto a las expectativas legítimas en virtud del estándar de FET del TCE, el tribunal no encontró evidencia de que Hungría haya mostrado a Electrabel, en el momento de realizar su inversión en Dunamenti, que actuaría de manera diferente a la que eventualmente actuó hacia Dunamenti o a Electrabel. Y, en ausencia de este acto, el tribunal concluyó que la causa de Electrabel sobre expectativas legítimas no podría tener éxito.

El tribunal concluyó que la causa de Electrabel parecía residir en aparentes representaciones en torno a arreglos de precios. Sin embargo, las declaraciones en cuestión no constituían una representación (o seguridad) de que Dunamenti tendría derecho a recibir una ganancia razonable o que Electrabel tendría derecho a una rentabilidad razonable a partir de su inversión. Además, según la opinión del tribunal, todo derecho como tal sería incoherente con los términos del CCE: pese a que en este caso el lugar para dicho derecho debería haber sido el CCE desde 1995 en adelante; resultaba evidente que, conforme al CCE, Dunamenti asumiría el riesgo de un cambio en la legislación aplicable.

Asimismo, el tribunal subrayó que “la aplicación del estándar de FET del TCE permite un ejercicio de equilibrio por parte del Estado receptor bajo circunstancias apropiadas. No se exige al Estado receptor que priorice los intereses del inversor extranjero incondicionalmente por sobre todas las otras consideraciones bajo cualquier circunstancia. Tal como se infiere de las decisiones de otros tribunales en los casos *Saluka v la República Checa* y en *Arif v Moldova*, el estándar de FET podría legítimamente incluir un ejercicio de equilibrio o balance por el Estado receptor” (párrafo 165).

Tribunal menciona laudo de E.D.F.

El tribunal remarcó que podría percibirse que el mismo estuviera en desacuerdo con el tribunal del caso *E.D.F.* Pese a que el tribunal tomó en cuenta las presentaciones de las partes sobre el laudo del caso *E.D.F.*, no consideró apropiado analizar minuciosamente este laudo para buscar evidencia y argumentos.

El tribunal no podría verse “influenciado por el resultado de un arbitraje distinto, donde la demanda de un inversor parece haber sido formulada de manera diferente y decidido en base a argumentos y evidencia diferentes” (párrafo 225). De esta manera, el tribunal procedió a remarcar que en el laudo de *E.D.F.*, ese tribunal también se rehusó a compensar al inversor por la suma máxima de los Costes Netos de Transición.

Costos

El tribunal dictaminó que las partes debían asumir sus

propias costas legales y gastos judiciales. Electrabel, no obstante, fue ordenada a cubrir los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del CIADI.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por V. V. Veeder, (Presidente, ciudadano británico), Gabrielle Kaufmann-Kohler (designada por la demandante, ciudadana suiza) y Brigitte Stern (nominada por la demandada, nacional francesa). El laudo, entregado a las partes el 25 de noviembre de 2015, está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>.

Tribunal desestima todas las demandas de inversor minero de Estados Unidos contra Omán

Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanato de Omán, Caso del CIADI No. ARB/11/33

Stefanie Schacherer

Un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó dos demandas entabladas contra Omán, en un laudo con fecha del 3 de noviembre de 2015. El demandante fue Adel A. Hamadi Al Tamimi, inversor estadounidense que poseía una participación mayoritaria en dos empresas mineras que operaban en la región del Golfo Persa. En 2006, celebró dos contratos de arrendamiento con una empresa minera de propiedad del Estado de Omán para la extracción de piedra caliza en la municipalidad de Mahda en Omán.

Las demandas de expropiación, violación del nivel mínimo de trato y de trato nacional entabladas por el inversionista surgieron del supuesto acoso e interferencia por parte de Omán durante la operación de sus empresas mineras, lo cual culminó en la cancelación de los contratos de arrendamiento por la empresa estatal así como en la confiscación de las instalaciones mineras por parte de la Policía Real de Omán. La controversia cayó bajo el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Omán y los Estados Unidos, el cual entró en vigencia en enero de 2009. El demandante solicitó compensación por alrededor de US\$560 millones.

Antecedentes

Al Tamimi realizó su inversión en 2006 a través de dos contratos de arrendamiento para la extracción de piedra caliza que fueron firmados entre cada una de sus empresas, Emrock y SFOH, y la empresa estatal Omaní, Omán Mining Company LLC (OMCO). Únicamente Emrock fue debidamente registrada en Omán.

Posteriormente, los Ministerios de Finanzas y de Medio Ambiente de Omán otorgaron a Al Tamimi los permisos iniciales. Ambos ministerios le recordaron que debía respetar los límites del área de extracción y restringir su actividad a la explotación de productos de piedra caliza. Así, Al Tamimi comenzó a operar en la cadena montañosa de Jebel Wasa en septiembre de 2007.

Sin embargo, la relación entre Al Tamimi, OMCO y los ministerios omaníes se deterioró rápidamente. El Ministerio de Medio Ambiente emitió un número de reclamos, advertencias y multas contra Emrock, SFOH y OMCO, principalmente debido a la supuesta extracción de material del área de Jebel Wasa, la operación de maquinaria sin los permisos necesarios, la falta de permisos para la construcción de viviendas y el arranque de árboles por parte de Al Tamimi. El demandante no tomó en cuenta estas exigencias.

La situación culminó en la decisión de OMCO de cancelar el contrato firmado con Emrock, y declarar nulo el firmado con SFOH debido a que esta empresa no fue registrada oportunamente en Omán. En una carta de julio del 2008, Al Tamimi fue notificado de estas decisiones, y en una segunda carta de febrero de 2009 se confirmó la cancelación de los contratos de arrendamiento. Dado que el demandante no cesó las operaciones, los ministerios y OMCO emitieron más advertencias, y finalmente la Policía Real de Omán arrestó a Al Tamimi bajo requerimiento del Ministerio de Medio Ambiente por una supuesta falta de autorización para continuar operando.

Competencia ratione temporis: únicamente el contrato entre Emrock y OMCO se encontraba cubierto por el TLC

El tribunal emprendió un prolongado debate en torno a su competencia *ratione temporis* dado que el TLC entre Omán y los Estados Unidos entró en vigor recién el 1 de enero de 2009, mientras que los dos contratos de arrendamiento fueron celebrados en 2006. El TLC no se aplica a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia. La cuestión, por lo tanto, era si los contratos de arrendamiento seguían teniendo validez después del 1 de enero de 2009.

En relación con el contrato entre Emrock y OMCO, el tribunal analizó las dos cartas de cancelación del arrendamiento. No consideró válida la primera notificación de cancelación enviada por OMCO en julio de 2008. De hecho, el tribunal concluyó que incluso después de julio de 2008, OMCO siguió manteniendo comunicación con Emrock y el gobierno de Omaní sobre el arrendamiento. Además, el tribunal consideró que la posterior notificación de cancelación, con fecha de febrero de 2009, sustituía a la notificación anterior. De esta manera, concluyó que el contrato entre Emrock y OMCO se encontraba en vigencia hasta febrero de 2009 y, por lo tanto, caía bajo el TLC entre Omán y los Estados Unidos.

Con respecto al contrato entre SFOH y OMCO, no obstante, el tribunal declaró su falta de competencia. Afirmó que la declaración de OMCO tenía vigencia desde julio de 2008, y que OMCO tenía la facultad para declarar el contrato de arrendamiento nulo y sin valor debido a que SFOH no fue registrada en Omán ni obtuvo las correspondientes licencias comerciales.

Se desestima demanda de expropiación

Al Tamimi listó una serie de acciones tomadas por Omán que llevaron a la pérdida completa de su inversión, alegando, por lo tanto, un tipo de expropiación indirecta progresiva. El componente central de la demanda de expropiación fue la cancelación de los dos contratos de arrendamiento, que inicialmente otorgaron al inversor el derecho a operar en Jebel Wasa. Sin embargo, este derecho finalmente se vio extinguido en febrero de 2009, cuando el tribunal tomó una determinación en su análisis jurisdiccional. Al Tamimi alegó que la cancelación de los contratos de arrendamiento era ilegal.

El tribunal no debatió la ilegalidad de la cancelación, dado que esta cuestión recaería dentro del derecho contractual privado en lugar de ser regida por el derecho internacional público. En otras palabras, la inversión del demandante sufrió pérdidas, no como resultado de una expropiación soberana, sino por una diferencia contractual con una de las partes que estaba actuando en su capacidad comercial privada. Además, el tribunal afirmó que cualquier acción después de la cancelación del contrato de arrendamiento no podría interferir con los derechos de Al Tamimi, porque todo derecho de propiedad queda extinguido con la cancelación del arrendamiento. Por lo tanto, el tribunal desestimó la demanda de expropiación.

Nivel mínimo de trato: contenido y presunta violación

El TLC entre Omán y los Estados Unidos hace referencia específica al derecho consuetudinario internacional en cuanto al contenido del nivel mínimo de trato. Por ende, el tribunal analizó brevemente aquellos casos anteriores donde se discutía el contenido del nivel mínimo, principalmente en el contexto del TLCAN (casos tales como *SD Meyers v. Canadá* y *International Thunderbird v. México*). Así, el tribunal reiteró que el nivel mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional impone un umbral relativamente alto para determinar la violación del mismo. Según su opinión, a fin de determinar una violación como tal, conforme al TLC entre Omán y los Estados Unidos, “el Demandante debe demostrar que Omán actuó con manifiesta o flagrante desconsideración de los principios básicos de igualdad, coherencia, imparcialidad, proceso debido o justicia natural que se espera de todos los Estados bajo el derecho consuetudinario internacional” (párrafo 390). El tribunal subrayó que esto no sería aplicable a toda aplicación errada de las leyes o regulaciones del Estado. Esto es particularmente así, en un contexto tal como el TLC entre Omán y los Estados Unidos, “donde la conducta impugnada involucra la aplicación o cumplimiento de buena fe de las leyes o regulaciones de un Estado en relación con la protección de su medio ambiente” (párrafo 390).

Al Tamimi también argumentó que Omán violó el requisito de proporcionalidad mediante la cancelación

de los contratos de arrendamiento así como a través de las medidas tomadas por la policía. El tribunal rechazó este argumento y afirmó que el nivel mínimo de trato según el derecho consuetudinario internacional no incluye un requisito de proporcionalidad separado de cualquier conducta estatal que en efecto abarcaría una obligación general de proporcionalidad.

Dado el alto umbral de violación del estándar de nivel mínimo de trato, el tribunal desestimó todos los alegatos de Al Tamimi en torno a la conducta injusta y la falta de transparencia de los ministerios de Omán. Destacó que, aun cuando pueda haber existido cierta incoherencia en la manera en que los ministerios manejaron los permisos, esto no constituiría una “arbitrariedad manifiesta” o una “completa falta de transparencia y franqueza” (párrafo 384) [la traducción de las citas pertenece a la traductora].

Además, el tribunal rechazó el argumento presentado por Al Tamimi en cuanto a las medidas tomadas para forzarlo a cesar las operaciones en Jebel Wasa, principalmente su arresto. Según el tribunal, las acciones tomadas se encontraban en total cumplimiento con el derecho nacional y una consecuencia de su presencia ilegal en la cantera después de la cancelación del contrato de arrendamiento. Por lo tanto, desestimó el reclamo de violación del nivel mínimo de trato.

No hay violación de trato nacional después de la cancelación del contrato de arrendamiento

La última demanda de Al Tamini se centró en la presunta violación, por parte de Omán, del estándar de trato nacional consagrado en el TLC entre Omán y los Estados Unidos. El tribunal reiteró que cualquier acción tomada por Omán después de la cancelación del contrato de arrendamiento no constituiría una violación de los derechos otorgados por este tratado, ya que su inversión cesó de existir luego de la cancelación de los contratos. El tribunal remarcó que, en todo caso, su reclamo por la violación de trato nacional fracasaría debido a la falta de evidencia confiable. Al Tamini meramente basó esta evidencia en una discusión que mantuvo con el operador de una cantera cercana sobre otras canteras de la zona.

Todas las demandas desestimadas; Al Tamimi debe reembolsar el 75 por ciento de los gastos de Omán

En vista de las consideraciones antes descriptas, el tribunal rechazó todas las demandas de Al Tamimi, y le ordenó que asuma sus propios gastos y el reembolso del 75 por ciento de los costos del arbitraje, costas legales y otros gastos incurridos por Omán.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por David A. R. Williams (Presidente designado por las partes, nacional de Nueva Zelanda), Charles N. Brower (nominado por el demandante, ciudadano de los Estados Unidos) y Christopher Thomas (designado por el demandado,

nacional de Canadá). El laudo del 3 de noviembre de 2015 está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4450.pdf>.

Tribunal del CIADI declara su falta de competencia en un caso contra Macedonia y ordena al inversor a reembolsar el 80% de las costas y gastos judiciales
Guardian Fiduciary Trust Ltd, f/k/a Capital Conservator Savings & Loan Ltd v. la Ex República Yugoslava de Macedonia, Caso del CIADI No. ARB/12/31
Inaê Siqueira de Oliveira

En un laudo dictado el 22 de septiembre de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) declaró su falta de jurisdicción para tratar un caso iniciado por Guardian Fiduciary Trust Ltd (Guardian) contra Macedonia basado en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre los Países Bajos y Macedonia. El tribunal concluyó que Guardian no presentó la evidencia que lo calificara como nacional de los Países Bajos bajo el artículo 1(b)(iii) del TBI.

Antecedentes fácticos y reclamos

Guardian es una empresa fiduciaria y que presta servicios financieros, constituida bajo las leyes de Nueva Zelanda, que opera en Macedonia desde 2007. En agosto de 2009, después de las investigaciones de lavado de dinero iniciadas en los Estados Unidos, las autoridades de Macedonia arrestaron a uno de los directores de Guardian y emitieron un comunicado de prensa divulgando el nombre de la empresa y del director arrestado.

Según Guardian, Macedonia sabía o debería haber sabido que las acusaciones de lavado de dinero eran falsas y que las medidas tomadas por Macedonia —particularmente las declaraciones realizadas a la prensa— forzaron a dicha empresa a cambiar su nombre y la ubicación de sus operaciones, lo cual dio como resultado “daños sustanciales a su negocio” (párrafo 4). Guardian solicitó compensación por pérdidas alegadas por más de US\$600 millones, posteriormente reduciendo su reclamo a aproximadamente US\$20 millones.

A pedido de Macedonia, el tribunal aceptó bifurcar el procedimiento, suspendiendo el análisis de los méritos para decidir, como una cuestión preliminar, una de las objeciones de Macedonia a la jurisdicción del mismo —es decir, si Guardian cumplía con los requisitos de nacionalidad exigidos por el TBI—.

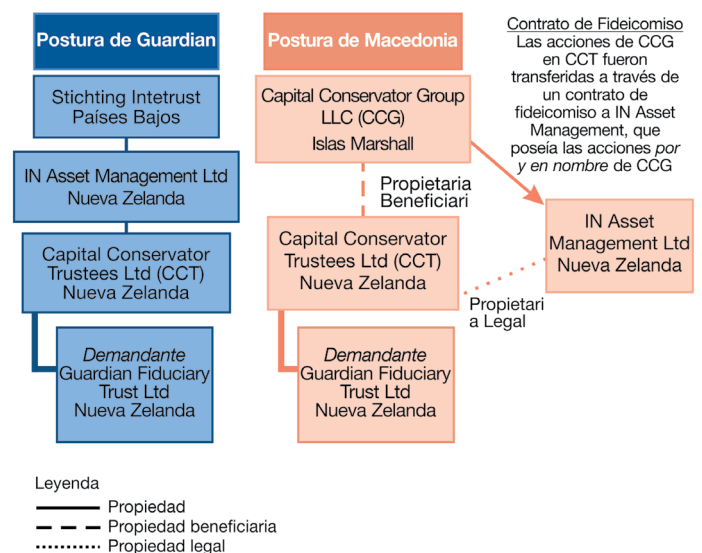
Resumen de reclamos

En su objeción a la jurisdicción, Macedonia alegó que Guardian no calificaba como un nacional de los Países Bajos conforme al artículo 1(b)(iii) del TBI, ya que se encontraba controlada indirectamente por Capital Conservator Group LLC (CCG), la cual fue constituida bajo las leyes de las Islas Marshall.

Guardian, a su vez, sostuvo que sí calificaba como un nacional de los Países Bajos bajo el TBI, ya que se encontraba indirectamente controlada por Stichting Intetrust, una fundación holandesa. El hecho de que fuera propiedad de Capital Conservator Trustees Ltd (CCT), que a su vez era propiedad de IN Asset Management, ambas empresas neozelandesas, era irrelevante para el caso, dado que una persona jurídica constituida bajo las leyes de los Países Bajos se encontraba al final de la cadena de propiedad accionaria pertinente en este caso.

En síntesis, las opiniones de las partes sobre la estructura corporativa de Guardian puede ser ilustrada de la siguiente manera:

Estructura corporativa de Guardian



Interpretaciones opuestas del término “controladas” en el artículo (1)(b)(iii) del TBI

En su parte pertinente, el artículo 1(b)(iii) del TBI reza que “[e]l término ‘nacional’ comprende [...] a personas jurídicas no constituidas bajo el derecho del Estado Contratante, pero *controladas*, directa o indirectamente, por personas físicas tal como lo define el inciso (i) o por personas jurídicas tal como lo define el inciso (ii)” (la cursiva nos pertenece). Las partes presentaron interpretaciones opuestas sobre el significado del término “controladas”.

Macedonia afirmó que este término requería no solo evidencia propiedad, sino también ejercicio de control activo sobre las actividades de Guardian. Desde el punto de vista de Macedonia, la mera propiedad legal de las acciones, por ejemplo, no sería suficiente para establecer el control en ausencia de evidencia del ejercicio de control.

Guardian, por otro lado, argumentó que el término “controladas” se refiere a la capacidad legal de controlar más que al hecho de controlar. La propiedad, según Guardian, resulta suficiente para establecer el control.

Sobre la interpretación del artículo 1(b)(iii), el tribunal inicialmente reconoció que “la propiedad generalmente implica el derecho o la capacidad legal de ejercer control” (párrafo 131). Sin embargo, señaló que el tema del control era particularmente complicado en el presente caso debido a la existencia de un contrato de fideicomiso entre IN Asset Management y CCG, una empresa de las Islas Marshall.

Tribunal observa la estructura corporativa de Guardian

Macedonia objetó la calificación de Guardian como nacional de los Países Bajos basándose principalmente en el contrato de fideicomiso del 1 de octubre de 2008. De acuerdo con este contrato, IN Asset Management, el tercer eslabón de la cadena de propiedad de Guardian, tenía acciones en CCT (que poseía directamente a Guardian) como fiduciaria por y en nombre de CCG, una empresa de las Islas Marshall. Considerando este fideicomiso, Macedonia afirmó que IN Asset Management poseía legalmente a CCT como fiduciaria nominada actuando únicamente en su capacidad profesional, y que CCG conservaba la propiedad beneficiaria.

Guardian no negó que CCG fuera propietaria beneficiaria de CCT. Sin embargo, sí negó que el contrato de fideicomiso fuera relevante para determinar la jurisdicción del tribunal. Según Guardian, el papel de CCG en esta estructura corporativa era pasivo, e IN Asset Management, como propietaria legal de CCT, controlaba las acciones y poseía todos los derechos de voto. A su vez, como IN Asset Management estaba controlada por Stichting Intetrust, Guardian afirmó que calificaba como nacional de los Países Bajos.

En su análisis, el tribunal remarcó que en los términos del contrato de fideicomiso no se hacía referencia a la dirección y control de las actividades comerciales de CCT o al ejercicio de los derechos de voto. De acuerdo con el tribunal, esto implicaba que el fideicomiso dejaba abierta la posibilidad de que el control de CCT *podría haber sido* ejercido por IN Asset Management o, indirectamente, por Stichting Intetrust. Como resultado, el tribunal concluyó que el tema del control finalmente constituía un asunto de evidencia sobre si Guardian efectivamente estaba bajo el control de Stichting Intetrust.

Guardian no presenta evidencia concluyente de que se encontraba controlada por Stichting Intetrust

Guardian presentó solo una evidencia para probar que era controlada por Stichting Intetrust —una declaración jurada de Nicolaas Francken, uno de los propietarios de Stichting Intetrust, diciendo que el accionista final de CCT era Stichting Intetrust—. Según la opinión del tribunal, la declaración no brindaba ningún otro detalle sobre cómo el control del accionista, incluyendo los derechos de voto, de hecho eran ejercidos.

La ausencia de evidencia llevó al tribunal a concluir que Guardian no calificaba como nacional de los Países Bajos dentro del significado del artículo 1(b)(iii) del TBI. Consecuentemente, el tribunal desestimó el caso por falta de jurisdicción personal.

Reembolso de los gastos de Macedonia

La decisión reconoció que la práctica de los tribunales del CIADI de otorgar compensación por costos “no es completamente coherente” (párrafo 149), que consideró como un resultado de un grado considerable de discreción de la cual gozan los tribunales bajo el artículo 61(2) del Convenio del CIADI. Al utilizar el denominado grado de discreción, la decisión se refirió a que era apropiado adoptar el enfoque de “los costos siguen al hecho” dadas las circunstancias de este caso, aunque no se *explayó* sobre cuáles eran dichas circunstancias.

El tribunal ordenó a Guardian el reembolso del 80 por ciento de las costas y gastos judiciales de Macedonia. Esta decisión dio como resultado el reembolso de US\$1.072.708 y £32.800. También dictó que las partes compartieran los costos del arbitraje.

Notes: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Veijo Heiskanen (Presidente designado por el Secretario General del CIADI, ciudadano finlandés), Andreas Bucher (nominado por la Demandante, nacional suizo) y Brigitte Stern (nominada por la Demandada, nacional francesa). El laudo se encuentra disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4447.pdf>.

Se le otorga US\$50 millones a Quiborax contra Bolivia, un tercio de la demanda inicial *Quiborax S.A. y Non-Metallic Minerals S.A. v. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso del CIADI No. ARB/06/2* **Martin Dietrich Brauch**

El 16 de septiembre de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) ordenó a Bolivia el pago de aproximadamente US\$50 millones en compensación por la expropiación de una inversión minera. Las demandantes fueron la empresa chilena Quiborax S.A. (Quiborax) y la constituida en Bolivia, Non-Metallic Minerals S.A. (NMM), cuya participación mayoritaria pertenecía a Quiborax como su vehículo de inversión para extraer ulexita de Bolivia.

Antecedentes y demandas

El Gran Salar de Uyuni, una salina de la región boliviana de Potosí, fue declarado reserva desde 1965. La Ley boliviana No. 1854 de 1998 (Ley Valda) redujo el tamaño de la reserva, y se solicitaron y otorgaron varias concesiones mineras en el área que antes era reserva. Entre 2001 y 2003, Quiborax adquirió 11 concesiones mineras, que fueron transferidas a NMM.

Las comunidades locales se opusieron a dichas

concesiones en el área. Esto llevó a los representantes de Potosí a presentar proyectos de ley para revertir la Ley Valda y transferir las concesiones al Estado. De esta manera, se promulgó la Ley No. 2564 en diciembre de 2003, derogando la Ley Valda. Esta legislación también autorizaba la auditoría de las concesiones otorgadas mientras la Ley Valda se encontraba en vigencia, así como la anulación de los derechos mineros de las concesionarias que eran responsables de sanciones, y mandaba a revertir las concesiones y los recursos no metálicos al Estado.

Basándose en las irregularidades impositivas y aduaneras encontradas en las auditorías, Bolivia revocó todas las concesiones mineras de NMM por medio del Decreto 27.589 del 23 de junio de 2004 (Decreto de Revocación). En cumplimiento con el mismo, NMM transfirió la operación de las concesiones a la administración de Potosí dentro de los 30 días de emitida la revocación. La legalidad del Decreto de Revocación fue posteriormente cuestionada, ya que el código minero permitía la anulación de las concesiones mineras, no su revocación. Intentando remediar la situación, en diciembre de 2005 Bolivia derogó el Decreto en cuestión, al mismo tiempo que anuló las concesiones.

Un mes después del Decreto de Revocación, Quiborax y NMM solicitaron una consulta en virtud del TBI entre Bolivia y Chile y finalmente solicitaron un arbitraje el 4 de octubre de 2005; los procedimientos comenzaron en diciembre de 2007. Entre sus reclamos, alegaron que el Decreto de Revocación expropiaba directamente la inversión de NMM (las concesiones) e indirectamente la inversión de Quiborax (sus acciones en NMM), y que la expropiación era ilegal. Solicitaron compensación por US\$146.848.827, más intereses compuestos y US\$4 millones por daño moral.

Tribunal concluye que la conducta ilegal durante la operación de una inversión no prohíbe al inversor de beneficiarse de las garantías de TBI

Bolivia objetó que las inversiones no podrían recibir la protección del TBI ya que no habían sido realizadas ni operadas de conformidad con el derecho boliviano. El tribunal razonó que la “ilegalidad continua” en la operación de la inversión no podría afectar la disponibilidad de las protecciones del TBI. En cuanto al argumento de una “ilegalidad original”, el tribunal recordó su decisión jurisdiccional de que las inversiones fueron realizadas de acuerdo con el derecho boliviano. Si bien Bolivia brindó nuevas evidencias de que las inversiones fueron adquiridas fraudulentamente, el tribunal estimó que las pruebas no eran concluyentes.

Bolivia también alegó que las concesiones presentaban irregularidades y que eran inválidas desde un comienzo, y que, por lo tanto, los inversores no tenían derecho a recibir protección alguna. Pero el tribunal no respaldó este argumento. Encontró evidencia de que “la anulación

[...] fue un intento *ex post* para mejorar la defensa de Bolivia en este arbitraje, no un ejercicio *bona fide* de los poderes de policía de Bolivia” (párrafo 139). Además, observando el derecho boliviano, el tribunal afirmó que las presuntas irregularidades eran inexistentes o no servían como fundamentos de anulación.

Tribunal declara expropiación ilegal pese a legítimo interés público en riesgo

El tribunal no se mostró convencido de que las irregularidades impositivas y aduaneras mencionadas como fundamentos del Decreto de Revocación hayan ocurrido. Aun cuando lo hubieren, el tribunal no encontró que la revocación estuviera justificada por el derecho boliviano. Considerando la evidencia de que las demandantes no fueron notificadas de las auditorías y que no tuvieron acceso a información de las mismas, el tribunal dictaminó que la revocación no cumplía con el proceso debido bajo el derecho internacional y el derecho boliviano.

Remitiéndose al estándar de expropiación directa enunciado en el caso *Burlington v. Ecuador*, en el cual se basaron las demandantes, el tribunal sostuvo que el Decreto de Revocación había provocado una privación permanente de su inversión a las demandantes, sin justificación de un ejercicio legítimo de los poderes de policía de Bolivia. Por lo tanto, aceptó el reclamo de que el Decreto de Revocación constituía una expropiación directa de la inversión de NMM en las concesiones.

Asimismo, el tribunal abordó el reclamo de las demandantes de que el Decreto de Revocación expropió indirectamente las acciones de Quiborax en NMM. Según su opinión, dado que las concesiones parecían ser el único negocio de NMM, sin ellas las acciones de la empresa “virtualmente no tenían valor” (párrafo 239), dando como resultado una expropiación indirecta de la inversión de Quiborax en NMM.

Basándose en los informes de noticias sobre la percepción pública de que las actividades mineras de las demandantes consistían en saquear riquezas nacionales por parte de los inversores chilenos, el tribunal consideró que había evidencia convincente de un intento discriminatorio que apuntaba a NMM por la nacionalidad chilena de Quiborax. Asimismo, el tribunal ya había decidido que la expropiación no fue realizada conforme a derecho, y que era indiscutible que las demandantes no habían sido compensadas. De esta manera, el tribunal sostuvo que la expropiación era ilegal bajo el TBI.

A pesar de que el tribunal aceptó “el derecho soberano de Bolivia a determinar lo que constituye de interés nacional y público” y que “Bolivia puede haber tenido un interés legítimo de proteger la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni” (párrafo 254), concluyó que esto no era relevante ya que el tribunal ya había decidido que la expropiación era ilegal en base a otros fundamentos.

Tanto la revocación como la posterior anulación violaron el estándar FET

Sin demasiado análisis y dejando abierta la cuestión de si el estándar de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) del TBI correspondía al estándar mínimo bajo el derecho internacional, el tribunal consideró que incluso bajo un estándar más exigente, la revocación de las concesiones violó el derecho internacional, ya que fue discriminatoria e injustificada bajo el derecho interno. Nuevamente recordando que la anulación parecía contar con una estrategia para legalizar la revocación cuando el Decreto de Revocación fue cuestionado, el tribunal dictaminó que la anulación también violó el FET.

Tribunal no acepta solicitud de sentencia declaratoria y daño moral

Las demandantes alegaron que Bolivia incurrió en actos de acoso post-expropiación —principalmente iniciando una causa penal contra los accionistas de las demandantes— y que violó el estándar FET y la cláusula de no obstaculización bajo el TBI. Sin embargo, el tribunal no encontró evidencia suficiente de una conducta como tal. Así, rechazó las acusaciones de las demandantes de que Bolivia, a través de su conducta procesal en el arbitraje, haya violado varias disposiciones del Convenio del CIADI y su obligación de actuar en buena fe. Asimismo, el tribunal desestimó la solicitud de las demandantes de una sentencia declaratoria.

Además, el tribunal entendió que los US\$4 millones reclamados por daño moral estaban destinados a reparar daños no materiales que resultaron de los supuestos actos de acoso post-expropiación. Dado que el tribunal ya había desestimado tales alegaciones, declaró que no había fundamentado alguno para aceptar una demanda de daño moral.

Indemnización plena valuada bajo método FCD; cálculo basado en la fecha del laudo

De acuerdo con el derecho consuetudinario internacional —tal como se articuló en el caso *Chorzów* y los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)— el tribunal sostuvo que las demandantes tenían derecho a recibir plena indemnización. Bajo las circunstancias del caso, no observó ningún factor mitigante pertinente.

Las partes acordaron que la reparación debía reflejar el valor justo de mercado de la inversión. Sin embargo, para la valuación, las demandantes favorecieron el método de flujo de caja descontado (FCD), mientras que Bolivia propuso considerar las sumas netas invertidas. El tribunal coincidió con las demandantes, remarcando que el método FCD es ampliamente aceptado, se encuentra mencionado en

las Directrices del Banco Mundial sobre el Trato de la Inversión Extranjera Directa y ha sido utilizado por varios tribunales de inversión. Decidió enfocarse en evaluar el valor justo de mercado de las concesiones mineras, activo primario de NMM, y concluyó que el registro de las operaciones y eventual rentabilidad de la actividad minera de NMM justificaban la aplicación del FCD.

Las demandantes sostuvieron que la compensación debía ser calculada en base a la fecha del laudo, mientras que Bolivia alegó que debía ser calculada en base a la fecha de expropiación. Después de analizar cuidadosamente las presentaciones de las partes y el razonamiento del caso *Chorzów*, la mayoría del tribunal decidió cuantificar las pérdidas en base a la fecha del laudo, considerando que la expropiación era ilegal por varias razones, no solamente porque no se otorgó compensación. En apoyo a su decisión, la mayoría citó a otros tribunales de inversión, organismos adjudicatarios y académicos que adoptaron el mismo enfoque. Brigitte Stern, árbitro designada por Bolivia, emitió una opinión parcialmente disidente, detallando las razones jurídicas y económicas de por qué, según su entender, en todos los casos la valuación debería ser calculada en base a la fecha de expropiación.

Daños otorgados y costos

Basándose en una serie de parámetros y en los flujos de caja que las reservas de ulexita habrían generado si las concesiones no hubieran sido expropiadas, el tribunal otorgó daños por US\$48.619.578. También otorgó un interés, compuesto anualmente, a una tasa LIBOR de un año más el dos por ciento. Bolivia fue ordenada a cubrir la mitad de los costos del arbitraje de las demandantes y cada parte tuvo que asumir sus propias costas y gastos legales.

Notas: El tribunal del CIADI estuvo compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente nominada por el Presidente del Consejo Administrativo, nacional suiza), Marc Lalonde (nominado por la demandante, ciudadano canadiense) y Brigitte Stern (nominada por la demandada, nacional francesa). El laudo está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>. La opinión parcialmente disidente de Brigitte Stern está disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4388.pdf>.

Autores

Textos traducidos al español por María Candela Conforti. La traducción de las citas pertenece a la traductora.

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

Stefanie Schacherer es candidata a Ph.D. y Ayudante de Cátedra e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra.

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

Martin Dietrich Brauch es consejero de Derecho Internacional y asociado con sede en Latinoamérica del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

recursos y eventos

Recursos

El Marco de Políticas Mineras: Evaluando la preparación para su implementación por parte de los Estados Miembros del Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF) – Informe de Síntesis

Por Alec Crawford, Publicado por el IISD, Octubre de 2015

El IISD, con el apoyo del Departamento de Asuntos Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá (DFATD), trabajaron con tres Estados miembros del IGF —la República Dominicana, Madagascar y Uganda— para ayudarlos a optimizar sus prácticas en concordancia con el Marco de Políticas Mineras (MPF) del IGF. Se trata de un proceso que consta de dos partes. Primero, mediante las evaluaciones pertinentes, se midió el grado de preparación de los tres Estados miembros para implementar los seis pilares del MPM a través de las leyes, políticas y medidas gubernamentales actuales. Luego, estas evaluaciones fueron utilizadas para ayudar a los gobiernos a dirigir sus esfuerzos a la implementación del MPM, informar sus esfuerzos de capacitación y permitir el monitoreo del progreso a lo largo del tiempo. La segunda parte del proyecto estuvo especialmente enfocada en el componente de capacitación. En este informe se resumen algunas de las principales conclusiones de las evaluaciones y los talleres de capacitación. Disponible en <http://www.iisd.org/library/mining-policy-framework-assessing-implementation-readiness-member-states-intergovernmental>

Navegador de Solución de Controversias relativas a Inversión

Por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Diciembre de 2015

La UNCTAD ha lanzado su Navegador de ISDS, completamente renovado. La base de datos en línea contiene información sobre los 696 casos de arbitraje internacional públicamente conocidos que fueron iniciados por inversionistas en contra de Estados en virtud de acuerdos internacionales de inversión (AII). Esta base de datos brinda opciones de búsqueda avanzada así como datos estadísticos fácilmente disponibles sobre los principales aspectos de los casos de ISDS. Cada introducción de los casos contiene información sobre: base jurídica (tratado aplicable); países involucrados; resumen de la controversia; sector y subsector económico; sumas reclamadas y otorgadas; violación de disposiciones de AII alegadas y declaradas; árbitros actuantes en el tribunal; estatus/resultados del procedimiento arbitral; decisiones emitidas por los tribunales (con enlace a los textos); enlaces a fuentes externas con información sobre el caso; entre otros ítems. La información fue actualizada el 1 de enero de 2016. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds>

Cambiando de Paradigma en el Derecho Internacional de las Inversiones: Más Equilibrado, Menos Aislado, Cada vez más Diversificado

Por Steffen Hindelang y Markus Krajewski (editores), Publicado por Oxford University Press, Enero de 2016

Si bien la mentalidad en torno al derecho internacional de las inversiones siempre ha favorecido la protección de los intereses económicos de inversores particulares, ciertos nuevos acontecimientos han generado un cambio de paradigma. Hoy más que nunca existe gran interés por desarrollar un régimen público más inclusivo y transparente. Este libro analiza cómo ha cambiado el régimen de los tratados de inversión y cómo debería cambiar más para reconciliar los intereses de la propiedad privada y el deber del Estado a regular en pos del interés público. Los diferentes capítulos abordan el contenido de los acuerdos de inversión, el sistema de solución de controversias, la interrelación entre los acuerdos de inversión y otras áreas del derecho internacional público, los asuntos constitucionales y la nueva perspectiva regional de Sudáfrica y Latinoamérica. Disponible en <https://global.oup.com/academic/product/shifting-paradigms-in-international-investment-law-9780198738428>

El Derecho de las Inversiones dentro del Derecho Internacional: Perspectivas Integracionistas

Por Freya Baetens (editora), Publicado por Cambridge University Press, Enero de 2016

En este libro se analizan los vínculos entre el derecho de las inversiones y otros sub-campos del derecho internacional, incluyendo la legislación sobre conflictos armados, derechos humanos, desarrollo sostenible, comercio, desarrollo y el derecho de la UE. En particular, se examina cómo los conceptos, principios y reglas desarrollados en el contexto de tales sub-campos del derecho internacional público podrían informar el contenido del derecho de las inversiones. Las soluciones destinadas a resolver problemas en otros escenarios pueden brindar ejemplos instructivos para atender los actuales problemas en el campo del derecho de las inversiones, y vice versa. La cuestión subyacente es si los principales sub-campos del derecho internacional público, especialmente el derecho internacional de las inversiones, están abiertos a una fertilización cruzada, o, si se están convirtiendo en regímenes autosuficientes. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/investment-law-within-international-law-integrationist-perspectives>

Analogías en el Derecho Internacional de las Inversiones y el Arbitraje

Por Valentina Vadi, Publicado por Cambridge University Press, Diciembre de 2015

Muchos laudos arbitrales trazan un límite entre dos valores

contradictorios: la esfera legítima de la regulación estatal en pos de preservar los bienes públicos, y la protección de la propiedad privada extranjera frente a la interferencia estatal. ¿Puede un razonamiento comparativo ayudar a los jueces a interpretar y aplicar disposiciones de tratados de inversión más amplias y abiertas? ¿Contribuye el uso de analogías al actual debate sobre la legitimidad del arbitraje entre inversionista y Estado? ¿Cómo deben ser hechas las comparaciones, y cuáles son los límites? En este libro se examina el impacto que un enfoque comparativo podría tener en el derecho de las inversiones, incluyendo la percepción de una mayor legitimidad. Disponible en <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/public-international-law/analogies-international-investment-law-and-arbitration>

Eventos en 2016

3 y 4 de marzo

19^{na} CELEBRACIÓN ANUAL DEL DÍA DEL ARBITRAJE

INTERNACIONAL DEL IBA 2016, Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* (IBA), Pudong Shangri-La Hotel, Shanghai, China, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=a6012508-0839-4c51-9cb1-eeec86df04762>

7 de marzo

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE TBIs INTRA-UE Y CONTROVERSIAS INTRA-UE, Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, Austria, <http://intra-eu-bits.univie.ac.at>

7 a 9 de marzo

1^{ER} CONFERENCIA ANUAL SOBRE ARBITRAJE Y SOLUCIÓN

DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ENERGÍA EN MEDIO ORIENTE Y AFRICA, Centro de Arbitraje Internacional y Solución de Controversias del *London Centre of International Law Practice* (LCILP) y el *Centre for International Energy and National Resources Law and Security*, Londres, Reino Unido, <http://lcilpconference.org>

10 y 11 de marzo

CONFERENCIA SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES DEL KLRCA, *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA), Kuala Lumpur, Malasia, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/KLRCA-flyer.pdf>

11 de marzo

ARBITRAJE DE INVERSIONES BAJO EL REGLAMENTO DE LA

SCC, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), Universidad de Goethe, Frankfurt am Main, Alemania, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/frankfurt-scc-conference-in-connection-to-the-frankfurt-investment-moot>

14 y 15 de marzo

CONFERENCIA INTERDISCIPLINARIA SOBRE LA ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA DE COMERCIO E INVERSIÓN (ATCI), *Centre for European Research* de la Universidad de Gothenburg (CERGU), Gutenber, Suecia, http://cergu.gu.se/english/Events/Calendar/Event_Detail/?eventid=3127005768

14 a 18 de marzo

17^{ma} CONFERENCIA ANUAL DEL BANCO MUNDIAL SOBRE TIERRA Y POBREZA 2016: "INCREMENTANDO LA GOBERNANZA RESPONSABLE DE LA TIERRA", Banco Mundial, Washington, DC, Estados Unidos, <http://www.worldbank.org/en/events/2015/07/20/land-and-poverty-conference-2016-scaling-up-responsible-land-governance>

15 de marzo

CONFERENCIA CONJUNTA DE LA CNUDMI Y EL LAC, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) & *Ljubljana Arbitration Centre* (LAC), Cámara de Comercio e Industria de Eslovenia, Liubliana, Eslovenia, <http://globalarbitrationreview.com/events/1869/joint-uncitral-lac-conference>

16 de marzo

REUNIÓN DE EXPERTOS DE LA UNCTAD: "INVENTARIO DE LA REFORMA DE AIIs", Parte de la Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación y Emprendimientos para el mejoramiento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Room XXVI, Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://unctad.org/en/Pages/Meetings/Expert-Meetings.aspx> (RSVP a WIF_IA_Conference@unctad.org colocando "In person attendance" o "Webinar attendance" en el asunto)

30 de marzo a 2 de abril

110^{ava} REUNIÓN ANUAL DE ASIL: "TRAZANDO NUEVAS FRONTERAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL", *American Society of International Law* (ASIL), Hyatt Regency Capitol Hill, Washington, DC, Estados Unidos, <https://www.asil.org/annualmeeting>

31 de marzo

INTRODUCCIÓN A LA PRÁCTICA ARBITRAL DEL CIADI, Ministerio de Servicios Financieros, Commonwealth de Las Bahamas, The British Colonial Hilton, Nassau, Las Bahamas, [https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/ICSID Introduction Bahamas Program.pdf](https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/ICSID%20Introduction%20Bahamas%20Program.pdf)

22 a 23 de abril

CONFERENCIA DE BUCERIUS LAW JOURNAL SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y EL ARBITRAJE, *Bucerius Law School*, Hamburgo, Alemania, <http://law-journal.de/en/conference>



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>