



¿La Economía Verde Necesita la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado?

Kyla Tienhaara



Ley de Conciliación y Arbitraje: Tiempos de Cambio en la Protección de las Inversiones en Bolivia

Pablo Menacho Diederich

Salvaguardando el Desarrollo Sostenible: Financiación para el Desarrollo y el Régimen de Internacional de Inversiones

Peter Chowla

Se da Inicio a Negociaciones de un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos

Joe Zhang

UN Photo by Jean-Marc Ferré

También en esta edición: Experto Independiente de la ONU Alfred de Zayas recomienda la abolición del actual régimen de ISDS; Tribunal Internacional en materia de Inversiones propuesto por la Comisión Europea; Se cierra trato sobre Asociación Transpacífica; TTIP: ISDS en espera y controversia sobre propuesta de la Unión Europea para el capítulo sobre desarrollo sostenible; *Perenco v. Ecuador*; *Ping An v. Bélgica*; *Suez, AGBAR, Vivendi y AWG v. Argentina*; *Energorynok v. Moldavia*

contenido

- 3 Artículos**
¿La Economía Verde Necesita la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado?
Kyla Tienhaara
- 6 Ley de Conciliación y Arbitraje: Tiempos de Cambio en la Protección de las Inversiones en Bolivia**
Pablo Menacho Diederich
- 8 Salvaguardando el Desarrollo Sostenible: Financiación para el Desarrollo y el Régimen de Internacional de Inversiones**
Peter Chowla
- 10 Se da Inicio a Negociaciones de un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos**
Joe Zhang
- 12 Noticias en Breve**
Experto Independiente de la ONU Alfred de Zayas recomienda la abolición del actual régimen de ISDS; Tribunal Internacional en materia de Inversiones propuesto por la Comisión Europea; Se cierra trato sobre Asociación Transpacífica; Negociaciones entre Unión Europea y Estados Unidos: ISDS en espera y gran controversia sobre propuesta filtrada de la Unión Europea para el capítulo sobre desarrollo sostenible; secretismo en negociaciones de TTIP aun generan preocupación
- 13 Laudos y Decisiones**
Tribunal del CIADI emite decisión provisional sobre reconversión ambiental solicitada por Ecuador en controversia de larga data
Matthew Levine
- 14 Primer caso entablado ante el CIADI por inversionistas de la China continental desestimado por razones jurisdiccionales**
Joe Zhang
- 15 Tribunal adopta ampliamente cálculo de daños por perito independiente en laudo de USD 405 millones otorgado a anteriores propietarios de empresa de servicios públicos argentina**
Marquita Davis
- 17 Energorynok no posee ni controla actividad económica relacionada con la energía; se desestima caso del TCE contra Moldavia**
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

Redactor, edición en español
Javier Echaide

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Diseño
PortoDG | www.portodg.com.br

¿La Economía Verde Necesita la Solución de Controversias entre Inversionista y Estado?

artículo 1

Kyla Tienhaara



Tradicionalmente, los ambientalistas han formado parte de los críticos más fervientes de la solución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS). Para aquellos que se encuentran familiarizados con la letanía de casos de ISDS que involucran la recusación de regulaciones ambientales — que varían desde la prohibición de pesticidas a esfuerzos para salvar especies en peligro de extinción — la oposición a la ISDS por parte de organizaciones no gubernamentales y académicos ambientalistas no es difícil de entender. Sin embargo, durante los últimos años ha surgido un caso “ambiental” en relación con la ISDS, dado que las empresas de energía renovable se han convertido en los principales jugadores del arbitraje de inversión.

Conjuntamente con el surgimiento de controversias relativas a la energía renovable, en un mayor número de comentarios se sugiere que los ambientalistas deberían aceptar la ISDS debido a que la misma “podría ayudar a movilizar la gran cantidad de inversión necesaria para transformar el sector energético a fin de lograr formas más limpias para generar energía y para satisfacer las necesidades de los muchos países que sufren de pobreza energética”¹. También se alega que el “medio ambiente necesita más protección de las inversiones — no menos”².

Estas afirmaciones se basan en tres asunciones principales: (i) el riesgo político es un gran impedimento para la inversión en energías renovables; (ii) la ISDS es una contramedida eficaz para tratar el riesgo político; (iii) acordar la ISDS ayudará a los Estados a atraer la inversión extranjera directa (IED) a la energía renovable.

1. ¿El riesgo político es un gran impedimento para la inversión en energías renovables?

La asunción de que el riesgo político resulta un importante impedimento para la inversión en energías renovables, en un principio, parece ser razonable. El riesgo financiero está primero en la lista de preocupaciones expresadas por los ejecutivos del sector de energías renovables, pero el riesgo político o regulatorio — el riesgo de un cambio en las políticas públicas de energías renovables — no se queda atrás³.

Una de las principales razones de que esto suceda es la actual dependencia de estos inversores en programas de incentivos, tales como los programas de tarifas reguladas (*feed-in-tariffs*, FITs), que garantizan a los productores de este sector un precio fijo para su energía durante

un período determinado de tiempo. Los FITs están destinados a reducir el riesgo financiero; y efectivamente brindan mayor seguridad, pero no son inmunes al riesgo político. De hecho, Talus argumenta que depender de subsidios torna a los inversores en energías renovables particularmente vulnerables al cambio político⁴. Un cambio de gobierno o el aumento inesperado de costos puede menoscabar el apoyo a tales programas. Además, tal como subraya Stokes, a diferencia de otros subsidios estatales (por ejemplo, subsidios para los combustibles fósiles), los FITs son altamente visibles, y por lo tanto, pueden verse afectados con mayor facilidad cuando la situación fiscal de un país comienza a deteriorarse⁵. Esto es lo que sucedió en varios países europeos después de la Crisis Financiera Mundial. El clima de inversión para las energías renovables también ha sido inestable en otros países, tales como Australia.

Sin embargo, el riesgo político de esta índole en particular, actualmente no es considerado como un impedimento tan importante para las energías renovables por la simple razón de que la política está siendo sobrepasada por la economía. En Mendonca et al., se destacó que en 2010 los costos de la energía renovable eventualmente caerían por debajo del precio de la electricidad generada convencionalmente y que una vez que se llegue a este “punto de inflexión” los programas “FITs [deberían] haber hecho su parte, y solo [deberían] ser necesarios de manera limitada, si es que lo fueran”⁶. Para el 2015, el punto de inflexión fue alcanzado por varias tecnologías renovables. Algunos informes recientes indican que la energía eólica terrestre en algunas partes del mundo puede proporcionar energía competitivamente comparable con la generada por los combustibles fósiles sin apoyo financiero⁷. Y la energía solar fotovoltaica, generalmente considerada la forma más costosa de energía renovable, está alcanzando rápidamente a la energía eólica. Esta información sugiere que, pese a que los programas de incentivos tales como los FITs han jugado un papel importante, cada vez son menos necesarios para plantear un argumento comercial en relación con la inversión en energías renovables. Cuando la ayuda del gobierno ya no sea necesaria en este sector, la justificación de la ISDS como una protección de cambios en los subsidios simplemente se evaporará.

Por supuesto, se podría alegar que las empresas del sector energético enfrentan otros tipos de riesgo político aparte de un cambio en los programas de subsidios. Por ejemplo, la oposición local al desarrollo (a menudo caracterizada como un comportamiento “En mi patio, no” (*Not In My Back Yard*)) constituye un obstáculo para los inversores en energía eólica en algunas jurisdicciones. Si la ISDS representa una manera efectiva para tratar el riesgo de oposición local o no, será abordado en la siguiente sección del presente artículo.

2. ¿La ISDS constituye una contramedida eficaz para el riesgo político?

La asunción de que la ISDS es una contramedida eficaz para tratar el riesgo político se basa en la noción de que la ISDS actúa tanto como un factor disuasivo para los Estados y como una política de seguridad para los inversores. Si un Estado cambia las “reglas de juego” después de que una inversión fue realizada, el inversor puede solicitar una compensación monetaria mediante la

ISDS. La verdadera amenaza de dicha acción, en algunos casos, puede ser suficiente para disuadir a un Estado de introducir cambios en primer lugar. Discutiblemente, la disuasión resulta más importante desde perspectiva de economía verde, dado que la función de asegurar la protección puede ser alcanzada por otros medios (por ejemplo, seguro de riesgo político). Además, esta función solo beneficia a la economía verde si se reinvierte el dinero otorgado en los casos de ISDS en otros proyectos de energía renovable, lo cual no se asegura que suceda. Por último, mientras que la disuasión beneficia a todos los inversores en energías renovables, la ISDS sólo juega un papel de seguridad efectivo para un grupo selecto de inversores, específicamente para los grandes inversores extranjeros que poseen recursos para iniciar un caso y están legitimados por un tratado (o la capacidad de reestructurar su inversión para conseguir dicha legitimación). Los tribunales nacionales, por otro lado, generalmente son accesibles para todos. Tal como se demostró en Aisbett et al., otorgar compensación únicamente a una serie de inversores da como resultado un “subsido implícito” y puede generar una “entrada excesiva”⁸.

Tomemos el ejemplo de España. En 2008, el gobierno español comenzó a introducir una serie de cambios en el FIT que resultaron perjudiciales tanto para los inversores⁹. En parte, los cambios se realizaron en respuesta a la Crisis Financiera Mundial¹⁰. Sin embargo, otro factor crucial fue la drástica caída de los costos en el hardware de módulos solares (una caída de alrededor del 60 por ciento entre 2008 y 2011). Esto llevó a un surgimiento de inversiones que requirió la ampliación de la capacidad de los FITs y otros programas de apoyo en varios países¹¹. Este factor podría haber sido tenido en cuenta si el FIT español hubiera estado bien diseñado. Pero era demasiado generoso e inflexible¹². Como resultado, el sistema “compensó excesivamente la energía solar fotovoltaica y no se pudo reducir la compensación en respuesta a la rápida caída de los costos de dicha tecnología”.

Cuando España comenzó a reducir progresivamente el programa FIT, los inversores extranjeros recurrieron a arbitraje en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (por sus siglas en inglés, ECT). A fines de octubre de 2015, había 23 casos de ISDS pendientes de resolución contra España bajo el ECT que involucran “reformas jurídicas que afectan al sector de las energías renovables”¹³. Los inversores nacionales a pequeña escala y los actores privados afectados por estos cambios no están legitimados en el arbitraje internacional. Las únicas firmas nacionales capaces de recurrir a arbitraje son las grandes multinacionales, tales como Abengoa and Isolux, que están utilizando sus filiales extranjeras para ser legitimadas. Resulta importante que algunas de las empresas involucradas en los casos de ISDS recién comenzaron a invertir en España después de 2009 y siguieron aumentando sus carteras de inversión a lo largo de 2010 y 2011, cuando el país estaba en crisis y algunos cambios en el programa FIT ya habían sido realizados; algunos de ellos continuaron invirtiendo aun después de presentar sus casos en virtud de la ISDS¹⁴. Esto sugiere que algunos integrantes del selecto grupo de inversores que puede acceder a la ISDS la consideran no solo como una política de seguridad, sino también como otra fuente de ganancia.

Si la experiencia de España disuadirá a otros países para que cambien sus programas de incentivos a la energía

renovable es una pregunta abierta. Al menos un autor ha planteado la idea de que la ISDS podría tener un “efecto de enfriamiento” ambientalmente beneficioso (a diferencia del enfriamiento de las regulaciones ambientales que habitualmente se encuentran en el centro del debate sobre el enfriamiento regulatorio)¹⁵. Los defensores de la ISDS generalmente sugieren que no hay pruebas de que la ISDS genere efectos de enfriamiento (de cualquier persuasión) y que es “imposible” conseguir dicha evidencia¹⁶. Otros académicos (incluyendo al autor) piensan que se trata de un fenómeno que merece mayor análisis¹⁷, pero que vaya más allá del alcance de este artículo.

Sin embargo, resulta cuestionable si los cambios en programas de energías renovables con efecto de enfriamiento, en todo caso, serían positivos desde una perspectiva de economía verde. Si un programa estuviera bien diseñado y fuera a ser modificado o eliminado por razones ideológicas (por ejemplo, si entrara un gobierno “escéptico en términos de clima”, tal como sucedió en Australia en 2013), el enfriamiento seguramente sería beneficioso. Pero, en cambio, si los cambios a un programa fueran realizados simplemente para corregir fallas y reducir ganancias excesivas, es difícil justificar el enfriamiento desde una perspectiva de economía verde (lo cual concierne al éxito del sector como un todo, no en la línea de rentabilidad mínima de una empresa en particular).

Los efectos de enfriamiento también podrían, en teoría, reducir la probabilidad de cambio en las condiciones de inversión por parte de los gobiernos para apaciguar a los oponentes locales de la energía renovable. Sin embargo, en la práctica esto parece ser poco probable. Es más probable que los gobiernos respondan a la oposición local durante la etapa de planificación, en lugar de hacer después de que la inversión haya sido realizada, y la mayoría de los tratados de inversión no cubren la fase de pre-establecimiento. Sin embargo, aun cuando esta fase se encuentre cubierta, los inversores que desean entablar una reclamación enfrentan obstáculos sustanciales. Esto resulta evidente en el caso iniciado por la empresa americana Windstream contra Canadá en virtud del Capítulo 11 del TLCAN en 2012. Dicha empresa está recusando la imposición de una moratoria provincial a los proyectos eólicos terrestres, que según argumenta, fue instituida para aplacar a los oponentes locales de la energía eólica durante un año electoral. Pese a que el caso aún debe ser resuelto, demuestra que el arbitraje no es una estrategia clara para tratar el problema de la oposición local. Sustanciar alegatos de “conveniencia política o electoral” puede resultar muy difícil, aun cuando el acceso a los documentos públicos esté disponible a través de la legislación sobre la libertad de información.

En todo caso, desde una perspectiva de economía verde hay formas mucho más convenientes para tratar la oposición local a los proyectos de energía eólica que la acción legal. La investigación sugiere que es posible que los acuerdos de beneficios financieros, incluyendo la distribución de ganancias entre la comunidad, o la participación directa de las comunidades en los proyectos de parques eólicos, aplaquen o al menos limiten la oposición en muchos casos¹⁸.

3. ¿La ISDS reduce el riesgo político y promueve la inversión en energías renovables?

La asunción final de los defensores de la ISDS se basa en

una combinación lógica de las dos primeras asunciones: si el riesgo político es una barrera importante para la inversión y si consentir la ISDS en un tratado reduce este riesgo, entonces podría decirse que las corrientes o flujos de inversión aumentarán en aquellos Estados que firmen tratados de inversión que contengan la solución de controversias entre inversionista y Estado. Sin embargo, no hay evidencia cabal de que esto se manifieste en la práctica. Varios estudios econométricos evalúan si existe un vínculo causal entre la existencia de un tratado de inversión y un mayor flujo de IED. Los resultados son mixtos. Muchos estudios anteriores que demuestran un efecto positivo han sido criticados por razones metodológicas¹⁹. Algunos estudios recientes han abordado algunas, aunque no todas, las cuestiones metodológicas y concluyeron que los tratados generan poco o ningún impacto²⁰.

La mayoría de los estudios cuantitativos están basados en datos agregados de inversión total, lo cual hace difícil evaluar su relevancia en sectores específicos, tales como el de energía renovable. Si bien seguramente habrá más investigaciones en esta área, la evidencia existente no indica que la energía renovable sea un “caso especial”. Por ejemplo, un informe de ClimateScope 2014 donde se realiza un mapeo de las “fronteras” de energía limpia indicó que Brasil (país que nunca ha ratificado un tratado bilateral de inversión) es el segundo país en vías de desarrollo más atractivo para la inversión en energías renovables (de 55 países estudiados)²¹.

Conclusiones

Actualmente no hay evidencia de que la ISDS pueda contribuir positivamente a la economía verde. La principal lección de la experiencia de España es que los FITs deben ser diseñados muy cuidadosamente para permitir la flexibilidad cuando las condiciones de mercado cambian. Los FITs bien diseñados actúan en pos del interés tanto del gobierno como de la industria, porque la alternativa es un escenario de auge y caída donde todos pierden (excepto la industria de arbitraje). Similarmente, un estudio de *Windstream* no puede hacer a uno concluir que la ISDS sea una herramienta crucial para combatir la oposición local a los parques eólicos. También resulta importante destacar que tanto Canadá como España poseen fuertes sistemas judiciales nacionales que se encuentran bien preparados para tratar las reclamaciones de los inversores con un gasto muchísimo menor para el erario público.

La mayoría de aquellos que afirman que la ISDS puede jugar un papel importante en la economía verde se basan en la asunción de que los tratados de inversión promoverán la IED en los sectores verdes tales como la energía renovable. Lamentablemente, estos defensores no brindan ninguna evidencia empírica para respaldar su asunción. También se ha afirmado que la ISDS podría generar efectos de enfriamiento benéficos. Sin embargo, aun cuando se pudiera demostrar categóricamente que la ISDS haya enfriado la modificación o eliminación de los programas de incentivos a las energías renovables, esto sólo sería positivo si tales programas estuvieran bien diseñados en primer lugar y si fueran modificados o eliminados por razones ideológicas: no hay justificación ambiental para otorgar a las corporaciones “verdes” beneficios excesivos. Pero incluso en estas circunstancias limitadas, los casos de ISDS están disminuyendo rápidamente dado que los subsidios para las energías renovables se están tornando

cada vez menos necesarios. Aquellos que proponen que el medio ambiente necesita “más protección de las inversiones” están recomendando una solución muy a largo plazo (cuya eficacia es cuestionable) a lo que resulta ser un problema esencialmente de corto plazo.

Autores

Kyla Tienhaara es Becaria en Investigación de *Regulatory Institutions Network*, Universidad Nacional de Australia. Este artículo está basado en un capítulo de: Kate Miles (Ed.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar (en curso). Texto traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

- 1 Bankes, N. (2012). Decarbonising the economy and international investment law, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 30(2), 497–510, p. 510. Véase también Bankes, N., Boute, A., Charnovitz, S., Hsu, S., McCalla, S., Rivers, N., & Whitsitt, E. (2013). Trade and investment law and carbon management technologies, *Natural Resources Journal*, 53, 285–324; y Sussman, E. (2011). The Energy Charter Treaty's investor protection provisions: Potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development. En M. Cordonier-Segger, M. Gehring, y A. Newcome, A. (Eds.). *Sustainable development in world investment law* (pp. 513–532). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. [La traducción de la cita pertenece a la traductora.]
- 2 Cámara de Comercio de Estocolmo. (2014, 10 de noviembre). The environment needs more investment protection – not less. *ISDS Blog*. Extraído de <http://isdsblog.com/2014/11/10/the-environment-needs-more-investment-protection-not-less>
- 3 The Economist Intelligence Unit. (2011, octubre). *Managing the risk in renewable energy*. Extraído de http://www.economistinsights.com/sites/default/files/downloads/EIU-Swiss-Re_ManagingRiskRenewableEnergy_Web_2.pdf
- 4 Talus, K. (2015). Introduction – Renewable energy disputes in the Europe and beyond: An overview of current cases. *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3).
- 5 Stokes, L. C. (2013). The politics of renewable energy policies: The case of feed-in-tariffs in Ontario, Canada, *Energy Policy*, 56, 490–500, p. 491. Extraído de http://www.mit.edu/~lstokes/docs/Stokes_2013_PoliticsofRenewableEnergyPolicy.pdf
- 6 Mendonca, M., Jacobs, D., & B. Sovacool. (2010). *Powering the green economy: The feed-in tariff handbook*. Earthscan, p. xxiii.
- 7 International Renewable Energy Agency (IRENA). (2015, enero). *Renewable power generation costs in 2014*. Extraído de http://www.irena.org/DocumentDownloads/Publications/IRENA_RE_Power_Costs_2014_report.pdf. Véase también Lazard. (2014, 18 de septiembre). *Lazard's levelized cost of energy analysis – Version 8.0*. Extraído de https://www.lazard.com/media/1777/levelized_cost_of_energy_-_version_8.0.pdf y Bloomberg New Energy Finance. (2015, 5 de octubre). *Wind and solar boost cost-competitiveness versus fossil fuels*. Extraído de <http://about.bnef.com/press-releases/wind-solar-boost-cost-competitiveness-versus-fossil-fuels>
- 8 Aisbett, E., Karp, L., & McAusland, C. (2010, septiembre, 2010). Police powers, regulatory takings and the efficient compensation of domestic and foreign investors. *Economic Record*, 86(274), 367–383, p. 381.
- 9 Tirado, J. (2015). Renewable energy claims under the Energy Charter Treaty: An overview. *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3); Talus (2015), *supra* nota 4.
- 10 Couture, T. (2011, febrero). Booms, busts, and retroactive cuts: Spain's RE odyssey. *Analytical Brief*, 3(1). Extraído de http://www.e3analytics.eu/wp-content/uploads/2012/05/Analytical_Brief_Vol3_Issue1.pdf
- 11 The Economist Intelligence Unit (2011), *supra* nota 3, p. 11.
- 12 Del Rio, P., & Mir-Artigues, P. (2014, febrero). *A cautionary tale: Spain's solar PV investment bubble*. Global Subsidies Initiative & International Institute for Sustainable Development, p. 2. Extraído de https://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/rens_ct_spain.pdf
- 13 Energy Charter Secretariat. (2015). *Investor-state disputes*. Extraído de <http://www.encharter.org/index.php?id=213> (último acceso el 2 de octubre de 2015).
- 14 Olivet, C., & Eberhardt, P. (2014). *Profiting from crisis: How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries*. Transnational Institute and Corporate Europe Observatory. Extraído de http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis_0.pdf
- 15 Kent, A. (2015). Renewable energy disputes before international economic tribunals: A case for institutional 'greening'? *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3).
- 16 European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA). (2015). *A response to the criticism against ISDS*, p. 29. Extraído de http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the_criticism_of_ISDS_final_draft.pdf
- 17 Schneiderman, D., Tienhaara, K., & Van Harten, G. (2015). *Reply to EFILA*. Extraído de <https://gusvanharten.wordpress.com/2015/07/06/reply-to-efila/>
- 18 Walker, C., Baxter, J., & Ouellette, D. (2014). Beyond rhetoric to understanding determinants of wind turbine support and conflict in two Ontario, Canada communities. *Environment and Planning A*, 46, 730–745, p. 730. Extraído de <http://epn.sagepub.com/content/46/3/730.full.pdf+html>
- 19 Aisbett, E. (2009). Bilateral investment treaties and foreign direct investment: Correlation versus causation. En K. P. Sauvant, & L. Sachs (Eds.). *The effect of treaties on foreign direct investment* (395–437). Nueva York: Oxford University Press.
- 20 Para obtener una descripción integral de la literatura sobre este tema véase Bonnitcha, J. (2014). *Substantive protection under investment treaties: A legal and economic analysis*. Cambridge University Press.
- 21 Bloomberg New Energy Finance. (2014). *ClimateScope 2014: Mapping the global frontiers for clean energy investment*. Extraído de <http://2014.global-climatescope.org/en/download/reports/climatescope-2014-report-en.pdf>. Ernst and Young. (2015, junio). *Renewable Energy Country Attractiveness Index, 44*. Extraído de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/RECAI_44/\\$FILE/RECAI%2044_June%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/RECAI_44/$FILE/RECAI%2044_June%202015.pdf)

Ley de Conciliación y Arbitraje: Tiempos de Cambio en la Protección de las Inversiones en Bolivia

artículo 2

Pablo Menacho Diederich



1. Periodo neoliberal: andamiaje legal de protección a las inversiones extranjeras

A principios de la década de los noventa el Estado boliviano se embarcó en un *periodo neoliberal*. Dicho periodo estuvo marcado por (i) la construcción de un andamiaje constitucional y legal, tendente al blindaje de la inversiones extranjeras, que alcanzaba incluso a su propio marco regulatorio y competencial de control, y (ii) un proceso de vaciamiento patrimonial del Estado, a través de la privatización de los recursos naturales y las empresas estratégicas del Estado en favor de empresas transnacionales.

En ese ámbito, Bolivia suscribió su primer tratado bilateral de inversiones (TBI) el 23 de marzo de 1987 con Alemania y prosiguió con otros países hasta el año 2004. El Estado boliviano, así, llegó a suscribir veintidós (22) TBIs¹ de los cuales fueron ratificados veintiuno (21). En 1990 se promulgó la denominada Ley de Inversiones² y al año siguiente Bolivia se adhirió a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de la Sentencias Arbitrales Extranjeras³ (aún en vigencia). Luego, en 1994 ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)⁴.

2. El “proceso de cambio”: nacionalización de los recursos naturales, la nueva Constitución y su artículo 320

El 22 de enero del 2006 se inició el primer mandato constitucional del Presidente Evo Morales y, con ello, el denominado “proceso de cambio” en Bolivia. La administración del Presidente Morales trajo consigo una serie de transformaciones en materia de inversiones, tanto nacionales como extranjeras. Los principales hitos de dichas transformaciones fueron: (i) el proceso de nacionalización de los hidrocarburos⁵; y (ii) la Asamblea Constituyente, que dio origen a la actual Constitución Política del Estado (CPE).

Con relación al proceso de nacionalización, es destacable que, a casi 10 años de su inicio, el Estado boliviano ha solucionado de forma amigable una decena de controversias, contando con apenas un solo laudo arbitral en su contra, cumplido en un plazo de cuatro meses. En ese sentido, Bolivia se convierte en el país que mayores nacionalizaciones ha llevado a cabo en los últimos años y el que menos litigios ha generado al respecto⁶.

Con relación al proceso constituyente boliviano, la alta representatividad de los sectores sociales permitió adoptar una nueva visión de país, particularmente, respecto a la función del Estado en la economía y, por ende, las políticas sectoriales en materia de recursos naturales y el tratamiento

a las inversiones extranjeras. En ese marco, se incluyó en la CPE el artículo 320, que introdujo una nueva base para el tratamiento de la inversión extranjera y su relación con la inversión nacional.

El artículo 320 dispone lo siguiente:

- I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.
- II. Toda inversión extranjera está sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.
- III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.
- IV. El Estado es independiente en todas las decisiones de política económica interna, y no aceptará imposiciones no condicionamientos sobre esta política por parte de estados, bancos o instituciones financieras bolivianas o extranjeras, entidades multilaterales ni empresas transnacionales.
- V. Las políticas públicas promocionarán el consumo interno de productos hechos en Bolivia.

Dicho artículo ha sido objeto de sendos debates por su alegada redacción *atípica*, en un contexto actual en el que persiste el espejismo que la inversión extranjera, *per se*, constituye un estímulo para el crecimiento económico de los Estados y permite el desarrollo de los países receptores de la misma.

La experiencia en Bolivia ha demostrado que la atracción de la inversión extranjera por la inversión extranjera misma no genera el esperado desarrollo para los países importadores de aquella y se constituye, más bien, en un mecanismo de financiamiento y transferencia de recursos desde el *sur* al *norte*. Contrariamente, en el caso boliviano, ha sido la participación del Estado como promotor de una *economía plural* inclusiva (compuesta por el Estado, el sector privado, las cooperativas y las formas de producción comunitarias) y el crecimiento de la demanda interna, apoyados en una política de atracción de inversión extranjera y de inversión pública, los que han generado el despegue de su crecimiento económico⁷ reconocido en diferentes organismos y foros internacionales⁸.

El artículo 320 de la CPE retoma un importante principio de los países latinoamericanos, olvidado bajo la hegemonía de los TBIs: que el tratamiento a los capitales extranjeros no puede ser discriminatorio en contra de los inversionistas nacionales⁹. La igualdad entre la inversión nacional y la extranjera en Bolivia se materializa en el hecho que ambas quedan sometidas a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, sin posibilidad de invocar situación alguna de excepción. Del artículo 320 también se desprende el actual marco legal de tratamiento a las inversiones, particularmente, las actuales Ley de Promoción de Inversiones (LPI)¹⁰ y Ley de Conciliación y Arbitraje (LCyA)¹¹.

3. Ley de Conciliación y Arbitraje

La elaboración de la Ley N° 708, de 25 de junio de 2015, denominada LCyA, estuvo a cargo de la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Justicia. La LCyA fue producto de un amplio consenso entre las instituciones del Estado, las empresas públicas y el sector privado, y fue elaborada (i) en

virtud de la preservación del *interés público y la autonomía de la voluntad de las partes*, (ii) a objeto de otorgar seguridad jurídica (previsibilidad) tanto al Estado como al inversionista (iii) en un marco de igualdad y equidad para ambos.

La LCyA contiene varias nuevas figuras que no estaban presentes en la antigua Ley N° 1770, de Arbitraje y Conciliación, como ser:

- En la *Conciliación*: se desarrolló el procedimiento de conciliación, otorgándole plena efectividad jurídica al Acta de Conciliación;
- En el *Arbitraje*: se amplió el número de materias excluidas del arbitraje¹², se incluyó una descripción de las etapas del procedimiento arbitral¹³, se distinguió la sede del lugar del arbitraje¹⁴, se establecieron los requisitos formales para la presentación de una solicitud de arbitraje¹⁵, se creó la figura del árbitro de emergencia¹⁶, se incluyó la posibilidad de recusar peritos¹⁷ y se creó un régimen especial de arbitraje en controversias en materia de inversiones extranjeras en las que sea parte el Estado¹⁸, entre otras.

4. Régimen Especial: controversias con el Estado en inversiones

Bajo la LCyA, todas las controversias sobre inversión en las que sea parte el Estado boliviano estarán regidas por un régimen especial, ya sea para la conciliación o el arbitraje. Dichas controversias, para estar sometidas al régimen especial, deberán cumplir al menos tres condiciones: (i) que la controversia surja de una relación contractual o extracontractual cuyo ámbito no haya sido excluido de la aplicación de la LCyA; (ii) que el Estado sea una parte en dicha controversia; y (iii) que la controversia esté relacionada con una inversión, de la forma que ha sido definida en la LPI.

Las características de la conciliación y el arbitraje en materia de inversiones bajo la LCyA son las siguientes:

- La conciliación y el arbitraje deberán ser nacionales y tener como sede un lugar del territorio boliviano;
- Se podrán celebrar audiencias, producir prueba y realizar otras diligencias fuera de Bolivia; y
- La conciliación o el arbitraje no limitan ni restringen las atribuciones y competencias de control y fiscalización de las correspondientes entidades regulatorias y autoridades competentes.

En el caso particular del arbitraje en materia de inversión extranjera, se tienen las siguientes características:

- El Tribunal Arbitral estará compuesto por tres (3) árbitros;
- El arbitraje será en derecho y el Tribunal Arbitral aplicará la Constitución Política del Estado y las leyes y normas del Estado Plurinacional de Bolivia para decidir sobre el fondo de la controversia;
- El Tribunal Arbitral deberá decidir sobre la excepción de incompetencia, como cuestión previa y de especial pronunciamiento;
- Asimismo, la autoridad nominadora y el reglamento de arbitraje aplicable se elegirán por acuerdo de las partes.

5. Hacia un nuevo modelo boliviano de tratados sobre inversión

Una vez finalizado el proceso de producción normativa y establecido el marco constitucional y legal de protección de las inversiones extranjeras, queda en manos del Ministerio de Relaciones Exteriores la elaboración de un nuevo modelo de tratado de protección y promoción de inversiones. De ser positivamente considerado por el

Estado boliviano, el nuevo modelo deberá ser elaborado dentro de los límites establecidos por el nuevo marco constitucional y legal, y salir de la lógica tradicional de los tratados de protección de inversiones, en los que se establece a favor de los inversionistas extranjeros todo un menú de derechos¹⁹ y ninguna obligación.

Si bien los primeros pasos para propiciar tiempos de cambio en la forma de protección a las inversiones extranjeras han sido dados, entre otros, por países como Bolivia, los mismos surgieron de debates que, poco tiempo atrás, parecían discurrir por sendas extraviadas y que, en su momento, enfrentaron la intimidación de una alegada desinversión. Sin embargo, los constantes tropiezos del sistema de protección internacional de inversiones que todavía no encuentra una respuesta apropiada a la necesidad de seguridad y certeza jurídica, tan necesarios para preservar los intereses privados a la vez que el *interés público*, exigen una mayor atención por parte de los Estados, particularmente, aquellos sobre los cuáles recaerá el peso de sus propias decisiones irrazonadas.

Autores

Pablo Menacho Diederich es abogado con Maestría en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Fue Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia, Ministro de Defensa Legal del Estado y Consejero de la Embajada de Bolivia ante el Gobierno de los Estados Unidos. Actualmente se desempeña como Sub-procurador de Defensa y Representación Legal del Estado. Las opiniones expresadas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor, y no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores o cualquier otra institución o entidad boliviana.

Notas

- 1 Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Relaciones Exteriores. (2013). *Memoria: Denuncia y renegociación de tratados internacionales para su adecuación a la Constitución Política del Estado*.
- 2 Estado Plurinacional de Bolivia. (1990). *Ley N° 1182, de 17 de septiembre de 1990*. Disponible en http://medios.economiayfinanzas.gob.bo/MH/documentos/LEY_1182_LEY_DE_INVERSIONES.pdf
- 3 Ratificada mediante la siguiente ley: Estado Plurinacional de Bolivia. (1994). *Ley N° 1588, de 12 de agosto de 1994*. Disponible en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/22122>
- 4 Bolivia, en ejercicio de su soberanía, denunció el Convenio mediante nota recibida por el Banco Mundial en fecha 2 de mayo de 2007. En aplicación del Artículo 71, Bolivia dejó de ser uno de los Estados Contratantes del Convenio el 3 de Noviembre de 2007.
- 5 Estado Plurinacional de Bolivia. (2006). *Decreto Supremo N° 28701, de 1° de mayo de 2006*. Disponible en http://medios.economiayfinanzas.gob.bo/VPC/documentos/decretos/DS_N%C2%BA_28701_NACIONALIZACION_HIDROCARBUROS.pdf
- 6 Procuraduría General del Estado. (2014). *Memoria institucional – Gestión 2014*, p 35. Disponible en <http://www.procuraduria.gob.bo/images/docs/Informepge2015.pdf>
- 7 Ver Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Economía y Finanzas. (2014, 21 de agosto). *Memoria de la Economía Boliviana 2013*. Disponible en http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?option=com_content&view=content&id=3299&id_item=646&seccion=269&categoria=1523
- 8 Quispe, A. (2015, 4 de febrero). Comité de reestructuración de la deuda es presidido por Bolivia. *La Razón*. Disponible en http://www.la-razon.com/economia/Eleccion-comite-reestructuracion-deuda-presidido-Bolivia_0_2211378864.html
- 9 Dicho principio lo encontramos inserto en la normativa de la Comunidad Andina (CAN), en la Decisión 24 (Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías) y en la Decisión 220 (Sustitución de las Decisiones 24 y conexas sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías). Disponibles en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>
- 10 Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). *Ley N° 516, de 4 de abril de 2014*. Disponible en <http://www.planificacion.gob.bo/marco-legal>. Ver Brauch, M. D. (2014, agosto). *Investment Treaty News Quarterly*, 5(3), 11–15. Disponible en http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_es.pdf
- 11 Estado Plurinacional de Bolivia. (2015). *Ley N° 708, de 25 de junio de 2015*. Disponible en <http://www.procuraduria.gob.bo/images/docs/LeyArbitraje.pdf>
- 12 *Id.*, artículo 4.
- 13 *Id.*, artículo 48.
- 14 *Id.*, artículos 54 y 55.
- 15 *Id.*, artículo 86.
- 16 *Id.*, artículo 67.
- 17 *Id.*, artículo 96(IV).
- 18 *Id.*, Título V.
- 19 Como ser: Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, No Discriminación, Libre Transferencia, Prohibición de Requisitos de Desempeño, Solución de Controversias, entre otros.

Salvaguardando el Desarrollo Sostenible: Financiación para el Desarrollo y el Régimen de Internacional de Inversiones

Peter Chowla

artículo 3



La naturaleza del debate sobre la gobernanza en la inversión internacional ha cambiado durante los últimos años. Si bien algunos especialistas están evaluando las posibles implicancias negativas de los acuerdos internacionales de inversión (AII) para el desarrollo sostenible, en los foros oficiales, durante las décadas pasadas el foco frecuentemente estaba en la mejor manera de proteger y alentar la inversión extranjera directa (IED). En la actualidad, especialmente debido a las negociaciones en curso de acuerdos de comercio e inversión mega-regionales, este tema se ha trasladado al debate político.

A fines de septiembre de 2015, los Jefes de Estado de las Naciones Unidas se reunieron para adoptar formalmente la **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**¹, incluyendo una serie de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (por sus siglas en inglés, SDGs). Estos objetivos, que conjugan de manera integrada la dimensión social, económica y ambiental del desarrollo sostenible, establecen una nueva visión del mundo.

Para alcanzar esta visión, los sistemas financieros internacionales deberán hacer su parte. Las negociaciones intergubernamentales concluidas en julio de 2015 en el marco de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Conferencia FfD) celebrada en Addis Abeba, Etiopía, indican que los gobiernos están buscando una nueva dirección, que incluye la reforma del régimen internacional de inversiones.

Políticas de inversión y desarrollo sostenible

Los países en desarrollo necesitan inversiones para alcanzar un nivel más alto de vida y para adoptar prácticas sostenibles. Sin embargo, la coherencia en sus políticas constituye un reto fundamental.

El ahorro y la inversión mundial son cuantiosos; el mercado de capitales intercambia trillones de dólares anualmente². Aun así, las áreas de prioridad pública, tales como los servicios básicos universales y la infraestructura no reciben suficiente inversión. Si bien, a menudo, las grandes economías pueden movilizar la inversión interna, generalmente las economías menores y más pobres no pueden hacerlo, y dependen de la financiación transfronteriza. Pese a la reforma en las inversiones en relación con el clima, la mayoría de los países aun reciben escasa inversión extranjera. El desarrollo sostenible también requerirá significativos cambios regulatorios y de políticas para dar forma a economías socialmente receptivas y ambientalmente sensibles.

El actual régimen internacional de inversiones ha sido sometido al escrutinio público por su incapacidad de arrojar resultados coherentes con el desarrollo sostenible. Canalizar la inversión conforme a las prioridades destacadas por los SDGs resultará muy difícil. Algunos formuladores de políticas creen que los AII y la promoción de las inversiones tienen un papel que desempeñar, particularmente para ayudar a los países menos avanzados a percibir una mayor inversión. Los AII pueden tener un impacto en la elección del emplazamiento de las

inversiones³, pese a que la evidencia es deficiente en cuanto a su efecto extensivo⁴. Sin embargo, también pueden limitar la capacidad de los países para destacar los sectores prioritarios, filtrando las inversiones de manera proactiva. También se ha reprochado que los AII generan un enfriamiento regulatorio y que reducen el espacio de políticas necesario en algunas áreas. La solución de controversias entre inversionista y Estado ha sido particularmente preocupante, ya que tiene efectos tanto regulatorios como fiscales.

La inversión en infraestructura sostenible y resiliente no es una cuestión que solo atañe a las Naciones Unidas. El G20 bajo la presidencia turca en 2015 ha priorizado la inversión, incluyendo la atracción de inversores institucionales (tales como los fondos de pensiones) para la financiación transfronteriza de infraestructura. El aumento progresivo de tales inversiones podría generar aún más presión sobre el régimen internacional de inversiones; los proyectos de infraestructura más sensibles, costosos y riesgosos podrían verse sometidos a cambios regulatorios, renegociación de contratos o a cambios de opinión política sobre la participación del sector privado⁵. El desarrollo de complejas estructuras financieras para atraer la inversión internacional a dichos proyectos podría ejercer aun más presión sobre el régimen que rige estas inversiones, dado que los cambios regulatorios y políticos podrían ser recusados por inversores extranjeros en virtud de las cláusulas contenidas en los AII.

Reconciliar los objetivos más importantes de la promoción/protección de las inversiones con el desarrollo sostenible requerirá mucho más trabajo. Con voluntad política, todavía hay posibilidades de alcanzar una mayor coherencia entre las aspiraciones de los inversionistas y las necesidades públicas.

Compromiso innovador

La Primera Conferencia sobre FfD, celebrada en Monterrey, México, en 2002, fue la primera reunión con categoría de cumbre patrocinada por la ONU donde se abordaron temas financieros y similares en relación con el desarrollo mundial. La misma fue organizada con la participación del Fondo Monetario Internacional (FMI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (por sus siglas en inglés, UNCTAD), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. La referencia que se hace en el documento de los resultados del **Consenso de Monterrey** a la inversión transfronteriza y los AII resulta habitual en esta era: “Las corrientes internacionales de capitales privados, en particular las de inversiones extranjeras directas, [...] constituyen un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo”⁶. También se instó a los países a tomar medidas especiales en “esferas prioritarias, como la política económica y los mecanismos de reglamentación para promover y proteger las inversiones” y se remarcó que “también pueden ser importantes otros mecanismos, como las asociaciones entre el sector público y el privado y los convenios de inversión”⁷.

En la Segunda Conferencia sobre FfD celebrada en Doha, Qatar, en 2008 se destacó nuevamente la importancia de la promoción de las inversiones: “Los tratados de inversión bilaterales pueden promover las corrientes privadas al aumentar para los inversores la estabilidad jurídica y la previsibilidad”. Si bien en la **Declaración de Doha** se alentó a los países que garanticen que estos tratados “tengan en cuenta la cooperación regional y multilateral”⁸, no se reconocieron los potenciales conflictos con los objetivos de desarrollo.

Sin embargo, para el 2015, los gobiernos se percataron de que los AII y otros objetivos de políticas deben ser coherentes. Durante el proceso preparatorio para la Tercera Conferencia sobre FfD, los co-facilitadores de las negociaciones (los Embajadores de Guyana y Noruega) lanzaron un documento de antecedentes identificando los siguientes retos⁹:

“[H]a habido una proliferación de tratados bilaterales,

regionales e interregionales de comercio e inversión. La preocupación por los impactos sociales (incluyendo los de género) y la estabilidad financiera y la sustentabilidad ambiental no ha sido tenida en cuenta en su totalidad en algunos de estos acuerdos, planteando cuestiones sobre su compatibilidad con los objetivos de desarrollo sostenible. Si bien las prácticas de comercio e inversión están siendo cada vez más integradas, el ambiente político aún se encuentra altamente fragmentado. [La traducción nos pertenece]⁹

En los meses siguientes, los co-facilitadores emitieron su tercer borrador de la Agenda de Acción Addis Abeba (la Agenda), el documento resultante de la conferencia, para su negociación entre los Estados Miembros. Se realizaron las siguientes propuestas principales¹⁰:

Llevaremos a cabo la negociación e implementación de acuerdos sobre comercio e inversiones de manera transparente, para garantizar que los tratados de comercio e inversión no limiten las políticas nacionales destinadas a reducir la desigualdad, proteger el medio ambiente y garantizar ingresos fiscales adecuados. Fortaleceremos las salvaguardias en los acuerdos de inversión, especialmente mediante una revisión apropiada de las cláusulas de solución de controversias entre inversionista y Estado (por sus siglas en inglés, ISDS), para garantizar el derecho a regular en áreas cruciales para el desarrollo sostenible, incluyendo la salud, el medio ambiente, empleo, infraestructura (incluyendo electricidad y transporte), seguridad pública, regulaciones macro prudenciales y estabilidad financiera. (La traducción pertenece a la traductora).

El lenguaje utilizado en el borrador demostró ser más ambicioso de lo que muchos países podrían acordar. Al final, la **Agenda** establece que¹¹:

El objetivo de proteger y alentar las inversiones no debe afectar nuestra capacidad para lograr objetivos de política pública. Nos esforzaremos por redactar los acuerdos sobre comercio e inversiones con las salvaguardias apropiadas a fin de no limitar las políticas y reglamentaciones nacionales en el interés público. Aplicaremos dichos acuerdos de manera transparente.

Este párrafo específico sobre AIs surge en el contexto de la sección introductoria que establece que: “Respetaremos el margen normativo y el liderazgo de cada país para poner en práctica políticas encaminadas a erradicar la pobreza y promover el desarrollo sostenible, en consonancia con las normas y los compromisos internacionales pertinentes”¹².

El lenguaje sobre AIs representa un compromiso intergubernamental innovador: todos los países del mundo, de manera consensuada al más alto nivel, reconocieron la necesidad de que los AIs no limiten otras políticas públicas. La presencia de 24 Jefes de Estado y sus delegados en la conferencia y más de 100 ministros más funcionarios de alto nivel de 174 países otorga mayor peso a los resultados de la misma.

Implementando el compromiso

La elaboración artesanal de “salvaguardias apropiadas” es un componente vital para determinar la manera en que la Agenda debería ser implementada. Todos los AIs nuevos ahora deberían incluir salvaguardias para la reglamentación en pos del interés público.

En concordancia con este razonamiento, la UNCTAD posee un programa de trabajo sobre la reforma de AI; su mandato fue confirmado específicamente en la Agenda; la versión actualizada del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (**Investment Policy Framework for Sustainable Development**) brinda orientación a los formuladores de políticas públicas sobre las opciones disponibles¹³ y el Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015 (**2015 World Investment Report**) brinda un mapa de ruta orientado a la acción para la reforma, con opciones de diseño de políticas nacionales, regionales y multilaterales¹⁴.

Además, la reforma de los AIs existentes está garantizada. Para junio de 2015, al menos 50 países o regiones están revisando o ya han revisado sus modelos de acuerdos y estrategias¹⁵. La revisión de tratados ya firmados, pese a ser muy trabajosa, no resulta imposible si se cuenta con la voluntad política necesaria. Esta tarea podría enfocarse en reformas fundamentales, tales como las cláusulas sobre el derecho a regular, la modificación de la solución de controversias relativas a inversión y el fortalecimiento de la función de promoción y facilitación de las inversiones.

La naturaleza intergubernamental del compromiso Addis Abeba también augura una mayor reforma. Anteriormente, es probable que las políticas de inversión, la regulación empresarial y la negociación de tratados hayan sido tratados en compartimentos cerrados. Sin embargo, está claro que se necesita coordinación entre los ministerios, tal como se requiere la coherencia mundial entre los objetivos sociales, ambientales y económicos. La inversión claramente constituye una prioridad para los Ministerios de Finanzas, y está siendo dirigida a los Jefes de Estado y los gobiernos a través del G20 y la FID. Los AIs ya no deberían pertenecer solo al ámbito de los Ministros de Comercio.

El seguimiento es parte fundamental de la Agenda, y la Organización de las Naciones Unidas todos los años celebrará un Foro sobre Financiación para el Desarrollo, de una semana de duración, para discutir su implementación. La siguiente reunión se llevará a cabo en abril de 2016 en Nueva York. Se trata de una oportunidad muy importante para llevar a cabo un debate intergubernamental más amplio sobre la reforma de AI.

Autor

Peter Chowla es Oficial de Asuntos Económicos de la Oficina de Financiación para el Desarrollo (Financing for Development Office) de las Naciones Unidas. El autor desea agradecer a Elizabeth Tuerk y a Shari Spiegel por sus comentarios y sugerencias. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen únicamente al autor y no necesariamente reflejan la opinión de la Organización de las Naciones Unidas. Texto traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

- 1 Naciones Unidas. (2015, 2 de agosto). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Extraído de http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85&Lang=S
- 2 Naciones Unidas. Asamblea General, Informe del Comité Intergubernamental de Expertos en Financiación del Desarrollo Sostenible. U.N. Doc. A/69/315 (15 de agosto de 2015). Extraído de http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/69/315
- 3 Véase, por ejemplo, Urata, S. (2015, mayo). Impacts of FTAs and BITs on the locational choice of foreign direct investment: The case of Japanese firms. *Research Institute of Economy, Trade and Industry (RIETI) Discussion Paper Series 15-E-066*. Extraído de <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/15e066.pdf>
- 4 Bellak, C. (2015, 13 de agosto). Economic impact of investment agreements. *Department of Economics Working Paper Series*, 200. Viena: WU Vienna University of Economics and Business. Extraído de <http://epub.wu.ac.at/id/eprint/4625>
- 5 La nota donde se resume la reunión de alto nivel sobre inversores institucionales celebrado en mayo de 2015 por el G20 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) describe la preocupación de los actuales inversores institucionales sobre los riesgos y la protección de las inversiones cuando invierten en infraestructura en mercados emergentes y países en desarrollo. Véase OECD. (Septiembre, 2015). *Summary of the G20/OECD/Singapore Ministry of Finance High-Level Roundtable on Institutional Investors and Long-Term Investment*. Extraído de <http://www.oecd.org/g20/meetings/antalya/G20-OECD-LTI-High-level-Roundtable-Singapore-May-2015-Discussion-Summary-G20-version.pdf>
- 6 Naciones Unidas. (2003). *Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo Consenso de Monterrey*, párrafo 20. Extraído de <http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/pdf/ACONF1983.pdf>
- 7 *Ibid.*, párrafo 21.
- 8 Naciones Unidas. (2008). *Declaración de Doha sobre la financiación para el desarrollo: Documento final de la Conferencia Internacional de seguimiento sobre la financiación para el desarrollo encargada de examinar la aplicación del Consenso de Monterrey*, párrafo 25. Extraído de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.212/L.1/Rev.1>
- 9 Naciones Unidas. (2015, 21 de enero). *Preparatory process for the 3rd International Conference on Financing for Development: Elements*, p. 7. Extraído de http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/01/FfD_Elements-paper_drafting-session.pdf
- 10 Naciones Unidas. (2015, 16 de marzo). *Zero draft of the outcome document of the Third Financing for Development Conference: Addis Abeba Accord*, párrafo 81. Extraído de <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/03/1ds-zero-draft-outcome.pdf>
- 11 Naciones Unidas. (2015). *Documento final de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo: Agenda de Acción de Addis Abeba*, párrafo 91. Extraído de <http://cooperacionib.org/N1521994.pdf>
- 12 *Ibid.*, párrafo 9.
- 13 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015). *Investment policy framework for sustainable development*. Extraído de http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT_POLICY_FRAMEWORK_2015_WEB_VERSION.pdf
- 14 UNCTAD. (2015, junio). *2015 World Investment Report*, p. 108. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf
- 15 *Ibid.*, p. 108.

Se da Inicio a Negociaciones de un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos

Joe Zhang

artículo 4



UN Photo by Jean-Marc Ferré

La sesión inaugural del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta para la Elaboración de un Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas (TNCOBES, por sus siglas en inglés) con respecto a los Derechos Humanos (el Grupo de Trabajo) marca el inicio de un proceso para negociar un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos.

La sesión tuvo lugar cuatro años después de que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptara los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs, por sus siglas en inglés), lo cuales han sido ampliamente aclamados como un estándar mundial en cuanto al vínculo entre los derechos humanos y las actividades empresariales. Los UNGPs establecen un marco basado en tres pilares: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a mecanismos de reparación para las víctimas de los abusos vinculados a las empresas. Sin embargo, a través de los años se ha planteado gran preocupación en relación con el tercer pilar de los UNGPs, especialmente sobre las limitaciones de las reparaciones disponibles debido a la naturaleza voluntaria de la iniciativa. En este contexto, Ecuador y Sudáfrica presentaron conjuntamente una propuesta ante el Consejo de Derechos Humanos para elaborar un instrumento vinculante con el fin de abordar este y otros temas relacionados, lo cual llevó a la adopción de la Resolución A/HRC/RES/26/9 (en adelante, la Resolución¹). En dicha Resolución se estableció un Grupo de Trabajo y se resolvió que los dos primeros períodos de sesiones “se consagren a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional”. Estas deliberaciones serán consideradas cuando se dé inicio a las negociaciones sustantivas en el tercer período de sesiones.

El progreso del Grupo de Trabajo en su primera sesión fue prometedor, especialmente considerando que la Resolución en sí misma fue adoptada por un modesto voto mayoritario del Consejo de Derechos Humanos, cuyos defensores fueron principalmente países en vías de desarrollo². Pese a que algunos Estados se rehusaron a participar en el proceso y otros se retiraron en medio del mismo, los Estados participantes, organizaciones internacionales, instituciones nacionales de derechos humanos y una amplia variedad de organizaciones de la sociedad civil llevaron a cabo debates constructivos e identificaron un número de temas clave fundamentales para dar forma al posible instrumento.

¿Por qué un tratado vinculante?

Los participantes acordaron que la contribución de los

UNGPs en el área de las empresas y los derechos humanos es innegable. Al mismo tiempo, la implementación de estos principios se encuentra inherentemente limitada por su naturaleza no vinculante. Algunos participantes alegaron que, una vez que un Estado se compromete a implementar las recomendaciones detalladas en los UNGPs, dicho compromiso podría traducirse en un instrumento jurídico vinculante aplicable a nivel nacional e internacional. Pero la mayoría de los participantes acordaron que, a fin de subsanar el vacío legal que existe entre lo que recomiendan los UNGPs y lo que aún no se exige en virtud del derecho nacional e internacional, resulta tanto necesario como lógico adoptar un enfoque multilateral y desarrollar un instrumento complementario internacionalmente vinculante, como una extensión de los UNGPs. Por ejemplo y como punto de partida, algunos participantes sugirieron que dicho instrumento vinculante podría crear una responsabilidad internacional por acciones u omisiones estatales que den como resultado violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas.

¿Cuál es la relación entre “empresas y derechos humanos” y “responsabilidad social empresarial?”

Los participantes remarcaron que los conceptos de “empresas y derechos humanos” (BHR, por sus siglas en inglés) y las “responsabilidades sociales empresariales” (CSRs, por sus siglas en inglés) a menudo son confusos, ya que ambos involucran actividades comerciales. Sin embargo, para algunos participantes, son inherentemente distintos: mientras que las CSRs son voluntarias y caritativas en naturaleza, los derechos humanos son obligatorios y no permiten la selección de derechos. Además, en la mayoría de los casos, las CSRs son llevadas a cabo únicamente a través de acuerdos con partes externas —comunidades, clientes, socios comerciales, etcétera—. Las obligaciones de derechos humanos, por otro lado, tienen un alcance mucho mayor y se aplican a la conducta de una empresa, no solamente a individuos externos a la empresa sino a relaciones dentro de la misma. Además, el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos exige el monitoreo y verificación —algo de lo cual la mayoría de las empresas carecen, incluyendo el reporte sobre la implementación de compromisos de CSR—. Muchos participantes marcaron un contraste entre esto y la naturaleza distintiva de BHR, que apoya la visión de que hace falta un tratado vinculante: pese a que los UNGPs brindan un buen punto de partida para que las empresas respeten los derechos humanos en sus operaciones, un instrumento jurídicamente vinculante ayudaría a establecer unas reglas de juego adecuadas en términos de acceso a vías de reparación para las víctimas del abuso de derechos humanos por parte de las empresas.

¿Qué empresas deberían estar cubiertas?

El mandato del Grupo de Trabajo limita el alcance del futuro instrumento a las empresas transnacionales y comerciales de carácter internacional, y excluye expresamente “a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”³. Algunos subrayaron que este mandato limitado refleja el compromiso asumido por los miembros del Consejo de Derechos con el fin de adoptar la Resolución. Pero otros sugieren que este mandato puede no resultar tan restringido como parece. Primero, a nivel operativo, actualmente muchas actividades de las empresas transnacionales son llevadas a cabo por varias empresas locales registradas conforme a diferentes leyes nacionales. Excluir a estos operadores locales de la cobertura del instrumento propuesto obviamente se opondría al propósito de dicho instrumento, así que parece lógico inferir que estas empresas locales también estarían cubiertas por el

instrumento vinculante debido a su carácter internacional. Además, la realidad actual de la cadena de abastecimiento mundial, la compleja estructura corporativa y los acuerdos contractuales también dan un indicio, discutiblemente, de que muchas empresas poseen carácter internacional.

Con el fin de definir estos TNCOBES, es decir, las empresas cubiertas por el instrumento propuesto, algunos sugieren que el Grupo de Trabajo debería adoptar alguno de los enfoques utilizados en el contexto del derecho internacional de las inversiones. Otros consideran que un factor importante sería el poder que tiene la entidad para influir en la toma de decisiones socio- políticas en relación con otros actores involucrados. Asimismo, otros propusieron enfocarse en el impacto de las operaciones y actividades en lugar de hacerlo en la forma en que dicha entidad fue establecida. En todo caso, todos los participantes acordaron que la definición de los TNCOBES es un tema complejo y es preciso tratarlo cuidadosamente en las negociaciones.

¿Qué derechos deberían estar cubiertos?

Las Naciones Unidas y sus Estados miembros durante mucho tiempo han reconocido que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí⁴. Aún así, durante los debates se plantearon cuestiones relativas a si algunos derechos podrían ser más importantes que otros, lo cual podría garantizar que el instrumento propuesto incluya algunos pero otros no. Por ejemplo, ¿el alcance del instrumento vinculante debería limitarse a ciertas violaciones flagrantes y sistemáticas o debería extenderse a todas las violaciones de derechos humanos? Los participantes parecen preferir un enfoque inclusivo. Sin embargo, tal como remarcaron algunos participantes, un asunto más importante es cuáles son las responsabilidades adecuadas impuestas a un infractor por el incumplimiento de algún derecho humano específico. En particular, preguntaron si el instrumento podría imponer responsabilidades disciplinarias, administrativas, civiles o penales por dichas violaciones; cuáles serían los estándares para aquellos que actuaron en complicidad o conspiración; y si los individuos privados también podrían ser declarados culpables por las violaciones cometidas por las empresas. En este contexto, los participantes también preguntaron si un futuro instrumento vinculante podría establecer la supremacía del derecho de los derechos humanos sobre otros órganos del derecho internacional.

La obligación de proteger del Estado: ¿Cuán lejos llega?

Los UNGPs han identificado la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos como su primer pilar. En este contexto, los participantes discutieron cuán lejos llegaría o debería llegar esta obligación.

¿Qué papel deberían jugar los Estados para garantizar que las empresas domiciliadas en su territorio no cometan o contribuyan a abusos de derechos humanos en el extranjero? ¿La obligación de proteger los derechos humanos incorpora una obligación proactiva de diligencia debida por parte del Estado? ¿Tal obligación requiere brindar acceso a mecanismos judiciales y no judiciales para las víctimas en el territorio del Estado donde las entidades corporativas se encuentran domiciliadas? Todos estos temas fueron planteados en este primer período de sesiones y precisan ser debatidos en mayor medida en negociaciones futuras.

¿Los TNCOBES deberían ser de responsabilidad directa conforme al instrumento propuesto?

Los participantes acuerdan que las empresas deben respetar los derechos humanos y deberían ser responsabilizados por las violaciones debido a sus actos u omisiones. Sin embargo, aún quedan preguntas sobre si estas obligaciones deberían ser aplicadas únicamente a través de obligaciones nacionales, en cuyo caso el instrumento propuesto sólo impondría a las partes una obligación de promulgar legislación nacional, o si dicho instrumento debería establecer la responsabilidad

internacional con respecto a los TNCOBES. La legitimidad de imponer la responsabilidad sobre entidades privadas a través de un instrumento de derecho internacional fue una preocupación planteada pero que finalmente fue rebatida en base a precedentes tales como la Convención sobre el Trabajo Marítimo, que claramente crea una responsabilidad bajo el derecho internacional para los propietarios de barcos privados. Varios participantes también propusieron un organismo permanente internacional para recibir y atender casos de abuso de derechos humanos por las empresas.

¿Qué mecanismos son necesarios para el acceso efectivo a vías de reparación significativas?

Hubo consenso entre los participantes de brindar a las víctimas acceso efectivo a vías de reparación significativas como el núcleo del instrumento propuesto. De hecho, se trata tanto del punto de partida como la meta final en la deliberación de un instrumento como tal, para complementar el tercer pilar de los UNGPs. Pero lograr este objetivo es una tarea desafiante. Estudios patrocinados por las Naciones Unidas indican que, en muchas situaciones, el sistema actual de recursos de derecho interno para la protección de los derechos humanos es “desigual, imprevisible, a menudo ineficaz y frágil”, lo cual resulta ser el primer obstáculo importante⁵. A fin de superar los desafíos, además de las reformas jurídicas necesarias a nivel local, los participantes también reconocieron el papel crucial de la cooperación internacional. Algunos sugirieron que el futuro instrumento debería establecer un marco institucional para facilitar las reformas jurídicas nacionales y promover la cooperación internacional entre las partes, especialmente en las áreas de aplicación de sentencias y actividades de capacitación.

El camino es largo pero promete ser gratificante

Tal como lo remarcaron algunos participantes en sus comentarios finales, este proceso intergubernamental es complejo, sensible y desafiante. Se subrayó que a las partes les llevará tiempo superar la brecha y encontrar una base en común, pero el resultado será gratificante y justifica tales esfuerzos. A fin de lograr un resultado positivo, los participantes acuerdan que solamente los esfuerzos de los diplomáticos no serán suficientes. La contribución de otros actores involucrados, tales como comunidades, empresas privadas y organizaciones de la sociedad civil, también es fundamental. Al final del primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo se comprometió a realizar consultas informales con varios actores involucrados antes de su segundo período de sesiones, que ocurrirá en 2016.

Autor

Joe Zhang es Asesor Jurídico del Grupo de Derecho y Políticas Económicas del IISD. El autor desea agradecer a Nathalie Bernasconi y a Kinda Mohamadieh por sus comentarios y sugerencias. Traducido al español por María Candela Conforti.

Notas

1 Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9 (14 de julio, 2014). Extraído de http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=23680

2 La Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue adoptada por una votación record de 20 sobre 14, con 13 ausencias. La votación fue de la siguiente manera:

A favor: Algeria, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Etiopía, India, Indonesia, Kazakstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Filipinas, la Federación Rusa, Sudáfrica, (República Bolivariana de) Venezuela, Vietnam.

En contra: Austria, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, República de Corea, Rumania, la ex República yugoslava de Macedonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América.

Se abstuvieron: Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Arabia Saudita, Sierra Leona, Emiratos Árabes Unidos.

3 *Id.*, nota 1.

4 G.A. Res. 66/151, *Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí y se refuerzan mutuamente*, U.N. Doc. A/RES/66/151 (13 de marzo de 2012). Extraído de <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/66/151>

5 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas y medidas prácticas para mejorar el acceso a las reparaciones de las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales*, U.N. Doc. A/HRC/29/39, párrafo 3. Extraído de http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=24900

noticias en breve

Experto Independiente de la ONU Alfred de Zayas recomienda la abolición del actual régimen de ISDS

En un informe que fue puesto en circulación el 5 de agosto de 2015, Alfred-Maurice de Zayas, Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, recomendó a los Estados la abolición del actual sistema de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés). El texto completo del informe se encuentra disponible en [documento A/70/285](#).

El experto sugiere el reemplazo del régimen de ISDS por un tribunal internacional en materia de inversiones, la solución entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia o el litigio ante tribunales nacionales respetando las normas de proceso debido establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Los acuerdos de inversión ya existentes deberían ser modificados o terminados según corresponda.

Zayas también recomienda la conducción de evaluaciones de los derechos humanos, la salud y el impacto ambiental antes y después de celebrar acuerdos de inversión. Además, insta a los Estados que supriman los delitos económicos, la especulación bancaria y la corrupción, y que adopten una convención jurídicamente vinculante que abarque la responsabilidad social empresarial.

Tribunal Internacional en materia de Inversiones propuesto por la Comisión Europea

El 16 de septiembre de 2015, la Comisión Europea publicó su [propuesta](#) sobre la Protección de las Inversiones y la Solución de Controversias relativas a Inversiones y el Sistema Judicial en materia de Inversiones. Si bien esta propuesta está dirigida principalmente a las negociaciones entre la Unión Europea y Estados Unidos para la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés), la propuesta reemplazaría el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) en todas las negociaciones de inversión de la Unión Europea presentes y futuras.

El sistema estaría compuesto por un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelaciones. Entre los elementos del texto se encuentran salvaguardias del derecho de los Estados a regular, la transparencia en los procedimientos y requisitos de alta calificación de los jueces. El mismo también prohibiría la elección de foros (*forum shopping*), procedimientos paralelos y reclamaciones frívolas. La Comisión espera aumentar la confianza en el sistema de solución de controversias incorporando en su propuesta los aportes recibidos a través de la [consulta pública sobre ISDS](#).

Después de discutirlo con el Consejo y el Parlamento Europeo, la Comisión presentará el texto propuesto a los Estados Unidos. También se ha comprometido a trabajar con otros países para el establecimiento de un Tribunal Internacional permanente en materia de Inversiones para reemplazar todos los mecanismos de ISDS en los acuerdos de comercio e inversión, tanto dentro como fuera del ámbito de la Unión Europea.

Se cierra trato sobre Asociación Transpacífica

El 5 de octubre de 2015, los ministros de comercio llegaron a un acuerdo sobre la Asociación Transpacífica (TPP, por sus siglas en inglés). El acuerdo de comercio e inversión incluye a países, que representan el 40 por ciento de la economía mundial: Australia, Brunei, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Publicado el 5 de noviembre, el texto está disponible en <http://www.tpp.mfat.govt.nz/text>. Se han establecido programas de reducción de tarifas para centenares de productos. La ronda final de negociaciones comenzó el 30 de septiembre en Atlanta, Estados Unidos, y se centró en los temas más políticamente delicados. Los

socios de la negociación finalmente llegaron a un acuerdo sobre temas que involucran a sectores tales como los desarrolladores de drogas biológicas, productores lácteos y auto productores. También se acordaron estándares mínimos en cuanto a temas ambientales, laborales, de propiedad intelectual y otros asuntos relacionados.

Tal como se informó en mayo en ITN, Australia indicó en uno de dichos textos que el mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) bajo el TPP no estaría disponible para ser utilizado por inversores australianos o en contra de Australia, excepto bajo “ciertas condiciones”. La publicación del texto final ayudará a aclarar cuáles salvaguardias contenidas en el mecanismo de ISDS dieron al Ministro australiano de Comercio e Inversión, **Andrew Robb**, la confianza suficiente para afirmar que “Australia podrá garantizar que las medidas de control de tabaco nunca serán recusadas”.

Negociaciones entre Unión Europea y Estados Unidos: ISDS en espera y gran controversia sobre propuesta filtrada de la Unión Europea para el capítulo sobre desarrollo sostenible; secretismo en negociaciones de TTIP aun generan preocupación

Del 19 al 23 de octubre de 2015, funcionarios de la Unión Europea y de Estados Unidos condujeron la 11^{ava} ronda de negociaciones del TTIP en Miami, Estados Unidos. El acuerdo, bajo negociación desde el 2013, pretende liberalizar el comercio y la inversión entre ambas partes, lo cual involucra a 850 millones de personas y más de la mitad de la economía mundial.

Los negociadores dicen que hubo un “sustancial progreso” en Miami, particularmente en la reconciliación de las diferentes posturas sobre tarifas y cooperación regulatoria. Los estándares de protección de las inversiones aún no fueron discutidos. Los negociadores de Estados Unidos insisten que el trato debe incluir un mecanismo de ISDS, lo cual sigue siendo un tema muy controvertido en el debate público, particularmente en Europa. La propuesta de la Unión Europea de instituir un tribunal de inversión aún no ha sido presentada en la mesa de negociaciones.

El 23 de octubre se filtró un borrador de la propuesta de la Unión Europea para el Capítulo de Comercio y Desarrollo Sostenible en **The Guardian**. En este periódico se criticó dicho texto por contener “sólo compromisos vagamente redactados y no vinculantes”, pese a **anteriores promesas de la Unión Europea** de “establecer altos niveles de protección ambiental y laboral”.

El secretismo en las negociaciones sigue generando gran preocupación. Publicar los principales textos bajo negociación —en el TTIP así como en otras negociaciones— constituye uno de los pilares de la nueva estrategia de la Comisión Europea, “Comercio para todos: Una política más responsable de comercio e inversión” (“*Trade for all: A more responsible trade and investment policy*”) publicada en inglés en octubre de 2015. Los políticos europeos esperan reciprocidad de sus contrapartes estadounidenses. En una **entrevista realizada el 28 de septiembre**, el Ministro francés de Comercio Exterior, Matthias Fekl, amenazó con retirar a Francia de las negociaciones del TTIP si los negociadores de EE.U.U. no se tornaban más transparentes.

Ambas partes están acelerando el ritmo de las negociaciones. Los funcionarios de Estados Unidos están ejerciendo presión para terminar el acuerdo antes del final de la presidencia de Barack Obama en enero de 2017, mientras que los funcionarios de la Unión Europea prevén que las negociaciones pueden extenderse por más tiempo. La siguiente ronda formal de negociaciones está programada para febrero de 2016.

laudos y decisiones

Tribunal del CIADI emite decisión provisional sobre reconvencción ambiental solicitada por Ecuador en controversia de larga data

Perenco Ecuador Limited v. República de Ecuador, Caso del CIADI No. ARB/08/6
Matthew Levine

Perenco Ecuador Limited (Perenco) —una compañía francesa de gas y petróleo— y la República de Ecuador han estado enfrentadas en un arbitraje desde 1998 en el marco del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Francia y Ecuador y algunos contratos de concesión. Un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) emitió una Decisión Provisional sobre la Reconvencción Ambiental (Decisión Provisional).

La Decisión Provisional incluye una invitación a las partes para que diriman los asuntos relativos a la controversia. El tribunal del CIADI criticó el testimonio de los peritos de ambos lados y sugirió que las partes recurran a un perito asignado por el tribunal. De esta manera, se rehusó a decidir inmediatamente sobre los asuntos planteados en la reconvencción, expresando en cambio su voluntad de hacerlo en el futuro, como parte de su decisión final.

Antecedentes

Perenco fue constituida conforme a las leyes de las Bahamas. La participación mayoritaria en Perenco se encontraba indirectamente en manos del Estado del perezido Hubert Perrodo, ciudadano francés. Perenco, junto con la compañía de gas y petróleo con sede en Texas (Burlington Resources), que posteriormente fue adquirida por el gigante internacional ConocoPhillips, invirtió en la operación de dos bloques de hidrocarburos a través de contratos de participación ecuatorianos.

Después de la transición política de Ecuador, Perenco fue sometida al pago de impuestos sobre ganancias extraordinarias de un 50 y un 99 por ciento. Después de la imposición del segundo gravamen, la compañía de petróleo estatal de Ecuador, Petroecuador tomó el control de las operaciones de los bloques. En abril de 2008, Perenco presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra Ecuador y Petroecuador. En su memorial de contestación de diciembre de 2011, Ecuador alegó que las acciones de Perenco resultaron en un daño ambiental significativo (solicitud de reconvencción ambiental) y constituyeron un incumplimiento del mantenimiento adecuado de la infraestructura de los bloques en buenas condiciones de funcionamiento (solicitud de reconvencción sobre la infraestructura).

En una Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad de septiembre de 2014, el tribunal confirmó una sentencia sobre jurisdicción en virtud tanto del TBI como de los contratos de participación. También declaró que Ecuador debía hacerse cargo del pago de compensación a Perenco conforme a los mismos instrumentos.

En la decisión de 2014 remarcó que las partes habían acordado la presentación de escritos y audiencias separadas sobre las solicitudes de reconvencción de

Ecuador. Dicho país alegó que Perenco había dejado una catástrofe ambiental y solicitó aproximadamente 2,5 mil millones de USD en compensación para la reparación necesaria. Perenco argumentó que su responsabilidad no excedía los 10 millones de USD. El tribunal emitió una Decisión Provisional al respecto.

Los peritos de las Partes estaban “efectivamente apuntando a diferentes objetivos”

Después de evaluar la evidencia sobre el caso, el tribunal se mostró convencido de que al menos se había producido una contaminación por la cual Perenco debía ser considerada responsable. Sin embargo, también remarcó que los testigos de cada una de las partes estaban “intentando obtener el mejor resultado para la parte que los instruyó, y que cruzaron los límites entre el análisis objetivo profesional y la representación de las Partes”. Asimismo, remarcó que era evidente que los peritos estaban “efectivamente apuntando a diferentes objetivos y esto ha dificultado mucho el trabajo de este Tribunal” (párrafo 581).

En este contexto, el tribunal concluyó que la única solución equitativa en relación con los problemas de contaminación sería que un nuevo perito examine las muestras existentes; y si estima que requieren remediación a la luz de todas las circunstancias pertinentes, Perenco, o su sucesora Petroamazonas, o ambas podrían ser declaradas responsables *prima facie* de los costos de tal remediación. Solo una vez que este y otros procedimientos hayan sido completados, las partes estarían en posición de llegar a una solución negociada o el tribunal estaría preparado para realizar una determinación final de todos los daños que Perenco debería pagar a Ecuador.

Se aplica régimen basado en la culpabilidad durante el período inicial de la inversión

Luego de haber revisado las presentaciones orales y escritas de las partes y los informes periciales, el tribunal ha llegado a diversas conclusiones en cuanto a la forma en que se planteó la reconvencción y el estado de las pruebas.

En cuanto a la “contaminación en exceso” de los estándares regulatorios que según se ha demostrado ocurrieron entre el 4 de septiembre de 2002 (cuando Perenco adquirió sus participaciones en los bloques) y el 19 de octubre de 2008 (cuando se promulgó la actual Constitución de Ecuador), el tribunal concluyó que debía aplicarse un régimen basado en la culpabilidad. Sin embargo, la responsabilidad por la “contaminación en exceso”, que según se ha demostrado ocurrió después del 20 de octubre de 2008, debería ser examinada sobre una base de responsabilidad objetiva, en conformidad con el régimen que rige el daño ambiental, establecido en la Constitución de 2008.

Tribunal resuelve relación entre regulaciones ambientales y los “valores de fondo”

El tribunal identificó la relación entre la Constitución de 2008 y las regulaciones ambientales nacionales como dos cuestiones primordiales, resolución que reducía la

necesidad de un análisis más profundo. Concluyó que la Constitución de 2008 era el marco jurídico supremo del Estado dentro del cual otras regulaciones específicas de las actividades hidrocarburíferas deben funcionar.

Ecuador había argumentado que su régimen regulatorio de hidrocarburos debería dar lugar a los “valores de fondo” encontrados en la Constitución, tales como la reparación integral de la contaminación. Después de considerar cuidadosamente los argumentos y la evidencia presentada, el tribunal concluyó que no podía aceptar este alegato aduciendo que, si bien nada impide al Ecuador promulgar regulaciones nuevas que sometan a los operadores petrolíferos a estándares ambientales más rigurosos, la Constitución de 2008 sola no puede sustituir tales regulaciones.

En principio, el tribunal también destacó la cuestión de si el régimen de responsabilidad objetiva contenido en la Constitución de 2008 podría ser aplicado a las actividades de Perenco antes del 2008. Habiendo concluido que esta Constitución no podría en sí misma establecer estándares técnicos, el tribunal decidió que debía recurrir a los estándares técnicos ecuatorianos según fueron promulgados el Estado ecuatoriano y tal como fueron aplicados “en la práctica” tanto antes como después de 2008.

Decisión reservada sobre la reconversión sobre infraestructura

Finalmente, el tribunal remarcó que lo más expeditivo y constructivo es que esta decisión sobre la reconversión principal se emita de forma tal que el perito sea seleccionado, designado e instruido en su encargo y luego se le permita poner manos a la obra. Asimismo, consideró que podría beneficiarse de la evidencia relativa a la operatoria de Perenco que se presentará en la fase del monto y estimó que sería mejor abordar este reclamo al tratar el tema del monto global.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por el Juez Peter Tomka (Presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, ciudadano eslovaco), Neil Kaplan (nominado por la demandante, nacional británico) y Christopher Thomas (nominado por la demandada, ciudadano canadiense). La Decisión Provisional sobre la Reconversión Ambiental del 11 de agosto de 2015 está disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC6492_Sp&caselId=C301. Traducido al español por María Candela Conforti.

Primer caso entablado ante el CIADI por inversionistas de la China continental desestimado por razones jurisdiccionales

Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, Caso del CIADI No. ARB/12/29 Joe Zhang

En un laudo del 30 de abril de 2015, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) desestimó una reclamación que según se cree es la primera presentada ante el CIADI por inversionistas de la China continental.

Antecedentes

En 2007, las demandantes —dos gigantes en el sector de seguros de la China continental— conjuntamente se convirtieron en el mayor accionista de Fortis Group, un grupo bancario y de seguros a nivel mundial, regulado por las autoridades de Bélgica, Holanda y Luxemburgo. A consecuencia de la crisis financiera de 2008, Fortis enfrentó un desafío crucial en cuanto a su liquidez. A fin de rescatar a Fortis, el gobierno belga implementó una serie de medidas que en efecto nacionalizaron la subsidiaria belga del grupo. Tal restructuración dio como resultado la disminución del valor de los activos de los entonces existentes intereses de los accionistas de Fortis (incluyendo los de las demandantes). Dado que las medidas no sacaron a Fortis de sus problemas, a principios de 2009 Bélgica vendió la subsidiaria belga a BNP Paribas, que supuestamente dio como resultado una pérdida significativa de la mayor parte de la inversión de las demandantes en Fortis Group.

Dos TBIs

La reclamación se basó en dos tratados bilaterales de inversión (TBIs): el TBI de 1986 entre la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo (BLEU, por sus siglas en inglés) y China, y el tratado bilateral de inversión entre BLEU con China de 2009 que reemplazó al anterior. Ambos TBIs contienen obligaciones sustantivas de protección y de trato equitativo así como las condiciones para la expropiación y la nacionalización. Sin embargo, la disposición de solución de controversias del TBI de 1986 era mucho más restrictiva que la del TBI de 2009. En particular, el TBI de 1986 otorgaba jurisdicción interna exclusiva a “todas las diferencias”; el arbitraje internacional sólo podría ser invocado para determinar el monto de compensación por expropiación. En comparación, el TBI de 2009 contiene una cláusula mucho más amplia para la solución de controversias, la cual dispone que el inversionista puede optar por presentar cualquier diferencia jurídica entre un inversionista de un Estado y el otro Estado a un arbitraje internacional ante el CIADI.

“El tribunal ha reconocido el riesgo de que determinadas diferencias, incluyendo la que se encuentra bajo cuestión en este caso, «podrían caer en una especie de ‘agujero negro’ o ‘vacío arbitral’ entre los dos TBIs».”

En octubre de 2009, dos meses después de la entrada en vigencia del TBI de 2009, las demandantes enviaron una notificación de controversia al gobierno belga citando el TBI de 1986. En 2012, las demandantes se comunicaron con dicho gobierno para confirmar que la carta de octubre de 2009 constituía una notificación de controversia conforme al TBI de 2009 y posteriormente presentaron una solicitud formal de arbitraje ante el CIADI basándose en la cláusula de arbitraje

contenida en el mismo TBI. Sin embargo, los méritos de la reclamación se basaron en su totalidad en las obligaciones sustantivas contenidas en el TBI de 1986 y los principios generales del derecho internacional.

Debates

Bélgica planteó un total de cinco objeciones jurisdiccionales. El tribunal no abordó las cuatro objeciones restantes dado que resolvió el caso en favor de Bélgica sobre su primera objeción — *ratione temporis*.

Bélgica alegó que la diferencia surgió antes de la entrada en vigor del TBI de 2009, que únicamente cubre la violación de ese tratado o de otros tratados existentes, y no incluye las obligaciones contenidas en el TBI de 1986 y los principios generales del derecho internacional sobre los cuales las demandantes se basaron para formular sus reclamaciones.

Después de examinar minuciosamente los fallos y laudos dictados anteriormente por tribunales internacionales sobre el principio de no retroactividad en el derecho internacional, el tribunal remarcó que el tema de la no retroactividad no resulta pertinente en este caso, ya que “la aplicación temporal de disposiciones jurisdiccionales es una cuestión aparte de la retroactividad de las disposiciones sustantivas” (párrafo 186); y “la aplicación de un nuevo mecanismo de solución de controversias a actos que pueden haber sido ilegales cuando fueron cometidos no es en sí misma una aplicación retroactiva del derecho” (párrafo 218).

Posteriormente, el tribunal se enfocó en la interpretación de la cláusula de arbitraje presente en el TBI de 2009, en particular, si cubre las diferencias previamente notificadas pero no sometidas a un proceso judicial o arbitral formal antes de su entrada en vigor. Basándose en los seis indicadores siguientes, el tribunal finalmente concluyó que las partes del tratado no pretendían que el TBI de 2009 cubriera estas diferencias.

Primero, el tribunal observó el “significado llano” de las disposiciones de arbitraje del TBI de 2009 y concluyó que se refería a diferencias futuras en lugar de diferencias que ya hayan surgido, dado que en el TBI de 2009 se utilizó el siguiente lenguaje: “[c]uando surja una controversia jurídica [...] cada parte de la controversia deberá notificar [...]” en lugar de decir “haya surgido” o “deberá haber notificado” (párrafo 224).

Segundo, el tribunal concluyó que en ninguna parte del preámbulo del TBI de 2009 se podría respaldar la postura de las demandantes, y se rehusó a remediar este vacío mediante una “interpretación creativa”.

Tercero, el tribunal remarcó que el TBI de 2009 cubría expresamente las inversiones anteriores pero no las diferencias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor.

Cuarto, pese a que en el TBI de 2009 se dejó claro que el mismo no se aplica a las controversias que ya se encuentren bajo un proceso judicial o arbitral antes de su entrada en vigencia, el tribunal rechazó el argumento de las demandantes de que esto daría respaldo a la inferencia de que aquellas diferencias anteriormente notificadas pero que aún no se encuentran bajo un

proceso judicial o arbitral estarían cubiertas.

Quinto, el hecho de que el TBI de 2009 sustituya y reemplace el TBI de 1986 no justifica la inferencia de que estas controversias “notificadas pero no expiradas” subsistieran en el TBI de 2009.

Finalmente, el tribunal observó el impacto potencial de permitir que la reclamación procediera, y expresó su preocupación por que las demandantes tuvieran acceso a un mecanismo significativamente más amplio de solución de controversias simplemente debido a la entrada en vigencia del TBI de 2009 sin el consentimiento expreso de las partes contratantes.

Decisiones Finales

Lamentablemente reconociendo el riesgo de que determinadas diferencias, incluyendo la que se encuentra bajo cuestión en este caso, “podrían caer en una especie de ‘agujero negro’ o ‘vacío arbitral’ entre los dos TBIs” (párrafo 207), el tribunal no obstante concluyó que ninguna parte del TBI de 2009 podría justificar la extensión de su cobertura a la solución de estas controversias. Sin embargo, el tribunal no descartó la posibilidad de que la demandante aún pudiera buscar otros remedios, incluyendo iniciar una nueva reclamación (ya sea entre inversionista y Estado o de Estado a Estado) bajo el TBI de 1986 por ministerio de su cláusula de supervivencia, o iniciar un procedimiento ante los tribunales nacionales de Bélgica.

El tribunal ordenó a las partes que compartieran los gastos del tribunal y del CIADI, y que cada una de las partes asumiera sus propias costas y gastos legales.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Lord (Lawrence) Collins de Mapesburty (Presidente designado por acuerdo de los co-árbitros, ciudadano británico), David A.R. Williams (nominado por las demandantes, ciudadano neozelandés) y Philippe Sands (designado por el demandado, ciudadano británico y francés). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4285.pdf>. Traducido al español por María Candela Conforti. La traducción al español de todas las citas pertenecen a la traductora.

Tribunal adopta ampliamente cálculo de daños por perito independiente en laudo de USD 405 millones otorgado a anteriores propietarios de empresa de servicios públicos argentina

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina, Caso del CIADI No. ARB/03/17; y AWG Group Ltd. v. República Argentina, CNUDMI Marquita Davis

En una decisión combinada del CIADI y de la CNUDMI con fecha del 9 de abril de 2015, el tribunal otorgó de manera unánime un total de USD 405 millones a las demandantes Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (AGBAR), Vivendi Universal S.A. (Vivendi) y AWG Group Ltd (AWG) por el incumplimiento de Argentina de su obligación de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) durante la crisis financiera de 2001.

Antecedentes y reclamos

Las demandantes poseían y manejaban la empresa argentina Aguas Argentinas S.A. (AASA), mediante un contrato de concesión de 30 años firmado con el gobierno argentino para prestar servicios de suministro de agua potable y desagües cloacales. En su Decisión sobre Responsabilidad de 2010, el tribunal concluyó que las medidas de emergencia tomadas por Argentina durante su crisis financiera en 2001 llevaron a AASA a la quiebra, pero pospuso la compleja cuantificación de las pérdidas declaradas por las demandantes.

Estas empresas inicialmente alegaron pérdidas que excedían los USD 1 mil millones, por daños relativos al pago de deudas a prestamistas multilaterales, la pérdida de intereses de participación en AASA, comisiones de gestión impagas e intereses de dividendos también impagos. A su vez, Argentina alegó que las demandantes tuvieron cero pérdida porque AASA iría a la quiebra por otras razones que no estaban relacionadas con las acciones de Argentina.

Tribunal desestima doble reparación

Argentina también argumentó que había un riesgo de doble reparación, dado que AASA ya había presentado una reclamación por ARS 2.487.600.000 (aproximadamente USD 260 millones) ante los tribunales argentinos. El tribunal determinó que no se estableció la doble reparación ya que los tribunales argentinos no otorgaron ninguna reparación a AASA hasta la fecha del laudo.

Estándar de compensación bajo el derecho internacional: compensación plena

Basándose en tres tratados bilaterales de inversión (TBIs) aplicables a este caso (el TBI entre Francia y Argentina, el TBI entre Argentina y España y el TBI entre Argentina y el Reino Unido), el tribunal determinó que el estándar jurídico para otorgar compensación por la violación de tratado por parte de Argentina debía basarse en los principios del derecho internacional. Debido a que las partes no se pusieron de acuerdo en cuanto a los principios que debían aplicarse, el tribunal decidió recurrir al derecho consuetudinario internacional.

Asimismo concluyó que Argentina, al no dispensar a las demandantes un trato justo y equitativo conforme a los tratados pertinentes, era responsable por actos ilegales de índole internacional. Como resultado, Argentina fue obligada a compensar a las demandantes por todo perjuicio ocasionado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales y “colocó a las Demandantes ‘en la situación que, según toda probabilidad, habría existido’ si Argentina no hubiera cometido sus actos ilegales” (párrafo 27). El tribunal observó el caso *Chorzów Factory*, y dictaminó que la compensación plena (*restitutio in integrum*) era el estándar del derecho consuetudinario internacional apropiado.

Daños valuados por un perito financiero independiente

Después de recibir el aporte de ambas partes, el tribunal designó a un perito financiero independiente, Akash Deep, para que valuara los daños. Se permitió a

cada una de las partes que presentara sus comentarios sobre el informe preliminar de Deep. Durante una audiencia posterior, las partes tuvieron la oportunidad de examinar el trabajo de Deep y que peritos financieros testificaran en su nombre.

Para determinar el valor de la inversión, el tribunal solicitó a Deep que primero identifique dicho valor *sin* las medidas tomadas por Argentina, y que luego lo calcule *con* dichas medidas, y que finalmente reste el segundo valor al primero y actualice el monto con la tasa de interés apropiada para colocar a las demandantes en la posición en la que habrían estado si Argentina no hubiera violado su obligación FET. El Deep creó un modelo económico de las operaciones de AASA tomando en cuenta varios factores, incluyendo condiciones económicas generales, condiciones laborales, costos operativos y cambios en tecnología que tendrían un impacto sobre la rentabilidad de la concesión de AASA.

El tribunal reconoció que la valuación de las pérdidas de las demandantes sería imprecisa, pero señaló que el derecho internacional no exige que el cálculo de daños se realice con absoluta certeza. Este cálculo solo debe colocar a la demandante en la posición que habría estado “según toda probabilidad” (párrafo 30) si Argentina no hubiera incumplido sus obligaciones.

Período de valuación: desde la fecha de violación hasta la fecha de expiración del contrato de concesión

Argentina alegó que el período de valuación debería abarcar desde 2002 (cuando ocurrió la violación) hasta 2006 (cuando terminó la concesión). Sin embargo, el tribunal acordó con las demandantes y el Deep que el período de valuación debía extenderse hasta el 2023, fecha de expiración de la concesión según el contrato; de lo contrario, un período de valuación menor “desapreciaría seriamente” las pérdidas de las demandantes.

Compensación por sumas pagadas para extinguir garantías de deuda

Las cuatro demandantes fueron otorgadas una compensación de USD 360.987.923 por las sumas pagadas a prestamistas multilaterales para extinguir las garantías de deuda, incluyendo intereses compuestos. El tribunal concluyó que el interés compuesto resultaba más efectivo que el simple para colocar a las demandantes nuevamente en la posición en la que “*actualmente* hubieran estado si el perjuicio no hubiese ocurrido” (párrafo 65). También citó las decisiones recientes de tribunales internacionales que han aplicado el interés compuesto al cálculo de daños y se refirió a las prácticas financieras y comerciales más comunes que aplican intereses compuestos al momento de calcular daños.

Asimismo, desestimó el alegato de Argentina de que las demandantes debían asumir el riesgo de decidir financiar a AASA con préstamos nominados en Dólares en lugar de hacerlo en Pesos. En cambio, el tribunal dictaminó que el hecho de que una inversión presente un riesgo no significa que no se encuentre protegida

por un tratado pertinente o por las normas de derecho consuetudinario internacional aplicables. Además otorgó a las demandantes USD 10,4 millones por multas impagas incurridas por AASA.

Compensación por comisiones de gestión

La demandante, Suez, fue otorgada la suma extra de USD 26.084.421 por comisiones de gestión impagas según el contrato de gestión con AASA desde 2018 a 2023; Deep determinó que durante este período la demandante habría contado con el suficiente flujo de caja para pagar las comisiones de gestión si Argentina hubiera dispensado a AASA un trato justo y equitativo. Este país se negó a otorgar comisiones de gestión porque consideró que las mismas eran el resultado de un convenio comercial, y que no se trataba de una inversión cubierta por el TBI pertinente. De esta manera, según Argentina, los reclamos surgidos del contrato no recaían dentro la jurisdicción del tribunal. El tribunal determinó que el contrato de gestión no era un convenio comercial común dado que el contrato de concesión requería que “al menos un inversor sustancial actuara como el operador de la Concesión” (párrafo 75).

Sin embargo, el tribunal se rehusó a otorgar a Suez las comisiones de gestión devengadas pero no pagadas en los años anteriores a 2001, cuando Argentina promulgó sus medidas de emergencia. Según el magistrado, el gobierno argentino no era responsable por la falta de pago de tales comisiones, y que un regulador razonable que enfrentara circunstancias difíciles durante una crisis financiera no habría asumido el pago de las mismas.

Compensación por la pérdida de valor de la inversión en AASA

Además también se otorgó a las demandantes la suma de USD 17.466.706 por la pérdida del valor de su inversión en AASA tal como lo determinó Deep, quien sacó un promedio de los resultados de los dos métodos de valuación: el Método de Valor Actual Ajustado y el Método de Flujo de Caja. El tribunal no otorgó a las demandantes el valor por dividendos impagos porque consideró que los mismos estaban incluidos en el valor de la participación de los accionistas en AASA.

Costos

Los costos de los casos de la CNUDMI y del CIADI fueron dictaminados por separado.

Según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, generalmente los costos son asumidos por la parte perdedora, pero el tribunal tiene la capacidad de considerar factores específicos a cada caso al momento de distribuir los costos. Dado que este caso involucra “muchos asuntos nuevos y complejos de hecho y de derecho” (párrafo 113), y que las demandantes solo ganaron con respecto a una violación reclamada (FET) y recuperaron mucho menos de lo que reclamaron, el tribunal decidió que resultaba apropiado no observar el principio general de que la parte perdedora deba asumir los costos. Así, ordenó

que la demandante AWG y Argentina asumieran sus propios gastos y que dividieran los costos del arbitraje.

En cuanto al caso del CIADI, las demandantes Suez, Vivendi y AGBAR así como la demandada Argentina también tuvieron que asumir sus propios gastos y dividir los costos del arbitraje por las razones antes mencionadas.

Las demandantes se comprometieron a no solicitar una doble reparación por cualquier pérdida otorgada y pagada en el presente arbitraje.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Jeswald W. Salacuse (Presidente designado por el CIADI, ciudadano de Estados Unidos), Gabrielle Kaufmann-Kohler (nominada por la demandante, nacional suiza) y Pedro Nikken (designado por la demandada, ciudadano venezolano). El laudo está disponible en inglés en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>. La Decisión sobre Responsabilidad de 2010 está disponible en: <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>. Traducido al español por María Candela Conforti.

Energorynok no posee ni controla actividad económica relacionada con la energía; se desestima caso del TCE contra Moldavia *State Enterprise “Energorynok” (Ukraine) v. The Republic of Moldova, Arbitraje V de la SCC (2012/175)* Martin Dietrich Brauch

Recientemente se publicó el laudo dictado el 29 de enero de 2015 por un tribunal del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. El mismo desestimó los reclamos presentados por la empresa estatal ucraniana, Energorynok, contra Moldavia en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) por falta de jurisdicción.

Antecedentes y reclamos

En febrero de 1995, los Ministerios de Energía de Ucrania y Moldavia celebraron un Acuerdo sobre la operación en paralelo de sistemas eléctricos (en inglés, *Agreement on the Parallel Operation of the Energy Systems, APO*), cuyo desempeño fue encargado a dos empresas estatales: Ukrenergo de Ucrania y Moldtranselectro de Moldavia.

En octubre de 1998, ocurrió la transmisión de un excedente de electricidad de 50.000.000 de kWh de Ucrania a Moldavia; conforme al APO, este excedente dio lugar a la obligación de Moldavia de compensar a Ucrania por una suma de USD 1.662.297,81. El crédito de Ucrania fue transferido de Ukrenergo a la demandante, la empresa estatal ucraniana, Energorynok, establecida en mayo de 2000.

Luego de intentar obtener el pago de Moldtranselectro durante cinco años sin tener éxito; en 2002, Energorynok inició un juicio contra el Ministerio de Energía de Moldavia. Este juicio dio como resultado un fallo del Tribunal Económico de Kiev, con fecha del 25 de diciembre de 2002, según el cual se ordenó al Ministerio de Energía de Moldavia el pago de USD 1.745.412,71 a Energorynok más los gastos del litigio.

Dado que los esfuerzos de Energorynok para hacer cumplir el fallo de 2002 también fracasaron, en diciembre de 2012 esta empresa inició un arbitraje contra Moldavia en virtud del TCE. En particular, alegó que su reclamo de dinero según el fallo de 2002 constituía una inversión conforme al TCE y que, al no cumplir con el mismo, Moldavia expropió dicha inversión y violó el estándar de trato justo y equitativo contenido en el TCE. Asimismo, solicitó compensación por la suma determinada en el fallo de 2002, más intereses, más los gastos del arbitraje y las costas judiciales.

Moldavia objeta jurisdicción; Energorynok insiste en que tenía una “inversión” conforme a la CTE.

De acuerdo con el tribunal, Moldavia objetó la jurisdicción del mismo alegando que el fallo judicial de 2002 de Kiev había sido “obtenido ilegal y fraudulentamente” y que, por lo tanto, no merecía la protección del TCE, y, que aún si ese fuera el caso, Energorynok no cumplía con los criterios necesarios para presentar una reclamación en virtud del TCE (párrafo 77).

El tribunal explicó que si Energorynok había obtenido el dictamen de 2002 ilegal y fraudulentamente era una cuestión de méritos. Dejando ese asunto de lado, procedió a observar si tenía jurisdicción, analizando si Energorynok poseía una “inversión” conforme al TCE.

Basándose en la decisión de “inversión” contenida en el Artículo 1(6) del TCE, Energorynok argumentó que su inversión era un reclamo de dinero o el derecho a ser compensada por el exceso de electricidad transmitida, y que su reclamación o derecho constituía un activo relacionado con la energía con un valor económico. La demandante recurrió al caso *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, donde se concluyó que un contrato, un fallo judicial y un reclamo de dinero concerniente a la venta de gas condensado constituían “inversiones” según el TCE.

“ Para que el reclamo de dinero calificase como una ‘inversión’ bajo el Artículo 1(6)(c) del TCE, el inversor también debía tener propiedad, control o un interés financiero en la ‘inversión’ (la actividad económica relacionada con la energía) con la cual se relacionaba el reclamo. ”

Tribunal observa los casos de Petrobart y Electrabel para aclarar definición circular de “inversión”

Al interpretar si Energorynok poseía una inversión o no, el tribunal observó principalmente los casos de *Petrobart* y *Electrabel c. Hungría*, entablados conforme al TCE. Ambos tribunales remarcaron el lenguaje ambiguo y poco claro del Artículo 1(6)(c) del TCE. Al referirse a “créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión”, la disposición define una “inversión” recurriendo a

una referencia al término “inversión” — una definición circular que presenta problemas de lógica.

El tribunal del caso *Petrobart* concluyó que, dado que el gas condensado vendido era un material energético calificaba como una “inversión”, el derecho de la demandante a ser compensada por este gas condensado también estaba cubierto por el término “inversión”. El tribunal de *Electrabel* indicó que interpretar el Artículo 1(6)(c) del TCE dependía de una evaluación general de la inversión.

Energorynok no puede demostrar propiedad y control de actividad económica relacionada con energía

Aplicando estas interpretaciones al presente caso, el tribunal señaló que la demandante, a diferencia de *Electrabel*, no “era un accionista de una entidad directa o indirectamente involucrada en las actividades económicas subyacentes”. Además, afirmó que Energorynok, a diferencia de *Petrobart*, no tenía “el pleno control de sus propias ventas y entregas” y que no era “una parte plena del contrato de venta y entrega” (párrafo 86).

El tribunal coincidió con Energorynok en que “el Artículo 1(6) del TCE requería que el inversor poseyera o controlara el activo” (párrafo 89). Sin embargo, el magistrado interpretó que, para que el reclamo de dinero calificase como una “inversión” bajo el Artículo 1(6)(c), el inversor también debía tener propiedad, control o un interés financiero en la “inversión” con la cual se relacionaba el reclamo, es decir, la actividad económica subyacente relacionada con la energía de la cual surgió eventualmente la reclamación.

Señalando que Energorynok no era parte del APO y, por ende, no tenía derecho, obligación o un papel bajo el APO, el tribunal concluyó que la demandante, aun cuando poseyera o controlara un reclamo de dinero, no tenía la propiedad, control o interés en la “inversión” relacionada con la reclamación — la transmisión de electricidad a Moldavia. Asimismo, el tribunal dictaminó que el reclamo de dinero de Energorynok no constituía una “inversión” según el TCE y desestimó el caso por falta de jurisdicción.

De esta manera, ordenó a las partes que dividieran los gastos del arbitraje en partes iguales, y cada una debió asumir sus propias costas judiciales y otros gastos.

Notas: El tribunal de la SCC estuvo compuesto por Nancy B. Turck (Presidenta designada por el Instituto de Arbitraje de la SCC), Joseph Tirado (nominado por la demandante) y Rolf Knieper (designado por la demandada). El laudo está disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6299.pdf>. Traducido al español por María Candela Conforti. La traducción al español de todas las citas pertenecen a la traductora.

Autores

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

Marquita Davis es Geneva International Fellow de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan y contribuidora del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

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

Joe Zhang es consejero de Derecho del Programa de Inversión para el Desarrollo Sustentable del IISD.

recursos y eventos

Recursos

El Derecho de los Acuerdos de Inversión

Por *Jeswald Salacuse*, Publicado por *Oxford University Press*, Julio de 2015

En este libro se examina el derecho de los acuerdos internacionales de inversión, específicamente en relación con sus orígenes, estructura, contenido y efecto así como su impacto en los inversores y la inversión internacional, y en los gobiernos que son parte de los mismos. Desde la publicación de la primera edición, en 2010, esta rama del Derecho ha experimentado bastante crecimiento pero también ha generado gran controversia. En el año 2011 se observó el mayor número de arbitrajes iniciados en virtud de tratados de inversión hasta la fecha; en julio de 2014, el caso *Yukos v. Rusia* culminó con un laudo record de más de US\$ 50 mil millones. La controversia ha rodeado principalmente la solución de diferencias entre inversionista y Estado, donde, hasta ahora, al menos 98 Estados se han visto involucrados como demandados. Salacuse logró capturar estos acontecimientos, examinando el crecimiento significativo de estos tratados, así como las tendencias que estos han seguido y sus efectos sobre el contenido y la evolución del Derecho. La nueva edición incluye un capítulo adicional sobre las consecuencias de la violación de tratados y la determinación de daños en controversias entre inversionistas y Estados. También cubre todos los acuerdos y tratados de libre comercio negociados desde la primera edición, y analiza las tendencias de la negociación de este tipo de acuerdos. Disponible en: <https://global.oup.com/academic/product/the-law-of-investment-treaties-9780198703976>

Financiando la Agricultura: Cómo aumentar las oportunidades en los países en desarrollo

Por *Marina Ruete*, Publicado por *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, Septiembre de 2015

Este documento de políticas explora las necesidades financieras de la agricultura en los países en desarrollo y los instrumentos disponibles para abordar estas necesidades. Examina los desafíos del financiamiento de las inversiones agrícolas, el papel de diferentes actores y las opciones que tienen los gobiernos para fortalecer el ambiente jurídico y político del sistema financiero para apoyar el desarrollo agrícola. En este libro se argumenta una historia exitosa de financiamiento agrícola requiere una combinación de buenas leyes, un sector financiero especializado y negocios rentables de pequeños y grandes productores y empresas dedicadas al sector agrícola. El gobierno puede ser proactivo y promover y generar conciencia sobre leyes y regulaciones mediante instrumentos financieros. Asimismo, la reglamentación y programas para atraer el financiamiento deben ser realistas en cuanto a las características del sector y la viabilidad y tasa de rendimiento. Finalmente, las regulaciones financieras deben ir más allá del desarrollo económico y considerar, entre otros, la seguridad alimentaria, la reducción de la pobreza e integrar a los grupos marginados. Disponible en: <https://www.iisd.org/publications/financing-agriculture-how-boost-opportunities-developing-countries>

Proporcionalidad y Deferencia en el Arbitraje entre Inversionista y Estado: Equilibrando la protección de las inversiones y la autonomía regulatoria

Por *Caroline Henckels*, Publicado por *Cambridge University Press*, Octubre de 2015

En este estudio se examina la manera en que los tribunales de inversión han equilibrado los intereses de los Estados receptores con los de los inversores extranjeros al determinar la culpabilidad estatal en controversias que involucran el ejercicio del poder público. Propone una nueva metodología, combinando el análisis de proporcionalidad con un enfoque institucionalmente sensible a las normas de revisión, a fin de alcanzar decisiones más consecuentes y coherentes y una mayor certeza, y para salvaguardar la autonomía regulatoria de los Estados. Disponible en: <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/public-international-law/proportionality-and-deference-investor-state-arbitration-balancing-investment-protection-and-regulatory-autonomy>

Anuario sobre Derecho y Política Internacional de las Inversiones, 2013-2014

Por *Andrea K. Bjorklund*, Publicado por *Oxford University Press*, Septiembre de 2015

Esta publicación anual brinda una descripción general de las recientes tendencias y principales temas de Derecho y las políticas internacionales de inversión. Los tópicos cubiertos incluyen la proporcionalidad, las normas de revisión en el arbitraje de inversión, el concepto de expectativas legítimas, la protección de

inversores y la libertad regulatoria, la interacción jurisprudencial entre los tribunales del CIADI y la Corte Internacional de Justicia, la incoherencia entre laudos y el papel de la interpretación y la defensa estatal. Disponible en: <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780190265779.do>

TLCAN y Desarrollo Sostenible: Historia, experiencias y posibilidades de reforma

Por *Hoi Kong y Kinvin Wroth* (editores), Publicado por *Cambridge University Press*, Agosto de 2015

En este libro se evalúa el estado actual de la protección ambiental bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), y se describe el alcance y proceso de ambos acuerdos, su impacto en diferentes asuntos ambientales y vías de reforma. Disponible en: <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/environmental-law/nafta-and-sustainable-development-history-experience-and-prospects-reform>

Transparencia en el Arbitraje Internacional de Inversiones: Guía para el Reglamento de Transparencia de la CNUDMI en el Arbitraje entre Inversionista y Estado relativo a un Tratado

Por *Dimitrij Euler, Markus Gehring y Maxi Scherer* (editores), Publicado por *Cambridge University Press*, Agosto de 2015

En este análisis profundo de comentarios se analiza cada párrafo del Reglamento de Transparencia de la CNUDMI (o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y se explica el debate subyacente en un contexto más amplio. Disponible en: <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/transparency-international-investment-arbitration-guide-uncitral-rules-transparency-treaty-based-investor-state-arbitration>

Eventos en 2015

16 a 18 de noviembre

9^{NO} FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO, IISD, Gobierno de Brasil y Centro Sur, Río de Janeiro, Brasil, <https://www.iisd.org/investment/dci>

16 a 18 de noviembre

4^{TO} FORO ANUAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Forum/Pages/2015ForumBHR.aspx>

23 a 26 de noviembre

17^{MA} CONFERENCIA Y EXHIBICIÓN DE ÁFRICA SOBRE COMERCIO Y FINANZAS EN EL ÁREA DE PETRÓLEO, GAS Y MINERÍA: INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y CREACIÓN DE EMPLEOS SOSTENIBLES, UNCTAD y el Gobierno de Sudán, Khartoum, Sudán, <http://cubicglobe.com/ogtafrica/en>

26 de noviembre

CIADI A LOS 50: LA EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y Xi'an Jiaotong University, Xi'a, China, <http://event.31huiyi.com/113990510>

4 a 5 de diciembre

ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA DE COMERCIO E INVERSIÓN (TTIP): PERSPECTIVA DE LA UE SOBRE GOBERNANZA ECONÓMICA GLOBAL, Europa Institute y la Facultad de Gobernanza y Asuntos Globales de la Universidad de Leiden, Leiden, Países Bajos, <http://law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/ttip/ttip-2015.html>

11 de diciembre

32^{NO} COLOQUIO CONJUNTO SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL: MODERNIZACIÓN DEL ARBITRAJE- NUEVOS ENFOQUES PARA CONSTANTES DESAFÍOS, CIADI, Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Washington, DC, Estados Unidos, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/32nd%20JointColloquium2015-Agenda.pdf>

14 a 15 de diciembre

FORO SOBRE CRECIMIENTO ECOLÓGICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE 2015- DANDO LUGAR A LA PRÓXIMA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: SISTEMAS INNOVADORES PARA EL CRECIMIENTO ECOLÓGICO, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), París, Francia, <http://www.oecd.org/greengrowth/ggsd-2015.htm>



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: https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

International Institute for Sustainable Development
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