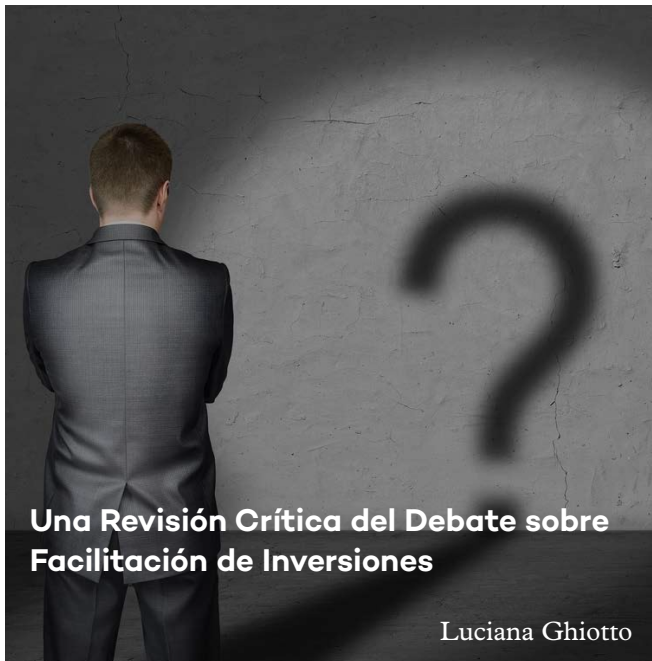




UN BOLETÍN EN LÍNEA SOBRE DERECHO Y POLÍTICAS DE INVERSIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO SUSTENTABLE

NÚMERO 3. TOMO 9. OCTUBRE 2018



Una Revisión Crítica del Debate sobre Facilitación de Inversiones

Luciana Ghiotto



Reformar los Tratados de Inversión: ¿Importa el diseño de los tratados?

Tarald Laudal Berge y Wolfgang Alschner



La Nueva Ley de Inversiones Egipcia: Ojos puestos en la sostenibilidad y la facilitación

Moataz M. Hussein



Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Carlos Lopez

Derecho Internacional de las Inversiones y Desarrollo Sostenible: Principales casos de los años 2010 E-book IISD editado por Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Dietrich Brauch





Contenido

ARTÍCULO 1 Una Revisión Crítica del Debate sobre Facilitación de Inversiones.....	4
ARTÍCULO 2 Reformar los Tratados de Inversión: ¿Importa el diseño de los tratados?.....	7
ARTÍCULO 3 La Nueva Ley de Inversiones Egipcia: Ojos puestos en la sostenibilidad y la facilitación.....	11
ARTÍCULO 4 Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos.....	14
FEATURED E-BOOK	18
Derecho Internacional de las Inversiones y Desarrollo Sostenible: Principales casos de los años 2010	18
NOTICIAS EN BREVE	19
TLCAN 2.0 finalizado, ahora anunciado como USMCA: México y Estados Unidos acuerdan limitar la cláusula ISDS; Canadá retira la ISDS después de un período ventana de tres años.....	19
Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continúa el debate sobre posibles reformas multilaterales de ISDS.....	19
Gobierno de Canadá lanza consulta sobre los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), abierta hasta el 28 de octubre de 2018	20
Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos celebra 4ta sesión del 15 al 19 de octubre de 2018	20
Más de 300 legisladores de Estados Unidos apoyan firmemente los esfuerzos del USTR para eliminar la ISDS del TLCAN.....	20
Textos publicados revelan correcciones menores en la cláusula de ISDS del TLC entre Estados Unidos y Corea del Sur.....	21
Se limita el ámbito de aplicación de ISDS en RCEP; negociadores pretenden concluir a fines de 2018.....	21
Partido Laborista australiano ya no se opone al CPTPP, promete eliminar la ISDS bilateralmente	21
LAUDOS Y DECISIONES	22
Tribunal del CIADI dictamina que Croacia violó las obligaciones de expropiación bajo el TBI entre Austria y Croacia.....	22
Tribunal del CIADI emite laudo determinando que España violó Tratado sobre la Carta de la Energía	24
Se otorgan EUR 18 millones a inversor chipriota por expropiación y violación de trato nacional y TJE.....	25
La República Checa elude otra demanda en relación con su programa de energías renovables.....	27
Tribunal del CIADI otorga compensación por confiscación de buques para generación de energía, y desestima contrademanda de Pakistán	29
Tribunal de la CPA declara a India responsable por expropiación ilícita y violación de TJE bajo TBI entre India y Mauricio	31
RECURSOS Y EVENTOS	34

INVESTMENT TREATY NEWS

International Institute for the Sustainable Development
International Environment House 2
9, Chemin de Balexert, 5th Floor
1219, Châtelaine, Geneva, Switzerland

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

Directora del Grupo de Derecho y Políticas Económicas
Nathalie Bernasconi

Traductora, edición en francés
Isabelle Guinebault

Redactor
Martin Dietrich Brauch

Traductora, edición en español
María Candela Conforti

Redactora, edición en francés
Suzy Nikiéma

Design (PDF)
PortoDG

Redactora, edición en español
Marina Ruete



LISTA DE ABREVIATURAS

AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global
AII	Acuerdo Internacional de Inversión
APP	Asociación Pública-Privada
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
CAO	Comunidad de África Oriental
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Comisión Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CJE	Corte de Justicia Europea
CJUE	Corte de Justicia de la Unión Europea
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
Convención del CIADI	Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPTPP	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión Extranjera Directa
IISD	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
ISDS	Solución de Controversias Inversionista-Estado
ITN	Investment Treaty News
NMF	Nación Más Favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODS	Objetivo de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Mundial del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
RCEP	Asociación Económica Integral Regional
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
SADC	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SCC	Cámara de Comercio de Estocolmo
STI	Sistema de Tribunales de Inversiones
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TMI	Tribunal Multilateral de Inversiones
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo



ARTÍCULO 1

Una Revisión Crítica del Debate sobre Facilitación de Inversiones

Luciana Ghiotto



El debate sobre facilitación de las inversiones (FI) es relativamente nuevo, aunque se ha intensificado desde que Brasil, Argentina, Rusia y China, entre otros, impulsaron este tema en el ámbito multilateral¹. Estos países presentaron propuestas durante 2017 para que la FI fuera incluida en la 11va Conferencia Ministerial de la OMC, pero finalmente otros países como Estados Unidos, Sudáfrica, India y los países ALBA (Bolivia, Cuba y Venezuela) bloquearon su inclusión. Por su parte China la impulsó en el proceso de organización del G20 en Hamburgo (2017), pero allí también fue bloqueada².

La FI es un término laxo e impreciso. Engloba acciones regulatorias, roles institucionales y procedimientos administrativos con el fin de facilitar la entrada, operación y salida de los inversores. No existe una definición común ni un listado determinado de reglas para facilitar las inversiones. Hasta ahora, la FI aparece como un cúmulo de principios como “transparencia”,

“consistencia” y “previsibilidad”, cuyo objetivo es la modificación de ciertas regulaciones nacionales con el fin de hacer más simple la circulación de las inversiones. Aquí argumentaremos que estos conceptos constituyen un mecanismo que opera al interior de los procesos regulatorios domésticos, lo cual implica no sólo un conjunto de cláusulas sobre el trato que se le debe dar a los inversores extranjeros, como en los tratados de inversión tradicionales, sino que aquí el foco está puesto sobre los procesos para la elaboración de reglas y legislaciones que afectan directamente al inversor.

Es por ello que, mismo si la FI no ha avanzado en algunos foros³, se trata de un tema que ha llegado para quedarse. La FI incluye un eje que ha sido impulsado con intensidad en los últimos años, que es la tendencia a la simplificación de los trámites administrativos y, especialmente, de los procesos regulatorios para los inversores extranjeros y operadores económicos, con el fin de alivianar la carga regulatoria. En otras palabras, el centro de esta propuesta es la reducción de los costos de operación para los inversores extranjeros, lo cual se lograría mediante la transformación de los procesos administrativos internos. Este fue también el eje de la discusión al interior de la OMC sobre facilitación del comercio, que implica, entre otras cosas, la facilitación, modernización y armonización de los procedimientos de exportación e importación a través de, por ejemplo, medidas para la cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras.

Pero además de la facilitación administrativa para los inversores, en todas las propuestas presentadas en los foros globales (así como en la que impulsa la OCDE⁴), se han incluido mecanismos que son parte fundamental de la cooperación reguladora, como el término “transparencia”. En este debate, las partes interesadas de la inversión extranjera, sean privadas u otros Estados,

¹ Las propuestas al Consejo General de la OMC son: Rusia: [JOB/GC/120](#) (31 de marzo de 2017); México, Indonesia, Corea, Turquía y Australia (MIKTA): [JOB/GC/121](#) (6 de abril de 2017); Friends of Investment Facilitation for Development (FIFD): [JOB/GC/122](#) (26 de abril 2017); China: [JOB/GC/123](#) (26 de abril de 2017); Argentina y Brasil: [JOB/GC/124](#) (26 de abril de 2017); Brasil: [JOB/GC/169](#) (1er de febrero 2018). Véase Zhang, J. (2018). *Investment Facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation-making-sense-concepts-discussions-and-processes>

² Ver Ghiotto, L. (2017) *La negociación sobre reglas de facilitación multilateral de las inversiones*. Documento de Trabajo, Transnational Institute (TNI). Extraído de <https://www.tni.org/es/publicacion/la-negociacion-sobre-reglas-para-la-facilitacion-multilateral-de-las-inversiones>

³ Third World Network. (2018, 30 de julio). WTO investment facilitation & technical assistance activities deferred., *TWN Info Service on WTO and Trade Issues* (Jul18/24). Extraído de <https://www.twn.my/title2/wto.info/2018/ti180724.htm>

⁴ OCDE. (2015). *OECD guiding principles for regulatory quality and performance*. Extraído de <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>



tendrían la posibilidad de participar en el proceso de elaboración de nuevas regulaciones que se vinculen con la inversión extranjera. Esto implica un alto riesgo de que se reduzcan los estándares sociales, medioambientales y de derechos humanos a partir de la presión del sector privado⁵, en su búsqueda por reducir los costos de operación y ampliar su margen de acción al interior de los territorios nacionales.

La cooperación reguladora: El corazón del debate sobre facilitación de las inversiones

La FI no detalla un sistema de protección para las inversiones, pero sí establece una serie de cambios que los Estados deben realizar, tanto de sus procedimientos administrativos como de sus regulaciones en torno a las inversiones extranjeras. Bajo el término de FI encontramos un nuevo modo de la cooperación reguladora que implica la tendencia a la *homogeneización y compatibilización* de los sistemas y procesos regulatorios. Entonces, el foco está puesto no sobre las reglas en sí mismas, sino sobre los procesos administrativos para producir dichas reglas. Se trata de minimizar futuras barreras regulatorias a través del establecimiento de procedimientos conjuntos⁶.

La transparencia implica que los Estados den a conocer leyes, regulaciones, decisiones judiciales y reglamentos administrativos que tengan que ver con la inversión extranjera. También deben establecer un registro de leyes y regulaciones que afecten la inversión.

El instrumento de la cooperación reguladora ya fue incorporado en los nuevos acuerdos mega-regionales como el Tratado Transpacífico (CPTPP) y el Tratado Transatlántico (TTIP), así como también en el TLC entre la Unión Europea y Canadá (CETA). También aparece en el proceso de convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR, como el TLC firmado entre Argentina y Chile, bajo el título de “Obstáculos

Técnicos al Comercio”⁷. También ha sido impulsado por la Comisión Juncker en la Unión Europea desde 2013 bajo el título de “*Better Regulation*”. Este tema es vincula directamente con lo que la OCDE considera como las “buenas prácticas regulatorias”, cuyos principios son: transparencia, consulta, estudios de impacto y maximización de beneficios.

Varios de estos principios aparecen también en las

La facilitación de inversiones es un término laxo e impreciso. No existe una definición común ni un listado determinado de reglas para facilitar las inversiones.

propuestas de FI presentadas en la OMC en 2017, que señalan que la cooperación reguladora es el instrumento más potente dentro de esta discusión. Se trataría de un conjunto de principios comunes para que los inversores cuenten con un marco “estable, predecible y eficiente”⁸, de acuerdo a las propuestas de Brasil y Argentina. Por su parte, China y Rusia sostienen que estos mecanismos sirven para “fomentar el establecimiento de criterios claros y consistentes y procedimientos para el proceso de selección, evaluación y aprobación de la inversión”⁹.

La transparencia implica que los Estados den a conocer leyes, regulaciones, decisiones judiciales y reglamentos administrativos que tengan que ver con la inversión extranjera. También deben establecer un registro de leyes y regulaciones que afecten la inversión. El objetivo es que los inversores tengan mayor facilidad para operar su inversión, haciendo más ligeros los trámites administrativos y el acceso a permisos mediante la implementación de una ventanilla única para trámites, así como el acceso a toda la información necesaria para la inversión mediante un sistema *online*. Incluso, se ha propuesto el establecimiento de un conjunto de principios comunes sobre el procesamiento de las solicitudes de inversión y la entrega de permisos.

Las partes interesadas entran en escena a partir de la incorporación de la idea de que deben tener la oportunidad de comentar sobre nuevas leyes,

⁵ European Environmental Citizens Organization for Standardisation (ECOS). (2016). *Mutual recognition of standards in TTIP: Another threat to citizens' welfare and the environment*. Extraído de <http://ecostandard.org/wp-content/uploads/ECOS-2016-POS-002-TTIP.pdf>

⁶ Meuwese, A. (2015). Constitutional aspects of regulatory coherence in TTIP: An EU perspective, *Law and Contemporary Problems*, 78. Extraído de <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss4/7>

⁷ Ghiotto, L. y López, P. (2018). El tratado de libre comercio Argentina-Chile: El camino a un retorno encubierto del ALCA. *ALAI Net*. Extraído de <https://www.alainet.org/es/articulo/194817>

⁸ Propuesta en OMC de Argentina y Brasil: JOB/GC/124, ya citado.

⁹ Propuestas de China y Rusia: Rusia: JOB/GC/120; China: JOB/GC/123, ya citados.



regulaciones y políticas que proponga un Estado, así como sobre futuros cambios en las regulaciones previamente existentes. El sector privado tendría un peso decisivo en la legislación de un país, interviniendo directamente en la creación de marcos regulatorios. Por ejemplo, en el TTIP este mecanismo aparece como el principio de notificación y comentario, que implica que las partes interesadas pueden hacer propuestas y deben ser invitadas a comentar sobre regulaciones a través de los puntos de contacto. Los comentarios de estos sectores deberán ser “tomados en cuenta”¹⁰.

En definitiva, no se trata solamente de facilitar las inversiones con mecanismos administrativos más simples, sino que los demás Estados y los propios inversores puedan tener una incidencia en el mecanismo regulador de cada Estado. Sin embargo, en el caso de la FI ninguna de las propuestas explica en detalle cómo este proceso se haría operativo, por lo cual existe un peligroso vacío de definición acerca de un tema clave en la regulación de la inversión extranjera.

Conclusiones

El debate sobre la FI ha llegado para quedarse. Aún si no avanza en el corto plazo, se trata de un tema sobre el que los especialistas en el sistema de protección de las inversiones debemos poner nuestro foco de análisis. Esto es así porque la FI incluye un tema que hoy es común a los nuevos TLC y a los debates en los foros internacionales, que es la cooperación reguladora. Esta discusión se desarrolla actualmente en foros como la OMC y el G20¹¹, también en organismos como la OCDE y la UNCTAD, y a nivel de grupos de países como la Unión Europea y la Alianza del Pacífico. Como señalamos, aparece asimismo en gran parte de los TLC de nueva generación como el TLC entre Argentina y Chile.

En particular sobre la OMC, la incorporación de la FI significaría la “multilateralización” de la discusión sobre inversiones, lo cual representaría un cambio sustancial para los procesos regulatorios de los Estados miembros. Hasta ahora la OMC ha sido

exitosa en remover las barreras al comercio en el nivel de las fronteras. Pero si la FI fuera tomada como acuerdo multilateral, eso implicaría el establecimiento de reglas que reducen la carga administrativa para inversores extranjeros “detrás de las fronteras”, lo que implicaría el movimiento hacia la armonización de los procedimientos para la adopción de regulaciones internas en todos los países miembros. Esto tendría un impacto directo sobre la adopción de estándares internos de los países.

En ese sentido, los países más afectados serían aquellos que tengan el piso más elevado. Por ejemplo, los países que tengan las regulaciones más rígidas para la aceptación de un inversor en áreas consideradas estratégicas o que mantengan ciertos requisitos de desempeño para los inversores extranjeros serían obligados a ajustar su legislación interna a la de los países con regulaciones más laxas. El efecto que esto produce es de una “espiral hacia abajo” generalizada, ya que la presión efectuada por el sector privado podría provocar la reducción de las regulaciones en el sector inversiones a escala global.

Autora

Luciana Ghiotto es Investigadora de CONICET-Argentina con sede en la Escuela de Política y Gobierno de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), docente de Economía Política Internacional en la Carrera de Relaciones Internacionales (UNSAM). Colaboradora del Transnational Institute (TNI) y miembro de ATTAC Argentina y de la Asamblea Argentina mejor sin TLC.

¹⁰ Haar, K. (2015). *Cooperating to deregulate*. International Trade, CEO. Extraído de <https://corporateeurope.org/international-trade/2015/11/cooperating-deregulate>. ¹¹ Además de las propuestas presentadas en la OMC, el tema de FI se ha presentado en otros foros: UNCTAD (2016) Menú de Acción Global para la Facilitación de las Inversiones; en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_GlobalActionMenuForInvestmentFacilitation.2016.Spanish.pdf G-20 (2016) *Guiding Principles for Global Investment Policymaking*; en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf; Alianza del Pacífico (2012), *Ruta Crítica en materia de Cooperación Reguladora*, en: <https://alianzapacifico.net/cloudcomputing/iadb-org/serverhosted/alianzapacifico/multimedia/archivos/Anexo-3-Ruta-cr%C3%ADtica.pdf>

ARTÍCULO 2

Reformar los Tratados de Inversión: ¿Importa el diseño de los tratados?

Tarald Laudal Berge y Wolfgang Alschner



En la década de 1990, la política mundial se ha visto transformada por una ola de legalizaciones —un traspaso hacia sistemas de gobernanza jurídica en esferas previamente regidas por la política—¹. En el caso de las políticas de inversión internacional no fue diferente. Más de 200 TBIs con acceso a la ISDS fueron firmados en 1994, 1995 y 1996 respectivamente.

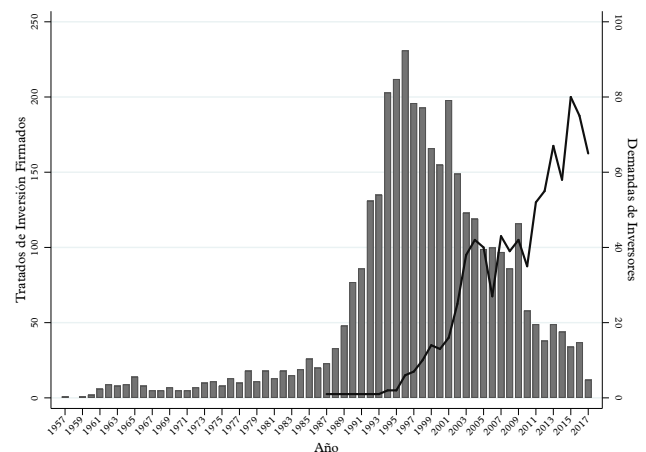
Durante la última década, sin embargo, el arbitraje de inversión ha experimentado efectos colaterales. Actualmente se está desarrollando un debate sobre el diseño de los tratados de inversión. Organizaciones internacionales tales como la UNCTAD² están abogando por paquetes de reforma. Además, una amplia variedad de actores estatales —desde India hasta Canadá y la Comisión Europea— están reflejando esto abiertamente en sus políticas de inversión.

Esta reorientación se ha manifestado empíricamente. Hemos observado Estados que han agregado nuevas obligaciones a sus tratados, incluyendo las relacionadas con la conducta de los inversores. Hemos observado aclaraciones de disciplinas y procedimientos existentes para resolver controversias relativas a tratados. Además, estamos siendo testigos de una

mayor conciencia sobre la importancia del espacio de políticas en los tratados de inversión.

Parte de lo que impulsó este cambio es la ola de demandas de arbitraje que siguió al boom de la firma de tratados de inversión en 1990s (Figura 1). Sin embargo, poco se sabe si hay un vínculo entre el diseño de tratados y el riesgo de atraer demandas de arbitraje —o hasta qué punto las nuevas cláusulas de tratado, tales como las cláusulas de excepción de políticas públicas, inciden en el litigio—³.

Figura 1



¿Controversias diseñadas?⁴

Si bien el debate público en torno al derecho internacional de las inversiones se ha enfocado en los mecanismos de ISDS⁵, una idea se ha extendido entre los actores interesados de que los anteriores tratados

¹ Goldstein, J. et al. (2000). Introduction: Legalization and world politics. *International Organization*, 54(3), 238–399.

² UNCTAD. (2012). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reforma de la Gobernanza Internacional en materia de Inversiones*. Extraído de http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf; UNCTAD. (2015). *Marco político de inversión para el desarrollo sostenible*. Extraído de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

³ Este artículo está basado en dos documentos de trabajo: Berge, T.L. (2018). *Dispute by design? Legalisation, backlash and the drafting of investment agreements*. Presentado en la Conferencia Anual 2018 de la Asociación del Medio Oeste sobre Ciencias Políticas (*Midwestern Political Science Association*). Extraído de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3201306; y Alschner, W. & Hui, K. (2018). *Missing in action: General public policy exceptions in investment treaties*. Presentado en la Conferencia 2018 de la Sociedad de Derecho Económico Internacional (Society of International Economic Law), Washington D.C. Extraído de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3237053

⁴ Esta parte está basada en Berge (2018), nota 3 *supra*.

⁵ Waibel, M. Kaushal, A., Chuung, K.-H., & Balchin, C. (2010). *The backlash against international investment arbitration: Perceptions and reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; and Behn, D. & Langford, M. (2018). *Managing backlash: The evolving investment treaty arbitrator?* *The European Journal of International Law*, 29(2), 551–580. doi: 10.1093/ejil/chy030.



de inversión fueron redactados demasiado amplia y vagamente. Como parte de su paquete de reformas, la UNCTAD recomienda que los Estados consideren omitir o reformular disposiciones en sus futuros tratados de inversión para aumentar la claridad y previsibilidad⁶.

Algunos Estados, tales como Canadá y Estados Unidos, tomaron medidas tempranas a estos efectos. Después de ser demandados por múltiples inversores bajo el TLCAN, comenzaron a incluir un lenguaje más explícito y aclaratorio en sus modelos de tratados de inversión de 2004⁷. Otros Estados, tales como India, Indonesia y los Países Bajos, han señalado públicamente que muchos de los tratados de inversión que firmaron en el pasado son demasiado vagos y poco sensibles al equilibrio que debe haber entre los derechos y obligaciones de los inversores⁸.

A raíz de una lectura detallada, hay cinco temas de interés comunes e interconectados a lo largo de las diferentes narrativas de la reforma de tratados. Los Estados, organizaciones internacionales y otros actores interesados muestran preocupación por el hecho de que los antiguos tratados de inversión:

1. Incluyan una gran cantidad de obligaciones sustantivas.
2. Brinden muy poca flexibilidad de políticas.
3. Establezcan una amplia variedad de definiciones de inversión e inversor.
4. Adopten lenguaje que, según se percibe, carecen de precisión.
5. Contengan cláusulas de ISDS que otorgan altos niveles de discreción o delegación jurídica a los árbitros.

Las suposiciones generales son que más obligaciones sustantivas, menos flexibilidad, definiciones de alcance más amplio, menos precisión y más delegación jurídica pueden aumentar el riesgo de demandas de arbitrajes de inversión.

⁶ UNCTAD (2015), nota 2 *supra*, pp. 132–133.

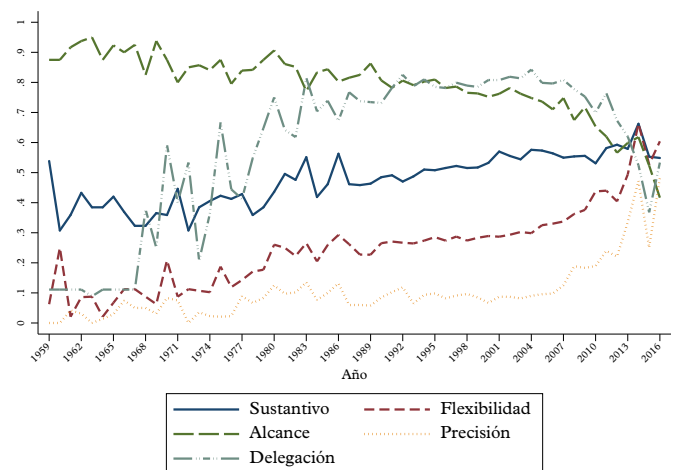
⁷ Gagné, G. & Morin, J.-F. (2006). The evolving American policy on investment protection: Evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. *Journal of International Economic Law*, 9(2), 357–382. doi:10.1093/jiel/jgl006.

⁸ Para los Países Bajos, véase: Verbeek & Knotterus (2018). El borrador del modelo de TBI holandés de 2018: Una evaluación crítica. *Investment Treaty News*, 9(2), 3–6. Extraído de <https://www.iisd.org/itm/es/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knotterus>. Para India, véase: Ranjan, P. (2016). India's bilateral investment treaty programme – Past, present and future. In K. Singh & B. Ilge (Eds.), *Rethinking bilateral investment treaties: Critical issues and policy choices*. Amsterdam: Both ENDS; New Dehli: Madhyam; Amsterdam: SOMO. Para Indonesia, véase: Jailani, A. (2016). Indonesia's perspective on review of international investment agreements. In K. Singh & B. Ilge (Eds.), *Rethinking bilateral investment treaties: Critical issues and policy choices*. Amsterdam: Both ENDS; New Dehli: Madhyam; Amsterdam: SOMO.

El mapeo detallado de la UNCTAD sobre el contenido jurídico de más de 2.500 TBIs puede ser utilizado para evaluar estas suposiciones empíricamente⁹. Uno de los autores ha creado cinco índices que miden cómo los tratados se clasifican en estas cinco dimensiones¹⁰.

Cada índice varía del 0 al 1, donde los valores más altos indican más obligaciones, una utilización más extensiva de mecanismos de flexibilidad, un mayor alcance de cobertura de la inversión, mayor precisión y más delegación jurídica en términos de solución de controversias. En la Figura 2 se muestra cómo la práctica de tratados a lo largo de estas cinco dimensiones ha evolucionado a través del tiempo, presentando un promedio de los índices de todos los tratados firmados en un año determinado entre 1959 y 2017.

Figura 2



Generalmente, observamos evidencia de cambios significativos en la práctica de tratados a lo largo de tiempo. Los niveles de obligaciones sustantivas han aumentado gradualmente. Ha habido un marcado incremento en el uso de mecanismos de flexibilidad tales como excepciones generales de políticas públicas. El alcance de las inversiones cubiertas por los tratados de inversión ha sido reducido significativamente a lo largo del tiempo. La utilización de elementos de precisión tales como los estándares externos con respecto a los cuales deberían interpretarse las obligaciones sustantivas ha aumentado notablemente en los últimos años. Por último, la delegación jurídica en los tratados de inversión llegó a su pico a mediados de 1990s, pero ha estado en declive desde entonces.

⁹ UNCTAD. (n.d.). Investment Policy Hub. Extraído de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

¹⁰ Véase Berge (2018), nota 3 *supra*, pp. 13–15 para una descripción más detallada sobre cómo se elaboran estos índices.



Al utilizar la puntuación de tratados para determinar económicamente si el contenido de los tratados realmente influye en el riesgo de recibir demandas, concluimos que, a nivel general, las diferencias en el diseño de los tratados de hecho están asociadas con diferentes riesgos de demandas de arbitrajes de inversión. Sin embargo, no todas las suposiciones de los Estados y las organizaciones internacionales parecen ser ciertas.

En base a nuestro análisis estadístico, las únicas dos dimensiones que están fuerte y sistemáticamente asociadas con un mayor riesgo sustancial de demandas de arbitrajes de inversión son la presencia de extensas obligaciones sustantivas y definiciones de amplio alcance de inversión e inversor. El uso de la precisión o limitaciones sobre la discreción interpretativa de los árbitros no parece reducir el riesgo de recibir demandas. Fundamentalmente, el riesgo impuesto por las obligaciones sustantivas y las definiciones de amplio alcance en los tratados *no* parece compensarse por una mayor flexibilidad o altos niveles de precisión.

Una explicación de esta conclusión podría ser que algunos cambios en el diseño de los tratados tienen mayor incidencia que otros en el arbitraje de inversión. Por lo tanto, vale preguntarse cuán receptivos son los litigantes y los árbitros de inversión a las innovaciones específicas en el diseño de los tratados de inversión y chequear si las diferencias en el contenido de los tratados realmente se traducen en diferencias en las interpretaciones arbitrales.

¿Cambian los tratados, cambian los resultados?¹¹

De todos los cambios introducidos a tratados recientes, la incorporación de excepciones generales de políticas públicas es uno de los más radicales. Si una medida recae bajo estas excepciones, un Estado también quedaría exento de toda responsabilidad. Por lo tanto, se trata del máximo mecanismo de flexibilidad o cláusula de escape¹².

Las excepciones generales de políticas públicas, pese a ser nuevas en los tratados de inversión, están en auge. Al menos 100 tratados contienen una cláusula como tal, de los cuales dos tercios están inspirados en el Artículo XX del GATT y un tercio sigue el modelo de incluir cláusulas de prohibición y restricción como se hizo por

primera vez en el Artículo 11 del TBI entre Singapur y China en 1985. Sin embargo, pese a su popularidad en la redacción de tratados, las excepciones generales de políticas públicas no repercuten demasiado en lo que se refiere a la solución de controversias.

Para investigar cómo estas cláusulas se desempeñan en la práctica, hemos analizado laudos recientemente dictados bajo acuerdos que contienen este tipo de excepciones. Para nuestra sorpresa, encontramos que los Estados demandados no invocan estas cláusulas y los tribunales no las consideran por iniciativa propia. Además, aun cuando estas excepciones son aplicadas, los tribunales habitualmente les otorgan poco peso. En suma, las excepciones generales de políticas públicas están desaparecidas en acción. *Copper Mesa vs. Ecuador*¹³ y *Bear Creek vs. Perú*¹⁴ son buenos ejemplos.

En *Copper Mesa*, el primer arbitraje de inversión donde se trató una cláusula de este tipo, el tribunal concluyó que la arbitrariedad y falta de proceso debido cuando Ecuador retiró una licencia minera no sólo violaba las cláusulas de expropiación y TJE del TBI entre Canadá y Ecuador de 1996, sino que también tornaba inaplicable el Artículo XVII (la cláusula de excepciones generales del tratado), ya que únicamente eximía de responsabilidad aquellas medidas “no aplicadas de manera arbitraria o injustificada”¹⁵.

El tribunal del caso *Bear Creek* llegó a una conclusión similar, pero además concluyó que la excepción general de políticas públicas del TLC de 2009 entre Canadá y Perú aplicaba como *lex specialis* para la exclusión de los alegatos de derecho consuetudinario internacional¹⁶.

En ambos casos, los tribunales, sin brindar demasiada explicación, adoptaron una interpretación que limita drásticamente el efecto de estas cláusulas en la práctica. Si las excepciones generales no son aplicables por los mismos motivos que dieron lugar a una violación de las obligaciones primarias en primer lugar, raramente eximirán a los Estados demandados de responsabilidad. Similarmente, si actúan como reemplazos en lugar de ser complementos a la flexibilidad ya brindada bajo el derecho consuetudinario internacional, tal como la doctrina del poder de policía, se otorgará poco espacio adicional de

¹¹ Esta parte está basada en Alschner & Hui (2018), nota 3 *supra*.

¹² Sobre una evaluación jurídica de estas cláusulas, véase Sabanogullari, L. (2015, May 21). Los méritos y limitaciones de las cláusulas de excepción en la práctica contemporánea de los tratados de inversión. *Investment Treaty News*, 6(2), 3–5. Extraído de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-sp.pdf>

¹³ *Copper Mesa Mining Corporation vs. La República de Ecuador*, CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

¹⁴ *Bear Creek Mining Corporation vs. La República de Perú*, Caso del CIADI No. ARB/14/2, Laudo, 30 de noviembre de 2017. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>

¹⁵ *Copper Mesa vs. Ecuador*, nota 13 *supra*, párrafos 6.58–6.67.

¹⁶ *Bear Creek vs. Perú*, nota 14 *supra*, párrafos 4.73–4.74.



políticas o incluso este espacio se verá menoscabado¹⁷.

En otros casos, los demandados ni siquiera plantearon las excepciones generales de políticas públicas aplicables. En una ola de casos que involucran la expropiación de empresas mineras de oro en Venezuela, la demandada argumentó haber revocado las concesiones mineras de varias compañías canadienses por razones ambientales, pero no invocó la excepción general de políticas públicas presente en el Artículo II(10)(b) del Anexo del TBI entre Canadá y Venezuela de 1996 para respaldar su argumento, y perdió cada una de sus controversias¹⁸.

En otro caso, Costa Rica buscó justificar la revocación de una licencia minera por un interés de protección ambiental. Pero en lugar de invocar la excepción general presente en el TBI entre Canadá y Costa Rica en 1998 que podría absolverlo de su responsabilidad, planteó la cláusula del derecho a regular contenida en el tratado, la cual se reflejaba en el Artículo 1114 del TLCAN al permitir medidas ambientales que sean “por lo demás consistentes” con el tratado¹⁹.

En resumen, tanto los Estados demandados como los tribunales son culpables por el hecho de que consideremos que las excepciones generales de políticas públicas estén desaparecidas en acción. Deberían observar el caso *CC/Devas vs. India* como un buen ejemplo de una defensa eficaz por parte de la demandada y una evaluación seria de una excepción general de políticas públicas por parte del tribunal, aunque se trate de un caso que involucra una excepción de seguridad nacional²⁰. Al presentarse muchas más controversias bajo los tratados de segunda generación con excepciones generales en curso, los demandantes y los tribunales en un futuro tendrán muchas oportunidades para trabajar en las excepciones generales de políticas públicas y los asuntos interpretativos aun no resueltos que estas excepciones plantean.

¹⁷ Sobre este punto, véase Legum, B. & Petculescu, I. (2013). GATT Article XX and international investment law. In Roberto Echandi & Pierre Sauve (Eds.), *Prospects in international investment law and policy: World Trade Forum*, (340–362). Cambridge: Cambridge University Press; y Levesque, C. (2013). The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: A potentially risky policy. In Roberto Echandi & Pierre Sauve (Eds.), *Prospects in international investment law and policy: World Trade Forum*, (363–370). Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁸ *Gold Reserve Inc. vs. La República Bolivariana de Venezuela* (Caso del CIADI No. ARB(AF)/09/1); *Crystallex International Corporation vs. La República Bolivariana de Venezuela* (Caso del CIADI No. ARB(AF)/11/2); *Rusoro Mining Ltd. vs. La República Bolivariana de Venezuela* (Caso del CIADI No. ARB(AF)/12/5).

¹⁹ *Infinito Gold Ltd. vs. La República de Costa Rica* (Caso del CIADI No. ARB/14/5).

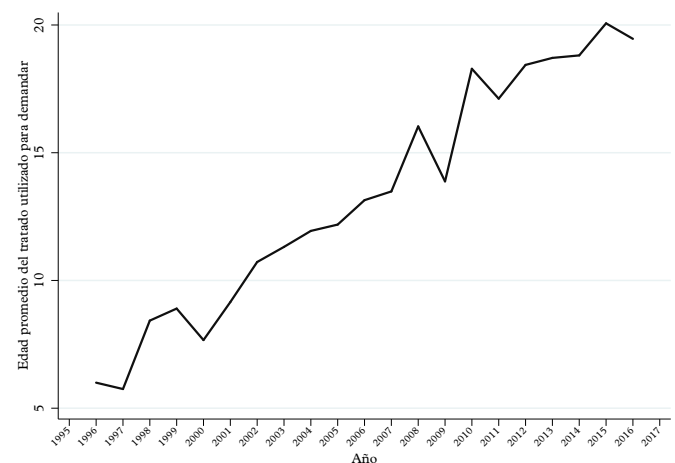
²⁰ *CC/Devas v. La República de India* (Caso de la CPA No. 2013-09), Laudo sobre Jurisdicción y Méritos, 25 de julio de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9750.pdf>

Conclusiones

¿Qué conclusiones generales podemos sacar de estas observaciones? Primero, si estamos preocupados por el riesgo de demandas de arbitraje de inversión, aclarar el lenguaje de las cláusulas sustantivas, dar nueva flexibilidad o regir la discreción de los árbitros no necesariamente es la *panacea*. Lo que parece importar es la presencia actual de obligaciones sustantivas y a cuántos inversores cubren estas obligaciones. Yendo más allá, los Estados deberían enfocarse más en *qué* protecciones otorgan a *quién* en sus tratados de inversión en vez de *cómo* están redactadas estas protecciones.

Segundo, estas conclusiones podrían reflejar que pocos tratados de segunda generación han sido puestos a prueba de interpretación arbitral hasta el momento. De hecho, los inversores se basan cada vez más en antiguos tratados para entablar sus demandas. A mediados de 1990s, la edad promedio de un tratado utilizado como base jurídica para las demandas era de seis años. Hoy, la edad promedio está cerca de 20 años (Figura 3). Para tal fin, seguir actualizando los antiguos tratados de inversión resulta importante.

Figura 3



Tercero, cambiar el diseño de los acuerdos de inversión poco importa, a menos que los Estados en su papel de demandados hagan uso de novedosas disposiciones y los tribunales se comprometan activamente con la nueva arquitectura de tratados en sus razonamientos. La falta de impacto de las excepciones generales de políticas públicas en la práctica es un buen ejemplo. La reforma del diseño de tratados por lo tanto no termina en la mesa donde se realiza la firma, sino que se trata de un proceso que continúa durante la aplicación de un tratado y el litigio.

Autores

Tarald Laudal Berge es Candidato a PhD, Departamento de Ciencias Políticas y *PluriCourts*, Universidad de Oslo.

Wolfgang Alschner es Profesor Adjunto, Sección de *Common Law*, Universidad de Ottawa.



ARTÍCULO 3

La Nueva Ley de Inversiones Egipcia: Ojos puestos en la sostenibilidad y la facilitación

Moataz M. Hussein



En un momento en el que el mundo está presenciando cambios críticos en el ámbito nacional e internacional hacia una nueva generación de tratados, leyes, políticas y regulaciones de inversión, Egipto contribuyó a este proceso a través de la modernización de sus marcos jurídicos que regulan la inversión a nivel nacional e internacional.

En el centro de esta contribución se encuentra la nueva Ley de Inversiones de Egipto No. 72 de 2017¹. Reemplazando la antigua ley, que data de 20 años atrás, sobre garantías e incentivos para la inversión, la nueva ley marca un cambio rotundo en las políticas de inversión pasando de enfocarse en la cantidad a la calidad de IED, en línea con la adopción de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de Egipto (Visión de Egipto 2030) en 2015².

La nueva ley promueve las inversiones nacionales y extranjeras que contribuyan al desarrollo sostenible y respeten los estándares de conducta comercial responsable. También dispone incentivos y medidas de facilitación de las inversiones, en un marco equilibrado entre los derechos y obligaciones de los inversores y los Estados.

¹ Ley de Inversiones de Egipto No. 72 of 2017, publicada en la Gaceta Oficial el 31 de mayo de 2017, Artículo (1). Extraído de <http://www.gafi.gov.eg/English/StartaBusiness/Laws-and-Regulations/PublishingImages/Pages/BusinessLaws/Investment%20Law%20english%20ban.pdf>

² <http://www.cabinet.gov.eg/English/GovernmentStrategy/Pages/Egypt%E2%80%99sVision2030.aspx>

Desarrollo sostenible: Uno de los principales objetivos de la inversión en Egipto

Esta tendencia se ve claramente en la definición de “Inversión”, la cual abarca “la utilización de dinero para establecer, expandir, desarrollar, financiar, mantener o manejar un Emprendimiento de Inversión de manera que contribuya al desarrollo integral y sostenible del Estado” (Art. (1)). La misma dimensión de desarrollo sostenible se ve reflejada en la ley como uno de los principales objetivos de las inversiones en Egipto (Art. (2)).

Principios que rigen las inversiones en Egipto

La nueva ley también identifica ocho principios que deberían regir las inversiones y aplicarse tanto al Estado como a los inversores. Estos principios incluyen (Arts. (3)–(8)):

1. Igualdad de oportunidades de inversión y no discriminación
2. Apoyar a las empresas emergentes, emprendimientos y micro, pequeñas y medianas empresas (MiPYMEs)
3. Considerar la dimensión social, salud pública y protección ambiental
4. Libertad de competencia, prevención de monopolios y protección al consumidor
5. Cumplir con los principios de gobernanza, transparencia, gestión prudente y no conflicto de intereses
6. Mantener la estabilidad de las políticas de inversión
7. Expedición y facilitación de las transacciones de los inversores
8. Preservar la seguridad nacional y el interés público

Garantías y salvaguardias

La nueva ley mantiene salvaguardas fundamentales para los inversores, incluyendo: estándares generales



de trato, entrada y estadía de los inversores extranjeros, protección contra la nacionalización, expropiación ilícita o confiscación, advertencia antes de la revocación o suspensión de licencias, transferencia de fondos, derecho a designar mano de obra extranjera, y ejecución de contratos estatales (Arts. (3)–(8)).

Incentivos en materia de inversión

Además, la ley dispone un grupo de incentivos generales, especiales y adicionales en términos financieros y procesales para la inversión. Los incentivos especiales, por ejemplo, apoyan los emprendimientos orientados al desarrollo sobre una base geográfica o sectorial. Los inversores pueden deducir de sus ganancias netas imponibles un 50 por ciento del costo de la inversión en el Sector (A) y el 30 por ciento de los costos de inversión en el Sector (B). El Sector (A) incluye locaciones geográficas que necesitan desarrollo urgente, mientras que el sector (B) cubre todas las otras áreas de Egipto (Art. (11)). El Sector (B) se dirige a empresas que operan en aquellos sectores directamente relacionados con el plan de desarrollo de Egipto, incluyendo los sectores que absorben mucha mano de obra; sectores orientados a la exportación; micro, pequeñas y medianas empresas (MiPYMEs); energías renovables; mega proyectos y una lista de otros sectores.

Facilitación de las inversiones

En términos de la facilitación de las inversiones, un avance fundamental fue introducido en la ley en relación a la Ventanilla Única; se estableció un servicio de ventanilla única en la Autoridad General de Inversiones (GAFI) en 2004. La nueva ley creó el Centro de Servicios para el Inversor para facilitar la constitución de sociedades y la emisión de aprobaciones, permisos y licencias para el establecimiento o manejo de las empresas de inversión y para brindar asistencia posterior, entre otros, de conformidad con las leyes egipcias (Art. (21)). En esta misma línea, la ley ordena la automatización y unificación de procedimientos relacionados con los servicios de post-constitución, incluyendo la Constitución Electrónica (Art. (48)). Además, dispone que deberá estar disponible en el sitio web y las publicaciones de las autoridades competentes un “Manual del Inversor” que cubra las condiciones, trámites y fechas prescriptas para la asignación de bienes raíces y emisión de aprobaciones, permisos y licencias relacionadas con una inversión (Art. (19)).

Responsabilidad social empresarial

Apoyando la RSE, la ley dispone incentivos fiscales para los inversores que destinen un porcentaje de sus ganancias anuales a la creación de sistemas de desarrollo social fuera de sus proyectos, incluyendo áreas tales como la protección ambiental, el cuidado de la salud, asistencia social, asistencia cultural, educación técnica e investigación y desarrollo (Art. (15)). Para luchar contra la corrupción, la ley deniega la protección, salvaguardias, privilegios y exenciones a empresas establecidas por causa de engaño, fraude o corrupción (Art. (3)).

Solución de controversias

La ley dispone mecanismos a múltiples niveles para la solución de controversias de inversión, incluyendo litigio en tribunales nacionales, la solución amigable y la solución alternativa de controversias (ADR, por sus siglas en inglés) y la revisión administrativa por tres comités especializados:

1. El Comité de Reclamos dentro de la GAFI examina los reclamos registrados contra las resoluciones emitidas de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley por la GAFI o las autoridades encargadas de la emisión de las aprobaciones, permisos y licencias.
2. El Comité Ministerial para la Solución de Controversias de Inversión considera las solicitudes, reclamos o controversias entre inversores o donde alguno de los organismos, autoridades o empresas estatales se encuentren involucrados.
3. El Comité Ministerial para la Solución de Controversias de Contratos de Inversión resuelve controversias surgidas de contratos de inversión donde el Estado o uno de sus organismos, autoridades o empresas sea parte.

Además, dependiendo del acuerdo entre el Estado y el inversor, la ley permite la solución a través de un arbitraje interno o internacional ad hoc o institucional. Finalmente, la ley establece un centro independiente —el Centro egipcio de Arbitraje y Mediación— para la solución de controversias entre inversores o con entidades gubernamentales (Art. (82)–(91)).

Relación entre la nueva ley y la reforma de tratados

El paso importante de emitir un nuevo código de inversiones expresa la intención del gobierno egipcio



de adoptar una nueva generación de regulaciones de inversión a nivel interno para complementar y ejecutarlas de conformidad con sus esfuerzos de rediseñar su red de AII, especialmente los TBIs.

Los esfuerzos de Egipto para reformar el marco jurídico internacional que rige a los inversores extranjeros en Egipto existen desde la creación de un Modelo de TBI de Egipto en 2007 y sus posteriores actualizaciones. El modelo de TBI sirve como un mapa de ruta para las negociaciones de inversión, destinado a alcanzar la coherencia en el contenido y el lenguaje sustantivo de los TBIs egipcios, atrayendo IED que fomente el desarrollo sostenible, mantenga el equilibrio entre los derechos y obligaciones de los inversores, reduciendo el número de controversias basadas en tratados y desarrollando un mecanismo efectivo y flexible para la solución de controversias de inversión.

Autor

Moataz Hussein, PhD es Especialista Senior en AII en la Autoridad General de Inversiones (GAFI), Ministerio de Inversiones y Cooperación Internacional (MIIC) de Egipto. Las opiniones expresadas por el autor no necesariamente reflejan la opinión de la GAFI.



ARTÍCULO 4

Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Carlos López



El borrador cero de uno de los tratados internacionales de derechos humanos más importante de los últimos años —un instrumento que aborda a las empresas y los derechos humanos— fue lanzado en julio de 2018 por el Embajador de Ecuador que se desempeña como director del proceso¹. Principalmente focalizado en el tema clave del acceso a la justicia y los recursos para aquellos que alegan haber sufrido un daño por una empresa comercial, el borrador ya está teniendo un impacto en el tono y el carácter de los debates, que hasta el momento está enfocado principalmente en consideraciones políticas y procesales. Este artículo presenta un análisis preliminar crítico sobre los aspectos más destacados del borrador del tratado.

En 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra adoptó por mayoría la resolución 26/9 por medio de la cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental para elaborar un “instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas” (un tratado sobre

empresas y derechos humanos)². El grupo de trabajo ha celebrado tres sesiones³, la próxima está programada para realizarse del 16 al 19 de octubre de 2018.

El borrador cero presenta opciones razonables en su estructura general y el foco principal se centra en las obligaciones estatales. El modelo escogido es un tratado que apunta al acceso a los recursos y justicia para las víctimas de abuso empresarial y la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales. Otras opciones incluían un convenio marco y un tratado que se enfocaría en la creación y reconocimiento de obligaciones directas de derechos humanos para las empresas bajo el derecho internacional. En el borrador cero, las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos sólo se encuentran reconocidas como tales en el preámbulo, el cual establece que todas las empresas comerciales “deben respetar todos los derechos humanos”.

El foco en los recursos y la responsabilidad por abusos de las empresas comerciales es loable, y la estructura del tratado, incluyendo los títulos, trata directamente los asuntos más apremiantes, incluyendo la responsabilidad jurídica de las empresas, los derechos de las víctimas, jurisdicción y asistencia judicial recíproca, entre otros. Todo esto convierte al borrador del tratado en una alternativa política viable. Sin embargo, la forma en que tratan estos temas es desigual, imprecisa y por momentos oscura. En todo caso, contar con un borrador completo en mano ayuda en los debates y en el eventual mejoramiento del borrador.

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2018, 16 de julio). *Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas*. Extraído de <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> [Traducción oficiosa al español disponible en <https://www.business-humanrights.org/es/traducci%C3%B3n-borrador-cero-del-instrumento-jur%C3%ADdicamente-vinculante-para-regular-en-el-marco-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-las-actividades-de-las-empresas>]

² Consejo de Derechos Humanos. (2014, 14 de julio). *Resolución 26/9 sobre la Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (A/HRC/RES/26/9)*. Extraído de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

³ Zhang, J., & Abebe, M. (2017, diciembre). La trayectoria recorrida para un tratado vinculante de derechos humanos: Tres años han pasado y ¿hacia dónde se está yendo? *Investment Treaty News*, 8(4), 3–4. Extraído de <https://www.iisd.org/itm/es/2017/12/21/the-journey-of-a-binding-treaty-on-human-rights-three-years-out-and-where-is-it-heading-joe-zhang-and-mintewab-abebe/>; Zhang, J. (2015, noviembre). Se da inicio a negociaciones de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Investment Treaty News*, 6(4), 10–11. Extraído de https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-espanol_0.pdf



El papel del Estado

Lamentablemente, el borrador del tratado presta poca atención al papel empresarial del Estado y la necesidad de responder y reparar en ese contexto. Con mucha frecuencia, los Estados forman empresas conjuntas con inversores privados o de alguna manera facilitan y apoyan las operaciones comerciales en minería, petróleo, gas, y en otros sectores, o brindan seguridad a los lugares de las operaciones. Muchos de los abusos reportados, generalmente involucran a empresas privadas con complicidad del Estado. Además, algunas disposiciones parecen ir en la dirección opuesta. Por ejemplo, el Artículo 13 sobre conformidad con el derecho internacional sorprendentemente presenta cláusulas redactadas muy ampliamente que no abordan las obligaciones estatales existentes.

Alcance

El borrador cero sólo trata la conducta de empresas transnacionales y otras empresas que posean “actividades de carácter transnacional”. Las acciones u omisiones de las empresas que operan únicamente dentro de jurisdicciones nacionales son omitidas. El borrador cero define “las actividades empresariales de carácter transnacional” como aquellas actividades “con fines de lucro” que “tengan lugar en dos o más jurisdicciones nacionales o entrañen acciones, personas o impactos en dichas jurisdicciones” (Art. 4(2)). La limitación del alcance va en detrimento de un ámbito de aplicación más amplio que incluya a todas las operaciones empresariales, tal como lo propusieron algunos Estados y organizaciones no gubernamentales.

Este alcance limitado ha sido objeto de discusión desde el comienzo del proceso⁴. El alcance tiene un impacto en el ámbito y conformidad de varias disposiciones del tratado cuyo foco es la definición de las bases para determinar la responsabilidad jurídica (principalmente civil y penal) de las empresas y el acceso a recursos y reparación. Su efecto más problemático se percibe principalmente en la definición de delitos penales empresariales que los Estados Partes deben aplicar a nivel nacional. Bajo el actual alcance y definición, solo aquel delito penal (sin importar su gravedad) que ocurra en más de una jurisdicción puede ser punible, lo cual puede generar un resultado absurdo de que un delito penal atroz (por ejemplo un crimen de lesa humanidad)

podría no ser castigado si es cometido por una empresa que opera solamente en una jurisdicción.

Para subsanar esta distorsión, el borrador podría haber incorporado una cláusula inspirada en el Artículo 34.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵. Una disposición adaptada podría rezar:

Los delitos tipificados de conformidad con el artículo 10.8 de la presente Convención deben ser establecidos en la legislación interna de cada Estado Parte, independientemente del carácter transnacional de la actividad empresarial, salvo en la medida en que el carácter del delito requiera el elemento transnacional.

La cláusula propuesta también podría ser ampliada para cubrir la diligencia debida en materia de derechos humanos (Art. 9).

Pese a estos defectos, el borrador de tratado tranquilizará a aquellos preocupados por el hecho de que las operaciones de las empresas transnacionales no se encuentren abordadas apropiadamente si se rigen por normas demasiado amplias y vagas dirigidas a “todas las empresas comerciales”.

Prevención

El borrador del tratado adopta un enfoque radical con respecto al tema de las medidas preventivas exigidas a las empresas por los Estados (Art. 9). Estas medidas son enmarcadas como una suerte de diligencia debida (derechos humanos) que principalmente parte de lo que generalmente se conoce como tal.

Tal como se expresa en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos⁶, la diligencia debida en materia de derechos humanos es un proceso de cuatro pasos por medio del cual las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos. El borrador cero agrega “consultas significativas” con los grupos cuyos derechos humanos se ven afectados, el requisito de una garantía financiera para hacer frente a posibles reclamos de indemnización

⁴ Comisión Internacional de Juristas. (2015, 30 de mayo). *Submission on scope of future treaty on business and human rights*. Extraído de <https://www.icj.org/submission-on-scope-of-future-treaty-on-business-and-human-rights>

⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Extraído de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

⁶ ACNUDH. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. Extraído de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf



y la incorporación de algunas medidas en los contratos transnacionales de las empresas. El incumplimiento con tales medidas de diligencia implicaría una responsabilidad jurídica. Una disposición que exige “procedimientos nacionales efectivos” para “hacer cumplir” —un requisito que siempre es débil en los instrumentos —resulta positiva. Sin embargo, tanto a las empresas como a los gobiernos les resultará difícil cumplir o monitorear el cumplimiento respectivamente, a menos que estas obligaciones de diligencia debida sean aclaradas y definidas de una mejor manera.

Dado que las medidas preventivas habitualmente son consideradas una prioridad y que grandes grupos de la sociedad civil organizada están abogando por una diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos para las empresas, esta sección del borrador posiblemente seguirá presente en el borrador final, aunque con algunas revisiones.

Responsabilidad jurídica y acceso a recursos

El núcleo del borrador del tratado quizás sean sus disposiciones sobre responsabilidad jurídica para empresas transnacionales y los derechos de las víctimas a recurso y reparación. Pese a que no es estrictamente necesario, el Artículo 8 del borrador reafirma los derechos de las víctimas al acceso a la justicia y a los recursos. No está claro cómo funcionarán distintas formas de reparación al ser aplicadas a las empresas. Además, las referencias a “reparación ambiental” y “restauración ecológica” también necesitan aclaración si son diferentes a otras formas de reparación generalmente aceptadas.

Entre los derechos de las víctimas enunciados en el borrador de la Convención, la disposición que establece que “en ningún caso se requerirá a las víctimas que reembolsen los gastos judiciales de la otra parte de la reclamación” (Art. 8(5)(d)) puede destacarse por resultar posiblemente controvertida ya que podría verse como un incentivo a un litigio poco serio, aunque este problema podría resolverse a través de un sistema de supervisión. El borrador del tratado también dispone el establecimiento de un Fondo Internacional para las Víctimas (Art. 8(7)).

El Artículo 10 se enfoca en la responsabilidad civil y penal. Exige responsabilidades de índole penal, civil o administrativa por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades de empresas transnacionales, y dispone que la responsabilidad se adjudique a las personas tanto físicas como jurídicas.

Los temas clave en este debate son las relaciones entre empresas matrices y sus filiales y entre las empresas principales y sus proveedores, y las correspondientes responsabilidades jurídicas en caso de que el daño sea infringido o contribuido en el contexto de las operaciones empresariales. El Artículo 10(6) del borrador intenta abordar este complejo y conflictivo asunto exigiendo ciertos parámetros conforme a los cuales “todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional” (supuestamente una empresa comercial) serán responsables de los perjuicios ocasionados en el contexto de sus operaciones:

6. Todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional serán responsables de los perjuicios ocasionados por las violaciones de los derechos humanos que surjan en el contexto de sus actividades empresariales, incluidas sus operaciones:
 - a. en la medida en que ejerza control sobre las operaciones, o
 - b. en la medida en que exhiba una relación suficientemente estrecha con la filial o entidad en su cadena de suministro y exista una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima, o
 - c. en la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto riesgo[s] de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica.

La flexibilidad de la definición y la aplicación alternativa los diferentes fundamentos bajo los cuales puede establecerse la responsabilidad de una empresa matriz en relación con las faltas cometidas por sus filiales son remarcables. Esto sugiere un esfuerzo para cubrir todas las formas posibles en que una empresa puede estar involucrada en el daño causado por otros. Sin embargo, es necesario realizar un análisis minucioso para confirmar el alcance de estas cláusulas dejando claro el vínculo entre la empresa matriz y su filial o, de lo contrario, se incentivará a las empresas matrices a que adopten estrategias para desentenderse y evitar una conexión “fuerte” o clara con otras empresas.

Esta disposición probablemente sea objeto de un debate acalorado durante las negociaciones, ya que muchas empresas y Estados muestran gran preferencia por la doctrina de separación de entidades jurídicas (el velo societario). Este tema atraerá mucha atención no solo de expertos jurídicos sino también de grupos y comunidades del mundo entero que a menudo



reclaman que las filiales de grandes empresas del sector extractivo causan daños a sus medios de vida, medio ambiente y salud, entre otros.

Las disposiciones sobre responsabilidad jurídica (Art. 10(8)–(12)) se encuentran igualmente redactadas de forma muy amplia. En primer lugar, es importante dar la bienvenida a una disposición especial sobre responsabilidad penal empresarial como un primer paso y mantenerla hasta el final, pero es preciso que el lenguaje sea más preciso. El borrador del tratado no solo apela a la responsabilidad penal por violaciones de todos los derechos humanos que constituyan un delito penal bajo el derecho internacional y la “derecho nacional” (dejando lugar a enfoques divergentes y posiblemente arbitrarios) sino que también limita su aplicación a delitos cometidos por “personas con actividades empresariales de carácter transnacional”. Es probable que este alcance limitado genere mayor debate y discusión.

Disposiciones institucionales internacionales

El borrador del tratado crearía un comité de expertos para monitorear y promover la implementación del tratado y una conferencia de Estados Partes (Art. 14), pero lamentablemente restringe sus funciones a las funciones tradicionales desempeñadas por organismos similares ya existentes. Las limitaciones en términos de eficacia del actual sistema internacional de monitoreo y supervisión basado en comités de expertos ya son conocidas. Este sistema resulta ya insuficiente para supervisar el cumplimiento estatal a través de tratados clásicos de derechos humanos e incluso podría ser menos efectivo en relación con las prácticas y políticas de las empresas comerciales. En vez de replicar el actual sistema, el nuevo tratado sobre empresas y derechos humanos podría establecer prácticas y mecanismos innovadores para fortalecer sus funciones y aumentar la eficacia del sistema internacional de monitoreo y supervisión de los tratados.

A principios de agosto, el Embajador de Ecuador también lanzó un borrador de protocolo opcional que contiene disposiciones para un Mecanismo de Implementación Nacional y una función de reclamos a cargo del comité de expertos bajo el Artículo 14 del tratado principal. Pese a que la recepción de reclamos es una función bienvenida para el Comité, el procedimiento aplicable y el resultado final están lejos de ser claros y eficaces. Estos aspectos requieren un análisis separado.

Conclusión

Habiendo considerado todos estos aspectos, podríamos decir que el borrador del tratado es un paso hacia adelante y una opción viable. Muchos dudaban que el proceso llegara a producir un borrador completo para las negociaciones. El proceso se encuentra en el cuarto año y está avanzando a pesar de muchos desafíos. Pero el borrador del tratado requiere mucho trabajo para alcanzar las altas expectativas y necesidades expresadas por la comunidad internacional, y en especial, por aquellos que necesitan recibir justicia y reparación.

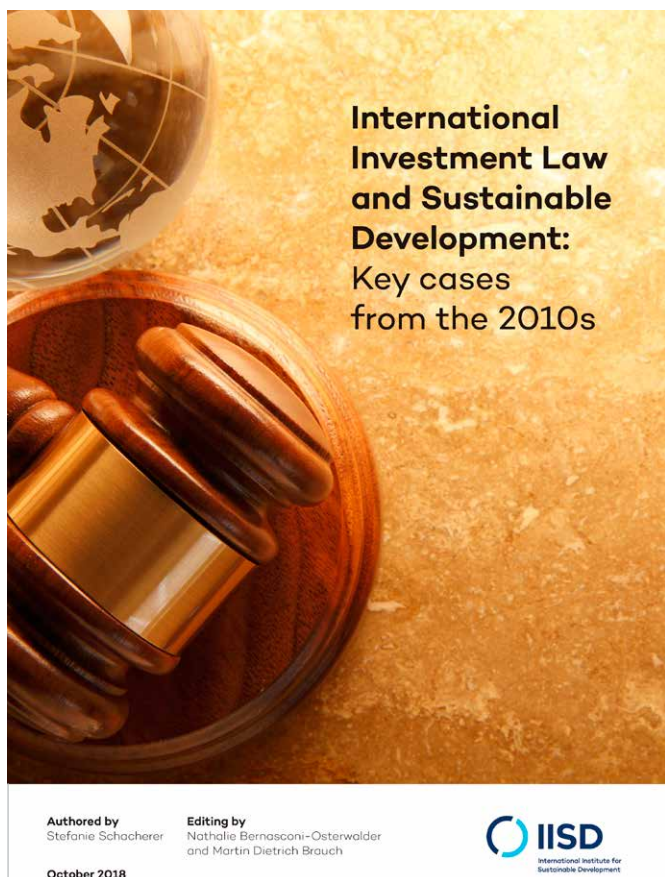
Autor

Carlos López es Asesor Legal Senior de la Comisión Internacional de Juristas.



LIBRO
ELECTRÓNICO

Derecho Internacional de las Inversiones y Desarrollo Sostenible: Principales casos de los años 2010



En 2011, el IISD publicó *Derecho Internacional de las Inversiones y Desarrollo Sostenible: Principales casos desde 2000 a 2010*. Este libro electrónico presenta 17 resúmenes y análisis de decisiones emitidas por tribunales arbitrales en casos de arbitraje entre inversionistas y Estados basados en los tratados que tienen implicancias en el desarrollo sostenible.¹

El IISD actualmente está publicando *Derecho Internacional de las Inversiones y Desarrollo Sostenible: Principales casos de los años 2010*.² En el nuevo libro electrónico, un volumen complementario a la

¹ Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.). (2011, julio). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010>

² Bernasconi-Osterwalder, N. & Brauch, M. D. (Eds.). (2018, octubre). *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Ginebra: IISD. Extraído de <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2010s>

publicación de 2011, se lleva a cabo un nuevo ejercicio, en esta ocasión enfocado en 10 casos de arbitrajes de inversión decididos a partir del 2010. Observando estos casos a través de una mirada de sostenibilidad, Stefanie Schacherer ilustra la compleja relación entre el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible.

Los 10 casos fueron seleccionados en base a su relevancia con respecto a una amplia gama de temas relacionados con el desarrollo sostenible, incluyendo la protección ambiental, estudios de impacto socio-ambiental, energía renovable, tributación, corrupción y derechos humanos. Los casos también destacan cuestiones jurídicas fundamentales y el actual debate sobre el derecho internacional de las inversiones, tales como el concepto de expectativas legítimas y el equilibrio entre los derechos privados versus públicos, el monto de compensación otorgada por acciones de los Estados que afectan el balance final de los inversores, y la creciente tendencia de fomentar la inversión responsable al hacer responsables a los inversores extranjeros por sus acciones en el Estado receptor.

Junto con la publicación de este e-book, el IISD publicó los 27 resúmenes de ambos volúmenes en el sitio web de ITN <https://www.iisd.org/itn/es/isds-investment-arbitration-sustainable-development>

A través de la compilación de los casos analizados, el IISD pretende contribuir a un debate más amplio sobre la reforma del derecho y las políticas internacionales de inversión, con el fin de garantizar que la inversión extranjera contribuya con el desarrollo sostenible.

Editores

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

Directora del Grupo, Programa de Derecho y Políticas Económicas, IISD.

Martin Dietrich Brauch

Asociado y Asesor de Derecho Internacional, Programa de Derecho y Políticas Económicas, IISD.
Redactor, Investment Treaty News.



NOTICIAS EN BREVE

TLCAN 2.0 finalizado, ahora anunciado como USMCA: México y Estados Unidos acuerdan limitar la cláusula ISDS; Canadá retira la ISDS después de un período ventana de tres años

El 30 de septiembre de 2018, el Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés), Robert Lighthizer y la Ministra de Asuntos Exteriores canadiense, Chrystia Freeland, **anunciaron** que ambos países llegaron a un acuerdo, junto con México, sobre un acuerdo comercial modernizado. El TLCAN será reemplazado una vez que el nuevo acuerdo, denominado **Acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA)**, entre en vigencia.

Canadá, México y los Estados Unidos emprendieron las **negociaciones del TLCAN** en agosto de 2017. Después de la ronda de julio de 2018, Canadá dio un paso al costado para dejar que sus socios diriman sus **diferencias bilaterales**, o posiblemente debido a que el tratado fue **congelado por ellos mismos**. Después de que **México y los Estados Unidos llegaron a un acuerdo de manera bilateral** el 27 de agosto de 2018, Canadá se reincorporó a las negociaciones con Estados Unidos.

Si bien las protecciones contenidas en el **Capítulo 14** del USMCA son similares a las del **CPTPP**, la cláusula de ISDS es más limitada. Los inversores únicamente podrán entablar demandas con respecto a las cláusulas de trato nacional post-establecimiento, de NMF o de expropiación directa. Antes de iniciar el arbitraje, los inversores extranjeros deberán agotar los recursos locales en el Estado receptor o solicitar tales recursos durante al menos 30 meses.

El Anexo 14-D, que contiene la cláusula de ISDS, es titulado “Controversias de Inversión entre México y Estados Unidos”, donde se señala que el mecanismo no rige para los demandantes canadienses o para Canadá como Estado demandado.

Las inversiones realizadas entre la entrada en vigor del TLCAN (1 de enero de 1994) y su terminación, y las que se encuentren en curso cuando el USMCA entre en vigencia, son definidas como “inversiones heredadas”. Bajo el Anexo 14-C, los inversores de las tres partes del USMCA podrían entablar demandas

basadas en el TLCAN con respecto a las inversiones heredadas durante tres años a partir de la terminación del TLCAN. El período ventana de tres años no afecta los procedimientos actualmente en curso ni a ninguna otra demanda iniciada anteriormente.

Las controversias de ISDS entre Canadá y México seguirán disponibles bajo el **CPTPP** una vez que entre en vigor. Sin embargo, después del período ventana de tres años establecido en el USMCA para las demandas heredadas o anteriores, ya no se podrá recurrir al tratado para establecer demandas de ISDS entre Canadá y los Estados Unidos.

Bajo el Anexo 14-E, las demandas de ISDS entre México y Estados Unidos siguen estando disponibles para los inversores de algunos sectores que posean un contrato con su gobierno receptor. Estos sectores incluyen petróleo y gas, generación de energía, telecomunicaciones, transporte e infraestructura. En estos casos, los inversores pueden entablar demandas basadas en la mayoría de las protecciones del inversor bajo el USMCA, sin agotar los recursos locales en primer lugar.

Aparte del capítulo de inversión, el acuerdo contiene 33 capítulos más, con sanciones sobre comercio de bienes y servicios, agricultura, normas de origen, contratación pública, servicios financieros, telecomunicaciones, propiedad intelectual, políticas de competencia, trabajo, medio ambiente y otros.

Según el **Secretario de Economía mexicano, Ildefonso Guajardo Villareal**, el USMCA podría ser firmado por los Presidentes de Canadá, México y Estados Unidos en la cumbre del G20 a realizarse en Buenos Aires a fines de noviembre. Las tres partes posteriormente deberán ratificar el acuerdo para su entrada en vigor y reemplazo del TLCAN.

Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continúa el debate sobre posibles reformas multilaterales de ISDS

El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI continuará las discusiones sobre la posible reforma de la ISDS en su 36ta sesión, a celebrarse del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018 en Viena. En esta sesión, los Estados



miembros de la CNUDMI comenzarán a identificar y discutir aquellas áreas donde, según su opinión, se requiere una reforma multilateral de la ISDS. Más información y varios documentos oficiales que serán considerados en la sesión se encuentran disponibles en el [sitio web del grupo de trabajo](#).

Gobierno de Canadá lanza consulta sobre los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), abierta hasta el 28 de octubre de 2018

El Ministro canadiense de la Diversificación del Comercio Internacional, Jim Carr anunció el 14 de agosto de 2018 el lanzamiento de una consulta pública sobre los TBIs de Canadá, conocidos como acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI). La consulta brinda la oportunidad a los canadienses de expresar su opinión sobre las reglas e instituciones que apoyan el comercio internacional y el régimen de inversión.

En la consulta, el gobierno canadiense formula seis preguntas generales. Las primeras cuatro se enfocan en cómo los APPRI pueden promover mejor los intereses de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs) canadienses, avanzar en la igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres, reflejar los intereses de las empresas y los pueblos indígenas, y potenciar y fortalecer la noción de la conducta empresarial responsable. La quinta pregunta trata cómo los mecanismos de ISDS pueden ser más transparentes y justos. La sexta y última pregunta solicita la opinión de los demandados sobre las ventajas y desventajas de los APPRI y si existen otros mecanismos para proteger enérgicamente los intereses del inversor canadiense en el extranjero.

El gobierno de Canadá alienta a todos los canadienses a participar en la consulta. La plataforma de consulta online estará abierta hasta el 28 de octubre de 2018.

Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos celebra 4ta sesión del 15 al 19 de octubre de 2018

La cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas Transnacionales y

otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos tendrá lugar del 15 al 19 de octubre de 2018 en Room XX del Palais des Nations, en Ginebra.

Durante la sesión, el grupo de trabajo discutirá el borrador cero del “Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas”, así como un protocolo opcional del borrador cero. Para más información, incluyendo los borradores cero, está disponible en el [sitio web del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas](#).

En una [carta abierta del 1 de octubre de 2018](#), más de 150 académicos y expertos en el campo del derecho internacional público, el derecho de los derechos humanos, empresas y derechos humanos y el derecho internacional económico “urgieron fuertemente a todos los Estados a que participen constructivamente y de buena fe en el proceso de negociación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante”. La carta continuará [abierta para su firma](#) hasta el final de la 4ta sesión del grupo de trabajo el 19 de octubre de 2018.

Más de 300 legisladores de Estados Unidos apoyan firmemente los esfuerzos del USTR para eliminar la ISDS del TLCAN

En una carta del 12 de septiembre de 2018, [312 legisladores](#) –incluyendo a Demócratas y Republicanos– de los 50 Estados de Estados Unidos expresaron que “apoyan firmemente” los esfuerzos del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR), Robert Lighthizer, para [eliminar la ISDS del TLCAN](#). En una carta de mayo de 2018 [apoyando la ISDS en el TLCAN](#), solo se juntaron las firmas de 12 legisladores.

La ISDS recibió el fuerte apoyo de los Republicanos en el Congreso de Estados Unidos. Un grupo de 103 senadores y representantes republicanos firmaron una [carta el 20 de marzo de 2018](#) solicitando a Lighthizer que mantenga la ISDS en el TLCAN. En la carta, los legisladores advirtieron que excluir por completo la ISDS o mantenerla bajo un [sistema optativo](#) en un TLCAN renegociado “pondría en peligro el apoyo republicano” al tratado.



Textos publicados revelan correcciones menores en la cláusula de ISDS del TLC entre Estados Unidos y Corea del Sur

Estados Unidos y Corea del Sur han renegociado las disposiciones sobre inversión en su TLC (TLC KORUS). Según textos publicados el 3 de septiembre de 2018 por el gobierno coreano, el acuerdo revisado incluye correcciones menores al mecanismo de ISDS, agrega cláusulas para evitar el abuso del arbitraje de inversión por empresas multinacionales y para salvaguardar el derecho a regular de los Estados.

Se limita el ámbito de aplicación de ISDS en RCEP; negociadores pretenden concluir a fines de 2018

Después de la negociación de la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) celebrada en Singapur a fines de agosto de 2018, se ha informado que la mayoría de los socios negociadores acordaron reducir el ámbito de aplicación de la cláusula de ISDS.

Un funcionario de alta jerarquía afirmó que la ISDS no sería aplicada en base a la cláusula de NMF; por consiguiente, los miembros de la RCEP podrían acordar diferentes regímenes de solución de controversias. También se informó que India logró un compromiso de que las controversias relativas a la prohibición de requisitos de desempeño serían excluidas del alcance de la ISDS. Se espera que el acuerdo entre 16 naciones sea celebrado a fines de 2018.

Partido Laborista australiano ya no se opone al CPTPP, promete eliminar la ISDS bilateralmente

El 10 de septiembre de 2018, el Partido Laborista Australiano (Labor) abandonó su prolongada oposición al CPTPP entre 11 naciones, allanando el camino para que el acuerdo pase al Senado. Los verdes australianos (*Australian Greens*) y la alianza del centro (*Centre Alliance*) criticaron fuertemente la movida, acusando al partido laborista de haberse vendido. Los representantes sindicales –incluyendo al Consejo de Sindicatos australianos, el Sindicato de Trabajadores australianos y el Sindicato de trabajadores de energía eléctrica– también se sintieron traicionados por el partido.

En una declaración ante la Cámara de Representantes, el vocero comercial del partido laborista, Jason Clare, señaló que el partido “no apoya la inclusión de cláusulas de ISDS en los tratados de comercio”, pero destacó que el CPTPP extendía la ISDS con Canadá únicamente. Australia ya posee tratados bilaterales que contienen ISDS con otros socios del CPTPP. Si el partido laborista gana las próximas elecciones, Clare se comprometió a negociar con Canadá la eliminación de la ISDS entre estos dos países, tal como fue hecho con Nueva Zelanda.

La declaración de Clare también expresó que el partido laborista entiende que “la forma en que Australia negocia los acuerdos comerciales debe cambiar”. También señaló que el gobierno laborista, si es electo, “buscará eliminar las disposiciones de ISDS de los tratados de libre comercio existentes y legislar para que un futuro gobierno australiano no firme acuerdos con disposiciones como tales”.



LAUDOS Y DECISIONES

Tribunal del CIADI dictamina que Croacia violó las obligaciones de expropiación bajo el TBI entre Austria y Croacia

Georg Gavrilović y Gavrilović D.O.O. vs. La República de Croacia, Caso del CIADI No. ARB/12/39

Kirrin Hough

En un laudo del 26 de julio de 2018, un tribunal del CIADI consideró las demandas entabladas contra Croacia por Georg Gavrilović, un nacional australiano, y por Gavrilović d.o.o., una empresa establecida bajo el derecho croata. El tribunal confirmó la demanda de expropiación directa bajo el TBI entre Austria y Croacia, otorgando a los demandantes alrededor de EUR 3 millones en compensación, pero denegó las demandas restantes.

Antecedentes de hecho y demandas

Cuando la república comunista de Yugoslavia fue creada después de la Segunda Guerra Mundial, la empresa productora de carne perteneciente a la familia de Georg Gavrilović pasó a ser propiedad social. Entre el colapso de Yugoslavia en 1989 y la guerra de independencia croata en 1991, la empresa hizo una transición a compañía de propiedad privada, conformada por un grupo financiero y nueve sociedades de responsabilidad limitada.

Cinco de las nueve sociedades fueron declaradas en bancarrota. El tribunal de quiebras autorizó la venta de cinco empresas en bancarrota a través de una licitación pública, y el Sr. Gavrilović presentó la única oferta en noviembre de 1991. El administrador judicial y el Sr. Gavrilović celebraron un contrato de compraventa, que disponía la compra de cinco sociedades junto con sus bienes, pero no especificaba de qué bienes se trataba exactamente.

Según los demandantes, el contrato de compraventa confirmaba los derechos del Sr. Gavrilović como propietario de las cinco empresas (colectivamente, Gavrilović d.o.o., el otro demandante en el arbitraje). Croacia, sin embargo, alegó que el Sr. Gavrilović formaba parte de un plan fraudulento para declarar a las empresas en bancarrota y asegurarse su propiedad.

Defendiendo la legitimidad de la compra, los demandantes alegaron que Croacia había menoscabado, desprotegido, promovido y finalmente expropiado la inversión del Sr. Gavrilović.

Tribunal posee jurisdicción sobre la controversia; demandas encontradas admisibles

Croacia argumentó que el tribunal no tenía jurisdicción sobre las demandas, porque Croacia no prestó su consentimiento a arbitraje al considerar la “orquestación” del Sr. Gavrilović para declarar la bancarrota en violación del derecho croata. El tribunal, sin embargo, concluyó que de hecho el tribunal de quiebras —un órgano del Estado— había orquestado la bancarrota como parte de un *quid pro quo* a cambio de la asistencia del Sr. Gavrilović para el contrabando de divisas fuera del país para apoyar la guerra de independencia de Croacia.

Croacia también argumentó que la inversión fue realizada ilegalmente, tornando las demandas inadmisibles. Sin embargo, el tribunal concluyó que Croacia no pudo probar las presuntas ilegalidades. Además, el tribunal dictaminó que, pese a que el contrato de compraventa otorgaba jurisdicción al Tribunal Regional de Comercio de Zagreb sobre las controversias surgidas de dicho contrato, la cláusula paraguas del TBI tornaba las demandas admisibles.

Croacia viola obligaciones de expropiación directa

Los demandantes alegaron que Croacia expropió directa e ilícitamente los bienes inmuebles de Gavrilović d.o.o. al registrar al Estado como su propietario, violando el Artículo 4(1) del TBI. Los lotes fueron registrados por el Estado bajo el Artículo 362(3) de la Ley de Propiedad, otorgando a Croacia los derechos de propiedad de todos los bienes bajo propiedad social en Croacia en caso de que la propiedad de tales bienes no haya sido determinada; toda persona que afirmara lo contrario tendría la carga de la prueba. El tribunal concluyó que esta disposición de la Ley de Propiedad era expropiatoria siempre y cuando la confirmación de propiedad de Croacia no pudiera ser revertida sin una acción adicional de los demandantes, por ejemplo, a través de los tribunales nacionales. Por lo tanto, concluyó que Croacia utilizó esta disposición de manera expropiatoria.

Los demandantes además argumentaron que Croacia expropió indirectamente las propiedades de Gavrilović d.o.o impidiéndole su registro. El tribunal, sin embargo, concluyó que los demandantes nunca intentaron registrar la propiedad, y que, por lo tanto, no podían alegar que se les impidió hacerlo. El tribunal también rechazó los argumentos de los demandantes de que



Croacia expropió los derechos contractuales del Sr. Gavrilović bajo el contrato de compraventa ya que no había derechos contractuales capaces de ser expropiados.

Tribunal rechaza demandas de TJE

El resto del análisis del tribunal aborda los argumentos restantes con respecto a los cuales los demandantes aun no demostraron una violación del TBI. En su análisis, el tribunal, citando los casos *Tecmed vs. México* y *El Paso vs. Argentina*, concluyó que la violación de una expectativa legítima y razonable de un inversor puede resultar en una violación del estándar de TJE. El tribunal además determinó que no puede haber expectativas legítimas con respecto a una propiedad de la cual los demandantes no poseen derechos de propiedad o contractuales.

Posteriormente, el tribunal analizó si los demandantes tenían la expectativa legítima de que Gavrilović d.o.o. podría registrar la propiedad de los bienes. Croacia argumentó que ni el contrato de compraventa (donde no se especificó qué bienes serían vendidos con las empresas) ni ningún otro documento o declaración brindaron a los demandantes una expectativa legítima en torno al título o la capacidad de registrar las propiedades reclamadas.

El tribunal finalmente concluyó que, dado que los demandantes no probaron que Croacia había hecho declaraciones o dado garantías de que los demandantes irían a comprar un derecho registrable de toda la propiedad reclamada, el Sr. Gavrilović no podría haber creído legítima o razonablemente que podría registrar la propiedad sobre todos los bienes. Sin embargo, tribunal dictaminó que el Sr. Gavrilović efectivamente tenía expectativas razonables y legítimas de que poseía un título de propiedad registrable por medio del cual podría probar su propiedad.

Los demandantes argumentaron que la acción de anulación por parte del Estado para anular el contrato de compraventa, una investigación penal de las acciones del Sr. Gavrilović y la consecuente campaña pública lanzada en su contra habría tornado probable que no pudieran vender o hipotecar los bienes inmuebles en ausencia de documentación adicional de Croacia, violando las expectativas legítimas de los demandantes. También argumentaron que no se les permitió registrar o mejorar las propiedades y que Croacia había vendido las propiedades de los demandantes basándose en la acción de anulación pendiente. Sin embargo, el tribunal concluyó que los daños alegados eran demasiado hipotéticos y que no había un vínculo casual entre la investigación y la incapacidad de los demandantes para registrar la propiedad u obtener financiamiento.

El tribunal consideró las otras demandas de TJE, pero finalmente no encontró violación alguna. También

indicó que los demandantes no argumentaron ni demostraron que Croacia había violado la legislación, procedimientos o las nociones internas de proceso debido como parte de sus demandas de TJE.

Tribunal deniega demandas de cláusula paraguas y de trato nacional

Los demandantes afirmaron que, bajo la cláusula paraguas del TBI, Croacia estaba obligada por los términos del contrato de compraventa, y que había violado tales cláusulas al no honrar sus términos. El tribunal, sin embargo, concluyó que el contrato de compraventa fue celebrado entre el Sr. Gavrilović y las cinco sociedades presentadas en bancarrota por el administrador judicial; Croacia no era una parte del contrato de compraventa, y por lo tanto, no era responsable ante los demandantes por ninguna obligación allí contenida (párrafo 1159).

Adicionalmente, bajo la cláusula de trato nacional del Artículo 3(1) del TBI, los demandantes alegaron que fueron tratados de manera menos favorable que un nacional croata, Davor Impríc, quien había comprado y registrado una parcela de tierra de los bienes de una de las empresas en bancarrota de Gavrilović. El tribunal finalmente desestimó la demanda. Consideró que los demandantes y el Sr. Impríc no se encontraban bajo circunstancias similares, porque el Sr. Impríc había comprado y solicitado la propiedad de solo una parcela de tierra de las nueve empresas, mientras que los demandantes solicitaron la propiedad de muchas parcelas de tierra; los términos de los respectivos contratos de compraventa eran diferentes; los demandantes no pudieron probar sus derechos de propiedad sobre los lotes. Por estas razones, el tribunal desestimó la demanda de violación de trato nacional.

Daños

Habiendo concluido que Croacia expropió directamente los lotes confiscados, en violación del Artículo 4(1) del TBI, el tribunal otorgó a Gavrilović d.o.o. HRK 9.699.463,73 y EUR 1.658.960,49 por daños más intereses compuestos. Croacia también debió pagar el 30 por ciento de las costas legales y otros gastos de los demandantes y el 30 por ciento de los costos de arbitraje, más intereses sobre ambos montos.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Michael Pryles (presidente designado por las partes, nacional australiano), Stanimir Alexandrov (nominado por los demandantes, ciudadano búlgaro) y J. Christopher Thomas (designado por la demandada, nacional canadiense). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9887.pdf>

Kirrin Hough es abogada estadounidense en Washington, D.C., Estados Unidos.



Tribunal del CIADI emite laudo determinando que España violó Tratado sobre la Carta de la Energía

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. vs. El Reino de España, Caso del CIADI No. ARB/13/31

Trishna Menon

En un laudo final del 15 de junio de 2018, un tribunal del CIADI concluyó que España violó el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE, en un caso iniciado por Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. (conjuntamente, Antin), empresas constituidas en Luxemburgo y en los Países Bajos, respectivamente.

Antecedentes y demandas

Una de las políticas adoptadas por España para estimular la inversión en el sector de energías renovables fue el Real Decreto 661 de 2007 (RD661/2007), bajo el cual los generadores de energía renovable se beneficiarían de una prima establecida por el Gobierno español superior al precio de mercado mayorista. La base de la remuneración para los generadores era una tarifa de alimentación garantizada (FIT) durante la vida de la instalación.

Las inversiones de Antin basadas en el RD661/2007 consistieron en la adquisición de una participación accionaria en dos plantas operativas de energía solar de concentración (CSP, por sus siglas en inglés) (las Empresas Andasol) localizadas en Granada, al sur de España, en 2011. Antin reclamó que el régimen regulatorio cambió considerablemente desde que realizó su inversión —particularmente un nuevo régimen, creado por la Ley 15/2012 del 28 de diciembre de 2012, el cual excluía a las Empresas Andasol de la aplicación del RD661/2007, particularmente del derecho a recibir la tarifa FIT, y creó un impuesto sobre el valor de la energía eléctrica producida (TVPEE)—.

Las demandantes argumentaron que estos cambios tuvieron efectos muy perjudiciales para las Empresas Andasol, y por ende, para sus inversiones. Según el informe de expertos presentado por las demandantes, los pagos de la prima esperados conforme al RD661/2007 superaban considerablemente a los pagos especiales estipulados por el nuevo régimen. Además, según las demandantes, su libertad de flujo de efectivo y flujo de efectivo de capital también se redujo considerablemente.

Antin inició el arbitraje solicitando que se declare que España violó el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE y la plena restitución a las demandantes por

el restablecimiento de la situación que existía antes de las presuntas violaciones del TCE por España, junto con una compensación por todas las pérdidas sufridas antes de la restitución como resultado de las presuntas violaciones de tratado por España.

Tribunal acepta jurisdicción sobre las controversias

España objetó la jurisdicción personal del tribunal (*ratione personae*) basándose en que, dado que las demandantes son nacionales de los estados miembros de la UE y que el demandado también es estado miembro de la UE, las demandantes no son inversores “de otra Parte Contratante” conforme al Artículo 26(1) del TCE. España consideró que el contexto del TCE debe promover la exclusión de controversias entre inversionistas y Estados intra-UE basadas en el TCE. El tribunal, sin embargo, remarcó que esta objeción ya había sido presentada por España como demandado en *Charanne*, *Isolux* y *Eiser* y fue rechazada en todos los casos.

España también alegó que el tribunal carecía de jurisdicción relativa al objeto de la demanda (*ratione materiae*) ya que las demandantes no poseían o controlaban, directa o indirectamente, los activos identificados por las empresas como su inversión, y por lo tanto, no tenían inversiones protegidas bajo el Artículo 1(6) del TCE. El tribunal consideró que los términos del Artículo 1(6) del TCE implican que la inversión deben ser de propiedad o controlada por el inversor, directa o indirectamente, pero que en ninguna parte del texto o el contexto del TCE existía un requisito de que solo el propietario o beneficiario real y final puede presentar demandas a arbitraje, tal como argumentó España. Por ende, el tribunal también rechazó esta objeción.

La tercera objeción fue que el tribunal carecía de jurisdicción (*ratione materiae*) para tratar una demanda relacionada con el impuesto sobre el valor de la producción de electricidad, promulgado por la Ley 15/2012 (TVPEE), dado que España no consintió arbitrar las controversias relativas a presuntas violaciones del Artículo 10(1) del TCE surgidas de medidas impositivas, por medio de la exclusión contenida en el Artículo 21 del TCE. El tribunal concluyó que el TVPEE fue diseñado para servir un interés público general, no con el fin de destruir las inversiones de Antin. En consecuencia, admitió la objeción jurisdiccional de España para decidir sobre el TVPEE.

Trato justo y equitativo bajo el Artículo 10(1) del TCE

Antin alegó que invirtió en España confiando en el régimen del RD661/2007, una medida diseñada



para atraer la inversión extranjera. Específicamente, las demandantes argumentaron que esperaban legítimamente que, dado que sus plantas cumplían con todos los requisitos de registro, estarían sujetas al régimen FIT durante toda su vida operativa, ya que se basaban en una oferta de España bajo un decreto real.

En particular, Antin alegó que España frustró esta expectativa legítima, entre otras: retirando la FIT para la producción eléctrica que utiliza gas natural, incorporando el TVPEE como un recorte disfrazado o injustificado de la tarifa FIT, eliminando el régimen económico bajo el RD661/2007 por completo e introduciendo un régimen considerablemente menos favorable sin FIT.

El tribunal concluyó que la obligación de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE comprende una obligación de brindar estabilidad fundamental en las principales características del régimen jurídico en el cual se basaron los inversores para realizar sus inversiones a largo plazo. Sin embargo, coincidió con España en que esto no implicaba que un inversor podría tener una expectativa legítima de que el marco jurídico no podría evolucionar o que un Estado parte del TCE no podría ejercer sus poderes regulatorios para adaptar el régimen a las circunstancias cambiantes a favor del interés público. En cambio, según el tribunal, implicaba que las expectativas legítimas del inversor pueden verse frustradas si el Estado receptor elimina las principales características del marco regulatorio en el cual se basó el inversor para realizar una inversión a largo plazo.

En conclusión, el tribunal sostuvo que el déficit tarifario que enfrentaba España no justificaba la eliminación de las principales características del régimen de RD661/2007 y su reemplazo por un régimen totalmente nuevo, que no se basara en criterios identificables. Esto, según el tribunal, constituía una violación de las expectativas legítimas del inversor y del estándar de TJE.

Decisión y costos

El tribunal decidió que España violó el estándar de TJE bajo el Artículo 10(1) del TCE. España prefirió el método basado en los activos y se opuso al de flujo de caja descontado (FCD) propuesto por Antin, que, según España era especulativo. El tribunal no coincidió con esto, considerando que la presunta imprevisibilidad del método de FCD estaba fundamentalmente ligado a la imprevisibilidad del régimen jurídico español, y decidió aplicar el método de FCD. España tuvo que pagar a Antin EUR 112 millones en compensación por la violación del TJE, con un interés del 2,07 por ciento pre y post laudo, compuesto mensualmente.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Eduardo Zuleta Jaramillo (presidente, designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional colombiano), Francisco Orrego Vicuña (designado por las demandantes, ciudadano chileno) y J. Christopher Thomas (designado por el demandado, nacional canadiense). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>.

Trishna Menon es Asociada de Clarus Law Associates, Nueva Delhi, India.

Se otorgan EUR 18 millones a inversor chipriota por expropiación y violación de trato nacional y TJE

Olin Holdings Limited vs. El Estado de Libia, Caso de la CPI No. 20355/MCP

Pietro Benedetti Teixeira Webber

En un arbitraje iniciado por la empresa chipriota Olin Holdings Limited (Olin), un tribunal de la CPI concluyó que Libia incumplió sus obligaciones de otorgar al inversor TJE y de brindar a las inversiones de Olin un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones nacionales de Libia. Además, el tribunal dictaminó que Libia expropió ilícitamente las inversiones de Olin. El laudo fue dictado el 25 de mayo de 2018.

Antecedentes y demandas

Durante la década de 1990, Libia inició una serie de reformas para fomentar la inversión extranjera. En este contexto, Olin decidió invertir en una fábrica de lácteos y jugos en Trípoli. A finales de 2006, cuando la fábrica de Olin fue construida y estaba lista para operar, recibió una orden de desalojo (la Orden de Expropiación) informando el desalojo de la fábrica y solicitando que en tres días desalojara la propiedad.

El ejército libio, poco después de la emisión de la Orden de Desalojo y conforme a ésta, destruyó varias instalaciones alrededor de la fábrica. Pese a que dos competidores libios en el mismo sector comercial fueron eximidos de la Orden, el gobierno libio se negó a eximir a Olin de la misma. Olin inició el procedimiento judicial en Libia, y la Orden fue anulada en 2010. Sin embargo, en febrero de 2011



comenzó un período de revolución, y el tribunal libio decidió reabrir el procedimiento. En 2014, dictaminó que Olin no pudo probar el daño sufrido. Olin interrumpió todas las operaciones en la fábrica en octubre de 2015.

Olin inició el arbitraje ante la CCI en julio de 2014, solicitando al tribunal que declare que Libia violó el Artículo 7 del TBI entre Chipre y Libia (el TBI), relacionado con la expropiación; la cláusula de trato nacional (Artículo 3 del TBI) y los estándares de TJE y protección y seguridad plenas (PSP) (Artículo 2(2)). Olin solicitó compensación por pérdidas pasadas y futuras.

Libia incumplió los estándares de expropiación lícita

Primero, los árbitros analizaron el Artículo 7(1) y el Artículo 23 de la Ley de Inversiones libia, la cual establece estándares de expropiación lícita: (i) interés público; (ii) de conformidad con un proceso debido de derecho; (iii) sobre una base no discriminatoria (iv) compensación oportuna, adecuada y efectiva. El tribunal concluyó que la Orden de Expropiación no cumplía con estos requisitos.

Inicialmente, el tribunal evaluó quién se vio afectado por la Orden de Expropiación. Pese a que la tierra donde se localizaba la fábrica de Olin pertenecía a un ciudadano libio, “la Orden de Expropiación necesariamente abarcaba a todas las instalaciones en la tierra en cuestión” (párrafo 156). En referencia al caso *Sd Myers vs. Canadá*, el tribunal consideró que las medidas estatales tuvieron un efecto equivalente a una expropiación.

En cuanto al requisito del interés público, los árbitros dictaminaron que las partes contendientes “no presentaron pruebas lo suficientemente convincentes para sacar una conclusión definitiva” (párrafo 169). Aún así, consideró que la Orden de Expropiación era ilícita ya que el proceso debido fue ignorado. Dado que se trató de una resolución administrativa, el tribunal sostuvo que no cumplía con el requisito de ser una ley o una decisión judicial. Además, el tribunal concluyó que la Orden era discriminatoria, y sostuvo que Libia no brindó compensación oportuna o efectiva.

Libia violó su obligación de trato nacional

Olin alegó que Libia le otorgó un trato menos favorable que el conferido a los inversores libios, violando así el Artículo 3 del TBI. El tribunal, observando los estándares del caso *Total vs. Argentina*, estableció que “se puede demostrar un trato discriminatorio si el inversor prueba que el Estado ha

tratado a las personas que se encuentran situadas en lugares similares de manera diferente” (párrafo 202). A fin de determinar este umbral, el tribunal analizó si: (a) Olin y los inversores nacionales estaban localizados en lugares similares; (b) Libia trató a Olin de manera menos favorable que a los inversores nacionales; y (c) la discriminación alegada estaba justificada.

Primero, los árbitros determinaron que Olin y los inversores nacionales estaban situados similarmente, dado que las empresas operaban en el mismo sector comercial y se encontraban ubicados en la misma zona industrial. Segundo, Libia eximió expresamente a los inversores nacionales de las demoliciones y les permitió permanecer en el sitio de forma permanente, mientras que Olin enfrentó 4 años y medio de incertidumbre hasta que los tribunales libios derogaron la Orden de Expropiación. Tercero, sostuvieron que Libia no pudo probar que la diferencia en el trato estaba justificada. Similarmente, el tribunal aceptó la demanda de trato nacional presentada por Olin.

Libia no otorgó TJE a Olin y violó la cláusula de impedimento

El tribunal determinó que la obligación de TJE comprendía “el respeto por la capacidad del inversor de operar su inversión con un mínimo nivel de certeza en cuanto a su destino y a su capacidad de tomar decisiones de negocios básicas sin restricciones” (párrafo 311). Dictaminó que la emisión de la Orden de Expropiación frustró las expectativas legítimas de Olin, ya que Libia impidió a Olin que operara su planta bajo condiciones comerciales normales.

Según el tribunal, Libia violó su obligación de TJE debido a la falta de transparencia en la expropiación de la tierra donde se ubicaba la planta de Olin, así como al tomar una serie de medidas relacionadas con la importación de una nueva línea de producción y la repatriación de los beneficios de Olin. Sin embargo, el tribunal sostuvo que Olin no cumplió con la carga de la prueba y con el “umbral relativamente alto” (párrafo 353) para demostrar una denegación de justicia.

Además, los árbitros consideraron que la cláusula de impedimento contenida en el Artículo 2(2) del TBI habría sido violada si Libia “hubiera impedido la gestión, mantenimiento, uso, ejercicio y expansión de la inversión de la Demandante” (párrafo 374) mediante medidas desproporcionadas o discriminatorias. Por lo tanto, el tribunal dictaminó que las acciones de Libia tuvieron un impacto negativo en la inversión de Olin, violando la cláusula de impedimento.



Libia no violó el estándar de protección y seguridad plenas

En relación al Artículo 2(2) del TBI, el tribunal arbitral también concluyó que Libia tenía la obligación de “garantizar un clima de protección y seguridad” (párrafo 362). El tribunal hizo referencia al caso *Saluka vs. La República Checa* y dictaminó que no hubo uso de la fuerza ni ataque a la integridad física. Por lo tanto, pese a que la fábrica de Olin tuvo que reducir su ritmo de producción, los árbitros afirmaron que no había evidencia para concluir que Libia violó el estándar de protección y seguridad plenas.

Se otorgan EUR 18 millones a la demandante en compensación por pérdidas pasadas

El tribunal decidió que Olin estaba facultada para recibir compensación plena por las pérdidas sufridas. Considerando que Olin no cumplió con la carga de la prueba en cuanto al monto de sus pérdidas futuras, los árbitros dictaminaron que debía recibir compensación únicamente por pérdidas pasadas. Los daños fueron evaluados a través del método de flujo de caja descontado (FCD).

Decisión y costos

El tribunal concluyó que Libia violó los Artículos 2(2), 3 y 7 del TBI y ordenó al Estado libio el pago de EUR 18.225.000 a Olin en compensación por sus pérdidas pasadas, más un interés simple del 5 por ciento anual. En cuanto a los costos y gastos, el tribunal decidió que Libia debía reembolsar el 75 por ciento de los costos de Olin, alcanzando una suma de EUR 1.069.687. Asimismo, se ordenó a Libia el pago de USD 773.000 por gastos de arbitraje.

Notas: El tribunal arbitral estuvo compuesto por Nayla Comair-Obeid (árbitra presidente nominada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, ciudadana libanesa y francesa), Roland Ziadé (designado por la demandante, nacional libanés, francés y ecuatoriano) e Ibrahim Fadlallah (nominado por el demandado, ciudadano libanés y francés). El laudo final del 25 de mayo de 2018 está disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9766_0.pdf

Pietro Benedetti Teixeira Webber está cursando el último año de estudio en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río Grande do Sul, Brasil.

La República Checa elude otra demanda en relación con su programa de energías renovables

Antaris Solar GmbH y el Dr. Michael Göde vs. La República Checa, Caso de la CPA No. 2014-01 Joseph Paguio

En un laudo del 2 de mayo de 2018, un tribunal constituido bajo la CPA desestimó las demandas entabladas por inversores alemanes en energías renovables por la violación de las cláusulas de protección y seguridad plenas (PSP) y de TJE bajo el TCE y el TBI entre Alemania y Checoslovaquia de 1992.

Antecedentes y demandas

La Ley 180/2005 (Ley de Promoción) de Checoslovaquia entró en vigencia el 1 de agosto de 2005 y estaba destinada a promover el uso de sistemas de energía renovable y aumentar la cuota de electricidad generada de fuentes de energía renovable. Conforme a la Sección 6 de la Ley, Checoslovaquia brindó a los inversores una tarifa mínima sostenida en el marco del programa de tarifas de alimentación garantizadas (*feed-in tariff*, FIT) para las fuentes de energía renovable por 15 años desde la fecha de puesta en marcha de tales fuentes. Posteriormente, la Oficina Reguladora de la Energía checa (*Energy Regulatory Office*, ERO) extendió este período a 20 años.

Después de esta legislación, la ERO hizo presentaciones tanto en el extranjero como en la República Checa garantizando el precio mínimo prescrito legalmente por 15 (posteriormente 20) años.

En los años siguientes, la popularidad del programa junto con una baja en los costos de producción fotovoltaica (FV) generó entre los funcionarios checos un temor por el aumento del precio de la electricidad para consumidores domésticos e industriales. En respuesta a esto, el 14 de diciembre de 2010, Checoslovaquia promulgó la Ley 402/2010, por medio de la cual se aplicó efectivamente un impuesto solar del 26 por ciento en las FITs y un 28 por ciento en bonos verdes. El 1 de enero de 2011, la Ley 330/2010 abolió todos los incentivos relativos a las plantas FV con una potencia instalada superior a los 30 kW, y que fueron puestas en servicio después del 1 de marzo de 2011.

El 8 de mayo de 2013, Antaris Solar GmbH y el Dr. Michael Göde, junto con ocho demandantes más, iniciaron un arbitraje contra Checoslovaquia. Alegaron que Checoslovaquia había violado sus obligaciones tanto bajo el TCE como el TBI al incumplir con los acuerdos



de incentivos económicos que originalmente pretendían atraer a inversores en la generación de energía FV.

Tribunal rechaza objeción jurisdiccional en base a exclusión fiscal del TCE

Checoslovaquia alegó que el tribunal no tenía jurisdicción sobre las demandas de los demandantes bajo el TCE ya que el impuesto a la energía solar y las posteriores modificaciones de la Ley de Promoción constituían medidas impositivas bajo el derecho checo y, como tales, estaban eximidas por medio de la exclusión fiscal contenida en el Artículo 21 del TCE.

En respuesta, los demandantes invocaron el Artículo 31(1) de la VCLT al solicitar al tribunal que leyera las modificaciones de la Ley de Promoción de buena fe y en el contexto del TCE. De acuerdo con este razonamiento, afirmaron que el impuesto sobre la energía solar era caracterizado más adecuadamente como una deducción del FIT en vez de ser un impuesto, cuyo objeto y propósito es la compensación de pagos realizados desde el presupuesto estatal al FIT.

Al rechazar la afirmación de Checoslovaquia, el tribunal consideró pertinente que el Tribunal Supremo Administrativo, el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Finanzas de Checoslovaquia concluyeran que el impuesto a la energía solar fuera en esencia una reducción de la FITs. El tribunal afirmó que el Artículo 21 del TCE únicamente puede ser invocado por medidas impositivas cuyo principal objetivo sea la recaudación estatal, y no reducir FITs pagaderas.

Checoslovaquia no actuó de manera arbitraria ni injustificada, y no frustró expectativas legítimas

Reconociendo el objeto y propósito del TCE, Checoslovaquia alegó que el tratado no estaba destinado a brindar un marco jurídico exento de cambios futuros. Dicho país argumentó que la continuidad de la FITs durante el tiempo de vida de los proyectos, la existencia de una tasa de retorno razonable y las medidas de interés público por las cuales fueron realizadas las modificaciones, demuestran que las medidas tomadas por Checoslovaquia no podían ser tildadas de irrazonables o desproporcionadas.

En respuesta, los demandantes afirmaron que la Ley de Promoción contenía una promesa intrínseca de estabilidad regulatoria y que las inversiones fueron realizadas a consecuencia de la premisa de estabilidad y a una tarifa mínima de FITs pagadera a lo largo de 15 (posteriormente 20) años. Aplicando la prueba de tres partes del caso *Micula vs. Rumania*, la frustración de las expectativas legítimas de los demandantes ocurrieron

porque (i) había una promesa específica de estabilidad, (ii) la promesa era fundamental para la inversión de los demandantes y (iii) que dicha confianza era razonable.

Reflejando el reciente llamado de los tribunales del TCE a desarrollar un enfoque equilibrado, el tribunal sostuvo que el TCE no establece una obligación permanente de brindar un marco jurídico estable y previsible. El tribunal tampoco aceptó lo que se propuso en el caso *Charanne vs. España* en torno a que no pueden surgir expectativas legítimas en ausencia de un compromiso específico. El tribunal consideró suficiente que una promesa expresa o implícita puede dar lugar a una expectativa legítima.

El tribunal no dudó en afirmar que el principal objetivo de la Ley de Promoción era el de establecer un régimen seguro, estable y previsible. La promesa clara de ERO de garantizar una tarifa mínima de FITs, junto con las declaraciones de los funcionarios públicos, reforzaron este asunto recurrente.

Sin embargo, el tribunal criticó a los demandantes por ser un “inversor oportunista” (párrafo 431) que debería haber sabido que los cambios en el régimen existente eran inminentes. El tribunal reiteró las declaraciones del Primer Ministro, el Ministro de Industria y Comercio y del Ministro de Ambiente de Checoslovaquia, junto con los comunicados de prensa, donde se anunciaban cambios inminentes a los incentivos regulatorios y la controversia política alrededor del programa de energías renovables de dicho país. Por lo tanto, según el tribunal, la falta de diligencia debida excluía la demanda de impedimento de los demandantes por conducta arbitraria y desproporcionada.

Algo que resulta importante mencionar una vez más es que, al confirmar la existencia de expectativas legítimas, el tribunal declaró que “no acept[ó] que... haya una obligación permanente de brindar un marco de inversión estable y previsible” (párrafo 365). Tampoco aceptó la afirmación de Checoslovaquia exigiendo un acuerdo de estabilización específico para que surjan expectativas legítimas (párrafo 365). Sin embargo, debido al interés público de las medidas para combatir la suba de los precios para el consumidor y de beneficios imprevistos para el inversor, junto con la propia falta de diligencia debida de los inversores, la mayoría desestimó las demandas de TJE y de impedimento.

Costos

Si bien Checoslovaquia ganó en relación a los méritos, el tribunal decidió que los demandantes debían pagar solo tres cuartos de los costos del arbitraje ya que triunfaron en la cuestión de la exclusión fiscal.



Opinión disidente del árbitro Gary Born

Manteniendo su opinión disidente en el caso *Wirtgen vs. Checoslovaquia*, Born no consideró la diligencia debida como una condición para la protección que brinda el tratado bajo el derecho internacional. De acuerdo con Born, la diligencia debida entraría en juego si contradijera la comprensión inicial de la inversión por parte de los demandantes desde un comienzo. A este respecto, Born consideró que el lenguaje de la Sección 6 de la Ley de Promoción era claro al otorgar una garantía a largo plazo de una tarifa mínima específica del FIT y que una mayor diligencia debida no hubiera llevado a los demandantes a pensar lo contrario.

Además, Born criticó a la mayoría por no dar efecto a las expectativas legítimas que surgieron del marco regulatorio general. Reiteradamente subrayó la importancia de la naturaleza vinculante de la legislación. Según Born, la legislación es un medio tanto pragmático como apropiado para la regulación de la conducta de un sistema económico; denegar a “los Estados el poder de asumir compromisos vinculantes con partes privadas, incluyendo a inversores, por vía de garantías legislativas (o regulatorias)” constituiría una afronta al imperio de la ley (opinión disidente, párrafo 37).

Similarmente al caso *Micula*, un tema de importancia singular para Born es “si las declaraciones y acciones del Estado brindan un compromiso suficientemente claro en cuanto al trato futuro para dar lugar a derechos legales o expectativas legítimas por parte del inversor” (opinión disidente, párrafo 35). Debido a la existencia de un marco regulatorio que establecía explícitamente la estabilidad económica, en la opinión disidente se respondió a este interrogante de manera afirmativa.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Lawrence Antony Collins (presidente designado por los co-árbitros, nacional británico), Gary Born (designado por los demandantes, nacional norteamericano) y Peter Tomka (designado por la demandada, nacional eslovaco). El laudo está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9809.pdf> y la opinión disidente de Gary Born también está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9810.pdf>

Joseph Paguio es abogado canadiense y trabaja en el Centro de Arbitraje Internacional de Asia en Kuala Lumpur, Malasia. Posee un LL.M. (Master en Leyes) en Derecho Internacional de la Universidad de Edinburgo.

Tribunal del CIADI otorga compensación por confiscación de buques para generación de energía, y desestima contrademanda de Pakistán

Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. vs. La República Islámica de Pakistán, Caso del CIADI No. ARB/13/1

Amr Arafa Hasaan

El 22 de agosto de 2017, un tribunal del CIADI emitió un laudo en el caso presentado por la empresa turca, Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. (Karkey), contra Pakistán bajo el TBI entre Pakistán y Turquía. En la etapa de las medidas provisionales, el tribunal había ordenado a Pakistán que cumpliera con sus obligaciones internacionales. Finalmente, el tribunal otorgó a Karkey **aproximadamente USD 800 millones** (incluyendo intereses), mientras que desestimó la contrademanda presentada por Pakistán contra Karkey.

Antecedentes

Después de la crisis energética en Pakistán, en diciembre de 2008 Karkey firmó un contrato con Lakhra Generation Company (Lakhra), una empresa de propiedad y controlada por Pakistán, para llevar a cabo un proyecto de generación de energía rentada. El contrato fue modificado en abril de 2009.

Debido a las acusaciones de incumplimiento bajo las reglas para la contratación pública por el contrato, en septiembre de 2009, el Juez Presidente de la Corte Suprema de Pakistán registró un caso por irregularidades en la adjudicación del contrato. El 30 de marzo de 2012, Karkey envió una notificación de rescisión del contrato debido al incumplimiento por Lakhra de los pagos estipulados en el contrato. En la misma fecha, la Corte Suprema de Pakistán dictaminó que el contrato había sido adjudicado en violación de las reglas de contratación y que, por ende, era inválido *ab initio*, ordenando a las autoridades competentes que investigasen la corrupción en la adjudicación del mismo. Poco después, la cuenta bancaria de Karkey en Pakistán fue congelada, y el 3 de abril de 2012 Karkey fue notificada de que sus buques no podían abandonar su amarra hasta próximo aviso.

Karkey presentó una notificación de controversia conforme al TBI entre Pakistán y Turquía el 12 de mayo de 2012, y el 13 de enero de 2013 presentó una solicitud de arbitraje. Argumentó que Pakistán violó el TBI al expropiar su inversión y al violar su derecho de libre transferencia de su inversión. Además, entabló varias



demandas bajo las cláusulas de NMF, TJE y paraguas. Karkey reclamó daños que exceden USD 1,4 mil millones, más intereses (párrafo 234).

Alertas rojas insuficientes para probar corrupción para asegurarse inversión

Pakistán objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que el contrato había sido adjudicado a Karkey por medio de corrupción. En particular, argumentó que Karkey contrató al Sr. Zulqarnain, su representante local, como lobista ilegal para inducir a los funcionarios públicos a que le otorgaran el contrato a Karkey (párrafo 506). Karkey rechazó las demandas de Pakistán y probó que los servicios del Sr. Zulqarnain eran admisibles y necesarios para comenzar su negocio en Pakistán. El tribunal concluyó que Pakistán no pudo demostrar la participación del Sr. Zulqarnain “en nada que pudiera calificarse como corrupción” (párrafo 517).

Además, Pakistán planteó 17 sospechas o “alertas rojas”, que, si no pudieran ser refutadas por Karkey, indicarían que la inversión habría sido realizada a través de actos de corrupción. Sin embargo, el tribunal concluyó que estas sospechas no trasladaban la carga de la prueba a Karkey. Por lo tanto, dictaminó que “no encontró elementos en las sospechas de ‘alerta roja’ que sugirieran actos de corrupción...menos aún ninguna prueba positiva de corrupción” (párrafo 521).

Los actos de Lakhra son atribuibles a Pakistán

Karkey declaró que Pakistán indujo a Lakhra a firmar el contrato y sus modificaciones y que no cumplió con los pagos estipulados en el mismo. Pakistán, a su vez, reclamó que Lakhra es un órgano independiente del Gobierno pakistaní.

El tribunal concluyó que Pakistán designó a Lakhra como el comprador de servicios eléctricos a Karkey. Según el tribunal, Pakistán, además estableció los compromisos de Lakhra bajo el contrato. De esta manera, dictaminó que Pakistán instruyó y dirigía a Lakhra, y que por lo tanto, los actos de Lakhra eran atribuibles a Pakistán bajo el derecho internacional.

Karkey no obtuvo su inversión a través de fraude

Según Pakistán, Karkey confirmó que cumpliría con sus compromisos bajo el contrato dentro de los 180 días de la adjudicación del contrato, pero no lo hizo. Por lo tanto, Pakistán argumentó que Karkey hizo esta falsa declaración para asegurarse el contrato. El tribunal remarcó que Pakistán no cumplió con sus obligaciones bajo el contrato y que esto habría afectado la capacidad de Karkey para ejecutar el

mismo conforme a lo estipulado. De la misma manera, debido a consideraciones logísticas, el tribunal explicó que hubiera sido poco factible considerar que el cálculo de tiempo de cumplimiento por Karkey era preciso. Entonces, el tribunal concluyó que la afirmación de Karkey fue un error en lugar de una falsa declaración.

Pakistán impedido de reclamar que Karkey se aseguró su inversión a través de contratación ilegal

Pakistán argumentó que el contrato fue obtenido en violación de las leyes y reglas de contratación pakistaníes. Sin embargo, Karkey rechazó esta acusación y afirmó que el tribunal debía desestimar esta demanda en base al principio de *estoppel*. El tribunal estuvo de acuerdo con Karkey, destacando que el proceso de licitación, el contrato y sus modificaciones fueron realizados bajo la supervisión de las autoridades pakistaníes. El tribunal indicó que “el propio testigo de Pakistán, el Sr. Khan, admitió en la Audiencia que Pakistán estaba defendiendo el Contrato ante la corte suprema de Pakistán, mientras que al mismo tiempo lo atacaba en este arbitraje” (párrafo 626).

Pakistán expropió la inversión de Karkey a través de fallo de la Corte Suprema

Karkey alegó que Pakistán expropió su inversión a través del poder judicial, administrativo y ejecutivo de dicho país. Sin embargo, Pakistán respondió que Karkey no presentó evidencia sustancial para probar la privación de su inversión y que sus presuntos derechos contractuales no podían ser objeto de expropiación, porque habían sido declarados inválidos *ab initio* por la Suprema Corte de Pakistán.

Según el tribunal, el razonamiento del fallo de la Corte Suprema se basó mayormente en una comprensión errónea por parte de un parlamentario, el Sr. Salah Hayat, de que Pakistán poseía suficiente generación de energía, mientras que esto era contrario a la declaración de la Empresa de Energía Eléctrica pakistaní (PEPCO). Asimismo, en el fallo se asume una responsabilidad idéntica de todos los patrocinadores de los proyectos de energía rentada independientemente de las diferencias sustanciales que presentaba cada proyecto. El tribunal concluyó que el fallo de la Corte Suprema era arbitrario, dado que, según la opinión del tribunal, el fallo no definía “con cierta particularidad las bases probatorias y jurídicas” de la responsabilidad que imponía (párrafo 554). Además, concluyó que el fallo privaba a Karkey del ejercicio de sus derechos bajo el contrato (párrafo 648).



El tribunal dictaminó que Pakistán no cumplió con sus obligaciones de libre transferencia bajo el TBI, pero desestimó todas las otras demandas basadas en las cláusulas de NMF, TJE y paraguas, “ya que los daños resultantes de las violaciones alegadas y de la violación de las disposiciones de expropiación/libre transferencia serían los mismos” (párrafo 657). Considerando varios tipos de daño, el tribunal ordenó que Pakistán debía pagar a Karkey un total de más de USD 490 millones, más intereses. Además, ordenó a Pakistán el pago de USD 10 millones por las costas legales y gastos de Karkey, y más de USD 300.000 como reembolso de la parte de los costos de arbitraje correspondientes a Karkey.

Tribunal sin jurisdicción para aceptar contrademanda de Pakistán

Pakistán intentó presentar una contrademanda contra Karkey para que el tribunal reconociera que el contrato era inválido *ab initio* o, alternativamente, para presentar demandas de daños surgidos por una presunta declaración falsa o violación del contrato. Según Pakistán, Karkey ya había aceptado las contrademandas cuando presentó sus demandas ante el CIADI; una vez que el tribunal confirmó su jurisdicción sobre las demandas de Karkey, ejercería automáticamente la jurisdicción sobre las contrademandas de Pakistán (párrafo 1007).

El tribunal remarcó que TBI no brindaba la posibilidad de contrademandas y que “la mayoría de los tribunales del CIADI no han concluido que la teoría de consentimiento *ipso facto* fuera suficiente para determinar que el consentimiento de un inversor a contrademandas en el CIADI es automático” (párrafo 1015). Por consiguiente, el tribunal decidió que no tenía jurisdicción sobre la contrademanda de Pakistán.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Yves Derains (presidente designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, nacional francés), David A. O. Edward (designado por la demandante, nacional británico) y Horacio A. Grigera Naón (designado por la demandada, nacional argentino). El laudo está disponible en inglés en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9767.pdf>

Amr Arafa Hasaan es alumno del *Graduate Institute* de Ginebra y de la Universidad de Ginebra, y Asesor de la Autoridad de Litigios del Estado egipcio.

Tribunal de la CPA declara a India responsable por expropiación ilícita y violación de TJE bajo TBI entre India y Mauricio

CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited. y Telcom Devas Mauritius Limited vs. La República de la India, Caso de la CPA No. 2013-09

Gladwin Issac

En un procedimiento iniciado por tres empresas de Mauricio con participación accionaria en Devas Multimedia Private Limited (Devas) —una empresa con sede en Bangalore, India— un tribunal de la CPA emitió un laudo sobre responsabilidad declarando a India culpable por la expropiación de las inversiones realizadas conforme a un contrato celebrado entre Devas y Antrix Corporation Ltd. (Antrix), la rama comercial de la agencia espacial india. En particular, el tribunal concluyó que la anulación del contrato por parte de Antrix constituyó una expropiación y una violación del TJE bajo el TBI entre India y Mauricio.

Antecedentes y demandas

En enero de 2005, Antrix y Devas celebraron un contrato que concierne la licencia de un espectro de frecuencia de satélite (S-band) para brindar servicios de internet de alta velocidad. En febrero de 2011, Antrix rescindió el contrato basándose en una decisión del Comité del Gabinete de Seguridad (CCS) de India invocando intereses esenciales de seguridad.

Los tres accionistas mauricianos de Devas iniciaron un arbitraje contra India bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el TBI entre India y Mauricio, reclamando que la rescisión del contrato constituía una expropiación de las inversiones de las demandantes en India y una denegación de TJE.

La cancelación del contrato también llevó a Devas a iniciar un arbitraje comercial internacional contra Antrix. En septiembre de 2015, un tribunal de la CCI ordenó a Antrix el pago de USD 562,5 millones a Devas por los daños causados a raíz de la cancelación ilegal del contrato, más intereses.

Definición de “inversión” bajo TBI entre India y Mauricio

India presentó una objeción jurisdiccional basándose en la cláusula de admisión contenida en el TBI, que protege “los bienes invertidos y admitidos en conformidad con las leyes y regulaciones del Estado receptor”, pero no las “actividades pre-inversión” (Artículo 1(1)(a)). Argumentó



que Devas no solicitó las licencias correspondientes y la aprobación del Gobierno, caracterizando a todas las actividades conducidas por Devas como “actividades pre-inversión” y, por lo tanto, no constituían una inversión según el significado del TBI.

En ausencia de toda evidencia, el tribunal no pudo aceptar el argumento de India. Según su opinión, las acciones, bonos o cualquier otra forma de participación en Devas y su titularidad parcial indirecta de los bienes comerciales de Devas recaen bajo la definición de “inversión” del TBI. Consecuentemente, concluyó que las demandantes realizaron inversiones cubiertas por el TBI.

India plantea alegato de “intereses esenciales de seguridad”

En su alegato principal, India afirmó que el Artículo 11(3) del TBI la autoriza a tomar medidas para proteger sus intereses esenciales de seguridad sin incurrir en responsabilidad bajo el TBI. En particular, señaló que la disposición es discrecional y que el tribunal no puede “actuar como un organismo regulatorio supranacional o formulador de políticas para supervisar las decisiones de políticas del Comité del Gabinete de Seguridad” ya que las autoridades nacionales “son las únicas que están capacitadas para determinar lo que constituye un interés esencial de seguridad del Estado en una circunstancia particular y qué medidas deberían ser adoptadas para salvaguardar aquellos intereses” (párrafo 214).

Sin embargo, el tribunal rechazó este argumento. Sostuvo que, en ausencia de un lenguaje explícito bajo el Artículo 11(3) que brinde al Estado plena discreción para determinar qué considera necesario para proteger sus intereses de seguridad, la cláusula no es discrecional. Aclaró que, si bien India no tuvo que demostrar una necesidad —en el sentido de que la medida adoptada era la única a la que podría recurrir en esas circunstancias— aún así debía demostrar que la medida se relacionaba con sus intereses “esenciales” de seguridad.

Posteriormente, el tribunal tuvo la difícil tarea de determinar si había una necesidad genuina de que las agencias militares y de seguridad indias se reservasen la capacidad S-band o si se trataba de un pretexto para inventar un evento de fuerza mayor que posibilitaría a Antrix rescindir el contrato en términos ventajosos. Por mayoría, el tribunal determinó que una parte de las medidas de hecho respondían a “intereses esenciales de seguridad” y recaerían bajo el ámbito del Artículo 11(3).

Sin embargo, sostuvo que las medidas que no estaban reservadas a fines militares o paramilitares estarían sujetas al Artículo 6 del TBI sobre expropiación. En base a la evidencia presentada, la mayoría concluyó que una asignación razonable del espectro para la protección de los intereses esenciales de seguridad de India no excedería el 60 por ciento del espectro S-band asignado a las demandantes. Afirmó que el 40 por ciento restante podía ser asignado a otros fines de interés público y estaban sujetos a las condiciones de expropiación bajo el Artículo 6 del TBI.

Medidas de India llevan a expropiación ilícita

Las demandantes argumentaron que las medidas coordinadas adoptadas por varias agencias indias que llevaron a la anulación del contrato resultaron en la expropiación ilícita de sus inversiones, en violación de los Artículos 6 y 7 del TBI. Según las demandantes, sus bienes y derechos, su propiedad indirecta del contrato y del sistema y negocio de Devas, y su derecho contractual de preferencia a una designación de S-band eran capaces de ser, y de hecho, fueron expropiados directa e indirectamente por India.

El tribunal concluyó que las medidas adoptadas por India, siempre y cuando no estuvieran relacionadas con sus intereses esenciales de seguridad (40 por ciento), constituían una expropiación ilícita y una violación al debido proceso bajo el Artículo 6 del TBI. Consecuentemente, afirmó que las demandantes estaban facultadas para recibir compensación por hasta el 40 por ciento del valor de sus inversiones en India.

Anulación del contrato por India constituye violación de TJE

Las demandantes afirmaron que India violó el TJE. Mientras que India argumentó que el estándar de TJE contenido en el Artículo 4(1) del TBI no iba más allá del estándar mínimo requerido bajo el derecho consuetudinario internacional, las demandantes señalaron que al presente caso aplicaba un estándar amplio de TJE.

Basándose en el caso *El Paso vs. Argentina*, el tribunal destacó que las expectativas legítimas de los inversores son fundamentales para el TJE bajo cualquier tratado de inversión y que las demandantes no podrían haber tenido expectativas legítimas de que India nunca fuera a invocar la excepción de “intereses esenciales de seguridad” en virtud del Artículo 11(3) del TBI. Además, agregó que dado a que India no informó a los demandantes sobre la decisión del CCS de anular el contrato, violó el principio de buena fe bajo el derecho internacional y el estándar de TJE bajo el TBI.



Otras demandas desestimadas

El tribunal desestimó las demandas que concernían el carácter desproporcionado y la naturaleza discriminatoria de las medidas, ya que determinó que no había evidencia que sugiriera que las medidas adoptadas por India estuvieran destinadas a los inversores o las inversiones extranjeras.

Laudo y costos

La mayoría del tribunal emitió un laudo sobre responsabilidad, concluyendo que la rescisión del contrato constituía una expropiación de las inversiones de los demandantes en India y una denegación de TJE. Por lo tanto, dictaminó que India debe compensar a las demandantes por la parte de las inversiones (40 por ciento) que no se encontraba protegida por los intereses esenciales de seguridad invocados por India.

Opinión disidente de David R. High

El árbitro David R. Haigh no coincidió con la opinión de la mayoría sobre el alegato de “seguridad esencial” presentado por India. Según Haigh, el único objetivo pretendido por India era que el contrato fuera anulado o rescindido con el menor costo posible, y no se podría haber determinado una asignación razonable del espectro para la seguridad nacional u otro interés público. Por lo tanto, según la opinión de Haigh, la toma del espectro de S-band fue simplemente una expropiación para un interés público, recayendo bajo el Artículo 6 del TBI.

Notas: El tribunal estuvo compuesto por Marc Lalonde (presidente designado por sus co-árbitros, nacional canadiense), David R. Haigh (designado por los demandantes, nacional canadiense) y Anil Dev Singh (designado por la demandada, nacional indio). El laudo está disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9750.pdf> y la opinión disidente de David R. Haigh en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9751.pdf>.

Gladwin Issac es graduado de la Universidad Nacional de Derecho de Gujarat, India, y contribuye con el Programa de Inversión para el Desarrollo Sostenible del IISD.



RECURSOS Y EVENTOS

RECURSOS

Transparencia en el Arbitraje de Inversión Internacional: Una guía sobre el Reglamento de Transparencia de la CNUDMI en el Arbitraje de Tratados entre Inversionistas y Estados

Por Dimitrij Euler, Markus Gehring y Maxi Scherer (Eds.), publicado por Cambridge University Press, agosto de 2018

Este libro explica el debate de fondo y proporciona un comentario detallado sobre el Reglamento de Transparencia de la CNUDMI en el Arbitraje de Tratados entre Inversionistas y Estados, párrafo por párrafo. Los autores brindan una guía en profundidad sobre cómo aplicar las reglas y analizan el tema de la transparencia en el contexto del derecho de las inversiones más ampliamente. Los capítulos abarcan todas las controversias entre inversionistas y Estados en base a un tratado, examinando las perspectivas de las partes contendientes, terceras partes, partes no contendientes y de tribunales arbitrales. Disponible en <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/transparency-international-investment-arbitration-guide-uncitral-rules-transparency-treaty-based-investor-state-arbitration>

Derecho Internacional de las Inversiones y Globalización: Inversión extranjera, responsabilidades y organizaciones intergubernamentales

Por Jean-Michel Marcoux, publicado por Routledge, agosto de 2018

¿El proceso de elaboración e implementación de las responsabilidades de los inversores extranjeros por las organizaciones intergubernamentales ha llegado al ámbito jurídico? Utilizando un marco analítico y una metodología que combina la relación entre el derecho internacional y las relaciones institucionales, este libro brinda una doble respuesta a esta pregunta. Primero, demuestra que la integración normativa de las responsabilidades de los inversores extranjeros en el

derecho internacional de las inversiones se encuentra fragmentada y es compatible con los intereses de los actores más poderosos. Segundo, si bien emplea la teoría interactiva del derecho internacional para evaluar el carácter normativo de varios instrumentos internacionales elaborados e implementados por organizaciones intergubernamentales, destaca el sentido de obligación que cada instrumento genera. El análisis demuestra que un proceso de codificación como tal está marcado por relaciones de poder y ha dado como resultado varias normas sociales, con una relativa escasez de normas jurídicas. Disponible en <https://www.routledge.com/International-Investment-Law-and-Globalization-Foreign-Investment-Responsibilities/Marcoux/p/book/9781138596221>

Una Guía sobre la Sucesión de Estados en el Derecho Internacional de las Inversiones

Por Patrick Dumberry, publicado por Edward Elgar, julio de 2018

Este libro brinda un análisis integral de los temas relativos a la sucesión de Estados que surgen en el contexto del derecho internacional de las inversiones. Examina las consecuencias jurídicas en el campo del arbitraje entre inversionistas y Estados a raíz de la desaparición o la creación de un Estado, o de la transferencia de un territorio entre Estados. En particular, analiza si un Estado sucesor se encuentra obligado por los tratados de inversión (bilaterales o multilaterales) y por los contratos estatales firmados por el Estado predecesor antes de la sucesión. Disponible en <https://www.e-elgar.com/shop/a-guide-to-state-succession-in-international-investment-law>

Reafirmación de Control sobre el Régimen de Tratados de Inversión

Andreas Kulick (Ed.), publicado por Cambridge University Press, junio de 2018

Los Estados están buscando muchas vías para contener el régimen internacional de las inversiones, que según se percibe, se ha salido de control. Este libro examina los múltiples temas de procedimiento, derecho y políticas



sustantivas que surgen a raíz de esta tendencia —desde aspectos procesales tales como los mecanismos de demandas frívolas, pasando por el establecimiento de un mecanismo de apelación o el arbitraje entre Estados, hasta temas sustantivos como las interpretaciones conjuntas, la rescisión de tratados o la elaboración detallada de definiciones de estándares de protección—. Identifica y discute las principales vías a través de las cuales los Estados reafirman o pueden reafirmar su control sobre la interpretación y la aplicación de los tratados de inversión. Cada capítulo trata una de estas vías y evalúa su potencial para servir como un instrumento para la reafirmación del control por parte de los Estados. Disponible en <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/reassertion-control-over-investment-treaty-regime>

Proporcionalidad, Razonabilidad y Estándares de Revisión en el Derecho y el Arbitraje Internacional de las Inversiones

Por Valentina Vadi, Publicado por Edward Elgar, abril de 2018

Este libro examina los méritos y las dificultades del uso de conceptos de proporcionalidad y razonabilidad por parte de los tribunales arbitrales para supervisar la compatibilidad de las acciones regulatorias de un Estado con respecto a sus obligaciones bajo el derecho internacional de las inversiones. Los académicos del derecho de las inversiones han prestado mayor atención al concepto de proporcionalidad que al de razonabilidad; este libro combate esta línea de pensamiento examinando ambos conceptos de manera tal que no defiende ni una ni la otra, sino que permite al lector formar su propia opinión informada. La autora también explora la intensidad de la revisión como una de las principales herramientas para calibrar los diferentes intereses que subyacen a los arbitrajes entre inversionistas y Estados. Disponible en <https://www.e-elgar.com/shop/proportionality-reasonableness-and-standards-of-review-in-international-investment-law-and-arbitration>

EVENTOS EN 2018

11 de octubre al 15 de noviembre

SERIE DE DISERTANTES DEL OTOÑO 2018 DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y SOBRE POLÍTICAS, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), en la Facultad de Derecho de Columbia, Nueva York, Estados Unidos, <http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series>

15 al 19 de octubre

REUNIÓN GENERAL ANUAL 2018, Foro Intergubernamental sobre Minería, Minerales, Metales y Desarrollo Sostenible (IGF), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://igfmining.org>

22 al 26 de octubre

FORO MUNDIAL DE LAS INVERSIONES 2018, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <http://worldinvestmentforum.unctad.org>

24 de octubre

INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: INCORPORANDO LAS OBLIGACIONES DE LOS INVERSORES A LOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN, evento paralelo al Foro Mundial sobre las Inversiones 2018 organizado por el IISD, Comisión Internacional de Juristas (ICJ) y Friedrich Ebert Stiftung (FES), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <https://iisd.org/event/investment-sustainable-development-incorporating-investor-obligations-trade-and-investment>

25 de octubre

EL FUTURO DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES: OPCIONES Y MODELOS, evento paralelo al Foro Mundial sobre las Inversiones 2018 organizado por el IISD, Comisión Internacional de Juristas (ICJ) y Friedrich Ebert Stiftung (FES), en Palais des Nations, Ginebra, Suiza, <https://iisd.org/event/future-investment-related-dispute-settlement-options-and-models>

23 al 25 de octubre

8va CONFERENCIA SOBRE EL ARBITRAJE DE TRATADOS DE INVERSIÓN, Ministerio de Finanzas de la República Checa y KPMG Czech Republic, en Lichtenstein Palace, Praga, Checoslovaquia, <https://>



home.kpmg.com/cz/en/home/insights/2018/10/8th-investment-treaty-arbitration-conference.html

26 de octubre

31era CONFERENCIA PÚBLICA DE ITF: DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES, Investment Treaty Forum (ITF), en The British Academy, Londres, Reino Unido, <https://www.biicl.org/event/1331/thirty-first-itf-public-conference-human-rights-in-international-investment-law>

26 al 27 de octubre

EL FUTURO DEL ARBITRAJE EN EUROPA, Stockholm Centre for Commercial Law y el Institute of European and Comparative Law, Oxford, en Sankta Clara, Klara Strand, Estocolmo, Suecia, <https://sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/stockholm-the-future-of-arbitration-in-europe>

29 de octubre al 2 de noviembre

36ta SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO III DE LA CNUDMI, “Reforma de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Viena, Austria, http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Investor_State.html

31 de octubre

SESIÓN DE PARTES INTERESADAS EN EL PROCESO DE REFORMA DE LA ISDS DE LA CNUDMI, IISD, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) y International Institute for Environment and Development (IIED), en Diplomatische Akademie Wien, Viena, Austria, <http://bit.ly/2Rkoynj>

6 al 7 de noviembre

NUEVAS FRONTERAS EN LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS (ADR): DE ASUNTOS COMERCIALES Y DE INVERSIÓN A VIOLACIONES REGULATORIAS, Comité de Mediación de International Bar Association (IBA), IBA North America Forum, Universidad McGill, Universidad de Montreal & la Cámara Internacional de Comercio (ICC), en el Club de la Facultad y el Centro de Conferencias de la Universidad McGill, Montreal, Canadá, <https://www.ibanet.org/Conferences/conf904.aspx>

EVENTOS EN 2019

27 de febrero al 1 de marzo

12mo FORO ANUAL DE NEGOCIADORES DE INVERSIÓN DE PAÍSES EN DESARROLLO, IISD, Centro del Sur y el Gobierno de Colombia, en Cartagena, Colombia, <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



© 2018 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)

El IISD es uno de los centros líderes en investigación e innovación a nivel mundial. Proporciona soluciones prácticas ante los crecientes desafíos y oportunidades de integrar las prioridades ambientales y sociales en el desarrollo económico. Informamos sobre las negociaciones internacionales y compartimos los conocimientos adquiridos mediante proyectos colaborativos, lo que propicia investigaciones más rigurosas, redes mundiales más sólidas y un mejor compromiso entre los investigadores, los ciudadanos, las empresas y los encargados de elaborar políticas.

El IISD está registrado como una organización caritativa en Canadá y tiene el estatus 501(c) (3) en los Estados Unidos. Recibe su principal respaldo operativo de parte del Gobierno de Canadá, provisto mediante el Centro Internacional de Investigación sobre el Desarrollo (International Development Research Centre, IDRC), y de la provincia de Manitoba. El Instituto recibe fondos para proyectos de parte de diversos gobiernos dentro y fuera de Canadá, agencias de las Naciones Unidas, fundaciones, el sector privado y ciudadanos particulares.

Investment Treaty News (ITN)

Las opiniones expresadas en esta publicación no necesariamente reflejan aquellas del IISD o sus patrocinadores, ni deberían ser atribuidas a ellos.

ITN recibe trabajos sin publicar y originales.

Cualquier pregunta debe ser enviada a Martin Dietrich Brauch a itn@iisd.org

Para suscribirse a ITN, por favor visite: www.iisd.org/itn/subscribe



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development